



Datum van inontvangstneming : 16/07/2018

Zaak C-385/18

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

11 juni 2018

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

5 april 2018

Appellanten:

Arriva Italia Srl

Ferrotramviaria SpA

Consorzio Trasporti Aziende Pugliesi (CO.TRA.P)

Geïntimeerden:

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

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

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep tegen het tussen partijen gewezen vonnis van de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Lazio, Italië; hierna: „TAR”) betreffende de overdracht van de deelneming van het Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (ministerie van Infrastructuur en Transport) in Ferrovie del Sud Est aan Ferrovie dello Stato Italiane SpA

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van artikel 107 en artikel 108, lid 3, VWEU

Artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

„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 wet nr. 208 van 28 december 2015, zoals gewijzigd bij decreto legge nr. 50 van 24 april 2017, en de daaropvolgende overdracht van deze marktdeelnemer aan een andere marktdeelnemer, zonder aanbesteding en om niet, in de uiteengezette feitelijke en juridische omstandigheden staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie?

Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, moet dan worden nagegaan of de betrokken staatssteun verenigbaar is met het Unierecht en wat de gevolgen zijn van het feit dat die steun niet is aangemeld overeenkomstig artikel 10[8], lid 3, VWEU?”

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 107, artikel 108, lid 3, en artikel 345 VWEU

Mededeling 2016/C 262/01 van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad

Besluiten van de Europese Commissie C(2012) 9448 final van 19 december 2012 en C(2014) 1824 van 27 maart 2014

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 1, lid 867, van legge 28 dicembre 2015, n. 208, recante Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato [wet nr. 208 van 28 december 2015 houdende bepalingen betreffende de opstelling van de jaarlijkse en meerjaarlijkse staatsbegroting (stabiliteitswet 2016; hierna: „stabiliteitswet”)]

Decreto ministeriale del 12 gennaio 2016, n. 9 (ministerieel besluit nr. 9 van 12 januari 2016)

Decreto ministeriale del 4 agosto 2016, n. 248 (ministerieel besluit nr. 248 van 4 augustus 2016; hierna: „besluit nr. 248/16” of „bestreden besluit”)

Artikel 16, lid 4, van legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (wet nr. 287 van 10 oktober 1990 houdende bepalingen voor de bescherming van de mededinging en de markt)

Artikel 47, lid 7, van decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, recante 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 convertito dalla legge 21 giugno 2017, n. 96 (wetgevend besluit nr. 50 van 24 april 2017 houdende financiële spoedmaatregelen, initiatieven ten behoeve van de territoriale overheden, aanvullende maatregelen voor door aardbevingen getroffen gebieden en ontwikkelingsmaatregelen, omgezet bij wet nr. 96 van 21 juni 2017)

Artikel 1 van decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, recante Norme per l’accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni; convertito dalla legge 30 luglio 1994, n. 474 (wetgevend besluit nr. 332 van 31 mei 1994 houdende bepalingen ter versnelling van de procedures voor verkoop van deelnemingen van de Staat en overheidsinstanties in vennootschappen op aandelen, omgezet bij wet nr. 474 van 30 juli 1994; hierna: „besluit nr. 332/94”).

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Bij artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet bepaalde de Italiaanse Staat dat Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici SpA (hierna: „FSE”) – een vennootschap die destijds volledig in handen was van het Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, en die door de Regione Puglia (regio Apulië) was belast met de exploitatie en het onderhoud van de spoorweginfrastructuur, met het openbaar personenvervoer per spoor en aanvullende diensten over de weg – gezien haar ernstige financiële moeilijkheden onder de leiding van een curator zou komen te staan. Aan die bepaling moest uitvoering worden gegeven door een besluit van de Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti (minister van Infrastructuur en Transport). Volgens die bepaling diende de curator tevens een saneringsplan op te stellen dat gericht was op de verlaging van de exploitatiekosten, en ten behoeve van de Ministro delle infrastrutture e dei trasporti voorstellen voor de overdracht of vervreemding van de vennootschap te formuleren. Daarnaast stond deze bepaling toe dat in de staatsbegroting 70 miljoen EUR werd toegewezen om de bedrijfscontinuïteit van de vennootschap tijdens de uitvoering van het saneringsplan te garanderen.
- 2 De Ministro delle infrastrutture e dei trasporti heeft besluiten vastgesteld voor de uitvoering van deze bepaling. Bij besluit nr. 9/16 beschikte hij dat de

