

Het arrest Ryanair: staatssteunverlenende overheden als 'economische eenheid'

Mr. T.B. Bruyninckx

De vraag wanneer en in hoeverre meerdere steunverlenende entiteiten als een (economische) eenheid kunnen worden gekwalificeerd kwam tot nog toe zelden aan bod in de rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie van de EG. In het arrest Ryanair van 17 december 2008, gewezen door het Gerecht van Eerste Aanleg, komt deze problematiek aan de orde. Deze bijdrage gaat na welke maatstaven bij de vaststelling van een dergelijke eenheid moeten worden gehanteerd en in welke mate deze notie zich onderscheidt van het toerekenbaarheidsbegrip. **Betoogd wordt dat de factor 'ondernemingsrisico' hierbij van cruciaal belang is.**

GvEA 17 december 2008, zaak T-196/04, Ryanair/Commissie (Ryanair), n.n.g.

Feiten

Het besproken arrest werd gewezen na een vordering tot nietigverklaring tegen de Commissiebeschikking van 12 februari 2004 betreffende een aantal steunmaatregelen ten voordele van Ryanair afkomstig van het Waalse Gewest en de publieke onderneming Brussels South Charleroi Airport ('BSCA').¹ Laatstgenoemde betreft een door het Waalse Gewest gecontroleerde publiekrechtelijke onderneming. Zij beheert en exploiteert de luchthaven te Charleroi in haar hoedanigheid van concessionaris.

Ryanair kon voor haar aanwezigheid op voormelde luchthaven krachtens twee overeenkomsten rekenen op enkele voordelen verleend door het Waalse Gewest en BSCA. Zo genoot Ryanair onder meer de volgende voordelen afkomstig van het Waalse Gewest: (1) een korting ten belope van 50 procent op de wettelijk vastgestelde landingsheffingen en (2) een schadeloosstelling voor elk verlies voortvloeiend uit een wijziging in de reglementering van het niveau van de luchthavenbelastingen of van de openingstijden van de luchthaven. In ruil voor een minimale activiteit op de luchthaven en de belofte tot terugbetaling mocht Ryanair die activiteiten terugschroeven en kon zij rekenen op voordelen afkomstig van BSCA in de vorm van: (1) een financiële bijdrage tot dekking van een aantal kosten die

met haar aanwezigheid op de luchthaven verband hielden, (2) de terbeschikkingstelling van materiaal tegen zeer lage tarieven en (3) een korting op de factuur voor het verrichten van grondafhandelingsdiensten. Ook hadden Ryanair en BSCA de joint venture 'Promocy' opgericht, die instond voor de financiering van plaatselijke promotieactiviteiten van Ryanair.

In haar beschikking oordeelde de Commissie dat zowel de maatregelen afkomstig van het Waalse Gewest als die vanwege BSCA in strijd waren met het staatssteunverbod in artikel 87 lid 1 EG-Verdrag. Wat het Waalse Gewest betreft, meende de Commissie in essentie dat de verlaging van de landingsrechten een selectief en met staatsmiddelen bekostigd voordeel impliceerde dat de mededinging en de interstatenhandel negatief beïnvloedde. De vraag of een dergelijk voordeel ook zou zijn toegekend door een particuliere investeerder, achtte de Commissie irrelevant. Bij de vaststelling van die tarieven handelde het Waalse Gewest immers als overheid. Het gedrag van een overheid kon aldus niet worden vergeleken met dat van een particuliere investeerder. Ook de maatregelen van BSCA impliceerden een onverenigbare steunmaatregel, nu de door BSCA verleende voordelen niet door een particuliere investeerder zouden zijn toegekend.

