

Het begrip transparante steun in de-minimis- en vrijstellingsverordeningen

mr. C.T. Dekker¹

Het begrip 'transparante steun' is een sleutelbegrip bij de toepassing van groepsvrijstellingsverordeningen en de-minimis verordeningen: is er geen sprake van transparante steun, dan kunnen deze verordeningen niet worden toegepast en moet de te verlenen steun gemeld worden bij de Europese Commissie. In deze bijdrage wordt ingegaan op dit begrip en hoe het moet worden geïnterpreteerd. Daarbij wordt uitgebreider stil gestaan bij de toepassing van het begrip op twee vormen van steun: steun vervat in leningen en steun vervat in garanties.

1. Inleiding en vraagstelling

De verschillende de-minimis verordeningen (de algemene de-minimis verordening², de landbouw de-minimis verordening³, de visserij de-minimis verordening⁴ en de DAEB- de-minimis verordening⁵) zijn alleen van toepassing wanneer sprake is van *transparante steun*. Dit geldt ook voor de Algemene Groepsvrijstellingverordening⁶ (AGVV), de Landbouwgroepsvrijstelling⁷ en de Visserijgroeps-

vrijstelling.⁸ De DAEB-groepsvrijstelling⁹ kent niet een zodanige bepaling.¹⁰

In het algemeen wordt in deze verordeningen het begrip transparante steun gedefinieerd als 'steun waarvan het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan worden berekend zonder dat een risicoanalyse behoeft te worden uitgevoerd.'¹¹

In de consideransen van de verschillende verordeningen zien we de achtergrond van deze beperking van de reikwijdte van de verordeningen tot 'transparante steun': zij moet garanderen dat de steun in volledige transparantie wordt toegekend.¹² In het kader van de-minimis steun (die immers geen

1. Cees Dekker is advocaat/partner bij Nysingh en gastdocent State Aid Law aan de Universiteit van Amsterdam.
2. Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van art. 107 en 108 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun, *PbEU* 2013, L352/1. Zie art. 3.
3. Verordening (EU) nr. 1408/2013 van de Commissie van 18 december 2013 inzake de toepassing van art. 107 en 108 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun in de landbouwsector, *PbEU* 2013, L352/9. Zie art. 3.
4. Verordening (EU) nr. 717/2014 van de Commissie van 27 juni 2014 inzake de toepassing van art. 107 en 108 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun in de visserij- en aquacultuursector, *PbEU* 2014, L190/45. Zie art. 4.
5. Verordening (EU) Nr. 360/2012 van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van art. 107 en 108 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU* 2012, L 114/8. Zie art. 2 lid 4.
6. Verordening (EU) 651/2014, *PbEU* 2014, L187/1, zoals gewijzigd, *PbEU* 2017, L156/1.
7. Zie art. 5 Verordening (EU) nr. 702/2014 van de Commissie van 25 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun in de landbouw- en de bosbouwsector en in plattelandgebieden op grond van art. 107 en 108 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie met de interne markt verenigbaar worden verklaard

8. Verordening (EU) nr. 1388/2014 van de Commissie van 16 december 2014 waarbij bepaalde categorieën steun voor ondernemingen die actief zijn in de productie, de verwerking en de afzet van visserij- en aquacultuurproducten, op grond van art. 107 en 108 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie met de interne markt verenigbaar worden verklaard, *PbEU* 2014, L369/37. Zie art. 5.
9. Besluit nr. 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van art. 106 lid 2 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, *PbEU* 2012, L7/3.
10. Dit is verklaarbaar: de compensatie voor het verrichten van een DAEB moet volgens de verordening aldus zijn ingericht dat het besluit waarbij de DAEB wordt opgedragen een beschrijving van het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie bevat (art. 4, sub d), terwijl de Groepsvrijstelling ook bepaalt dat de compensatie niet hoger mag zijn dan hetgeen nodig is ter dekking van de nettokosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, met inbegrip van een redelijke winst (art. 5). De DAEB-Groepsvrijstelling beschrijft dus al nauwkeurig dat en hoe de compensatie ('steun') moet worden vastgesteld.
11. Zie de in de noten 1 tot en met 7 aangegeven artikelen.
12. Zie randnummer 5 van de consideransen van de AGVV.