vennootschap onder de leiding van een curator kwam te staan en dat het bij de stabiliteitswet toegewezen bedrag van 70 miljoen EUR ook zonder de toestemming van de publieke vennoot kon worden gebruikt om te garanderen dat de door FSE beheerde dienst volgens de normale gang werd voortgezet. Bij besluit nr. 248/16 heeft hij diens volledige deelneming in het kapitaal van FSE overgedragen aan Ferrovie dello Stato Italiane SpA, een vennootschap die dan weer volledig in handen was van het Ministero dell'economia e delle finanze (ministerie van Economie en Financiën). Volgens artikel 1 van besluit nr. 248/16 moest de verkrijger aan de volgende criteria voldoen: a) de overheidsdeelnemingen dienden rendabel te worden gemaakt in het kader van een reorganisatie binnen één economisch geheel met dezelfde eigenaar (de overheid); b) de verkrijger diende over industriële kwaliteiten en over een vermogen te beschikken die een garantie vormden voor de voortzetting van het werk en de dienst en uit het oogpunt van de crediteuren, en c) de vennootschap moest worden gesaneerd. Gelet op deze criteria werd in het besluit bepaald dat Ferrovie dello Stato SpA om niet werd overgedragen.

- 3 Nadat het Ministero delle infrastrutture e dei trasporti bij nota (hierna: „nota van 28 november 2016”) had vastgesteld dat aan de voorwaarden van besluit nr. 248/16 was voldaan, werd op 28 november 2016 de overdrachtsovereenkomst gesloten. Uit de nota van 28 november 2016 volgt dat Ferrovie dello Stato SpA formeel verplicht was om de vermogenssituatie van de overgedragen vennootschap weer in evenwicht te brengen, en dat de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (autoriteit ter verzekering van de mededinging en de marktwerking; hierna: „mededingingsautoriteit”) bij besluit nr. 26234 van 21 november 2016 had besloten af te zien van een onderzoek als bedoeld in artikel 16, lid 4, van wet nr. 287/90 ten aanzien van de kennisgeving van deze overdracht. De nota van 28 november 2016 specificceert dat het toegewezen bedrag van 70 miljoen EUR uitsluitend mag worden gebruikt om in de financiële behoeften van de afdeling spoorweginfrastructuur van FSE te voorzien, in overeenstemming met de Unieregelgeving.
- 4 Na de overdracht is de laatste zin van artikel 1, lid 867, van de stabiliteitswet vervangen door artikel 47, lid 7, van besluit nr. 50/17, dat als volgt luidt: „Onverminderd de verplichtingen waarin dit lid voorziet, worden voor het jaar 2016 uitgaven van 70 miljoen EUR goedgekeurd. De betreffende 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 vennootschap 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 besluit [nr. 248/16].”
- 5 Arriva Italia Srl, Ferrotramviaria SpA en Consorzio Trasporti Aziende Pugliesi (CO.TRA.P) – alle drie ondernemingen die in dezelfde sector als FSE actief zijn (openbaar vervoer per spoor of over de weg) en interesse in de verwerving van deze onderneming hadden getoond – hebben nietigverklaring van besluit

nr. 248/16 gevorderd. Daarbij hebben zij ten eerste aangevoerd dat het ministerie ervoor heeft gekozen om bij de overdracht van zijn deelneming zonder aanbesteding niet de procedures van besluit nr. 332/94 te volgen, waarvan lid 2 bepaalt dat de „vervreemding van de deelnemingen als bedoeld in lid 1 plaatsvindt onder transparante en niet-discriminerende voorwaarden, waarmee tevens wordt beoogd om de aandelen onder het publiek van spaarders en institutionele investeerders te verspreiden”, en ten tweede dat deze transactie niet bij de Commissie is aangemeld en dat de standstillverplichting als bedoeld in artikel 108, lid 3, VWEU niet is nagekomen.