Ryanair stelde beroep tot nietigverklaring in tegen de beschikking. Het beroep steunde in essentie op twee pijlers. Ten eerste was de Commissie er onterecht van uitgegaan dat het Waalse Gewest en BSCA als onderscheiden entiteiten dienden te worden benaderd, terwijl die een economische eenheid vormen. Dat zou ertoe leiden dat het beginsel van de particuliere investeerder op beide entiteiten gezamenlijk had moeten worden toegepast. Een dergelijke benadering had de Commissie tot een andersluidende analyse gedwongen, aldus Ryanair. Ten tweede meende Ryanair dat de Commissie onterecht had besloten dat het gedrag van het Waalse Gewest niet diende te worden getoetst aan het criterium van de particuliere marktinvesterder.

Mr. T.B. Bruyninckx is advocaat bij kantoor Altius aan de balie te Brussel.

1 Beschikking 04/393/EG van de Commissie van 12 februari 2004 betreffende de voordelen die het Waalse Gewest en Brussels South Charleroi Airport hebben verleend aan de luchtvaartmaatschappij Ryanair bij haar vestiging in Charleroi (Kennisgeving geschied onder nummer C(2004) 516), Pb. EU L 137 van 30 april 2004, 1-62 ('Ryanair-beschikking').

teerder aangezien die had gehandeld in het kader van overheidsbevoegdheden.

Het Gerecht van Eerste Aanleg besloot tot vernietiging van de beschikking van de Commissie. Het Waalse Gewest en BSCA dienden inderdaad als één entiteit te worden beschouwd in het kader van de aan de orde zijnde maatregelen. Verder in deze bijdrage wordt hierop nog teruggekomen. Daarnaast oordeelde het Gerecht dat het Waalse Gewest toch was opgetreden in zijn hoedanigheid van marktdeelnemer. Met verwijzing naar het arrest *Aéroports de Paris*² stelde het Hof hieromtrent dat 'de vaststelling van het bedrag van de landingsheffingen en de verlening van de daaraan verbonden schadeloosstellingsgarantie (...) activiteiten (vormen) die rechtstreeks verband houden met het beheer van de luchthaveninfrastructuur, dat een economische activiteit is'.

Het Waalse Gewest en BSCA als een economische/juridische eenheid?

Ryanair betoogde met succes dat het onderscheid dat de Commissie in haar onderzoek maakte, kunstmatig is, aangezien het Waalse Gewest en BSCA een economische eenheid vormen. Daarbij dient te worden opgemerkt dat Ryanair blijkbaar meende dat het Waalse Gewest en BSCA een economische eenheid vormen,³ terwijl het Gerecht bij de redactie van het arrest blijkbaar de term 'juridische entiteit' prefereerde⁴ (*single legal entity, une entité juridique unique*). In de rechtsoverweging die de analyse van het Gerecht afsluit, houdt het Gerecht zich evenwel op de vlakte door te stellen dat voornoemde entiteiten 'als één enkele entiteit' (*one single entity, une seule et même entité*) moeten worden beschouwd.⁵

Het Gerecht kwam tot zijn besluit op basis van een geheel van juridische en economische elementen, wat doet concluderen dat een eenheid desgevallend op zowel juridische als economische pijlers moet rusten. De volgende elementen achtte het Gerecht dienstig om te besluiten dat het Waalse Gewest en BSCA één entiteit vormen: (1) BSCA is een door het Waalse Gewest gecontroleerde publiekrechtelijke onderneming,⁶ (2) het Waalse Gewest is eigenaar van de luchthaveninfrastructuur van Charleroi (en BSCA exploiteert en beheert die ten titel van concessiehouder)⁷ en (3) het Waalse Gewest en BSCA onderhielden nauwe economische en juridische betrekkingen en BSCA bleek economisch afhankelijk te zijn van het Waalse Gewest.⁸ Door beide entiteiten niettemin als van elkaar onderscheiden te beschouwen, heeft de Commissie aldus niet alle relevante elementen en hun context in ogenschouw genomen.⁹