steun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU vormt) kan de overweging niet zijn dat steun met volledige transparantie wordt toegekend. Volgens de considerans van de algemene de-minimis-verordening mag die verordening '[m]et het oog op transparantie, gelijke behandeling en een doelmatige monitoring [...] slechts van toepassing zijn op de-minimissteun waarvan het bruto- subsidie-equivalent vooraf precies kan worden berekend zonder dat een risicoanalyse hoeft te worden uitgevoerd'.¹³ Ik kom hierna nog terug op het feit dat de-minimis steun geen steunmaatregel in de zin van art. 107 lid 1 VWEU vormt.

Onderdeel van de transparantie van steun zijn ook de verplichtingen in de groepsvrijstellingsverordening tot publicatie van verleende steun, welke het mogelijk moeten maken dat alle partijen kunnen controleren of steun wordt toegekend met inachtneming van de toepasselijke regels.¹⁴ Dit aspect van transparantie behandel ik hier niet. Ik beperk mij tot het begrip transparante steun in de zin van steun waarvan het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan worden berekend zonder dat een risicoanalyse behoeft te worden uitgevoerd, volgens de hierboven reeds weergegeven definitie.

Hoewel het begrip transparante steun op het eerste gezicht in de betreffende verordeningen nauwkeurig is gedefinieerd, rijzen bij de toepassing van het begrip in de praktijk nogal eens vragen. Aangezien de reikwijdte van het begrip tevens de reikwijdte van het begrip de-minimis steun en de reikwijdte van de groepsvrijstellingen bepaalt, is een nadere bepaling van wat wel en niet als transparante steun kan worden aangemerkt van groot praktisch belang. Dit artikel zal daarom ingaan op de vraag wat onder 'transparante steun' in de zin van de verschillende de-minimis verordeningen en groepsvrijstellingen verstaan moet worden (en wat niet). Daarbij wordt wat langer stil gestaan bij toepassing van het begrip op leningen en garanties.

2. De definitie van het begrip transparante steun in de verschillende verordeningen

2.1. Limitatieve lijst van transparante vormen van steun?

De de-minimis verordeningen en groepsvrijstellingsverordeningen vullen de definitie *steun waarvan het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan worden berekend zonder dat een risicoanalyse behoeft te worden uitgevoerd* al nader in. Die invulling verschilt echter per verordening.

De de-minimisverordeningen en groepsvrijstellingsverordeningen lijken (zie hierna) een uitputtende opsomming te bevatten van de categorieën steun die als transparant worden aangemerkt, met

uitzondering van de DAEB-de-minimisverordening. Deze laatste verordening bepaalt in art. 2 lid 4:

'Deze verordening is alleen van toepassing op steun waarvan het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan worden berekend zonder dat een risicoanalyse behoeft te worden uitgevoerd ("transparante steun").

Met name:

- a) geldt steun vervat in leningen als transparante de-minimissteun wanneer het bruto-subsidie-equivalent is berekend op grond van het referentiepercentage dat van toepassing is op het tijdstip van de steunverlening;

[...]