- 6 De TAR heeft deze grieven afgewezen. Volgens deze rechter was niet aan de vereisten voor de toepassing van besluit nr. 332/94, lid 2, voldaan, aangezien de betrokken overdracht van aandelen geen privatisering was, maar een „reorganisatie binnen één economisch geheel met dezelfde eigenaar (de overheid)”, zoals bepaald in het bestreden ministeriële besluit. Volgens hem zou in geval van privatisering artikel 108, lid 3, VWEU niet van toepassing zijn geweest, en viel daarnaast te betwijfelen of er in casu sprake was van staatssteun. De TAR wijst erop dat uit de nota van 28 november 2016 volgt dat het toegewezen bedrag van 70 miljoen EUR niet bestemd was om de exploitatiekosten van de vennootschap of de bedrijfsverliezen te dekken, maar om de exploitatie van de spoorweginfrastructuur te ondersteunen, welke handeling buiten de staatssteunregeling valt omdat zij betrekking heeft op een sector die niet voor mededinging openstaat.

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 7 Verzoekers in eerste aanleg hebben hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) en hebben daarbij dezelfde grieven aangevoerd als die welke de TAR had afgewezen. Het Ministero delle infrastrutture e dei trasporti en Ferrovie dello Stato SpA hebben verweer gevoerd.
- 8 Appellanten voeren nogmaals aan dat de vervreemding van de betrokken aandelen duidelijk staatssteun vormt, in de klassieke vorm van een niet-terugvorderbare overheidssubsidie voor herstructurering met het doel de ernstige financiële moeilijkheden van FSE het hoofd te bieden. Daarom is volgens hen artikel 108, lid 3, VWEU geschonden. Daarnaast betwisten zij de bindende werking van de nota van 28 november 2016, waarin wordt verklaard dat de betrokken toewijzing zou worden gebruikt ter ondersteuning van de exploitatie van de spoorweginfrastructuur. Appellanten wijzen erop dat ook de exploitatie van de spoorweginfrastructuur een ondernemingsactiviteit kan vormen – in elk geval volgens de mededeling van de Commissie –, en financiële ondersteuning daarvan door de overheid derhalve staatssteun kan vormen.
- 9 Appellanten merken op dat ook een herschikking van deelnemingen binnen een kring van publieke aandeelhouders een marktvoordeel kan opleveren dat de toepassing van de regeling inzake staatssteun kan rechtvaardigen. De Staat heeft

zich volgens hen immers niet als een marktdeelnemer gedragen – die zich richt naar de door de Commissie gestelde voorwaarden – aangezien de deelneming door FSE aan Ferrovie dello Stato SpA om niet is overgedragen, met financiële steun van de Staat. De Staat zou niet voldoen aan het criterium van een particuliere investeerder in een markteconomie, zoals uitgewerkt in de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna: „Hof”), omdat er geen aanbestedingsprocedure heeft plaatsgevonden, zodat er sprake is van een schending van artikel 345 VWEU.

