

Facilities for late payment would thus in such circumstances unquestionably constitute state aid."

Le critère de l'anormalité des délais de paiement consenti doit s'apprécier à son sens au regard de la tolérance dont ferait preuve un créiteur privé à l'égard de son débiteur.

En l'espèce on peut considérer qu'un créiteur privé n'accorderait jamais 7 à 8 ans à son débiteur pour s'acquitter de son dû.

L'attitude de la T.V.A. en accordant de tels délais constitue donc une aide d'État au sens de l'article 92 du Traité.

Or cet article déclare illégale "toute atteinte à la concurrence qui affecte le commerce entre États membres" sauf accord de la Commission.

En l'espèce on se trouve donc en présence d'un crédit abusif, constituant une aide au sens de l'article 92, et non autorisé par la commission.

Ce crédit est donc illégal et partant nul.

La SA Falstaff Taverne ne peut donc s'en prévaloir pour soutenir qu'elle n'est pas en état d'ébranlement du crédit et de cessation de paiement.

Comme par ailleurs, son administrateur délégué Monsieur Gigounon a reconnu à l'audience que la société était incapable de faire face à ses dettes T.V.A. cumulées s'élevant à plus ou moins 39,5 millions, il convient de prononcer la faillite de la défenderesse.

Par ces motifs,

Le tribunal,

(...)

Déclare ouverte sur citation la faillite de la société anonyme Taverne Falstaff, (...)

Du 8 février 1999 – Comm. Bruxelles
Siég.: MM. Logie, vice-président, Berlinblau, président consulaire et Wisser, juge consulaire
Pl.: MM. Thoreau, procureur du Roi et Schmitz, avocat

De kwalificatie van uitstel van betaling van B.T.W.-schulden als ongeoorloofde staatssteun en element in de beoordeling van het vervuld zijn van de voorwaarden voor faillissement

1. De rechtspraak van de Rechtbank van Koophandel te Brussel inzake afbetalingsfaciliteiten voor belasting-schulden

1 Het geannoteerde vonnis loont zeker de moeite. Een

onderneming is met de B.T.W.-administratie een afbetalingsplan van bijna 8 jaar overeengekomen voor haar achterstallen, een schuld van zo'n 30 miljoen fr. Het Openbaar Ministerie, vertegenwoordigd door de procureur des konings bij de rechtbank van eerste aanleg, vordert het faillissement van de onderneming. Als argument voerde de onderneming aan dat de voorwaarden van het faillissement niet waren vervuld aangezien een afbetalingsplan voor haar voornaamste schuld met de fiscus werd overeengekomen. De rechtbank van koophandel oordeelde dat een dergelijk afbetalingsplan ongeoorloofd was omdat dit diende te worden gekwalificeerd als een vorm van verboden staatssteun in de zin van artikel 87 E.G.-verdrag. Het afbetalingsplan werd als nietig beschouwd met als gevolg dat de volledige B.T.W.-schuld onmiddellijk opeisbaar was. Gezien de grootte van de schuld was het de onderneming niet mogelijk deze te betalen, zodat de voorwaarden van het faillissement in hoofde van de onderneming vervuld werden geacht. De onderneming werd failliet verklaard.

2 Het behoeft geen betoog dat een dergelijke rechtspraak belangrijke gevolgen met zich mee kan brengen. Het aantal ondernemingen dat van een afbetalingsplan voor belastingsschulden (voornamelijk R.S.Z.-schulden) geniet is immers niet gering. Hierna wordt in het kort de redenering van de rechtbank van koophandel geanalyseerd. Vooreerst worden de voorwaarden voor het faillissement in herinnering gebracht, waarna de beginselen inzake staatssteun, voor zover relevant, worden uiteengezet.

2. De grondvoorwaarden voor het faillissement

2.1. Algemeen beginsel

3 Overeenkomstig artikel 2 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 (hierna, de "Faillissementswet") bevindt iedere koopman die op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen en wiens krediet is geschokt, zich in staat van faillissement.

Drie voorwaarden moet dus zijn vervuld: de persoon moet de hoedanigheid van handelaar hebben (1) en er moet staking van betaling (2) en een wankelend krediet zijn (3).

2.2. De hoedanigheid van koopman

4 Artikel 1 van het Wetboek van Koophandel bepaalt dat een natuurlijk persoon koopman is indien hij daden uitoefent, die bij de wet daden van koophandel zijn genoemd en daarvan zijn hoofdzakelijk of aanvullend beroep maakt.

