2025/906

22.5.2025

BESLUIT (EU) 2025/906 VAN DE COMMISSIE

van 22 november 2024

betreffende steunmaatregel SA.48580 (2017/C) door Duitsland ten uitvoer gelegd ten gunste van WestSpiel

(Kennisgeving geschied onder nummer C(2024) 8105)

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 108, lid 2, eerste alinea,

Gezien de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name artikel 62, lid 1, punt a),

Na de belanghebbenden te hebben uitgenodigd hun opmerkingen te maken ([1]), en gezien deze opmerkingen,

Overwegende hetgeen volgt:

1. PROCEDURE

(1) Bij brief van 20 juni 2017 heeft de Commissie twee klachten ontvangen van de Duitse branchevereniging van gokhallen (Fachverband Spielhallen e.V., hierna "FSH" genoemd) en een andere klager (hierna samen "de klagers" genoemd) over de vermeende staatssteun die door de deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen (Nordrhein-Westfalen, hierna "NRW" genoemd) is verleend aan Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG (hierna "WestSpiel" genoemd).

(2) De klachten zijn afzonderlijk geregistreerd onder de zaaknummers SA.48580 en SA.48842. Op 16 april 2018 heeft de Commissie de twee dossiers samengevoegd onder zaaknummer SA.48580.

(3) Op 2 augustus 2018 heeft de Commissie de niet-vertrouwelijke versie van de klachten aan Duitsland doorgezonden en om aanvullende inlichtingen verzocht. Nadat om een verlenging van de termijn voor de beantwoording was verzocht en deze verlenging was verkregen, heeft Duitsland bij brief van 2 oktober 2018 zijn opmerkingen over de klachten ingediend en op het verzoek om inlichtingen geantwoord.

(4) Op 6 februari 2019 heeft de Commissie Duitsland om aanvullende documenten verzocht, die op 22 februari 2019 door Duitsland werden verstrekt. Op 12 juni 2019 heeft de Commissie de niet-vertrouwelijke versie van de opmerkingen van Duitsland van 2 oktober 2018 aan de klagers doorgezonden met het verzoek hun standpunten ten aanzien van de argumenten van Duitsland kenbaar te maken. Op 8 augustus 2019 hebben de klagers hun opmerkingen ten aanzien van de argumenten van Duitsland ingediend, waarbij zij hun klachten handhaafden.

(5) Op 8 oktober 2019 heeft de Commissie Duitsland om aanvullende documenten verzocht, die op 24 oktober 2019 werden verstrekt.

(6) Bij brief van 9 oktober 2019 hebben de klagers de Commissie formeel verzocht om overeenkomstig artikel 265, tweede alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna "VWEU" genoemd) een besluit ter zake vast te stellen.

(7) Bij brief van 9 december 2019 heeft de Commissie Duitsland in kennis gesteld van haar besluit om de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden (hierna "het inleidingsbesluit" genoemd). Bij e-mail van 15 januari 2020 heeft Duitsland bevestigd dat het inleidingsbesluit geen vertrouwelijke informatie bevatte.

([1]) PB C 59 van 21.2.2020, blz. 14.

(8) Het besluit van de Commissie tot inleiding van de procedure is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* ([2]). De Commissie heeft de belanghebbenden verzocht hun opmerkingen over de vermeende steun/maatregel in te dienen.

(9) Op 27 januari 2020 heeft de Commissie de opmerkingen van de klagers van 8 augustus 2019 aan Duitsland doorgezonden.

(10) Op 2 maart 2020 heeft Duitsland opmerkingen ingediend over het inleidingsbesluit en over de opmerkingen van de klagers van 8 augustus 2019. Na een telefoonconferentie tussen de Commissie en Duitsland op 3 juni 2020 heeft Duitsland op 17 juni 2020 verdere schriftelijke opmerkingen ter onderbouwing van zijn standpunt ingediend. Binnen de in het inleidingsbesluit vastgestelde termijn zijn geen opmerkingen van derden ontvangen.

(11) De klagers hebben op 6 augustus 2020 opmerkingen ingediend, en Duitsland heeft op 1 oktober 2020 zijn standpunt over deze opmerkingen kenbaar gemaakt.

(12) Op 18 december 2020 heeft Duitsland bij de Commissie bijgewerkte informatie ingediend over de privatisering van WestSpiel. Met betrekking tot hetzelfde privatiseringsproces heeft Duitsland op 2 februari 2021 aanvullende bijgewerkte informatie verstrekt. Op 10 februari 2021 heeft Duitsland bij de Commissie een indicatief tijdschema ingediend met de stappen die het had gepland met het oog op de afronding van het privatiseringsproces van WestSpiel.

(13) Op 11 februari 2021 heeft de Commissie een verzoek om inlichtingen verzonden, waarop Duitsland op 25 en 26 februari 2021 heeft geantwoord.