- 10 Daarnaast betwisten appellanten dat de oorspronkelijke onrechtmatige situatie met de bij besluit nr. 50/17 aangebrachte wijzigingen kan worden verholpen. Voorts verzoeken zij om het Hof bepaalde prejudiciële vragen voor te leggen voor het geval dat hun grieven ongegrond worden verklaard.
- 11 Het Ministero delle infrastrutture e dei trasporti en Ferrovie dello Stato SpA betogen, onder verwijzing naar punt 219 van de mededeling van de Commissie, dat het toegewezen bedrag van 70 miljoen EUR uitsluitend bestemd is om in de behoeften van de afdeling spoorweginfrastructuur te voorzien – waarvan de activiteiten onder een wettelijk monopolie vallen – en derhalve geen steun vormt die een – voor het Unierecht relevant – onrechtmatig concurrentievoordeel voor de ontvanger kan opleveren. Deze bestemming, die aanvankelijk alleen in de nota van 28 november 2018 was opgenomen, zou vervolgens, met de bij besluit nr. 50/17 ingevoerde wijzigingen, in de stabiliteitswet zijn opgenomen. Daaruit volgt dat de verplichtingen van artikel 108, lid 3, VWEU niet gelden.
- 12 Ferrovie dello Stato SpA voert daarnaast aan dat FSE haar diensten verleent binnen een geografisch beperkte context, die niet aan mededinging blootstaat, en dat deze diensten uitsluitend lokaal verkeer betreffen. Ook kan een risico van kruissubsidiëring worden uitgesloten, dankzij een systeem van gescheiden boekhouding, dat het mogelijk maakt om de bestemming van het toegewezen bedrag in acht te nemen. Daarnaast benadrukt deze vennootschap dat, zoals door de mededingingsautoriteit is bevestigd, er geen sprake kan zijn van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU indien de publieke deelnemingen louter worden herschikt, hetgeen tot de discretionaire bevoegdheid van de staat behoort, en dit geen verstoring van de markt met zich brengt.
- 13 Appellanten brengen daartegen in dat het toegewezen bedrag oorspronkelijk niet bedoeld was om in de behoeften van de afdeling spoorweginfrastructuur te voorzien, en dat de Italiaanse Staat daarom de aanmeldings- en standstillverplichting als bedoeld in artikel 108, lid 3, VWEU had moeten nakomen. De schending daarvan maakt de vastgestelde maatregel volgens de rechtspraak van het Hof onrechtmatig, zonder enige mogelijkheid om dit gebrek achteraf te herstellen. Daarnaast moet de steun volgens hen worden geacht in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU te zijn verleend, aangezien het toegewezen bedrag is gebruikt om bedrijfsverliezen te dekken.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 14 Volgens de Consiglio di Stato is niet duidelijk of de overdracht van bedrijfsactiviteiten door een marktdeelnemer aan een andere marktdeelnemer binnen dezelfde bedrijfssector, zonder aanbesteding en om niet, en de toewijzing van 70 miljoen EUR om een vermogenssituatie weer in evenwicht te brengen, staatssteun vormen, en dient – ook al staat het aan de Commissie de verenigbaarheid daarvan met de gemeenschappelijke markt te beoordelen – krachtens artikel 267, eerste alinea, onder a), VWEU een prejudiciële vraag aan het Hof te worden voorgelegd.
- 15 Om te beginnen moet worden vastgesteld of er sprake kan zijn van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU in het geval van een overdracht van aandelen waarbij het volledige kapitaal van een vennootschap (in casu, FSE) door een ministerie wordt overgedragen aan een vennootschap die volledig in handen is van een ander ministerie (in casu, Ferrovie dello Stato SpA).
- 16 Ferrovie dello Stato SpA is de holding van de groep die binnen de spoorwegsector het grootste marktaandeel heeft. Via de vennootschappen van de groep is zij werkzaam binnen het lokale vervoer, in de sector van goederenvervoer per spoor en die van personenvervoer op de middellange en de lange afstand, en heeft zij een concessie voor de exploitatie van het nationale spoornet.
- 17 Aangezien volgens de rechtspraak van het Hof elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, voor de toepassing van de mededingingsregels als een onderneming kan worden aangemerkt (zie arresten van 23 april 1991, C-41/90, Hofner en Elser; 11 december 1997, C-55/96, Job Centre; 18 juni 1998, C-35/96, Commissie/Italië; 16 maart 2004, C-264/01, AOK Bundesverband, en 23 maart 2006, C-237/04, Enirisorse), kan Ferrovie dello Stato SpA onder dit begrip vallen, dat relevant is voor de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU.
- 18 In de eerste plaats moet evenwel worden bedacht dat vervoer per spoor volgens verordening nr. 1370/2007 eveneens een dienst van algemeen economisch belang is die onderworpen is aan openbaardienstverplichtingen, zodat de transactie die voorwerp van het geding is, binnen de werkingssfeer van artikel 106, lid 2, VWEU zou kunnen vallen, dat ziet op „ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang”.
- 19 Tot toewijzing, bij de stabiliteitswet, van 70 miljoen EUR (200 miljoen EUR op het tijdstip dat de curator is aangesteld, volgens de processtukken) is besloten om ernstige financiële problemen te verhelpen, nadat was geconstateerd dat de onderneming zonder nieuwe kapitaalbreng niet kon worden gesaneerd. Uit de stukken blijkt voorts dat de vennootschap in januari 2017, enkele maanden na de betrokken overdracht, een verzoek om een preventief akkoord heeft ingediend. Daarom kan niet worden uitgesloten dat deze toewijzing valt onder de prerogatieven van de aandeelhouder en het gewettigd belang van de Staat om het