De notie 'economische eenheid' in het staatssteunrecht

De notie 'economische eenheid' kwam reeds omstandig aan de orde in de rechtspraak van het Gerecht en het Hof in het kader van het kartelverbod in artikel 81 EG-Verdrag. Zo stelde het Hof in het arrest *Hydrotherm* dat het mededingingsrechtelijk begrip 'onderneming' evenzeer slaat op economische eenheden. Dat een dergelijke economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd wordt door verschillende natuurlijke of rechtspersonen, doet hieraan niets af.¹⁰ In dat kader doet het feit dat twee vennootschappen formeel los van elkaar staan, daar zij elk een eigen rechtspersoonlijkheid bezitten, niet terzake. Het enige relevante element bestaat erin of zij zich gedragen alsof zij een economische eenheid vormen. Dat is niet noodzakelijk enkel het geval in moeder-dochtersituaties.¹¹

Ook in het staatssteunrecht toonde de notie 'economische eenheid' reeds haar relevantie. Daarbij dienden het Gerecht en het Hof zich evenwel voornamelijk uit te spreken over het al dan niet bestaan

van een band van economische eenheid tussen begunstigen van staatssteun. Die vraag kwam aan de orde in diverse casus.

Een van de eerste uitspraken betreft het arrest *Intermills*.¹² Het Waalse Gewest kwam een noodlijdende onderneming tegemoet. De steun moest het voor de geplaagde onderneming onder meer mogelijk maken om over te schakelen op een nieuwe productieactiviteit en de bestaande activiteiten te herstructureren. In dat kader werden een aantal productie-eenheden gesloten. Een aantal andere activiteiten werden gereorganiseerd en ondergebracht in andere vennootschappen. De Commissie besloot evenwel dat die steun deels onverenigbaar was en legde de terugvordering op. Een van de argumenten tegen de beschikking van de Commissie bestond erin dat zij de begunstigde van de steun foutief had omschreven. Blijkbaar had de Commissie ook de vennootschappen waaraan *Intermills'* activiteiten en installaties werden overgedragen, als begunstigde aangemerkt. Het Hof volgde de Commissie in haar opvatting. Zo oordeelde het Hof dat, hoewel de vennootschappen een eigen juridische entiteit hadden los van de vennootschap *Intermills*, er toch een economische eenheid bestond. Doorslaggevend hierbij was enerzijds het feit dat sinds de herstructurering het Waalse Gewest zowel op *Intermills* als op de andere vennootschappen toezicht hield en anderzijds de vaststelling dat *Intermills* een belang in de drie vennootschappen aanhield.¹³

Ook kan gewezen worden op het arrest *Pollmeier Malchow*.¹⁴ In dat arrest bevestigde het Gerecht dat de Commissie rekening kan houden met banden tussen ondernemingen die een economi-

2 GvEA 12 december 2000, zaak T-128/98, *Aéroports de Paris/Commissie*, Jur. 2000, II-3929.

3 Arrest *Ryanair*, r.o. 43 en 46.

4 Arrest *Ryanair*, titel voorafgaand aan r.o. 46.

5 Arrest *Ryanair*, r.o. 61.

6 Arrest *Ryanair*, r.o. 53.

7 Arrest *Ryanair*, r.o. 54.

8 Voor die laatste vaststelling verwees het Gerecht naar vaststellingen van de Commissie zelf. Zo stelde die dat de rol van het Waalse Gewest en BSCA voor een groot deel dooreen liepen, dat uit de aandeelhoudersstructuur bleek dat het Waalse Gewest een dominerende invloed uitoefende op BSCA en dat het concessiebesluit, op basis waarvan BSCA de luchthaveninfrastructuur beheert en exploiteert, een aantal kosten verbonden aan die exploitatie ten laste legt van het Waalse Gewest. Arrest *Ryanair*, r.o. 56-57.