Een vennootschap heeft deze hoedanigheid wanneer het, zoals in voorkomend geval, een handelsvennootschap betreft. Wel is vereist dat deze handelsvennootschap rechtspersoonlijkheid heeft verworven. Een vennoot-

schap in oprichting kan niet failliet worden verklaard (C. Van Buggenhout, "De hoedanigheid van handelaar", in *Gerechtigd akkoord & Faillissement*, Kluwer, losbladig, II.A.10). De beslissing tot in vereffeningstelling van een handelsvennootschap belet de faillietverklaring niet. Zelfs wanneer de vereffening reeds werd afgesloten kan de handelsvennootschap nog steeds, zij het binnen een termijn van 6 maanden na de sluiting van de vereffening, failliet worden verklaard (art. 2, lid 2 Faill. W.: vóór de nieuwe Faillissementswet zie o.m. P. Coppens, F. T. Kint, "Examen de jurisprudence (1991-1996)-Les faillites, les concordats et les privilèges", *R.C.J.B.* 1997, 158).

2.3. De staking van betaling en het wankelend krediet

5 Er is sprake van staking van betaling wanneer een handelaar nalaat zijn opeisbare en liquide schulden te voldoen. Het is niet vereist dat geen enkele burgerlijke of handelsschuld meer wordt betaald, maar dat de belangrijkste betalingen worden stopgezet. In beginsel is het voldoende dat één schuld niet wordt voldaan, opdat het faillissement zou kunnen worden uitgesproken (I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 1998, 221). Staking van betaling mag niet worden verward met de insolventie van een handelaar. Insolventie betreft de negatieve verhouding tussen de eigen middelen en het vreemd vermogen van een onderneming, terwijl staking van betaling zich op het niveau van de liquide middelen van een handelaar situeert (P. Coppens, F. T. Kint, "Examen de jurisprudence (1991-1996) Les faillites, les concordats et les privilèges", *R.C.J.B.* 1997, 163).

De staking van betaling moet duurzaam zijn. Dit betekent dat het gebrek aan liquide middelen binnen de onderneming niet tijdelijk en van voorbijgaande aard mag zijn. De rechter zal op soevereine wijze appreciëren of de onderneming voldoende realiseerbare activa heeft, die het haar mogelijk maken om op termijn tegemoet te komen aan haar schulden (I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 1998, 221). Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een onderneming belangrijke activa in onroerend goed heeft of haar liquide middelen op lange termijn heeft belegd. In de voorgaande gevallen neemt de omzetting van deze activa in liquide middelen tijd in beslag, waardoor een onderneming misschien tijdelijk haar schuldeisers niet kan voldoen. Het duurzaam karakter van de staking van betaling vormt het verschil met de staking van betaling ingeval van een gerechtelijk akkoord (J. Verlinden, "Overzicht van de nieuwe wetten betreffende het faillissement en het gerechtelijk akkoord", *T.R.V.* 1998, 4; Ch. Matray, "Les conditions de la faillite et les modes d'introduction de la procédure", *C.J.* 1997, 4; E. Van Camp, *De nieuwe faillissementswet*, Kluwer, 1997, 7).

6 Een laatste voorwaarde betreft het krediet van de

handelaar dat moet wankelen. Dit betekent dat schuldeisers geen vertrouwen meer hebben in hun schuldenaar en hem geen nieuw krediet willen toestaan. Deze voorwaarde is in feite de oorzaak en het gevolg van de staking van betaling (Cass. 7 september 1992, *T.B.H.* 1992, 1023; Cass. 10 oktober 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1060). Wanneer de schuldeisers hun schuldenaar ieder uitstel van betaling weigeren en de schuldenaar over onvoldoende liquide middelen beschikt, wankelt het krediet van de schuldenaar en zal een staking van betaling hiervan het gevolg zijn. Anderzijds heeft het niet voldoen van zijn schulden het gevolg dat de schuldeisers hun vertrouwen in de schuldenaar verliezen, zodat uit de staking van betaling het wankelen van de krediet van de betreffende schuldenaar volgt.

7 De voorgaande criteria zijn nauw verwant, doch moeten wel worden onderscheiden (Cass. 2 december 1963, *Pas.* 1964, 346; Cass. 7 september 1992, *T.B.H.* 1992, 1023; Cass. 15 september 1992, *Pas.* 1992, 1032). Het is immers mogelijk dat een handelaar ophoudt te betalen, doch niet wordt vervolgd omdat de schuldeisers het vertrouwen in de onderneming behouden.

De elementen ter beoordeling van beide voorwaarden zijn dezelfde. Ook de rechtbank van koophandel maakt in het geannoteerde vonnis geen onderscheid tussen beide criteria.

8 In het geannoteerde vonnis maakt de rechtbank van koophandel, ten einde het vervuld zijn van de grondvoorwaarden van het faillissement vast te stellen, een tussenstap naar het Europees recht. De rechtbank gaat na of door een overheidslichaam toegekende betalingsfaciliteiten een, op grond van artikel 87 van het EG-verdrag, verboden staatssteun uitmaken. Hierna wordt nagegaan of de rechtbank een dergelijke analyse wel kon maken en in welke mate haar besluit correct is.