Er volgt dan nog een aantal categorieën (steun vervat in kapitaalinjecties, steun vervat in risicokapitaalmaatregelen, individuele steun die in het kader van een garantieregeling wordt verleend) die (onder de voorwaarden als verder in die artikelliden vermeld zijn) als transparant worden beschouwd. De tekst van art. 2 lid 4 DAEB-de-minimisverordening suggereert dat er naast de genoemde categorieën meer mogelijke vormen van transparante steun mogelijk zijn (mits het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan worden berekend zonder dat een risicoanalyse behoeft te worden uitgevoerd). Bij de overige de-minimisverordeningen en groepsvrijstellingen (uitgezonderd de DAEB-groepsvrijstelling) ontbreken de woorden 'met name'. De vraag is of dat betekent dat die opsommingen limitatief zijn. Ik meen dat dat niet het geval is, dat wil zeggen niet in die zin dat steun die niet onder een van de categorieën valt niet als transparant kan worden aangemerkt. Echter, om als transparante steun in aanmerking te kunnen worden genomen zal men van een andere berekening van het bruto subsidie equivalent moeten uitgaan dan de berekening die in de diverse categorieën wordt aangegeven. Zo kan bijvoorbeeld een garantie waarvoor de premie niet wordt berekend conform de bepaling van art. 5 lid 2 sub c, i, AGVV ('wanneer het bruto-subsidie-equivalent is berekend op basis van de safe harbour-premies die in een mededeling van de Commissie zijn vastgesteld') nog steeds als transparante steun worden aangemerkt, mits het totale bedrag van de garantie als steunbedrag in aanmerking wordt genomen.¹⁵ Ditzelfde geldt bijvoorbeeld voor equity of quasi-equity, dat in zijn algemeenheid niet als transparante steun wordt beschouwd¹⁶ (zie echter art. 5 lid 2, sub f AGVV dat steun in de vorm van risicofinancieringsmaatregelen als transparante steun aanmerkt indien de voorwaarden van art. 21 AGVV zijn vervuld). Los van dergelijke expliciet

13. Zie randnummer 14 van de considerans van Verordening (EU) nr. 1407/2013.

14. Zie randnummer 27 van de considerans van de AGVV.

15. Vgl. het antwoord van de Europese Commissie op vraag 36 van de *Practical Guide GBER*, te vinden op https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/practical_guide_gber_en.pdf, geraadpleegd op 18 februari 2020.

16. Idem.

als transparante steun aangemerkte vormen van steun, is steun die niet als zodanig is genoemd in art. 5 lid 2 AGVV, dus als transparante steun aan te merken indien het totale ter beschikking te stellen bedrag als subsidie wordt beschouwd.

Aldus benaderd betekent het afwijkende formulering in de DAEB-de-minimisverordening derhalve niet dat daar van een niet-limitatieve opsomming sprake is en in de andere verordeningen van een limitatieve opsomming. Beide formuleringen bieden ruimte voor de kwalificatie van vormen van steun die niet met name is genoemd, als transparante steun, mits het gehele aan de begunstigde beschikbaar te stellen bedrag als steun wordt aangemerkt.

2.2. Uitleggingsbeginselen voor het begrip transparante steun

Dat het begrip ‘transparante steun’, zoals dat in de AGVV wordt gebruikt, beperkt moet worden uitgelegd, kan worden afgeleid uit het recente arrest *Eesti Pagar*. In dat arrest overwoog het Hof van Justitie (ten aanzien van de voorloper van de huidige AGVV) dat ‘...verordening nr. 800/2008 een versoepeling van de als algemene regel geldende aanmeldingsverplichting [is], zodat deze verordening en de daarin gestelde voorwaarden restrictief moeten worden uitgelegd.’¹⁷ In hetzelfde arrest maakt het Hof voorts duidelijk dat het niet aan de lidstaten is om de begrippen van de AGVV nader in te vullen. Althans dat leid ik af uit de overweging van het Hof dat niets in de AGVV erop wijst dat de Commissie met de vaststelling van de AGVV de taak om na te gaan of daadwerkelijk sprake is van een stimulerend effect, heeft willen overdragen aan de nationale autoriteiten.¹⁸ Het Hof voegt daaraan toe dat de toenmalige bepaling inzake het stimulerend effect (art. 8 lid 6 verordening nr. 800/2008) ‘veeleer [lijkt] te bevestigen dat de taak van die autoriteiten met betrekking tot de in lid 2 van dat artikel bedoelde voorwaarde ertoe beperkt is, na te gaan of de steunaanvraag is ingediend voordat de werkzaamheden aan het project of de activiteit in kwestie zijn begonnen, en of de steun om die reden moet worden geacht een stimulerend effect te hebben.’¹⁹ Vanwege het feit dat het al dan niet bestaan van een stimulerend effect niet kan worden beschouwd als een duidelijk en door de nationale autoriteiten eenvoudig toe te passen criterium, onder meer omdat complexe economische beoordelingen moeten worden verricht om na te gaan of een dergelijk effect zich voordoet, oordeelt het Hof dat om die reden dat het begrip ‘stimulerend effect’ niet voldoet aan het vereiste dat de criteria voor de toepassing van een vrijstelling duidelijk zijn en eenvoudig door de nationale autoriteiten kunnen worden toegepast.²⁰ Net