9 Arrest *Ryanair*, r.o. 59.

10 HvJ EG 12 juli 1984, zaak 170/83, *Hydrotherm*, Jur. 1984, 2999, r.o. 11.

11 GvEA 15 september 2005, zaak T-325/01, *DaimlerChrysler AG*, Jur. 2005, II-3319, r.o. 85-86.

12 HvJ EG 14 november 1984, zaak 323/82, *Intermills*, Jur. 1984, 3809.

13 Arrest *Intermills*, r.o. 11.

14 GvEA 14 oktober 2004, T-137/02, *Pollmeier Malchow GmbH*, Jur. 2004, II-3541.

sche eenheid in het leven roepen.¹⁵ Het Gerecht stelde daarbij dat de Commissie inderdaad op basis van een aantal feitelijkheden kan vaststellen dat een begunstigde van staatssteun deel uitmaakt van een economische eenheid. Een eerste indicatie van het bestaan van een economische eenheid kon worden afgeleid uit de aandeelhoudersstructuur. De aandelen van de betrokken onderneming zelf bevonden zich weliswaar in handen van een aantal ondernemingen, doch uiteindelijk bleek Pollmeier die aandelen direct of indirect aan te houden. Het Gerecht besloot aldus dat de Commissie inderdaad mocht vaststellen dat de begunstigde onderneming deel uitmaakte van een concern van door Pollmeier opgerichte vennootschappen. Bovendien voerden de vennootschappen die tot dat concern behoorden, identieke of parallelle economische activiteiten, waaruit kon worden afgeleid dat zij zich in economisch opzicht hadden geïntegreerd. Tevergeefs voerde Pollmeier GmbH nog aan dat bepaalde ondernemingen van het concern niet op dezelfde terreinen actief waren, niet samenwerkten, niet onder dezelfde leiding stonden, geen gezamenlijke boekhouding voerden en geen gemeenschappelijk personeelsbeleid hadden.¹⁶

Een andere illustratie kan gevonden worden in het arrest *Cassa di Risparmio di Firenze*.¹⁷ De vraag was aan de orde of een entiteit die enkel participaties in vennootschappen aanhoudt en die beheert, de zogenoemde 'bancaire stichtingen', als een onderneming in de mededingingsrechtelijke betekenis moet worden gekwalificeerd. De Commissie oordeelde van niet en steunde daarbij op de vaststelling dat de bancaire stichtingen activiteiten verrichtten die niet het aanbieden van goederen en diensten op de markt impliceerden. Het Hof deelde die zienswijze niet. Het ondernemingsbegrip strekt zich weliswaar uit tot eenheden die economische activiteiten uitoefenen, ongeacht hun rechtsvorm en de wijze waarop zij worden gefinancierd. Daarbij moet een economische activiteit worden gede-

finieerd als activiteiten die bestaan uit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt. Niettegenstaande de overweging dat dergelijke economische activiteiten meestal rechtstreeks op de markt worden uitgeoefend, sluit het Hof niet uit dat 'bancaire stichtingen' dergelijke activiteiten uitoefenen in het groter verband van een met een andere entiteit gevormde economische eenheid.¹⁸ Daadwerkelijke uitoefening van de zeggenschap bleek hierbij doorslaggevend. Om van een economische eenheid te kunnen spreken volstaat het volgens het Hof immers niet dat dergelijke stichtingen de participaties slechts 'passief' beheren, zoals door het louter innen van dividenden. Pas indien een dergelijke entiteit haar zeggenschap daadwerkelijk uitoefent, door direct of indirect de betrokken vennootschap te besturen, is er sprake van een economische eenheid.¹⁹ Uit de nationale regeling bleek inderdaad dat de verhouding tussen de bancaire stichtingen en de bankvennootschappen gekenmerkt werd door organieke en functionele banden, onder meer omdat de stichtingen controle konden uitoefenen op het bestuur van de bankvennootschappen.²⁰ Uiteindelijk kwam het de nationale rechter toe om te oordelen of die stichtingen de aan de participaties verbonden zeggenschap ook daadwerkelijk uitoefenden door zich direct of indirect met het bestuur ervan bezig te houden.²¹