(14) Op 16 maart 2021 heeft WestSpiel opmerkingen over de zaak en bijgewerkte informatie over het proces betreffende de verkoop van WestSpiel ingediend. Op 24 maart 2021 heeft de Commissie een telefoongesprek met Duitsland gevoerd.

(15) Duitsland heeft op 20 juli en 8 september 2021 aanvullende inlichtingen aan de Commissie verstrekt.

(16) Op 14 maart 2022 heeft de Commissie een aanvullend verzoek om inlichtingen verzonden, waarop Duitsland op 4 april 2022 heeft geantwoord. De Commissie heeft op 11 juli 2022 een nieuw verzoek om inlichtingen verzonden, waarop Duitsland op 18 juli 2022 heeft geantwoord.

(17) Op 12 mei 2023 heeft de Commissie een aanvullend verzoek om inlichtingen verzonden, waarop Duitsland op 14 juli 2023 heeft geantwoord.

2. GEDETAILLEERDE BESCHRIJVING VAN DE STEUN

2.1. Juridische context op het moment waarop de vermeende maatregelen werden toegekend

(18) Deze zaak betreft de financiële steun die WestSpiel in de periode 2009-2015 van de staat heeft ontvangen via de in punt 2.3 beschreven maatregelen.

(19) Toen de vermeende maatregelen werden toegekend, namelijk in de periode 2009-2015 voor de jaarlijkse verliesdekking en in 2015 voor de kapitaalinjectie, werden in het Duitse rechtssysteem twee soorten kansspelen onderscheiden.

(20) Enerzijds konden bepaalde gokautomaten vrij worden geëxploiteerd door gespecialiseerde gokhallen of door restaurants, mits aan de bepalingen van het besluit betreffende speelautomaten (“Spielverordnung”) werd voldaan. Overeenkomstig de regionale wetgeving inzake gokhallen (“Spielhallengesetze der Bundesländer”) was voor de exploitatie van commerciële (particuliere) gokhallen (“gewerbliche Spielhallen”) een vergunning nodig.

([2]) Besluit van de Commissie van 9 december 2019 betreffende steunmaatregel SA.48580 (2017/FC) — Vermeende steun aan WestSpiel (PB C 59 van 21.2.2020, blz. 14).

(21) Anderzijds werden livekansspelen of casinokansspelen (blackjack, roulette enz.) (het zogeheten "großes Spiel") en andere spelen op gokautomaten als te riskant beschouwd; het aanbieden van dergelijke spelen was derhalve in beginsel verboden. In afwijking van die regel waren de Duitse Länder bevoegd om bepaalde (voornamelijk publieke) exploitanten ("Spielbankunternehmen") toe te staan dergelijke spelen aan te bieden, via op regionaal niveau verleende vergunningen, op basis van de voorwaarden die in de respectieve casinowetten ("Spielbankgesetze") waren vastgesteld.

(22) De doelstellingen van de SpielbG NRW ([3]) waren vastgesteld in artikel 1 SpielbG NRW. De wet was er met name op gericht verslaving aan kansspelen en gokken te voorkomen, de natuurlijke goklust van de bevolking in geordende en gecontroleerde banen te leiden, de bescherming van spelers en jongeren te waarborgen, en een behoorlijke bedrijfsuitoefening door exploitanten en een ordelijke en transparante exploitatie van kansspelen te waarborgen.

(23) Overeenkomstig artikel 2, lid 2, SpielbG NRW kon in NRW een vergunning worden afgegeven voor maximaal vijf overheidscasino's. Anders dan in andere "Länder" voorzag de SpielbG NRW vóór de verkoop van WestSpiel niet in de mogelijkheid om ook aan particuliere exploitanten een vergunning te verlenen. In het licht van de vereisten van artikel 2, lid 1, en artikel 3, lid 1, SpielbG NRW was WestSpiel feitelijk de enige houder van een casinovergunning in NRW. In 2019 exploiteerde WestSpiel vier casino's: in Aken, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) en Duisburg. Vanaf 1975 beschikte WestSpiel over een zogeheten "kaderlicentie".

2.2. **De begunstigde**

(24) WestSpiel was een casino-exploitant die actief was in NRW. Tot de fusie van WestSpiel met de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Westdeutsche Spielbanken GmbH (hierna "WestSpiel GmbH" genoemd) ([4]) op 13 januari 2021 (zie overweging 29) was NRW.BANK de enige commanditaire vennoot ("Kommanditistin") van WestSpiel en was WestSpiel GmbH de persoonlijk aansprakelijke vennoot of beherende vennoot ("Komplementärin") van WestSpiel.