voortbestaan van de vennootschap waarin hij een aandeel heeft, te garanderen. Deze maatregel zou derhalve niet bedoeld zijn om de adressaat een economisch voordeel verstrekken, en dus niet leiden tot vervalsing van de concurrentie ten gunste van „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” als bedoeld in artikel 107, lid 1, VWEU.

- 20 Dit lijkt te worden bevestigd door het feit dat – zoals uit het bestreden besluit kan worden afgeleid – de transactie niet is uitgevoerd om de marktpositie van de vennootschap te verbeteren, maar om een openbare onderneming in financiële problemen te saneren door overdracht ervan aan een publieke onderneming, Ferrovie dello Stato SpA, die in dezelfde sector actief is en over passende technische en economisch-financiële capaciteiten beschikt.
- 21 Op deze transactie lijkt derhalve het neutraliteitsbeginsel van artikel 345 VWEU van toepassing te zijn, op grond waarvan de lidstaten gerechtigd zijn het doel na te streven om voor sommige ondernemingen een regeling van overheidseigendom in te voeren of te handhaven, waaruit het beginsel van gelijke behandeling van openbare ondernemingen en particuliere ondernemingen voortvloeit.
- 22 Tegen het argument van appellanten dat inbreuk is gemaakt op artikel 345 VWEU omdat niet is voldaan aan het criterium van de particuliere marktdeelnemer in een markteconomie, kan volgens de rechter worden ingebracht dat de overdracht van een overheidsdeelneming aan een overheidsonderneming die in dezelfde economische sector actief is en over passende capaciteiten beschikt, rechtmatig kan worden geacht indien daarmee wordt beoogd een vennootschap in moeilijkheden weer rendabel te maken. Volgens het Hof mag een staatsholding immers de verliezen van een dochteronderneming compenseren indien een verbetering van de rentabiliteit te verwachten is (zie arrest van 21 maart 1991, C-303/88, Lanerossi I), en dat is het uitdrukkelijke streven van het bestreden besluit.
- 23 Ook het feit dat volgens de rechtspraak van het Hof slechts sprake is van staatssteun in de zin van het Verdrag als de betrokken steunmaatregel „met staatsmiddelen” is bekostigd en dus op de overheidsbegroting drukt, kan twijfel doen rijzen over de toepasbaarheid van artikel 107 VWEU op de onderhavige zaak (zie bijvoorbeeld arrest van 14 oktober 1987, C-248/84, Duitsland/Commissie). In een dergelijke context is niet duidelijk of er sprake is van staatssteun in het geval waarin het beweerde economische voordeel als gevolg van de overdracht van aandelen als zodanig en/of de verstrekking van 70 miljoen EUR zich heeft voorgedaan tussen twee entiteiten die volledig in handen zijn van de Staat en die geen zelfstandige jaarrekeningen indienen, maar waarvan de ramingen van de uitgaven worden samengevoegd in één enkele overheidsbegroting. De toewijzing van 70 miljoen EUR tussen twee entiteiten die geen zelfstandige jaarrekening presenteren zou als „neutraal” kunnen worden aangemerkt met het oog op het criterium van bekostiging „met staatsmiddelen” als bedoeld in artikel 107, lid 1, VWEU.