3. De kwalificatie van betalingsfaciliteiten voor belastingsschulden als staatssteun

3.1. Algemeen beginsel

9 Het beginsel van de vrije mededinging binnen de Europese Unie impliceert een principieel verbod op steunmaatregelen d.m.v. overheidsmiddelen t.v.v. bepaalde ondernemingen of producties, waardoor de mededinging wordt vervalst of dreigt te worden vervalst en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed (art. 87, lid 1 EG-verdrag, ex art. 92 EG-verdrag). Artikel 87 van het EG-verdrag somt wel drie soorten van steunmaatregelen op welke zijn toegelaten en een aantal andere steunmaatregelen die verenigbaar kunnen zijn met de vrije mededinging op de gemeenschappelijke markt. Op deze uitzonderingen wordt niet verder ingegaan.

3.2. Afbakening bevoegdheid Commissie – Nationale rechter

10 Of een bepaalde steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, is een beoordeling die uitsluitend aan de Commissie van de Europese Unie toebehoort (art. 88 EG-verdrag, ex art. 93 EG-verdrag; H.v.J. 22 maart 1977, *Steinike & Weinlig/Duitsland*, 78/76, *Jur.* 1977, 609). Het is een nationale rechter aldus verboden om zich uit te spreken omtrent de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt (H.v.J. 22 maart 1977, *Steinike & Weinlig/Duitsland*, 78/76, *Jur.* 1977, 609; H.v.J. 9 augustus 1994, *Namur – Les Assurances du crédit*, C-44/93, *Jur.* 1994, 3871).

11 Dit neemt echter niet weg dat een nationale rechter kan worden geconfronteerd met de vraag of een bepaalde maatregel binnen de definitie van staatssteun van artikel 87 EG-verdrag valt en aldus een verboden steunmaatregel uitmaakt (M. Dony, "Chronique – Les aides d'état 1998", *J.T.D.E.* 1999, 97; W. Eyskens, M. Pittie, "La récupération des aides communautaires contraires au traité CE", *J.T.D.E.* 1998, 76; W. Eyskens, M. Pittie, "La récupération des aides d'État contraires au traité CE", *J.T.D.E.* 1999, 148). Dit is meer bepaald het geval wanneer een maatregel niet bij de Commissie is aangemeld en uit een onderzoek blijkt dat het gaat om een steunmaatregel (art. 88, § 3, *in fine* EG-verdrag, deze bepaling heeft rechtstreekse werking, H.v.J. 15 juli 1964, *Costa/E.N.E.L.*, 6/64, *Jur.* 1964, 1222). Het feit dat de steunmaatregel niet is aangemeld, heeft een schending van het gemeenschapsrecht tot gevolg, ongeacht of later zou blijken dat de Commissie oordeelt dat de steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Het komt immers aan de nationale rechter toe aan de rechtsonderhorigen te verzekeren dat alle gevolgen uit een schending van artikel 88, lid 3 E.G.-verdrag volgens het nationale recht worden verzekerd (H.v.J. 21 november 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, C-354/90, *Jur.*, 5505; H.v.J. 11 juli 1996, *S.F.E.I. e.a.*, C-39/94, *Jur.*, 3547).

12 M.b.t. het voorgaande moet echter voorbehoud worden gemaakt voor de steunmaatregelen welke onder de *de minimis*-regeling vallen. De *de minimis*-regeling is een praktijk van de Commissie, waarin zij aangeeft welke overheidssteun, naar haar mening, geen merkbare invloed heeft op het handelsverkeer en de concurrentie tussen de lidstaten en welke derhalve niet moet worden aangemeld (J.P. Keppenne, "Les premières ébauches d'une réglementation du Conseils en matière de contrôle des aides d'État: le règlement sur les exemptions par catégorie et la proposition de règlement de procédure", in *Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, C.D.V.A. Luik, Bruylant, 1999, 105; J.P. Keppenne, *Guide des aides d'État en droit communautaire.*

Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission, Bruylant, 1999, 169). Volgens de mededeling van de Commissie van 6 maart 1996 is een steunmaatregel die een totaal bedrag van 100.000 euro gedurende een periode van drie jaar vanaf de toekenning niet overstijgt, goorloofd (PB., nr. C068, 9, consulteerbaar op de site van de E.U., <http://europa.eu.int/>).

13 De rechtbank van koophandel kon dus in voorkomend geval oordelen dat het afbetalingsplan dat met de B.T.W.-administratie werd overeengekomen een staatssteun uitmaakte onder de verwijzing naar het gebrek aan aanmelding bij de Commissie ("L'attitude de la T.V.A. en accordant de tels délais constitue donc une aide d'État au sens de l'article 92 du Traité. Or cet article déclare illégale "toute atteinte à la concurrence qui affecte le commerce entre États membres" sauf accord de la Commission. En espèce, on se trouve donc en présence d'un crédit abusif, constituant une aide au sens de l'article 92, et non autorisé par la Commission.").