(25) Op 26 november 2015 hebben NRW en NRW.BANK een trustee-overeenkomst gesloten (hierna "de trustee-overeenkomst" genoemd) op grond waarvan:

— NRW zich ertoe verbond om na het sluiten van een overeenkomst van stille vennootschap tussen NRW.BANK en WestSpiel een bedrag van 64,8 miljoen EUR aan NRW.BANK te verstrekken, en

— NRW.BANK zich ertoe verbond deze trustmiddelen te aanvaarden, de middelen uitsluitend te gebruiken om, in eigen naam maar voor rekening van NRW, krachtens de artikelen 230 e.v. van het Duitse wetboek van koophandel ("Handelsgesetzbuch" — HGB) een stille vennootschap met WestSpiel op te richten overeenkomstig de overeenkomst van stille vennootschap, en in dit verband 64,8 miljoen EUR (hierna "de stille inbreng" genoemd) in WestSpiel in te brengen.

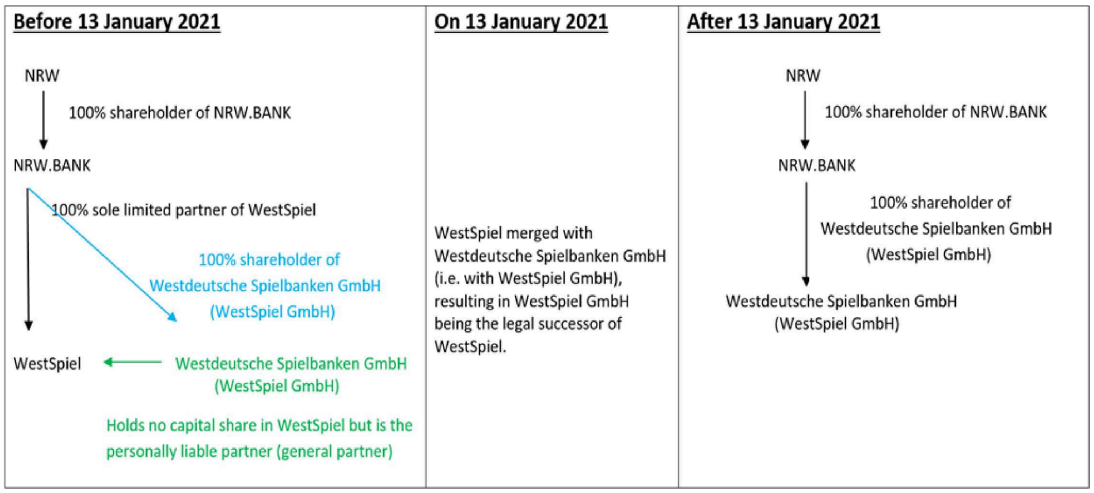
(26) Op 1 december 2015 werd een overeenkomst van stille vennootschap gesloten tussen NRW.BANK en WestSpiel. Op grond van deze overeenkomst was NRW.BANK verplicht om de stille inbreng van 64,8 miljoen EUR aan WestSpiel ter beschikking te stellen nadat de middelen door NRW.BANK als trustee waren ontvangen. Na de sluiting van de overeenkomst van stille vennootschap tussen NRW.BANK en WestSpiel en na de ontvangst van de middelen door NRW.BANK heeft NRW.BANK de middelen ten bedrage van 64,8 miljoen EUR in WestSpiel ingebracht. Deze stille inbreng van 64,8 miljoen EUR (die op een afzonderlijke rekening voor de stille inbreng moest worden geboekt) werd naast de inbreng van NRW.BANK als commanditaire vennoot van WestSpiel in het eigen vermogen van WestSpiel opgenomen.

([3]) In NRW zijn in casino's aangeboden gokactiviteiten onderworpen aan de casinowet van de deelstaat Noordrijn-Westfalen (Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken im Land Nordrhein-Westfalen, *Spielbankgesetz NRW*, hierna "SpielbG NRW" genoemd). Nadat de maatregelen waren toegekend, werd de SpielbG NRW gewijzigd bij artikel 35, lid 2, van de wet van 29 mei 2020; GV. NRW, Ausgabe 2020, Nr. 19 vom 2.6.2020, Seite 357 bis 380 — RECHT.NRW.DE.

([4]) WestSpiel GmbH had geen kapitaal in WestSpiel ingebracht en hield derhalve geen kapitaalaandeel. Als beherend vennoot (zonder kapitaalinbreng) was WestSpiel GmbH verantwoordelijk voor het commerciële beheer van WestSpiel. Bovendien was WestSpiel GmbH beherend vennoot van Casino Duisburg GmbH & Co. KG, de voormalige volle dochteronderneming van WestSpiel (zonder kapitaalaandeel), en als zodanig ook verantwoordelijk voor het commerciële beheer van Casino Duisburg GmbH & Co. KG. WestSpiel GmbH was niet betrokken bij de bedrijfsactiviteiten.