Voor genoemde arresten betreffen enkel de kwalificatie als 'economische eenheid' in hoofde van steunontvangers. Hoe past de rechtspraak die notie nu toe op steunverlenende overheden? In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de precedenten dienaangaande minder talrijk zijn. Toch kan gewezen worden op het arrest *Dradenauer Stahlgesellschaft*.²² Een van de aspecten die in dat arrest aan bod kwam, betrof de vraag of de stad Hamburg en Hamburgische Landesbank Girozentrale ('HLB') samen een economische eenheid vormden. Die zaak speelde in het kader van het EGKS-verdrag, dat eveneens bepalingen inzake staatssteun bevatte. Een noodlijdende staalonderneming had een aantal leningen toegekend gekregen. Voor een deel werden die leningen door HLB op eigen risico verstrekt. Een ander deel vloeide voort uit een kredietverleningsopdracht afkomstig van de gemeente Hamburg aan HLB, waarbij de stad Hamburg het risico droeg bij niet-terugbetaling. Teneinde na te gaan of de stad en HLB een economische eenheid vormden, greep het Gerecht onder meer terug naar de *Intermills-* en *Hydrotherm-*rechtspraak. In de eerste plaats stelde het Gerecht dat de Commissie terzake over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt, gelet op de ingewikkelde economische beoordeling. Het Gerecht besloot dat de Commissie geen kennelijke fout had begaan door te oordelen dat beide entiteiten geen economische eenheid vormden. Het stelde weliswaar vast dat HLB een publiekrechtelijke instelling was die voor 100 procent in handen was van de stad Hamburg en dat haar rechtsgrondslag berustte op de wet betreffende de Hamburgische Landesbank Girozentrale. Toch moest worden vastgesteld dat de kredietverlening door de tussenkomst van de stad Hamburg niet berustte op de rechtsvorm van HLB, noch op het feit dat de stad Hamburg eigenaar was van HLB. Dergelijke kredietverlening waarbij de stad Hamburg een kredietopdracht geeft en het daaraan verbonden risico voor haar rekening neemt, is gebaseerd op contractuele afspraken tussen de stad Hamburg en HLB. Ook stelde het Gerecht vast dat de stad Hamburg weliswaar de garantie verleende dat HLB de haar toegewezen taak kon vervullen, maar dat dit niet betekende dat de stad Hamburg elk verlies op een krediet compenseerde vanuit haar begroting. Het impliceerde slechts dat indien HLB haar verplichtingen aan de eigen schuldeisers niet meer kon voldoen, de stad Hamburg tussen zou komen. Zoals reeds aangegeven, lag dat echter anders voor de lenin-

15 Dat arrest kaderde meer bepaald het leerstuk van staatssteun ten behoeve van KMO's in. Opdat een onderneming als KMO kan worden gekwalificeerd, dient aan drie criteria te zijn voldaan: (1) een werknemerscriterium, (2) een financieel criterium en (3) een zelfstandigheids criterium. Dat laatste criterium ziet erop toe dat de idee ten grondslag aan de soepelere regels ten aanzien van staatssteun aan KMO's gevrijwaard blijft van pogingen tot omzeiling van de staatssteunbepalingen. Zo beoogt het zelfstandigheids criterium dat de maatregelen voor KMO's daadwerkelijk de ondernemingen bevoordelen wier omvang een hinderenis vormt. Steun aan ondernemingen die deel uitmaken, moet worden vermeden vanuit het oogpunt van de vrije mededinging. Die hebben immers middelen en ondersteuning tot hun beschikking waartoe daadwerkelijk zelfstandige KMO's geen toegang hebben. Gelet op dat doel staat het de Commissie dan ook vrij om een onderneming die weliswaar aan het zelfstandigheids criterium voldoet, toch aan te merken als deel van een economische eenheid met een andere onderneming. Zie arrest *Pollmeier Malchov*, r.o. 63.