Wel had de rechtbank moeten nagaan of het afbetalingsplan niet binnen de *de minimis*-regeling viel. De bepaling van het bedrag van het, door de onderneming genoten, voordeel is uiteraard niet eenvoudig. Daarvoor moet worden nagegaan welk het verschil is tussen de door de onderneming betaalde interest en de interest die n.a.v. een lening bij een privé-instelling zou moeten worden betaald en moet worden rekening gehouden met het risico op niet-betaling dat de B.T.W.-administratie loopt (zie randnr. 16).

De rechtbank van koophandel had echter niet kunnen onderzoeken of de maatregel verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt (wat ze ook niet heeft gedaan), aangezien deze bevoegdheid uitsluitend aan de Commissie toekomt.

3.3. Toepassing van artikel 87, lid 1 EG-verdrag

3.3.1. Algemeen beginsel

14 Opdat een bepaalde praktijk als staatssteun zou kunnen worden gekwalificeerd, moet aan vier criteria worden voldaan (M. Dony, "Les aides d'état – Pratique de la Commission et jurisprudence de la Cour pour l'année 1993", *J.T.D.E.* 1994, 71). Ten eerste moet de maatregel de begunstigde een voordeel verschaffen. Ten tweede moet het voordeel worden toegekend door een overheidslichaam of met staatsmiddelen worden bekostigd. Ten derde moet de maatregel de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. Tenslotte moet de maatregel specifiek of selectief zijn doordat bepaalde ondernemingen of producties worden begunstigd.

3.3.2. Het verschaffen van een voordeel in welke vorm ook

15 De onderneming moet een bepaald voordeel worden verschaft, waardoor de lasten worden verlicht die zij gewoonlijk moet dragen. De vorm van dit voordeel is irrelevant. De Commissie interpreteert deze voorwaarde dan ook zeer ruim (T. Joris, *Nationale steunmaatregelen en het Europees gemeenschapsrecht*, Maklu, 1994, 53; J.P. Keppenne, *Guide des aides d'État en droit communautaire. Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, 1999, 18). Het typevoorbeeld zijn uiteraard subsidies, doch ook leningen en kredieten tegen gunstigere voorwaarden dan diegene welke op de kapitaalmarkt zouden kunnen worden bekomen of kredietgaranties en borgtochten die een overheidslichaam stelt voor de onderneming zijn vormen van directe steunmaatregelen.

Indirecte voordelen zijn o.m. prestaties die door de overheid worden verricht zonder dat zij daarvoor op adequate wijze wordt vergoed, het uitlenen van overheidspersoneel zonder vergoeding of het *in natura* leveren van materialen en bouwgrond (H. Gilliams, "Soms moet men een gekregen paard wel in de bek kijken ... Over ondernemingen, overheidssteun en Europees Gemeenschapsrecht", *T.R.V.* 1994, 394; J.P. Keppenne, *Guide des aides d'État en droit communautaire. Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, 1999, 59). Tot de laatste categorie behoren eveneens overheidsdeelnemingen in ondernemingen in moeilijkheden of andere maatregelen die tot doel hebben gunstige voorwaarden te scheppen voor de ontwikkeling en groei van bepaalde ondernemingen (Mr. J.A. Winter, *Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht*, Kluwer, 1981, 88; T. Joris, *Nationale steunmaatregelen en het Europees gemeenschapsrecht*, Maklu, 1994, 57; M. Dony-Bartholme, "Les aides d'État - Pratique de la Commission et jurisprudence de la Cour pour l'année 1995", *J.T.D.E.* 1996, 102). Een maatregel die een vermindering van de belastingsdruk welke op deze onderneming weegt met zich meebrengt, vormt eveneens zo een voordeel. De vermindering van belastingsdruk kan op verscheidene wijzen worden gerealiseerd: de belastbare grondslag kan worden verminderd (door versnelde of buitengewone afschrijvingen, opnemingen van reserves in de balans of van de algemene regels afwijkende aftrek toe te laten), het belastingsbedrag zelf kan geheel of gedeeltelijk worden verminderd (vrijstellingen of belastingskredieten) of er kan een uitstel, kwijtschelding of spreiding van de betalingen van de belastingsschuld worden toegestaan.

16 Deze ruime interpretatie is mogelijk omdat artikel 87, lid 1 van het E.G.-verdrag van toepassing is op steunmaatregelen "in welke vorm ook". Volgens een vaste rechtspraak van het Hof van Justitie betekent dit dat het gaat om "besluiten van lidstaten waardoor, met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en socia-

le doelstellingen, eenzijdig en autonoom gelden of voordelen ter beschikking worden gesteld van ondernemingen of andere rechtssubjecten om de verwezenlijking van de nagestreefde economische en sociale doelstellingen te bevorderen" (H.v.J. 27 maart 1980, *Italië/Denkavit*, 61/79, *Jur.* 1980, 1205; M. Dony, "Chronique - Les aides d'État", *J.T.D.E.* 1998, 97). Het doel van de steun kan in geen geval als rechtvaardiging voor de niet-toepasselijkheid van het verbod op staatssteun worden aangevoerd (R. Barents, "Nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak en wetgeving over staatssteun", *S.E.W.* 1999, 444 en de daar aangehaalde rechtspraak; M. Dony, "La notion d'aide d'État", *C.D.E.* 1993, 399).