(27) Op 4 januari 2021 hebben NRW.BANK, WestSpiel en — met het oog op de fusie tussen WestSpiel en WestSpiel GmbH — WestSpiel GmbH een ontbindingsovereenkomst gesloten op grond waarvan de stille vennootschap tussen NRW.BANK en WestSpiel met ingang van 8 januari 2021 werd ontbonden en vervolgens werd geliquideerd. De resterende stille inbreng van (na deelneming in de verliezen) ongeveer 46,5 miljoen EUR (exact 46 516 909,42 EUR) werd terugbetaald aan NRW.

(28) WestSpiel behield de rechtsvorm van een commanditaire vennootschap ("Kommanditgesellschaft") tot 13 januari 2021. De enige commanditaire vennoot van WestSpiel was NRW.BANK en de persoonlijk aansprakelijke vennoot of beherende vennoot was WestSpiel GmbH, zoals hierboven is beschreven. NRW.BANK, die volledig in handen is van NRW, was ook de enige aandeelhouder van WestSpiel GmbH. Na 13 januari 2021 bezat NRW.BANK met een kapitaalaandeel van 35,5 miljoen EUR, dat overeenkwam met het aansprakelijkheidsbedrag ("Hafteinlage"), 100 % van de aandelen van WestSpiel (artikel 3 van de meest recente versie van de statuten van WestSpiel van 1 december 2007).



(29) In de context van een bredere reorganisatie van de WestSpiel-groep, die met name werd uitgevoerd om de (voorgenomen) verkoop van de groep te ondersteunen en te vergemakkelijken, hebben WestSpiel GmbH en WestSpiel op 22 december 2020 een notariële fusieovereenkomst gesloten op grond waarvan — op basis van de jaarrekening van WestSpiel per 31 december 2019 — WestSpiel overeenkomstig het Duitse vennootschapsrecht per 1 januari 2020 al zijn activa aan WestSpiel GmbH heeft overgedragen. Na de inschrijving van deze fusie in het bevoegde handelsregister op 13 januari 2021 werd de fusie rechtsgeldig, waardoor WestSpiel GmbH de rechtsopvolger van WestSpiel is geworden.

(30) In september 2021 werd WestSpiel na een aanbestedingsprocedure ([5]) verkocht aan de Gauselmann-groep ([6]) ([7]). Volgens openbaar beschikbare informatie ([8]) worden de activiteiten van WestSpiel na de verkoop in de vier casino's in Aken, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) en Duisburg nu geëxploiteerd onder de naam "Merkur Spielbanken NRW GmbH" ([9]).

([5]) https://igamingbusiness.com/nordrhein-westfalen-launches-westspiel-privatisation-tender/.
([6]) Volgens het antwoord van Duitsland van 4 april 2022 was de verkoop van WestSpiel een aandelentransactie en geen activatransactie. De aandelen van WestSpiel werden aan de Gauselmann-groep verkocht voor een prijs van 141,8 miljoen EUR. Duitsland verduidelijkte verder dat de aandelenkoopovereenkomst voorziet in een potentiële (toekomstige) koopprijsverlaging ten bedrage van de teruggevorderde staatssteun, tot een maximum van 30 miljoen EUR, die in het geval van een juridisch bindende terugvordering van staatssteun aan WestSpiel moet worden betaald; deze voorwaarden waren van tevoren aangekondigd en werden gelijkelijk aangeboden aan alle bieders die geïnteresseerd waren in de aankoop van de aandelen van WestSpiel.
([7]) De in overweging 1 gedefinieerde term "WestSpiel" heeft ook betrekking op de gefuseerde en vervolgens verkochte entiteit.
([8]) https://www.waz.de/wirtschaft/gauselmann-gruppe-uebernimmt-westspiel-casinos-in-nrw-id232845809.html.
([9]) Zie de entiteitsgegevens in het bevoegde handelsregister (Registerportal — Homepage).

(31) In zijn antwoord van 4 april 2022 verklaarde Duitsland dat de rechtspersoonlijkheid van WestSpiel na de verkoop ervan niet is veranderd: de activiteiten van de onderneming zouden voor eigen rekening worden voortgezet door dezelfde rechtspersoon. Alleen de naam van de onderneming werd gewijzigd in "Merkur Spielbanken NRW GmbH"; het handelsregisternummer (Duisburg HRB 19356) bleef ongewijzigd.

