

HENGELER MUELLER

**Private Investor/Creditor Test – Schafft das EuG
Klarheit bei der Berücksichtigung von Alt-Beihilfen?**

Berliner Gesprächskreis zum Europäischen Beihilfenrecht

28. November 2016

HENGELER MUELLER

Agenda

- I. **Worum geht es?**
- II. **Wofür steht EuG *FIH* ./ *KOM* (Urt. 15.9.2016, Rs. T-386/14)?**
- III. **Was und wie wurde in *FIH* entschieden?**
- IV. **Zuvor unklar?**
 - **Genese Beihilfemitteilung 2016**
 - **EuGH-/EuG-Rechtsprechung**
- V. **Einordnung**
- VI. **Fazit**

I. Worum geht es?

- Beihilfenrechtlich relevanter Vorteil → Einfluss auf die Prüfung unter dem Market Economy Operator Principle (**MEOP**) in der jeweiligen Abwandlung
 - Market Economy Investor Principle / Private Investor Test (**MEIP/PIT**)
 - Private Creditor Test (**PCT**)
 - Private Vendor Test (**PVT**)
- Relevanz: andere Basis für MEOP
 - nur Neu-Investition (dann ggf. Rendite negativ) vs.
 - Einbeziehung Gegenwartswert bestehender Investition (dann ggf. Gesamtrendite positiv)
- Beispiele: bestehende Kapitalbeteiligungen / Rückzahlungsansprüche / Garantien; nicht hingegen z.B. verlorene Zuschüsse

II. Wofür steht EuG *FIH ./. KOM* (Urt. 15.9.2016, Rs. T-386/14)?

- Bestehen einer Beihilfe (Vorteil / MEOP) von KOM von Amts wegen zu prüfen (unabhängig davon, ob sich MS auf MEOP beruft)

„[t]he market economy investor test is not an exception that applies only if a Member State so requests. Where it is applicable, that test is among the factors the Commission is required to take into account for the purposes of establishing the existence of aid“ (Rz. 60)

- Vergleich mit Privatem in vergleichbarer Situation zur Zeit der weiteren Maßnahmen: (Erst)Investor, Creditor, Verkäufer

„It is logical to consider that a rational economic operator would have taken into account its exposure arising from a capital injection and a guarantee granted to a company in subsequent financial difficulty to determine ... whether ... it would be prudent to adopt certain measures to prevent the risk materialising. Such a decision would be taken having regard to the information available and foreseeable developments at that time“ (Rz. 63)

„It can be rational for an economic operator, having invested capital in a company to which he has also granted a guarantee, to adopt measures involving loss where they substantially reduce, if not eliminate, the risk of losing his capital and the enforcement of the guarantee.“ (Rz. 65)

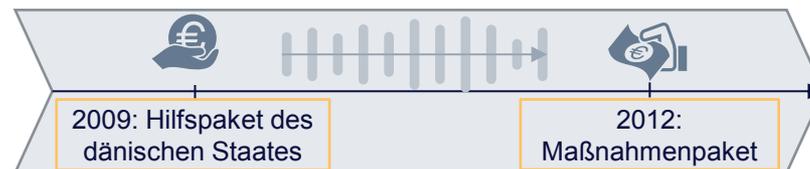
- **Kein Ausblenden von Alt-Beihilfen**

„the mere fact that a public undertaking has already made capital injections into a subsidiary that are classed as aid does not automatically mean that a further capital injection cannot be classed as an investment satisfying the market economy investor test“ [vgl. ING Groep] (Rz. 59)