zoals dat voor het begrip ‘stimulerend effect’ geldt, kan dat ook gezegd worden voor het begrip ‘transparante steun’. In navolging van het Hof in *Eesti Pagar* kan dus ten aanzien van het begrip transparante steun in de AGVV en andere groepsvrijstellingen worden gezegd dat de nationale autoriteiten niet zijn belast met de taak na te gaan of de steun in kwestie daadwerkelijk transparante steun betreft, maar met de taak na te gaan of de bij hen ingediende steunaanvragen voldoen aan de in art. 5 lid 2 van die verordening gestelde voorwaarden waaronder steun kan worden geacht transparant te zijn.²¹

De vraag is vervolgens of dit op dezelfde manier op gaat voor de de-minimis-regelingen. Daar waar de groepsvrijstellingen immers een uitzondering zijn op de hoofdverplichting om alle steun vooraf te melden, vormt het begrip ‘de-minimis’ geen uitzondering op het begrip ‘steunmaatregel’, maar is het een invulling, door de Europese Commissie, van het begrip ‘beïnvloeding van de tussenstaatse handel’. Hoewel je daarover wellicht kunt discussiëren (is de de-minimis regeling geen uitzondering op de zeer ruime uitleg van het Hof van het begrip beïnvloeding van de tussenstaatse handel, voor in de de-minimisverordening aangeduide categorieën steun?), is er mijns inziens reeds een andere reden voor een beperkte uitleg van het begrip ‘transparante steun’ in de de-minimisverordening. Volgens punt 14 van de considerans van de algemene de-minimisverordening is het doel van het gebruik van het begrip ‘transparante steun’ het verzekeren van transparantie, gelijke behandeling en een doelmatige monitoring’ en mag de verordening daarom ‘slechts’ van toepassing zijn op de-minimissteun waarvan het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan worden berekend zonder dat een risicoanalyse hoeft te worden uitgevoerd. Het woord ‘slechts’ duidt reeds op een beperkende uitleg. Voorts noodzaakt het verzekeren van transparantie, gelijk behandeling en doelmatige monitoring tot een ‘modelmatige’ invulling van het begrip ‘transparante steun’ volgens de in de de-minimisverordening expliciet genoemde vormen van steun en zal voor vormen van steun die daar niet onder vallen, het volledige ter beschikking te stellen bedrag in aanmerking moeten worden genomen, om die genoemde transparantie enz. te kunnen verzekeren. Ook dan moet de overheid de omvang van de steun overigens vooraf wel becijferd hebben.²²

21. Idem, r.o. 69.

22. Zie bijvoorbeeld Besluit van de Commissie (EU)2019/2120 van 24 juni 2019 betreffende steunmaatregel SA.33078 (2015/C) (ex 2015/NN) door België ten uitvoer gelegd ten gunste van JCDecaux Belgium Publicité waarin de Commissie overwoog: ‘In casu hebben de Belgische autoriteiten geen enkel document overgelegd dat zou kunnen wijzen op het bestaan van een berekening die voorafging aan de toekenning van de steunmaatregel, noch op een specifieke controle van het evenwicht tussen de vroegtijdige en de laattijdige weghalingen, wat de basis is waarop de Belgische autoriteiten het steunbedrag van [100 000-150 000] EUR hebben berekend.’ (randnum-

17. HvJEU 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, ECLI:EU:C:2019:172, r.o. 60. Zie mijn annotatie bij dit arrest in *Tijdschrift voor Staatssteun* 2019, nr. 4, p. 185-190.

18. Idem, r.o. 67.

19. Idem.

20. Idem, r.o. 68 en 61.

3. Nadere beschouwing van enkele categorieën transparante steun

3.1. Leningen

De algemene de-minimisverordening bepaalt in art. 4 lid 3, voor zover hier van belang, dat steun vervat in leningen als transparante de-minimissteun wordt beschouwd indien het bruto-subsidie-equivalent is berekend op grond van het referentiepercentage dat van toepassing is op het tijdstip van de steunverlening.