16 Arrest *Pollmeier Malchov*, r.o. 70-75.

17 HvJ EG 10 januari 2006, zaak C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA*, Jur. 2006, I-289.

18 Arrest *Cassa di Risparmio di Firenze*, r.o. 109-110.

19 Arrest *Cassa di Risparmio di Firenze*, r.o. 111-112.

20 Arrest *Cassa di Risparmio di Firenze*, r.o. 117.

21 Arrest *Cassa di Risparmio di Firenze*, r.o. 118.

22 GvEA 29 juni 2000, zaak T-234/95, *Dradenauer Stahlgesellschaft*, Jur. 2000, II-2603.

gen waarvoor de stad Hamburg een kredietopdracht had gegeven.²³ In de beoordeling van het Gerecht wordt evenwel niet ingegaan op de door de Duitse Regering en de staalonderneming aangebrachte argumenten ten voordele van een kwalificatie als economische eenheid. Met name voerden zij aan dat de stad Hamburg de leden van de directie en van de raad van commissarissen van HLB benoemde, dat zij de bevoegdheid had om instructies te geven en dat zij een beslissende invloed kon uitoefenen.²⁴ In het beroep tegen het arrest van het Gerecht, voerde de staalonderneming – vruchteloos – aan dat het Gerecht bepaalde aspecten van de verhouding tussen de stad Hamburg en HLB had genegeerd. Enerzijds is het aan de Commissie om een dergelijke ingewikkelde economische beoordeling te volbrengen en anderzijds is het uitsluitend aan het Gerecht om feiten vast te stellen.²⁵

'Eenheid' als overtreffende trap van 'toerekenbaarheid'?

In het arrest *Ryanair* nam het Gerecht een duidelijk standpunt in over de wijze waarop de Commissie de verhouding tussen beide steunverlenende entiteiten, het Waalse Gewest en BSCA, diende te beoordelen. Het is evenwel interessant om het arrest *Stardust Marine*²⁶ naast het arrest *Ryanair* te plaatsen.

Het arrest *Stardust Marine* handelde over de toerekenbaarheid van steunmaatregelen door openbare ondernemingen aan de staat. Het Hof meende dat het organieke criterium niet doorslaggevend is om tot toerekenbaarheid te besluiten. Zo kon op basis van het bestaan van een meerderheidsparticipatie in hoofde van de overheid en het benoemen van leden van de raad van bestuur niet automatisch besloten worden dat maatregelen van het betrokken bedrijf aan de staat kunnen worden toegerekend. Het is immers niet zeker of die controle ook daadwerkelijk wordt uitgeoefend. Het Hof gaf aan hoe een daadwerkelijke uitoefening van controle kan worden vastgesteld. Na een aantal indicaties dienaangaande te hebben opgesomd, stelde het Hof dat moet worden nagegaan 'of 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, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden.'²⁷ Het Hof gaf aldus blijk van een zekere *look through*-benadering, waarbij de werkelijke inmenging van de overheid in de onderneming van cruciaal belang is.

De band tussen het in het arrest *Stardust Marine* behandelde concept van de 'toerekenbaarheid' en dat van 'eenheid' in het arrest *Ryanair*, blijkt uit de overweging waarin het Gerecht verwijst naar de analyse van de Commissie²⁸ inzake toerekenbaarheid van de maatregelen genomen door BSCA aan het Waalse Gewest.²⁹ De Commissie had immers in de *Ryanair*-beschikking, maar vooral in de Uitnodiging,³⁰ reeds omstandig aangetoond dat de door BSCA verleende staatssteun aan het Waalse Gewest toerekenbaar was. Daarbij beperkte de Commissie zich niet tot het vaststellen van de meerderheidsparticipatie en de daaraan verbonden rechten in hoofde van het Waalse Gewest. Zij wees ook op het parallelisme en de verwevenheid tussen de overeenkomsten die het Waalse Gewest enerzijds en BSCA anderzijds met *Ryanair* hebben afgesloten. Uit deze vaststellingen leidde de Commissie af dat het onmogelijk is dat de steun die *Ryanair* genoot vanwege BSCA zonder de inmenging van het Waalse Gewest tot stand had kunnen komen.