III. Was und wie wurde in *FIH* entschieden? (1/3)

Sachverhalt

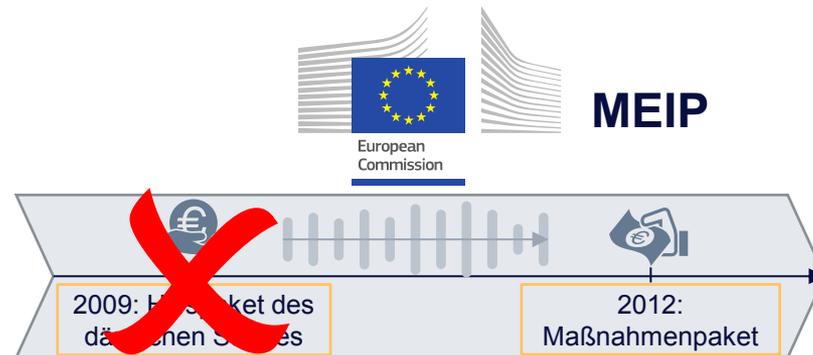
- Alt-Beihilfe (Juni/Juli 2009): Staatlich finanzierte **Kapitalzuführungen** iHv DKK 1,9 Mrd. (damals ca. EUR 225 Mio.) sowie staatliche **Garantiezusagen** iHv DKK 50 Mrd. (damals ca. EUR 6,31 Mrd.) an die dänische FIH Erhvervsbank A/S und Tochtergesellschaften (gemeinsam **FIH**) (**Beihilfen 2009**) → KOM: **mit dem Markt vereinbare Beihilfe**
- Erneute Mittelzuwendung (März 2012): Infolge zunehmender Liquiditätsprobleme beschliesst Dänemark weitere Unterstützung für FIH (**Maßnahmenpaket 2012**)
- Kommission genehmigt Maßnahmenpaket 2012 vorläufig aus Gründen der Finanzstabilität
- Dänemark und FIH-Gruppe erarbeitet Umstrukturierungsplan, um Bedenken der Kommission zu begegnen



III. Was und wie wurde in *FIH* entschieden? (2/3)

KOM-Entscheidung (Beschluss v. 11.3.2014, 2014/884/EU)

- Ergebnis: Maßnahmenpaket 2012 ist eine **mit dem Markt vereinbare Beihilfe** (Art. 107 (3) lit. b AEUV)
- Begründung: Beihilfe/Vorteil im Sinne des Market Economy Investor Principle (**MEIP**) / Private Investor Test (**PIT**)
*„Die Kommission zieht daher den Schluss, dass **kein marktwirtschaftlicher Wirtschaftsteilnehmer bereit gewesen wäre, zu mit den Bedingungen des Aktienkaufvertrags gleichwertigen Konditionen zu investieren**. Demzufolge entsprechen die Maßnahmen nicht dem Prinzip des marktwirtschaftlichen Wirtschaftsteilnehmers (MEOP).“ (Rz. 93)*
- Alt-Beihilfe: Keine Berücksichtigung der aus den Beihilfen 2009 resultierenden Ansprüche/Verbindlichkeiten Dänemarks bei der Prüfung des Vorteils; nur Indiz für schlechte wirtschaftliche Lage der FIH; Berücksichtigung erst iRd Vereinbarkeitsprüfung



III. Was und wie wurde in *FIH* entschieden? (3/3)

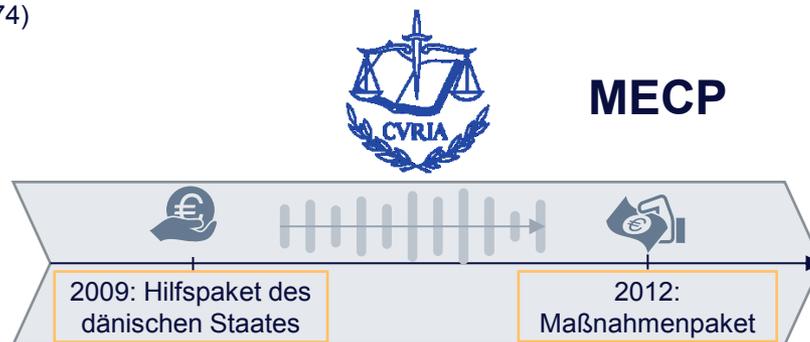
EuG-Urteil (Urt. v. 15.9.2016, Rs. T-386/14)

- Ergebnis: Anwendung des falschen Tests („*incorrect legal test*“, Rn. 80) → anstelle des MEIP/PIT hätte die Kommission den Private Creditor Test (**PCT**) anwenden müssen
- Begründung: aus den Beihilfen 2009 erwachsende finanzielle Interessen sind zu berücksichtigen

„The Kingdom of Denmark’s conduct, when it adopted the measures at issue in 2012, **cannot** be compared to that of an **investor** seeking to maximise its profit, but that of a **creditor** seeking to minimise the losses to which it is exposed in the event of inaction. ... the contested decision used an **incorrect reference framework** for its analysis.“ (Rz. 69)

- Zu Alt-Beihilfe:

“the Commission could **not refuse** to apply the market economy operator principle to the amendment to the repayment terms of a capital injection **solely on the ground that the initial capital injection constituted State aid.**“ (Rz. 73) “[ING Groep] illustrates that, in order to assess the existence of aid in a subsequent measure, **the fact that a previous measure contains an element of aid is not sufficient for refusing to take into account the effect of that measure.** If the Commission’s argument was correct, the market economy operator principle would never apply to the subsequent amendment of a measure that initially contained an aid element. ...what is decisive in the assessment of the subsequent measure is **whether the conduct of the State satisfies an economic rationality test**“ (Rz. 74)