In punt 15 van de considerans is aangegeven dat het referentiepercentage het percentage is dat wordt genoemd in de 'Mededeling van de Commissie over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld' (de Mededeling).²³ Het betreft hier de percentages die worden genoemd in de in de Mededeling opgenomen (in de staatssteunpraktijk bekende) tabel met referentierentes.

Ook de AGVV bepaalt in art. 5 lid 2, sub b, dat als transparante steun geldt: steun in de vorm van leningen wanneer voor het berekenen van het bruto-subsidie-equivalent het referentiepercentage is gebruikt dat van toepassing is op het tijdstip van de steunverlening. Vreemd genoeg verwijst de considerans van de AGVV niet naar de Mededeling, althans niet in verband met 'transparante steun'. Wel wordt verwezen naar de Mededeling in punt 23 van de considerans waarin wordt opgemerkt dat de rentevoet die voor discontering en voor de berekening van het steunbedrag moet worden gehanteerd indien de steun niet de vorm van een subsidie heeft, het disconteringspercentage en het referentiepercentage dient te zijn dat op het tijdstip van de toekenning ervan van toepassing is, zoals bepaald in de Mededeling van de Commissie. Niettemin lijkt mij voor een andere uitlegging van de term 'referentiepercentage' dan de in de Mededeling bedoelde referentierentepercentages, geen aanknopingspunt te vinden te zijn.

Soortgelijke bepalingen als in de algemene de-minimisverordening en de AGVV zijn opgenomen in de overige de-minimisverordeningen en groepsvrijstellingen.

De vraag is vervolgens op wat voor leningen de referentierentetabel van toepassing is. De Mededeling bevat daar geen directe bepalingen over. De Commissie heeft echter in meerdere besluiten reeds geoordeeld dat de Mededeling alleen op senior-leningen van toepassing is en niet op achtergestelde leningen: achtergestelde leningen dragen een hoger risico dat niet in de referentierentetabel is verdisconteerd.²⁴ In haar beslissing van 25 november 2014²⁵ vat de Commissie haar visie op dit

punt nog eens kernachtig samen: 'The Commission has previously found in a series of decisions that subordinated loans are not covered by the Communication from the Commission on the revision of the method for setting the reference and discount rates ("the 2008 Reference Rate Communication"), and hence cannot be considered to constitute transparent forms of aid in the meaning of Article 5(1) of the General Block Exemption Regulation ("GBER 2014").' Ik zie geen reden om aan te nemen dat dit in het kader van de de-minimisverordening anders zou zijn.

Het rentevoordeel in een achtergestelde lening vormt dus geen transparante steun, omdat het steunelement niet op basis van de Mededeling berekend kan worden. De lening kan als geheel wel als transparante steun beschouwd worden.

Indachtig de reden die de Commissie aanvoert voor het oordeel dat de referentierentetabel uit de Mededeling niet van toepassing is op achtergestelde leningen – de risico's van een achtergestelde lening zijn hoger dan die van een senior lening – is te betogen dat ook andere typen leningen niet onder de reikwijdte van de Mededeling vallen, zoals bijvoorbeeld (langlopende) aflossingsvrije leningen. De Mededeling zegt daar niets over en bij mijn weten zijn er geen besluiten van de Commissie waarin deze zich daarover uitlaat. Mij is wel bekend dat in elk geval volgens (sommige) ambtenaren van DG Mededinging van de Commissie, de tabel wel van toepassing zou zijn op aflossingsvrije leningen. Zo *sophisticated* is de tabel dan dus niet. Of dit ook het (uiteindelijk) standpunt van de Commissie zal zijn is niet bekend.

3.2. Garanties

Bij garanties speelt een soortgelijk probleem als bij leningen.