17 Het voordeel van een afbetalingsplan van B.T.W.-schulden kan worden gesitueerd in de categorie "uitstel of spreiding van de betalingen van belastingsschulden". De rechtbank van koophandel heeft naar analogie met een advies van advocaat-generaal Jacobs in de zaak *Déménagements-Manutention Transport S.A.* (afgekort "D.M.T.") geredeneerd (Zaak C-256/97, 24 september 1998, consulteerbaar op Celex).

In de voornoemde zaak had een verhuisfirma D.M.T. een belangrijke schuld bij de R.S.Z. De R.S.Z. had de onderneming echter afkortingen toegestaan. Het openbaar ministerie vroeg het faillissement van D.M.T. aan, waardoor de rechtbank van koophandel werd geconfronteerd met de vraag of het afbetalingsplan met de R.S.Z. als een staatssteun in de zin van artikel 87 (toen nog art. 92) van het E.G.-verdrag kon worden gekwalificeerd. Het is n.a.v. de prejudiciële vraag die in deze zaak door de rechtbank van koophandel aan het Hof van Justitie werd gesteld dat Advocaat-Generaal Jacobs in zijn advies stelde dat maatregelen welke bestaan uit het discretionair toestaan van betalingsfaciliteiten voor sociale zekerheidsbijdragen een vorm van staatssteun uitmaken in de zin van artikel 87, lid 1 van het E.G.-verdrag, indien deze betalingsfaciliteiten manifest voordeliger zijn dan de voorwaarden die een privé-schuldeiser geplaatst in dezelfde omstandigheden zou toestaan. Deze redenering werd recent bevestigd door het Hof van Justitie (H.v.J. 29 april 1999, *Italië/Commissie*, C-342/96, *Jur.* 1999, 4175; H.v.J. 29 juni 1999, *D.M.T.*, C-256/97, *Rec.* 1999, 3913).

18 Ten einde te oordelen of er sprake is van een voordeel in hoofde van de onderneming moet dus worden nagegaan of het afbetalingsplan waarvan de onderneming bij de B.T.W.-administratie geniet kennelijk voordeliger is dan wanneer zij eenzelfde schuld bij een privé-investeerder zou hebben gehad (H.v.J. 29 juni 1999, *D.M.T.*, C-256/97, *Rec.* 1999, 3913). Gezien het begrip "manifest" werd gehanteerd, is de toetsing van de rechtbank marginaal.

Aangenomen kan worden dat een privé-schuldeiser bij wie een onderneming in hoofdsom een schuld van 30

miljoen fr. heeft en waarbij de schuldeiser over een algemeen voorrecht op alle inkomsten en roerende goederen van de belastingplichtige en een wettelijke hypotheek op al de daarvoor vatbare en in België gelegen goederen van de belastingsschuldige, zoals de B.T.W.-administratie, beschikt (art. 86 W.B.T.W.), sneller zal zijn geneigd het faillissement van de onderneming aan te vragen.

Het feit dat een interest van 9,6% per jaar (art. 91 W.B.T.W.) is verschuldigd op deze bijdragen is geen doorslaggevend argument om af te zien van de kwalificatie als staatssteun. Immers zal het een onderneming in moeilijkheden *quasi* onmogelijk zijn een lening van een dergelijk bedrag bij een bank te bekommen (*contra* O. Poelmans, noot onder Kh. Brussel 8 februari 1999, *DAOR* 1999, 99). De afwezigheid van een betaling van interesten of een zeer lage interestvoet kan uiteraard wel bijdragen tot de kwalificatie van de maatregel als een voordeel in de zin van artikel 87 van het E.G.-verdrag (M. Dony, "Chronique - Les aides d'état 1999", *J.T.D.E.* 2000, 106). In die zin oordeelde het Hof van Justitie dat moet worden nagegaan of de verhoging van de hoofdsom met interesten en vertragingstoelagen een voldoende tegenprestatie vormt voor het voordeel van de betalingsfaciliteiten (H.v.J. 29 juni 1999, *D.M.T.*, C-256/97, *Rec.* 1999, 3913).

3.3.3. Het voordeel moet door de staat worden toegekend of met staatsmiddelen worden bekostigd

19 Deze voorwaarde wordt zeer breed geïnterpreteerd. Het begrip "staat" impliceert dat alle personen die behoren tot de openbare sector onder deze voorwaarde vallen. Een van de elementen ter beoordeling hiervan is de mate van juridische autonomie van het betreffende lichaam (R. Barents, "Nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak en wetgeving over staatssteun", *S.E.W.* 1999, 445; M. Wathelet, Ph. E. Partsch, "Délimitation des contours de la notion d'aide d'État et droit communautaire", in *Les aides d'État et droit communautaire et en droit national*, C.D.V.A. Luik, Bruylant, 1999, 23). Een staatsinterventie kan zowel door middel van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen plaatsgrijpen als door handelingen van de bevoegde dienst, zoals in voorkomend geval de B.T.W.-administratie (Mr. J.A. Winter, *Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht*, Kluwer, 1981, 223; L. Hancher, T. Ottenvanger, P.J. Slot, *E.C. State Aids*, Sweet & Maxwell, 1999, 42).