- 24 Tot slot moet worden opgemerkt dat de overheidsmiddelen in de oorspronkelijke versie van de onderzochte maatregel bestemd leken te zijn voor de compensatie van de bedrijfsverliezen van FSE, doch volgens de eindversie zouden worden gebruikt ten bate van de infrastructuur, zodat er niet langer sprake lijkt van een rechtstreeks economisch voordeel voor de eindbegunstigde, dat een essentiële factor is om een maatregel als staatssteun in de zin van het VWEU te kunnen kwalificeren.
- 25 Indien de betrokken maatregelen toch als staatssteun moeten worden aangemerkt, dan is het de vraag of zij verenigbaar zijn met het VWEU.
- 26 In dit verband moeten de bij besluit nr. 50/17 in de stabiliteitwet ingevoerde wijzigingen worden onderzocht, volgens welke de toewijzing uitdrukkelijk dient om verliezen te dekken en in de financiële behoeften van de door FSE beheerde spoorweginfrastructuur te voorzien, overeenkomstig de Uniebeginselen en -regelgeving op het gebied van staatssteun, zoals bevestigd in de mededeling van de Commissie, volgens welke de financiering van spoorweginfrastructuur „het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloedt [en] de mededinging [niet] vervalst” (punt 219).
- 27 In deze mededeling is evenwel ook gepreciseerd dat, zoals uit het arrest Altmark blijkt, overheidsfinanciering van spoorweginfrastructuur slechts van de werkingssfeer van de Unieregelgeving inzake staatssteun kan worden uitgesloten indien is aangetoond dat deze financiering „niet kan worden gebruikt voor kruissubsidiëring of indirecte subsidiëring van andere economische activiteiten, met inbegrip van de exploitatie van de infrastructuur” (punt 212). In dit opzicht zouden de aangebrachte wijzigingen niet volstaan om de eventuele onrechtmatigheid van de oorspronkelijke versie van de stabiliteitwet te verhelpen.
- 28 Dienaangaande hebben appellanten de rechtspraak van het Hof aangehaald volgens welke een maatregel die staatssteun vormt met betrekking waartoe de verplichtingen van artikel 108, lid 3, VWEU niet zijn nagekomen hoe dan ook onrechtmatig is en niet kan worden gecorrigeerd, ongeacht of deze maatregel verenigbaar is met de interne markt (zie arresten van 21 november 1991, C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires; 12 februari 2008, C-199/06, CELF, en 18 december 2008, C-384/07, Wienstrom GmbH).
- 29 In casu zou ten gevolge van het feit dat de vermeende steun niet is aangemeld, niet kunnen worden nagegaan of de beginselen in acht zijn genomen die het Hof in het arrest Altmark heeft ontwikkeld, namelijk dat: a) de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast moet zijn met de uitvoering van openbardienstverplichtingen; b) de verstrekte overheidsmiddelen ter compensatie van deze verplichtingen moeten zijn berekend op basis van parameters die op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld; c) de compensatie niet hoger mag zijn dan nodig is om de onderneming belast met de uitvoering van

openbaredienstverplichtingen te helpen en een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen te garanderen; d) de kosten in verband met de nakoming van de dienstverplichtingen door de onderneming die zonder openbare aanbesteding daarmee is belast, voortkomen uit een goed beheer.