(32) De context van de fiscale en regelgevingssituatie van WestSpiel — op het moment waarop de vermeende maatregelen werden toegekend — is voor de onderhavige zaak van bijzonder belang ([10]). Met betrekking tot de inkomsten uit activiteiten die geen verband houden met kansspelen (bv. restaurants) was WestSpiel onderworpen aan de normale Duitse belastingregeling (vennootschapsbelasting, bedrijfsbelasting). Wat de kansspelactiviteiten betreft, was WestSpiel onderworpen aan een specifieke belastingregeling (artikelen 12 en 13 SpielbG NRW (oude versie)) ([11]). De belastingen werden voornamelijk geheven op de bruto-opbrengst van kansspelen (hierna "de BOK" genoemd) en niet op de winst. Op grond van artikel 12 SpielbG NRW (oude versie) was WestSpiel onderworpen aan een belastingtarief van 30 % van de BOK van zijn casino's (vermeerderd met nog eens tien procentpunten in het geval van een jaarlijkse BOK van meer dan 15 miljoen EUR per casino). Op grond van artikel 13 SpielbG NRW (oude versie) was WestSpiel onderworpen aan een tarief van nog eens 15 % van de BOK, dat "aanvullende ontvangsten" ("zusätzliche Leistungen") wordt genoemd. Overeenkomstig artikel 12 SpielbG NRW (oude versie) was de geheven belasting bestemd voor de financiering van activiteiten in het algemeen belang.

(33) Naast deze belastingen op de BOK voorzag artikel 14 SpielbG NRW (oude versie) ook in de verplichting voor WestSpiel om 75 % (en in sommige gevallen meer) van zijn winst aan NRW over te dragen door middel van een winstafromingssysteem. Anders dan de belastingheffing op de BOK krachtens de artikelen 12 en 13 SpielbG NRW (oude versie) was het winstafromingssysteem van toepassing op de totale bedrijfsactiviteiten (d.w.z. niet alleen op de met kansspelactiviteiten behaalde winst). Het systeem was met name van toepassing op de verkoop van de kunstwerken in 2014.

2.3. **De vermeende maatregelen**

(34) Volgens de klagers heeft WestSpiel onrechtmatige en onverenigbare staatssteun ontvangen in het kader van de volgende drie maatregelen:

a) de vermeende jaarlijkse verliesdekking door zijn aandeelhouder NRW.BANK sinds 2009;

b) de vermeende verlening van een vergunning voor de exploitatie van een vijfde casino in Keulen;

c) de vermeende kapitaalinjectie van 64,8 miljoen EUR in 2015.

(35) In het inleidingsbesluit heeft de Commissie de formele procedure alleen voor de maatregelen a) en c) ingeleid. Met betrekking tot maatregel b) heeft zij een besluit van geen bezwaar vastgesteld op grond van het feit dat de vermeende verlening van een vergunning aan WestSpiel voor de exploitatie van een vijfde casino in Keulen geen steun vormde (zie overweging 97 en de conclusie van het inleidingsbesluit). Bijgevolg valt deze maatregel buiten de reikwijdte van het onderhavige besluit, dat slechts betrekking heeft op de maatregelen a) en c).

2.3.1. *Jaarlijkse verliesdekking*

(36) De klagers voeren aan dat WestSpiel van 2009 tot en met 2015 van zijn enige commanditaire vennoot NRW.BANK een jaarlijkse verliesdekking heeft ontvangen.

([10]) De vraag of de gedifferentieerde fiscale behandeling van WestSpiel als zodanig onrechtmatige staatssteun inhoudt, is het onderwerp van Besluit C(2019) 8819 final van de Commissie van 9 december 2019 betreffende steunmaatregel SA.44944 (2019/C, ex 2019/FC) — Fiscale behandeling van exploitanten van overheidscasino's in Duitsland en steunmaatregel SA.53552 (2019/C, ex 2019/FC) — Vermeende garantie voor exploitanten van overheidscasino's in Duitsland (PB C 187 van 5.6.2020, blz. 80). Tegen het besluit is beroep ingesteld in zaak T-510/20; het Gerecht heeft het beroep afgewezen bij beschikking van 22 oktober 2021, Fachverband Spielhallen en LM/Commissie, T-510/20, ECLI:EU:T:2021:745. Tegen de beschikking van het Gerecht is hogere voorziening ingesteld in zaak C-831/21 P.

([11]) Dit was de versie van de SpielbG NRW van 13 november 2012 (GV. NRW. S. 524, 530; SpielbG NRW 2012, NW — Spielbankgesetz NRW — Gesetze des Bundes und der Länder (lexsoft.de)) vóór de wijziging bij artikel 35, lid 2, van de wet van 29 mei 2020.

(37) In de periode 2005-2008 kon WestSpiel weliswaar nog winst maken, maar in de daaropvolgende jaren slaagde de onderneming daar niet meer in. In totaal behaalde WestSpiel in de periode 2009-2015 een jaarlijkse BOK van ongeveer 79,6 miljoen EUR tot 101,1 miljoen EUR. Als gevolg van de belastingheffing op de BOK krachtens de artikelen 12 en 13 SpielbG NRW (oude versie) leed WestSpiel in de periode 2009-2013 en in 2015 in totaal een verlies van ongeveer 3,5 miljoen EUR tot 9 miljoen EUR ([12]). In 2014 leidde de verkoop van twee kunstwerken door WestSpiel daarentegen tot buitengewone inkomsten van ongeveer 114,4 miljoen EUR, waardoor WestSpiel in dat jaar een totale winst van ongeveer 86,4 miljoen EUR behaalde.