20 Het is ook mogelijk dat de steun niet door de staat wordt toegekend, doch wel met staatsmiddelen wordt bekostigd (b.v. gelden ter beschikking gesteld van particuliere ondernemingen met het oog op een "subsidie" door deze laatste aan een welbepaald bedrijf). Het criterium dat in voorkomend geval geldt, is of de lasten van de steunverlening uiteindelijk worden gedragen door de

staat (T. Joris, *Nationale steunmaatregelen en het Europees gemeenschapsrecht*, Maklu, 1994, 64; J.P. Keppenne, *Guide des aides d'État et droit communautaire. Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, 1999, 101).

Een ander voorbeeld zijn de deelnemingen in ondernemingen of deelnemingen door staatsondernemingen in andere ondernemingen, welke kunnen worden geacht te zijn bekostigd met staatsmiddelen. In het geval dat een particulier investeerder niet zou overgaan tot een financiële deelneming tegen de voorwaarden waartegen de overheid daartoe overging, zal de staatsdeelneming voldoen aan deze voorwaarde en kunnen worden gekwalificeerd als staatssteun (L. Hancher, P.J. Slot, "Recente ontwikkelingen op het gebied van steunmaatregelen", *S.E.W.* 1995, 308; R. Barents, "Recente ontwikkelingen in de rechtspraak over steunmaatregelen", *S.E.W.* 1988, 357; J.P. Keppenne, *Guide des aides d'État et droit communautaire. Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, 1999, 36; M. Dony, "Les aides d'état - Pratique de la Commission et jurisprudence de la Cour pour l'année 1994", *J.T.D.E.* 1995, 130).

21 Ook financiële voordelen, zoals voordeeltarieven of selectieve kostenreducties zelfs wanneer deze worden gegeven door staatsondernemingen of ondernemingen waarin de staat een overheersende invloed heeft, vallen onder deze voorwaarde. Een verlies aan belastingopbrengsten, zoals in voorkomend geval, komt neer op het verbruik van staatsmiddelen in de vorm van fiscale uitgaven en wordt aldus door overheidsmiddelen gefinancierd (Mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, 98/C, *PB.* C 384/3, d.d. 10 décembre 1998; M. Dony, "Chronique - Les aides d'état 1999", *J.T.D.E.* 2000, 106).

3.3.4. De maatregel beïnvloedt de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten op ongunstige wijze

22 Ook deze dubbele voorwaarde moet zeer ruim worden geïnterpreteerd. De maatregel moet de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen (eerste voorwaarde). Eens de (dreiging van) vervalsing van de mededinging vaststaat, moet worden nagegaan of het handelsverkeer tussen de lidstaten hierdoor op ongunstige wijze wordt beïnvloed (tweede voorwaarde). Beide voorwaarden zijn nauw verwant en zullen vaak worden beoordeeld aan de hand van een (zij het beperkte) marktanalyse (M. Wathelet, Ph. E. Partsch, "Délimitation des contours de la notion d'aide d'État et droit communautaire", in *Les aides d'État et droit communautaire et en droit national*, C.D.V.A. Luik, Bruylant, 1999, 28).

In de eerste plaats moet dus worden nagegaan of de begunstigde van de maatregel een economische activiteit

uitoefent. De relevante markt moet worden afgebakend (M. Wathelet, Ph. E. Partsch, "Délimitation des contours de la notion d'aide d'État en droit communautaire", in *Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, C.D.V.A. Luik, Bruylant, 1999, 31 en daar aangehaalde beslissingen van de Commissie; zie randnummer 24). Vervolgens moet worden nagegaan of deze economische activiteit het voorwerp uitmaakt van handel tussen de lidstaten van de Europese Unie. Een maatregel die enkel invloed heeft op de mededinging binnen één bepaalde E.U.-lidstaat wordt niet beoogd. Een derde stap is de beoordeling of de steun de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen. De Commissie zal de toestand welke bestond vóór de totstandkoming van de maatregel vergelijken met deze na de toekenning van de steun. Alle omstandigheden van feitelijke en juridische aard worden in aanmerking genomen en het is voldoende dat de potentiële mededinging (b.v. het beletten nieuwe concurrenten om op de markt te treden) wordt belemmerd (J.P. Keppenne, *Guide des aides d'État en droit communautaire. Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, 1999, 120; M. Wathelet, Ph. E. Partsch, "Délimitation des contours de la notion d'aide d'État en droit communautaire", in *Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, C.D.V.A. Luik, Bruylant, 1999, 30). Tenslotte wordt nagegaan of het handelsverkeer op ongunstige wijze wordt beïnvloed. Het enkele feit dat de maatregel de positie van de begunstigde ervan in het handelsverkeer tussen lidstaten versterkt, is voldoende opdat er een ongunstige beïnvloeding van het tussenstaats handelsverkeer zou zijn. Dat de begunstigde een zeer bescheiden omvang heeft, een zeer beperkt aandeel heeft in de communautaire markt of zelfs niet deelneemt aan de uitvoer, doet niet ter zake (H.v.J. 14 september 1994, *Spanje/Commissie*, Jur. 1994, 4103; H.v.J. 13 juli 1988, *Frankrijk/Commissie*, C-102/87, Jur. 1988, 4067). Immers heeft een handhaving of verhoging van de intern afgezette productie een vermindering van de exportkansen van in andere landen gevestigde ondernemingen tot gevolg (R. Barents, "Nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak en wetgeving over staatssteun", *S.E.W.* 1999, 446). Zo oordeelde de Commissie bijvoorbeeld dat paardenspelen een internationaal karakter hebben en binnen het toepassingsgebied van deze voorwaarde vallen (M. Dony, "Les aides d'état - Pratique de la Commission et jurisprudence de la Cour pour l'année 1993", *J.T.D.E.* 1994, 72).