De Commissie had aldus reeds vastgesteld dat de door BSCA verleende steun was toe te rekenen aan het Waalse Gewest. Het Gerecht, voortbouwend op de vaststelling van de Commissie, leek nog een stapje verder te gaan. 'Eenheid' lijkt aldus een overtreffende

trap van 'toerekenbaarheid'. Wat bracht het Gerecht er nu toe te besluiten dat 'toerekenbaarheid' niet volstaat om de verhouding tussen BSCA en het Waalse Gewest in het licht van de staatssteunbepalingen te karakteriseren?

Het is dienaangaande wellicht relevant te wijzen op de overweging van het Gerecht dat de financiële structuur van BSCA nauw aansluit bij die van het Waalse Gewest.³¹ In de *Ryanair*-beschikking stelde de Commissie hierover dat BSCA niet geconfronteerd werd met alle risico's die de activiteit van een onderneming kenmerken.³² Drie elementen haalde zij hiervoor aan. Ten eerste vestigde de Commissie de aandacht op de concessie voor vijftig jaar voor het beheer van een luchthaven. Op basis hiervan kan BSCA, naast het aanboren van andere bronnen van inkomsten, 65 procent van de luchthavenbelastingen innen. Ten tweede draagt BSCA niet alle kosten, en dus ook niet alle risico's, die samenhangen met de luchthavenactiviteiten in Charleroi. Daartoe wees de Commissie op het feit dat bijvoorbeeld grote reparaties, milieumaatregelen, bewaking, enz. ten laste van het Waalse Gewest vallen. Ten slotte stelde de Commissie vast dat de rechtsvorm van BSCA onduidelijk is. De openbare dienstverlening, waarmee zij blijkbaar belast is, wordt niet duidelijk omschreven, noch worden de compensaties daarvoor duidelijk vastgesteld.³³

Hierin lijkt BSCA (arrest *Ryanair*) zich te onderscheiden van SBT en Altus (arrest *Stardust Marine*). Uit het arrest *Stardust Marine* blijkt niet dat voornoemde ondernemingen niet werden blootgesteld aan het 'ondernemersrisico'. Integendeel, uit de uiteenzetting van de feiten blijkt dat zij wel degelijk waarachtige ondernemingen betroffen, weliswaar met de overheid als aandeelhouder. BSCA loopt een dergelijk risico klaarblijkelijk niet. Anderzijds gaat het waarschijnlijk te ver om BSCA zelf als een overheid – als belast met de uitoefening van overheidsprerogatieven – te kwalificeren. Uit het arrest *Aéroports de Paris* bleek reeds dat het ter beschikking stellen van luchthaveninstallaties van luchtvaartmaatschappijen en verschillende dienstverrichters tegen betaling van een vergoeding een economische activiteit betreft.³⁴ Ingevolge de ruime *Höfner en Elser*-rechtspraak³⁵ – die

23 Arrest *Dradenauer Stahlgesellschaft*, r.o. 123-131.

24 Arrest *Dradenauer Stahlgesellschaft*, r.o. 76 en 79.

25 Beschikking HvJ EG 25 april 2002, zaak C-323/00 P, *Dradenauer Stahlgesellschaft*, Jur. 2002, I-3919, r.o. 29 en 34.

26 HvJ EG 16 mei 2002, zaak C-482/99, *Frankrijk/Commissie (Stardust Marine)*, Jur. 2002, I-4397.

27 Arrest *Stardust Marine*, r.o. 56.

28 Arrest *Ryanair*, r.o. 56-57.

29 *Ryanair*-beschikking, par. 246. Zie ook: Steunmaatregelen van de Staten – België – Steunmaatregel C 76/2002 (ex NN 122/2002) – Voordelen die het Waalse Gewest en Brussels South Charleroi Airport hebben verleend aan luchtvaartmaatschappij *Ryanair* toen zij zich vestigde in Charleroi – Uitnodiging overeenkomstig artikel 88 lid 2 van het EG-Verdrag om opmerkingen te maken, Pb. EG C 18, 25 januari 2003, 103 e.v. ('Uitnodiging').