(38) De jaarlijkse resultaten van WestSpiel (d.w.z. de resterende winst na toepassing van het winstafromingssysteem in 2014 en de verliezen in alle andere jaren tussen 2009 en 2015) werden gecrediteerd/gedebiteerd op de kapitaalrekening van NRW.BANK. Bijgevolg werd de kapitaalrekening van NRW.BANK voor haar inbreng als enige commanditaire vennoot van WestSpiel in 2009 gewaardeerd op ongeveer 27,6 miljoen EUR, maar in 2015 slechts op 12,5 miljoen EUR ([13]).

(39) De klagers zijn van mening dat uit de jaarverslagen van WestSpiel blijkt dat het tussen 2009 en 2015 een verliesdekking ten bedrage van ongeveer 63,6 miljoen EUR heeft ontvangen.

(40) In hun opmerkingen van 8 augustus 2019 stellen de klagers zich op het standpunt dat NRW.BANK (als enige commanditaire vennoot van WestSpiel) vanwege de ondernemingsstructuur van WestSpiel tussen 2009 en 2017 ongeveer 24,8 miljoen EUR van de verliezen heeft gedragen, terwijl NRW (in zijn hoedanigheid van insteller van de trust achter de stille deelneming van NRW.BANK in WestSpiel, ingevolge de in 2015 gesloten trustee-overeenkomst en overeenkomst van stille vennootschap, zoals nader gedetailleerd in punt 2.3.2) in dezelfde periode ongeveer 9,1 miljoen EUR van de verliezen heeft gedragen. In dit verband geven de klagers aan dat WestSpiel een openbaar bedrijf is als bedoeld in Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie ([14]) en dat de middelen die WestSpiel ter beschikking zijn gesteld (d.w.z. het kapitaal van de onderneming), maar die permanent door de staat worden beheerd, als staatsmiddelen moeten worden aangemerkt.

(41) Daarnaast zijn de klagers van mening dat WestSpiel zonder de kapitaalinjectie van 64,8 miljoen EUR de afgelopen jaren zijn eigen verliezen waarschijnlijk niet had kunnen dragen, een situatie waarin een voorzichtige particuliere investeerder de jaarlijkse verliezen van WestSpiel niet was blijven dragen (wat NRW en NRW.BANK wel zouden hebben gedaan). Tot slot voeren de klagers aan dat het argument van Duitsland dat de negatieve jaarlijkse resultaten van WestSpiel voornamelijk te wijten zijn aan de hoge belastingdruk, niet juist is. De klagers zijn met name van mening dat de belastingdruk voor WestSpiel in de loop der jaren voortdurend is afgenomen, terwijl de kostenratio's vóór belastingen in de beoordelingsperiode van 2005 tot en met 2015 zijn gestegen. Volgens de klagers volgt hieruit dat de verliezen van WestSpiel niet werden en niet worden veroorzaakt door de hoge belastingdruk, maar dat deze zijn toe te schrijven aan de uitzonderlijk hoge kostenratio's. Tot slot konden de door de (gedeeltelijke) liquidatie van het risicofonds gedekte bedragen (zie voetnoot 12) niet worden afgetrokken van de verliezen van WestSpiel (zoals Duitsland aanvoert), aangezien het niet duidelijk zou zijn geweest welke risico's dit fonds moest dekken.

(42) Volgens de klagers wordt de jaarlijkse verliesdekking door NRW.BANK uit staatsmiddelen bekostigd en is deze aan de staat toerekenbaar, aangezien NRW.BANK volledig in handen is van NRW en regeringsleden zitting hebben in de raad van bestuur van NRW.BANK en betrokken zijn bij besluiten over de toekenning van de jaarlijkse verliesdekking. De klagers zijn van mening dat het volgens de rechtspraak niet nodig is om in alle gevallen aan te tonen dat er staatsmiddelen zijn overgedragen. Het zou volstaan dat aan een openbaar bedrijf middelen ter beschikking worden gesteld opdat de betrokken maatregel binnen het toepassingsgebied van artikel 107, lid 1, VWEU valt.

([12]) In de cijfers is geen rekening gehouden met compensaties van verliezen die het gevolg zijn van de (gedeeltelijke) liquidatie van een risicofonds voor WestSpiel dat is opgericht om niet-verzekerbare algemene en bijzondere risico's in verband met gokken te dekken. De oprichting van het fonds is gebaseerd op de kaderlicentie van het ministerie van Binnenlandse en Gemeentelijke Zaken van NRW voor de exploitatie van de casino's in NRW en op de statuten van WestSpiel. Op grond van de statuten moest WestSpiel het risicofonds zelf oprichten. In de balans is het risicofonds een bijzondere post aan de passiefzijde tussen het eigen vermogen en de reserves.