23 Uiteraard speelt hier opnieuw de *de minimis*-regeling. Een steunmaatregel die het door de Commissie vastgestelde plafond van 100.000 euro niet overstijgt, wordt vermoed geen merkbare invloed op het handelsverkeer en de concurrentie tussen de lidstaten van de Europese Unie te hebben en maakt bijgevolg geen verboden staatssteun uit (zie randnr. 12).

24 De in het geannoteerde vonnis faillietverklaarde

vennootschap baatte een taverne uit. De rechtbank van koophandel had aldus moeten nagaan of de steunverlening aan de ene drankgelegenheid tot gevolg had dat anderen de toegang tot de Belgische markt werd ontzegd of bemoeilijkt. De markt die hiervoor in aanmerking wordt genomen, is diegene van alle goederen en diensten die substitueerbaar zijn met de door de gesteunde onderneming voortgebrachte goederen of diensten (Mr. J.A. Winter, *Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht*, Kluwer, 1981, 231). Er moet eveneens worden nagegaan of de steunmaatregel een verbetering van de concurrentiepositie van, met de steunontvanger verbonden, ondernemingen als gevolg heeft (M. Dony, "Chronique - Les aides d'état 1997", *J.T.D.E.* 1998, 98).

Het uitgangspunt van de Commissie is dat, behalve wanneer de gevolgen van een steunmaatregel zo miniem of indirect zijn dat zij nauwelijks waarneembaar zijn, moet worden aangenomen dat de maatregel tot gevolg heeft dat het handelsverkeer tussen de lidstaten en de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt op ongunstige wijze wordt beïnvloed. Deze beïnvloeding wordt geacht ongunstig te zijn, van zodra de handel zich anders voltrekt dan zonder die maatregel het geval zou zijn geweest (M. Dony, "Les aides d'état - Pratique de la Commission et jurisprudence de la Cour pour l'année 1993", *J.T.D.E.* 1994, 72).

Aangenomen kan worden dat steun aan middenstanders die actief zijn in een markt waarin weinig tot geen tussenstaatse handel en mededinging bestaat (uitsluitend in grensstreken zal er tussenstaatse handel en concurrentie bestaan), niet voldoet aan deze voorwaarde. Het enige argument dat hier tegenin kan worden gebracht is dat buitenlandse ketens minder gemakkelijk op de Belgische markt kunnen treden, indien dergelijke voordelen aan Belgische drankgelegenheden worden toegekend of dat in de grensstreken woonachtige consumenten zich minder over de grenzen heen zullen begeven.

3.3.5. De begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties

25 De maatregel moet specifiek of selectief zijn, wat betekent dat de steun betrekking moet hebben op een economische activiteit, een economische sector, een tak van een industriële activiteit, op alle ondernemingen in een bepaalde regio of op een groep van ondernemingen die bepaalde karakteristieken gemeen hebben (T. Joris, *Nationale steunmaatregelen en het Europees gemeenschapsrecht*, Maklu, 1994, 69; J.P. Keppenne, *Guide des aides d'État en droit communautaire. Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, 1999, 24). Een maatregel waarvan alle op het grondgebied van de betreffende staat werkzame ondernemingen kunnen genieten (d.i. een algemene maatregel), voldoet in beginsel niet aan deze voorwaarde. Uiteraard moeten alle ondernemingen op voet van gelijkheid daadwerkelijk toegang hebben tot het voordeel van de maat-

regel en mag de werkingssfeer niet feitelijk zijn beperkt tot de lokale ondernemingen. De Commissie zal daarbij nagaan in hoeverre de betrokken overheid over de discretionaire bevoegdheid beschikt om het voordeel van de maatregel toe te staan of te weigeren (J.P. Keppenne, *Guide des aides d'État en droit communautaire. Réglementation jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, 1999, 26; R. Barents, "Nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak en wetgeving over staatssteun", *S.E.W.* 1999, 446; M. Dony, "Les aides d'état – Pratique de la Commission et jurisprudence de la Cour pour l'année 1995", *J.T.D.E.* 1996, 104).