30 Zie vorige voetnoot.

31 Arrest *Ryanair*, r.o. 57.

32 *Ryanair*-beschikking, par. 162.

33 *Ryanair*-beschikking, par. 163-165.

34 Arrest *Aéroports de Paris*, r.o. 78. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de betrokken publieke onderneming blijkbaar zelf de tarieven voor het gebruik van de installaties kon vaststellen.

stelt dat elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd een onderneming betreft – lijkt er aldus weinig twijfel over te bestaan dat BSCA toch een onderneming betreft.

Het Gerecht leek aldus een tussenoplossing te zoeken voor die situatie, waarbij de gestrengheid inzake de vaststelling van toerekenbaarheid niet opportuun is, maar waarbij men evenmin kan vaststellen dat BSCA optreedt als een overheid die middelen uit de schatkist put teneinde de door haar verleende steunmaatregelen te financieren.

Het belang dat het Gerecht hechtte aan de tenlasteneming van het ondernemingsrisico, laat ook toe het arrest *Ryanair* te onderscheiden van het arrest *Dradenauer Stahlgesellschaft*. Een van de overwegingen van het Gerecht in dat arrest om te concluderen dat de Commissie had mogen besluiten dat geen economische eenheid aan de orde was, betrof de verdeling van risico's. Zo stelde het Gerecht vast dat de stad Hamburg, behoudens in het geval dat zij een op een overeenkomst gebaseerde kredietopdracht gaf, de risico's op kredieten in hoofde van HLB niet ten laste nam.³⁶ Tezelfdertijd kon het arrest *Ryanair* tevens bestaan naast het arrest *Pollmeier Malchow*.³⁷ In dat arrest besloot het Gerecht dat de Commissie, bij de toets of het in voorkomend geval daadwerkelijk om een KMO gaat, rekening mag houden met de omstandigheid dat de betrokken onderneming deel uitmaakt van een groter economisch geheel. Meer bepaald is die vraag aan de orde in het kader van het zelfstandigheids criterium. In een dergelijke situatie loopt die onderneming niet de risico's die een waarachtige KMO loopt.

Besluit

Het Gerecht introduceerde in het arrest in de zaak *Ryanair* een begrip dat tot nog toe zelden voorkwam in de beschikkingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Hof en het Gerecht. Centraal bij de notie van 'eenheid', al dan niet een juridische of economische, staat het ondernemingsrisico. Wanneer een overheid publiekrechtelijke ondernemingen opricht – hetgeen haar is toegestaan op grond van artikel 295 EG-Verdrag op voorwaarde dat zij zich daarbij houdt aan de andere verdragsbepalingen – dient zij die onderneming te belasten met het ondernemingsrisico. Alleen in dat geval zal die publieke onderneming in het licht van de staatssteunregels beschouwd worden als een zelfstandige entiteit. Zo niet dan dient een look through-benadering te worden toegepast, waarbij verder wordt gekeken dan de formeel-juridische structuur.

35 HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, *Hofner en Elser*, Jur. 1991, I-1979, r.o. 21.

36 Arrest *Dradenauer Stahlgesellschaft*, r.o. 128: De winsten en verliezen van de activiteiten van HLB hebben weliswaar gevolgen voor de begroting van de stad Hamburg, doch deze gevolgen hangen af van het totale resultaat van HLB. Verliezen uit een individuele kredietverrichting worden dus rechtstreeks noch volledig gedragen door de begroting van de stad Hamburg.

37 Zie hiervoor.