IV. Zuvor unklar? – Genese Beihilfemitteilung 2016

In a nutshell: KOM schon zuvor skeptisch; Beihilfemitteilung 2016 schafft keine Klarheit

- Entwurfssfassung 2014 lehnte Berücksichtigung ab (v.a. unter Verweis auf *Land Burgenland*)

„Die Tatsache, dass die öffentliche Stelle sich bereits früher (z. B. als Anteilseigner, Kreditgeber oder Bürge) bei einem Unternehmen engagiert hat, sollte bei der Prüfung der Marktkonformität einer Transaktion berücksichtigt werden. Ein solches **früheres Engagement sollte jedoch nicht selbst das Ergebnis früherer staatlicher Beihilfen** oder einer nicht marktkonformen Maßnahme sein.“ (Rz. 109)

- Bundesregierung kritisierte den Entwurf unter Verweis auf *ING Groep* deutlich

„Stellenweise tendiert der Entwurf zu einer Ausdehnung des Beihilfebegriffs. So schließt Rz. 109 die Anwendung des market creditor-Prinzips in wichtigen Fällen aus. Hier wird **lediglich das Bank Burgenland-Urteil ... zitiert, während das davon abweichende neuere Urteil des EuG in [ING Groep] keine Erwägung findet**“

- Beihilfemitteilung 2016: nicht mehr automatische Nichtberücksichtigung, aber weiterhin skeptische Haltung KOM

„Die Tatsache, dass die betreffende öffentliche Stelle sich bereits früher wirtschaftlich bei einem Unternehmen engagiert hat, sollte bei der Prüfung der Marktkonformität einer Transaktion berücksichtigt werden, **vorausgesetzt dass ein vergleichbarer privater Wirtschaftsbeteiligter ein solches früheres Engagement aufweisen könnte** (zum Beispiel als Anteilseigner eines Unternehmens).“ (Rz. 106) „Das frühere Engagement sollte jedoch **nicht berücksichtigt werden, wenn es sich aus einer Maßnahme ergibt, die bei einer Gesamtwürdigung aller Aspekte dieser Maßnahme von einem nach Gewinn strebenden privaten Investor nicht hätte getroffen werden können.**“ (Fn. 164)



IV. Zuvor unklar? – EuGH-/EuG-Rechtsprechung

Alt-Beihilfen zu berücksichtigen

- *ING Groep* (EuGH, Urt. v. 3.4.2014, Rs. C-224/12 P)

Die finanzielle Konsequenzen der Alt-Beihilfe müssen im Rahmen des MEOP bewertet werden, da "*auch ein privater Kapitalgeber in der Lage sein könnte, eine solche Änderung zu akzeptieren*" (Rz. 36)

- Weitere Entscheidungen (u.a. *BP Chemicals* 1998) tendenziell offen, bejahen die Berücksichtigungsfähigkeit aber nicht ausdrücklich; einige eher Thema Gesamtwertung als einheitliche Beihilfe

Verpflichtungen des Staates als Träger öffentlicher Gewalt nicht zu berücksichtigen

- *Land Burgenland* (EuGH, Urt. v. 24.10.2013, Verb, Rs. C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P)

Privatisierung, Zuschlag auf zweithöchstes Angebot, Verbindlichkeiten aus Ausfallhaftung des Staates? → Die Verpflichtungen, die dem Staat als Träger der öffentlichen Gewalt obliegen, sind unbeachtlich iRd PVT. Ein privater Verkäufer hätte solche Verpflichtungen zuvor nicht übernommen

- *Gröditzer Stahlwerke* (EuGH, Urt. v. 28.1.2003, Rs. C-334/99)

Privatisierung, negativer Kaufpreis → Die dem Staat als Träger der öffentlichen Gewalt obliegenden Verpflichtungen dürfen nicht in die Berechnung einbezogen werden

- *Hytasa* (EuGH, Urt. v. 14.9.1994, verb. Rs. C-278/92, C-279/92 und C-280/92)

Privatisierung, Kapitalaufstockungen, Kosten der AN-Entlassung, Zahlung Arbeitslosenunterstützung und Wiederherstellung der industriellen Struktur? → Bei Berechnung der Kosten für die alternative Abwicklung dürfen dem Staat als Träger öffentlicher Gewalt obliegenden Verpflichtungen nicht berücksichtigt werden

V. Einordnung (1/2)

Test:

- **Rationaler Market Economy Operator**
- **in vergleichbarer Situation**
 - Bestehende Verpflichtungen haben Einfluss auf die Entscheidung
 - Basis der ökonomischen Betrachtung dadurch ggf. verändert: (Erst)Investor vs. Creditor, Vendor
- auf Basis der Informationen und absehbaren Entwicklungen **im Zeitpunkt der (neuen) Entscheidung**
 - z.B. bzgl. früherer Maßnahme (u.U. Beihilfe): aktueller (Liquidations-)Wert und Rückholbarkeit, nicht Ausgangswert des früheren Investments (abweichend von Betrachtung als einheitliche Maßnahme)
 - Aktuelle Gegebenheiten (z.B. bestehende Verpflichtungen) nicht aufgrund vergangener Weichenstellungen (z.B. Alt-Beihilfe) auszublenden → These: Beihilferechtliche Bewertung früherer Maßnahme irrelevant
- Weiterhin differenzierte Betrachtung, wenn aktuelle Weichenstellung durch Rolle des Staates als Träger öffentlicher Gewalt determiniert → Ausblenden solcher **Erwägungen, die der Staat als Träger öffentlicher Gewalt im Zeitpunkt der (neuen) Entscheidung anstellt**
 - z.B. Auswirkungen auf Arbeitslosenunterstützung, allgemeine Wirtschaftsstruktur, Standortsanierung (jenseits bestehender Verpflichtungen), Steuereinnahmen → Begründung und Ergebnis in Land Burgenland zweifelhaft

V. Einordnung (2/2)

Keine Umgehung der Beihilfenkontrolle

- Schutzzweck des Beihilfenrechts
 - Neben der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen auch „**wirtschaftlich vernünftiges Verhalten**“ des **Staates** (EuG, Urteil v. 17.10.2002, T-98/00 – Linde ./ . Kommission)
 - Ausschluss der Alt-Beihilfen „*would be illogical*“ (FIH, Rz. 67)
- Wirtschaftliche Gesamtbetrachtung
- Absicherung durch Verfahren zur Genehmigung der Alt-Beihilfe; etwaige frühere Vorhersehbarkeit weiterer Mittelzuwendungen in Prüfung der Alt-Beihilfe (jeweils *ex ante* zum relevanten Zeitpunkt) zu berücksichtigen → keine Perpetuierung von Wettbewerbsverzerrungen

Rolle des Staates – Vergleich im Zeitpunkt der neuen Beihilfeentscheidung, nicht hingegen punktueller Ausblenden früheren Handelns aufgrund früherer Motivationen

- **Ratio** der Nicht-Berücksichtigung hoheitlichen Handelns → **Ausblenden allgemeiner politischer Erwägungen** (z.B. Folgekosten für Sozialkasse)
- Alt-Beihilfen führen aber zu Konstellationen, in denen sich gleichsam auch private Wirtschaftsteilnehmer befinden können (z.B. Kapitalbeteiligung, Bürgschaften, etc.)
- Beihilfenkontrolle stets Zeitpunktaufnahme in komplexem, durch zahlreiche Faktoren beeinflusstem Umfeld

VI. Fazit

- Schafft **FIH Klarheit?** – **Ja**, Alt-Beihilfen berücksichtigungsfähig → weitergehende These: auch für rationalen Market Economy Operator im Zeitpunkt der (neuen) Entscheidung nicht maßgeblich, was ursprünglich zu bestehenden Verpflichtungen geführt hat
- **Vollständiges Abrücken von *Land Burgenland*, *Gröditzer Stahlwerke* und *Hytesa*?** – **Nein**, aber Nicht-Berücksichtigung bestimmter Verpflichtungen des Staates (als Träger öffentlicher Gewalt) in spezifischer Situation bildet keinen allgemeinen Grundsatz der Nicht-Berücksichtigungsfähigkeit von Alt-Beihilfen
 - Aus *Land Burgenland* wird nicht aufrechterhalten: Alt-Beihilfe bildet definitionsgemäß genuin hoheitliches Handeln und ist deshalb nicht zu berücksichtigen
 - Auch in *FIH* aber offengehalten: „*It is for the Commission, as part of its application of the correct legal test, if necessary to give due effect to the judgment in Land Burgenland*, in which the guarantee at issue covered neither a specific period nor a specific amount ...” (Rz. 81)



Dr. Jan D. Bonhage

Hengeler Mueller
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Behrenstraße 42
10117 Berlin

+49 30 20374 173
jan.bonhage@hengeler.com