- 30 Zoals ook blijkt uit de door appellanten geciteerde besluiten van de Europese Commissie van 19 december 2012 C(2012) 9448 (inzake door Sea SpA, een vennootschap met een overheidsdeelneming, aan haar dochteronderneming Sea Handling SpA verstrekte steun in de vorm van kapitaalbijbreng) en 27 maart 2014 C(2014) 1824 (inzake door Rete Ferroviaria Trenitalia SpA aan Trenitalia SpA verstrekte steun door middel van de overdracht om niet van een aantal assets van de spoorweginfrastructuur voor de nakoming van openbaredienstverplichtingen in de goederenvervoersector), lijkt het ontbreken van een openbare aanbestedingsprocedure in deze optiek een kritiek punt.
- 31 Ook al is dit laatste besluit interlocutoir, het is in casu wel relevant, aangezien de Commissie zich daarbij het recht voorbehield om na verder onderzoek te beoordelen of de maatregel verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt – wat betreft de mogelijkheid dat deze bijbreng van goederen werd gerechtvaardigd door de nakoming van openbaredienstverplichtingen betreffende spoorvervoer – doch op grond van de veronderstelling dat de transactie kon worden aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.
- 32 Het lijkt derhalve van doorslaggevend belang om vast te stellen of de betrokken maatregelen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormen en of de onrechtmatigheid van de overdracht van FSE aan Ferrovie dello Stato SpA onomkeerbaar is.
- 33 Voorts moet worden verduidelijkt of het bij de stabiliteitswet toegewezen bedrag van 70 miljoen EUR werkelijk aan FSE is betaald en of Ferrovie dello Stato SpA derhalve daarvan heeft geprofiteerd. Dit punt roept twijfel op, aangezien de financiering blijkt te zijn gebruikt om de verliezen van het boekjaar 2016 te dekken.
- 34 Appellanten baseren zich op het proces-verbaal van de hoorzitting bij de vervoerscommissie van de Camera dei Deputati (kamer van afgevaardigden) van 24 oktober 2017, waaruit blijkt – met name uit de verklaringen van de vertegenwoordiger van FSE – dat het toegewezen bedrag voorwerp is geweest van een boekhoudkundige transactie, waarbij er in materiele zin geen gelden uit de staatskas zijn gevloeid. Daarom is niet duidelijk of de maatregel in kwestie kan worden geacht reeds te zijn uitgevoerd, en dus had moeten worden aangemeld overeenkomstig artikel 108 VWEU, dan wel kan aangemerkt als een „voornemen” in de zin van lid 3 van dit artikel.
- 35 Verder moet worden bedacht dat Ferrovie dello Stato SpA erop heeft gewezen dat, met het oog op de nakoming van de regelgeving inzake staatssteun, de jaarrekening niet doorslaggevend is, aangezien alleen moet worden gekeken naar

het systeem van gescheiden boekhouding van de kosten en opbrengsten met betrekking tot het beheer van de infrastructuur ten opzichte van de andere uitgeoefende economische activiteiten, dat door de overgenomen vennootschap wordt toegepast.