26 Het feit dat de maatregel meer voordeel oplevert voor bepaalde sectoren of ondernemingen (b.v. een verlaging van de belasting op arbeid levert meer voordelen op voor arbeidsintensieve sectoren), heeft niet noodzakelijk tot gevolg dat de algemene maatregel toch als staatssteun moet worden gekwalificeerd. Het differentieel karakter van de maatregel, kan gerechtvaardigd zijn door het opzet of de aard van het stelsel waartoe de maatregel behoort. Zo wordt de progressiviteit van de inkomsten- of vennootschapsbelasting gerechtvaardigd door de herverdelende functie van de belasting en wordt deze progressiviteit door haar economische rationaliteit noodzakelijk en functioneel geacht voor de doeltreffendheid van het belastingstelsel (Mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, 98/C, *P.B. C.* 384/3, d.d. 10 décembre 1998; J.P. Keppenne, "Politiques fiscales nationales et contrôle communautaire des aides d'Etat", *J.T.D.E.* 2000, 29).

27 Wanneer de toegekende steunmaatregel is bedoeld als een openbare voorziening en niet als individuele steun, waarbij zij op een normale wijze door overheidslichamen worden gefinancierd, dan valt deze evenmin onder het verbod van artikel 87 van het E.G.-verdrag. Dit is bijvoorbeeld het geval met infrastructuurwerken of opleidingsprogramma's die worden gesubsidieerd door de overheid (L. Hancher, P.J. Slot, "Recente ontwikkelingen op het gebied van steunmaatregelen", *S.E.W.* 1995, 312; M. Dony, "Les aides d'état – Pratique de la Commission et jurisprudence de la Cour pour l'année 1993", *J.T.D.E.* 1994, 72; M. Dony, "Les aides d'état – Pratique de la Commission et jurisprudence de la Cour pour l'année 1994", *J.T.D.E.* 1995, 129; M. Dony, "Les aides d'état – Pratique de la Commission et jurisprudence de la Cour pour l'année 1995", *J.T.D.E.* 1996, 103; M. Dony, "Chronique – Les aides d'état 1998", *J.T.D.E.* 1999, 99).

28 Uitstel van belastingsschulden en een afbetalingsplan vormen een individuele maatregel waartoe volledig discretionair door de betreffende administratie wordt beslist en welke in beginsel voldoen aan deze voorwaarde.

4. Besluit

29 De bovenstaande analyse toont aan dat het de rechtbank van koophandel inderdaad mogelijk is, in het kader van haar bevoegdheid inzake faillissement, na te gaan of een bepaalde maatregel uitgaande van een overheidslichaam *sensu lato* een, op grond van het Europees recht, verboden steunmaatregel uitmaakt.

De rechtbank van koophandel zal echter moet nagaan of de voorwaarden voor de kwalificatie als verboden staatssteun zijn vervuld (wat in het geannoteerde vonnis niet nauwkeurig genoeg is gebeurd). Eens wordt vastgesteld dat er inderdaad sprake is van een verboden steunmaatregel, betekent dit daarom nog niet dat de voorwaarden van het faillissement automatisch zijn vervuld. In een volgende fase moet de rechtbank nagaan of de grondvoorwaarden van het faillissement zijn voldaan (hoedanigheid van handelaar, staking van betalen, wankelend krediet).

30 In het voorkomend geval kan men zich de vraag stellen of het afbetalingsplan voor B.T.W.-schulden inderdaad voldoet aan de voorwaarden van artikel 87 EG-verdrag. Daar waar de taverne wel degelijk een voordeel werd verschaft door de staat dat met staatsmiddelen werd bekostigd en dat volledig discretionair aan de welbetreffende onderneming werd toegekend, lijkt de ongunstige invloed op de mededinging en het handelsverkeer tussen de EU-lidstaten niet voor de hand liggend.

Zelfs wanneer zou worden geoordeeld dat er inderdaad sprake is van verboden staatssteun lijkt de faillietverklaring nog niet evident. Alhoewel twee voorwaarden zijn vervuld (handelaar, staking van betaling, in de rechtsleer wordt de niet-betaling van sociale zekerheidsbijdragen als typevoorbeeld gegeven van een staking van betaling; Cass. 10 oktober 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1060; I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 1998, 221), is de derde voorwaarde dit in beginsel niet. De B.T.W.-administratie blijkt immers nog voldoende vertrouwen te behouden in haar schuldenaar om zelf het faillissement niet aan te vragen.

Elke Janssens

Rechtbank van Koophandel te Dendermonde, afdeling Aalst

15 september 2000

FAILLISSEMENT

Gevolgen – Abnormale handelingen gesteld in de verdachte