Art. 5 lid 2, sub c, onder i), AGVV bepaalt dat steun vervat in garanties als transparante de-minimissteun behandeld wanneer het bruto-subsidie-equivalent (bse) is berekend op basis van de safe-harbour-premies die 'in een mededeling van de Commissie zijn vastgesteld'. Art. 2 lid 6 algemene de-minimisverordening kent eenzelfde referentie aan de safe-harbour-premies. De safe harbour-premies zijn de in de Mededeling Garanties²⁶ genoemde premies.

De Mededeling Garanties bepaalt (in par. 4.2) weliswaar hoe het bse moet worden berekend indien de tabel van safe harbour-premies niet wordt toegepast, maar dat betekent niet dat een dergelijke berekeningsmethode ook in het kader van de toepassing van de AGVV kan worden gebruikt. De

mer 119)

23. PbEU 2008, C 14/6.

24. Zie bijvoorbeeld Besluit van de Commissie 15 september 2010, N 708/2009 – Deutschland KMU-Fonds im Land Brandenburg, punt 39 e.v.

25. Besluit van de Commissie ... (datum?) betreffende

steunmaatregel SA.38674 (N/2014) – Germany - Subordinated loans for SMEs – Saxony, punt 6.

26. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties, PbEU 2008, C155/10.

AGVV verwijst immers uitdrukkelijk naar een berekening van het bse op basis van de safe harbour premies die in de Mededeling worden genoemd. Op basis van Hoofdstuk 4 van de Mededeling Garanties berekende bse's zijn niet gebaseerd op safe harbour-premies.

De vraag (die we vaak in de praktijk tegenkomen) is vervolgens of een garantie die 100% van de onderliggende lening dekt en waarvoor een premie in rekening wordt gebracht die gebaseerd is op de safe harbour-premie, als transparante steun kan worden aangemerkt.

Art. 5 lid 2, sub c, AGVV noemt het vereiste dat de garantie maximaal 80% van de onderliggende lening dekt, zelf niet. Het artikellid verwijst alleen naar de safe harbour-premie als bedoeld in de in de Mededeling Garanties opgenomen tabel.

Nog afgezien van het feit dat deze tabel alleen voor kleine en middelgrote ondernemingen geldt, staat in de Mededeling garanties:

‘In dat geval, en mits alle overige voorwaarden van punt 3.2, onder a), b) en c), zijn vervuld, wordt een staatsgarantie geacht geen steun te vormen indien voor het daadwerkelijk door de staat gegarandeerde bedrag de in de onderstaande tabel genoemde minimumjaarpremie („safe harbour- premie”) in rekening wordt gebracht op basis van de rating van de kredietnemer./

De voorwaarde onder c) betreft de voorwaarde dat de garantie niet meer dan 80% van de uitstaande lening betreft. De tabel van safe harbour-premies vervangt alleen de voorwaarde onder punt 3.2, onder d, uit de Mededeling Garanties, dat voor de garantie een marktconforme prijs wordt betaald.

Dat de voorwaarde dat de garantie niet meer dan 80% van de uitstaande lening dekt onlosmakelijk is verbonden met het premiepercentage, blijkt ook uit andere delen van de Mededeling Garanties waarin de voorwaarde dat niet meer dan 80% van de uitstaande lening wordt gegarandeerd steeds een element is in de beoordeling of wel of geen steun wordt verstrekt.

Economisch is dit ook te begrijpen. Zoals de Commissie in haar Mededeling Garanties aangeeft is de 80%-voorwaarde gesteld om te verzekeren dat de kredietverstrekker een risico loopt en daarom een voldoende onderzoek doet naar de kredietwaardigheid van de kredietnemer. Zou de garantie 100% van de uitstaande lening dekken dan is de kredietwaardigheid van de kredietnemer minder relevant voor de kredietverlener. Het risico dat de garantie wordt ingeroepen wordt aldus groter. Dat betekent dat er ook een hogere risico-opslag in de premie verdisconteerd zou moeten worden. Een hogere dekking resulteert dus in een hoger premiepercentage.