([13]) In de cijfers is rekening gehouden met compensaties van verliezen die het gevolg zijn van de (gedeeltelijke) liquidatie van het risicofonds en met de debitering van verliezen op de stille deelneming van NRW.BANK in 2015.

([14]) Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (PB L 318 van 17.11.2006, blz. 17, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2006/111/oj).

(43) Aangezien NRW.BANK alleen de verliezen van WestSpiel en niet van andere ondernemingen heeft gedekt, zijn de klagers van mening dat de jaarlijkse verliesdekking WestSpiel een selectief voordeel opleverde. Met betrekking tot 2014 zijn de klagers van mening dat de buitengewone inkomsten uit de verkoop van de kunstwerken buiten beschouwing moeten worden gelaten, aangezien WestSpiel zonder de verkoop dat jaar een exploitatieverlies van ongeveer 21 miljoen EUR zou hebben geleden. Al met al zijn de klagers van mening dat de moeilijke financiële situatie van WestSpiel, gezien de kostenratio vóór belastingen, niet kan worden gerechtvaardigd met een vermeend hoge belastingdruk. Tegen deze achtergrond zou de jaarlijkse verliesdekking door NRW.BANK niet in overeenstemming zijn geweest met het gedrag van een hypothetische particuliere marktinvesteerder. Bovendien zijn de klagers van mening dat de maatregel, gezien de mededinging tussen overheidscasino's en particuliere exploitanten van gokhallen, ook de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

(44) Tot slot is de maatregel volgens de klagers niet verenigbaar met de interne markt. Met name zou WestSpiel een onderneming in moeilijkheden zijn in de zin van de richtsnoeren van de Commissie voor reddings- en herstructureringssteun aan niet-financiële ondernemingen in moeilijkheden (hierna "de R&H-richtsnoeren" genoemd) ([15]), hoewel de maatregel niet in overeenstemming zou zijn met de vereisten van de R&H-richtsnoeren.

2.3.2. *Vermeende kapitaalinjectie in 2015*

(45) De klagers voeren tevens aan dat WestSpiel in 2015 een kapitaalinjectie van 64,8 miljoen EUR van NRW.BANK heeft ontvangen.

(46) Volgens de klagers heeft WestSpiel in de periode voor en na 2014 weliswaar verliezen geleden, maar heeft de onderneming in 2014 een winst gemaakt van ongeveer 86,4 miljoen EUR. Deze winst zou echter niet zijn voortgevloeid uit de bedrijfsactiviteiten van WestSpiel, maar uit de verkoop van twee kunstwerken. Bijgevolg zou het winstafromingssysteem van artikel 14 SpielbG NRW (oude versie) in 2014 hebben geleid tot een uitbetaling van winst van ongeveer 82 miljoen EUR aan NRW.

(47) In 2015 zou een deel van de afgeroomde winst, namelijk 64,8 miljoen EUR, als volgt in WestSpiel zijn "geherinjecteerd": NRW en NRW.BANK hebben de trustee-overeenkomst gesloten, op grond waarvan NRW.BANK de trustee van een stille inbreng door NRW in het vennootschapskapitaal van WestSpiel is geworden. Deze stille inbreng ten bedrage van 64,8 miljoen EUR is toegevoegd aan het door NRW.BANK ingebrachte vennootschapskapitaal.

(48) De trustee-overeenkomst tussen NRW en NRW.BANK werd gesloten op 26 november 2015 en bevatte de verplichting voor NRW om het nominale bedrag van 64,8 miljoen EUR uiterlijk tien (10) werkdagen na de ondertekening van de trustee-overeenkomst, maar niet vóór de ondertekening van de overeenkomst van stille vennootschap tussen NRW.BANK en WestSpiel, aan NRW.BANK ter beschikking te stellen. Duitsland heeft bevestigd dat NRW.BANK de betaling op 10 december 2015 heeft ontvangen.

(49) De overeenkomst van stille vennootschap tussen NRW.BANK en WestSpiel werd gesloten op 1 december 2015 en bevatte de verplichting voor NRW.BANK om de inbreng van 64,8 miljoen EUR uiterlijk vijf (5) werkdagen na ontvangst van de inbreng door NRW.BANK als trustee te voldoen. Duitsland heeft bevestigd dat WestSpiel de betaling op 15 december 2015 heeft ontvangen.

([15]) Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan niet-financiële ondernemingen in moeilijkheden (PB C 249 van 31.7.2014, blz. 1).