- 36 Het is wat kruissubsidiëring betreft dus niet duidelijk of is voldaan aan het vereiste dat het betrokken bedrag is uitgekeerd voor zover de overheidsfinanciering uitsluitend is gebruikt om het resultaat van het boekjaar te corrigeren, of dat daarentegen uitsluitend belang moet worden gehecht aan de regeling van boekhoudkundige scheiding die op de exploitanten van de sector van toepassing is.
- 37 Een ander omstreden punt betreft de gevolgen van de steun voor de mededinging, waarvan volgens vaste rechtspraak moeten worden beoordeeld of zij de handel binnen de gemeenschappelijke markt kunnen beïnvloeden (zie arresten Hof van 21 maart 1990, C-142/87, Tubemeuse; 6 juli 1995, gevoegde zaken T-447/93–T-449/93, Aitec; 19 september 2002, C-114/00, Spanje/Commissie, en 21 juli 2005, C-71/04, Xunta de Galicia). Volgens deze rechtspraak is steun uitsluitend niet relevant indien deze een product of een dienst betreft waarvan handel binnen de Europese Unie ondenkbaar is.
- 38 De relevante sector voor de betrokken transactie is die van het regionale passagiersvervoer waarvan de diensten worden aangeboden binnen een beperkt geografisch gebied.
- 39 In casu heeft de mededingingsautoriteit uitgesloten dat de betrokken concentratie leidt tot een beperking van de concurrentie op de twee markten die in dit geding aan de orde zijn, dat wil zeggen, die van vervoerdiensten per spoor en die van vervoer over de weg. Wat de eerste markt betreft, heeft de verkrijging van FSE door Ferrovie dello Stato SpA immers slechts tot gevolg dat een marktdeelnemer door een andere wordt vervangen in het kader van een betrekking die onder een wettelijk monopolie valt. Wat daarentegen de tweede markt betreft, daar heeft Consorzio Trasporti Aziende Pugliesi (CO.TRA.P) het grootste marktaandeel, terwijl FSE en Ferrovie dello Stato SpA respectievelijk op de tweede en de derde plaats komen.
- 40 FSE voert voorts aan dat het lokale spoornet dat zij beheert naar zijn aard uitsluitend voor lokaal vervoer geschikt is, en niet overlapt met andere nationale spoorweginfrastructuren.
- 41 De door de bevoegde autoriteit gevoerde mededingingsprocedure en de omstandigheid dat de deelneming uitsluitend heeft gecirculeerd binnen een kring van autoriteiten die onder de overheid vallen, terwijl er geen sprake was van privatisering, leiden tot de conclusie dat er geen enkele transactie heeft plaatsgevonden die invloed had op de mededinging in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

- 42 Appellanten betogen evenwel dat een dergelijke invloed op de mededinging er wel degelijk is geweest, aangezien zij na de aanstelling van een curator voor FSE interesse hebben getoond om deze onderneming te verwerven, en een van hen, Arriva Italia, een Engelse onderneming is die onder Duitse zeggenschap staat, en meer in het bijzonder deel uitmaakt van de Duitse spoorweggroep Deutsche Bahn, die ook interesse heeft voor de Italiaanse markt.
- 43 Tegen dit argument moet worden ingebracht dat de TAR heeft geoordeeld – zonder dat dit in hoger beroep is betwist – dat Arriva Italia reeds lange tijd op de Italiaanse markt aanwezig is via het maatschappelijk kapitaal van bedrijven die lokale vervoersdiensten verlenen. In dit geding staan derhalve marktdeelnemers tegen over elkaar die reeds op de nationale markt actief zijn, zodat er geen sprake is van grensoverschrijdende aspecten die relevant zijn voor de in de Verdragen verankerde fundamentele economische vrijheden in het kader van een situatie betreffende een segment dat uitsluitend van regionaal belang is, waarin er geen risico van invloed op de intracommunautaire handel lijkt te bestaan [zie ook beschikking van de Europese Commissie van 17 juli C(2002) 2622 in de zaak Verenigd Koninkrijk/Network Rail].
- 44 De laatste uitleggingsvraag die volgens de Consiglio di Stato aan het Hof moet worden voorgelegd betreft de gevolgen die voortvloeien uit de eventuele vaststelling dat de toewijzing van 70 miljoen EUR en de daaropvolgende overdracht van de volledige deelneming in FSE aan Ferrovie dello Stato SpA staatssteun vormen die ten onrechte niet bij de Commissie is aangemeld.
- 45 De twijfel komt voort uit de omstandigheid dat bij de uitvoering van het bestreden ministerieel besluit de overdracht van de deelneming is voltooid met de overdracht aan FSE van de deelneming die het Ministero delle infrastrutture e dei trasporti reeds in FSE had. Meer in het bijzonder is het niet duidelijk of, indien eventueel wordt vastgesteld dat er in de onderhavige zaak sprake is van staatssteun, de toewijzing van 70 miljoen EUR moet worden ingetrokken, zodat de huidige eigendomsstructuur van FSE wordt gehandhaafd, dan wel of, indien de toewijzing wordt bevestigd, een openbare aanbesteding voor de verwerving van deze vennootschap moet worden uitgeschreven.