De Mededeling Garanties betreft weliswaar een methodiek om te bepalen of een garantie steun betreft en niet of die steun transparant is, maar de connectie met de transparantie-eis in de AGVV is helder: art. 5 AGVV wil dat er een duidelijke maatstaf is voor de bepaling wat de steunhoogte in een

bepaald geval is. Daarvoor moet – in een geval als dit – de betaalde premie worden afgezet tegen een premie waarvoor wordt aangenomen (gefixeerd) dat er geen sprake is van steun, namelijk de premie die conform de Mededeling Garanties verzekert dat er geen sprake is van steun. Derhalve: een premie volgens de tabel, voor een garantie ten behoeve van een kredietnemer die niet in moeilijkheden verkeert (voorwaarde a), voor een garantie waarvan de omvang goed valt te meten op het tijdstip van toekenning (voorwaarde b - betekent dat de garantie met een welbepaalde financiële transactie verband moet houden, een vast maximumbedrag moet betreffen en in de tijd beperkt moet zijn), en niet meer dan 80% van de uitstaande lening betreft (voorwaarde c).

Anders gezegd: de gehanteerde safe harbour-premies zijn premies voor een 80%-garantie en niet voor een 100%-garantie.

Een en ander betekent niet dat een garantie voor 100% nooit in het kader van de AGVV gebruikt kan worden. In dat geval dient, net als eerder opgemerkt ten aanzien van leningen, echter het totale garantiebedrag als steun in aanmerking te worden genomen.

Dat elders in de AGVV anders dan in art. 5 AGVV wel wordt verwezen naar de 80%-voorwaarde is overigens geen argument om in het kader van art. 5 AGVV die 80%-voorwaarde niet van toepassing te achten.

Art. 22 lid 3, sub b, AGVV noemt bijvoorbeeld de 80%-voorwaarde expliciet. Dat is daar logisch omdat in dat artikel niet wordt gewerkt met een bse op basis van een safe harbour-premie, maar de toelaatbaarheid wordt getoetst aan het absolute bedrag van de gegarandeerde lening, ongeacht de premie die wordt betaald.

Dit geldt ook voor art. 39 lid 5 AGVV, waar de 80%-voorwaarde genoemd wordt: hier is het absolute plafond voor de garantie € 10 miljoen en is een garantie van € 10 miljoen toegestaan, mits die niet meer dan 80% van de lening betreft, ongeacht het percentage van de premie. Deze artikelen volgen dus een geheel andere benadering dan art. 5, dat aansluit bij de betaalde premie. Voor de interpretatie van art. 5 en de vraag of garanties die 100% van de onderliggende lening dekken, zijn deze bepalingen daarom niet relevant.

4. Conclusies

Het begrip ‘transparante steun’ is een sleutelbegrip bij de toepassing van groepsvrijstellingsverordeningen en de-minimis verordeningen: is er geen sprake van transparante steun, dan kunnen deze verordeningen niet worden toegepast en moet de te verlenen steun gemeld worden bij de Europese Commissie. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat het begrip transparante steun beperkt moet worden uitgelegd en dat het niet aan de lidstaten is om een invulling aan het begrip te geven. Ten aanzien van een tweetal vormen van (mogelijke) steun, leningen en garanties,

is verder onderzocht wat deze benadering van het begrip transparante steun betekent. Op grond van de uitleg van de Mededeling referentierentes beoordeelt de Commissie het rentevoordeel achtergestelde leningen als niet-transparante steun (of dat voor andere leningen met een (iets) hoger risico, zoals aflossingsvrije leningen ook het geval is, is de vraag). Op grond van een soortgelijke redenering kwalificeren premievoorstellen bij garanties die 100% van de onderliggende lening dekken dan ook niet als transparante steun.

Dit betekent niet dat achtergestelde leningen of 100%-garanties niet onder de groepsvrijstellingen kunnen vallen of geen de-minimis steun kunnen inhouden: wanneer het gehele bedrag van de lening of het gehele bedrag van de garantie als steun wordt aangemerkt, kan die steun als zodanig als transparante steun kwalificeren. Dit geldt ook voor andere categorieën van steunmaatregelen die als zodanig niet als transparant worden beschouwd: zo kunnen, wanneer bij equity het gehele bedrag van het risicodragende kapitaal als steun in aanmerking wordt genomen, op het aldus berekende bedrag de groepsvrijstellingen en de-minimis verordeningen worden toegepast.