(50) De klagers zijn van mening dat de kapitaalinjectie van 2015 staatssteun vormt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Met name voeren de klagers aan dat WestSpiel met de injectie van 64,8 miljoen EUR van nieuw kapitaal is voorzien, wat een particuliere marktinvesteerder niet zou hebben gedaan. Dit zou met name blijken uit het jaarverslag 2015 van WestSpiel, waarin wordt verwezen naar een door [een gerenommeerd accountantskantoor] (*) uitgevoerd "onafhankelijk bedrijfsonderzoek" (independent business review, IBR) van 29 april 2015 (hierna "het [IBR]-verslag" genoemd) en waarin staat dat het bedrijfsplan voor WestSpiel "niet onrealistisch, maar ten dele uitdagend of ambitieus" was en dat de managementcase "geen onrealistisch, maar over het geheel genomen nogal riskant scenario" was ([16]). Volgens de klagers is de kapitaalinjectie uitgevoerd zonder dat vooraf is nagegaan of het rendement van deze investering in overeenstemming zou zijn met het gemiddelde rendement van gokken op automaten van tussen de 10 % en 39 %, gemiddeld 24 %.

(51) Daarnaast voeren de klagers aan dat het geïnjecteerde aanvullende kapitaal weliswaar bestemd was voor de oprichting van het vijfde casino in Keulen, maar dat NRW geen behoorlijke analyse van de te verwachten rendementen van het vijfde casino zou hebben gemaakt. Om deze redenen zou de kapitaalinjectie duidelijk niet in overeenstemming zijn geweest met het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie (market economy investor principle — "MEIP") en zou deze injectie WestSpiel een selectief voordeel hebben opgeleverd.

(52) Met betrekking tot het door Duitsland aangevoerde "totaalconcept voor het veiligstellen van de toekomst van WestSpiel" — dat bestaat in de verkoop van de kunstwerken en de injectie van de winst die met de verkoop is behaald, maar die uit de onderneming is afgeroomd via het winstafromingssysteem — zijn de klagers van mening dat de kwalificatie van het winstafromingssysteem door Duitsland op basis van artikel 14 SpielbG NRW in strijd is met het standpunt van Duitsland in zaak SA.44944 ([17]). Hoewel Duitsland volgens de klagers in de onderhavige zaak winstafroming als een normale winstbestemming krachtens de bepalingen van het HGB had gepresenteerd, voerde Duitsland in zaak SA.44944 aan dat de winstafroming overeenkomstig artikel 14 SpielbG NRW een belasting was in de zin van artikel 3, lid 1, van het Duitse belastingwetboek ("Abgabenordnung").

(53) Volgens de klagers was de kapitaalinjectie van 2015 in geen geval, noch vanuit een kortetermijnperspectief, noch vanuit een langetermijnperspectief, in overeenstemming met de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie. Vanuit een kortetermijnperspectief voeren de klagers aan dat Duitsland geen beoordeling vooraf van de winstgevendheid van de kapitaalinjectie heeft uitgevoerd, zoals vereist door de toepasselijke rechtspraak. Volgens de klagers had Duitsland met name de verwachte financiële situatie van WestSpiel met en zonder de kapitaalinjectie moeten vergelijken. Vanuit een langetermijnperspectief zou Duitsland, door rekening te houden met de toekomstige fiscale inkomsten van de staat uit de belastingen die worden geheven krachtens de artikelen 12, 13 en 14 SpielbG NRW (oude versie), hebben nagelaten onderscheid te maken tussen de hoedanigheid van de staat als belastingautoriteit en zijn hoedanigheid als marktdeelnemer (d.w.z. als vennoot van WestSpiel).

2.4. **Redenen voor de inleiding van de procedure**

(54) Op 9 december 2019 heeft de Commissie besloten de formele onderzoeksprocedure in te leiden betreffende de vermeende jaarlijkse verliesdekking van 2009 tot en met 2015 en de vermeende kapitaalinjectie van 2015.

2.4.1. *Vermeende jaarlijkse verliesdekking*

(55) In de overwegingen 62 en 63 van het inleidingsbesluit heeft de Commissie verklaard dat een voordeel niet kon worden uitgesloten, aangezien het niet duidelijk was of de aandeelhouders van WestSpiel, te weten NRW.BANK en NRW, daadwerkelijk (een deel van) de verliezen van WestSpiel droegen of besloten of het voor de dekking van de verliezen benodigde kapitaal al dan niet beschikbaar zou worden gesteld, of beide.

(*) Vertrouwelijke informatie.

([16]) Zie bladzijde 10 van het [IBR]-verslag.

([17]) Zie Besluit C(2019) 8819 final, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202023/283549_2161703_113_2.pdf.

(56) Daarnaast heeft de Commissie in overweging 64 van het inleidingsbesluit verklaard dat het enkele feit dat NRW.BANK ondanks de herhaalde verliezen in de voorgaande jaren verdere verliezen van WestSpiel aanvaardde zonder vooraf te beoordelen of zij haar deelneming in WestSpiel al dan niet zou moeten handhaven of deze zou moeten liquideren om het nog niet verloren deel van het kapitaal te behouden, op zich reeds een onrechtmatig voordeel kan hebben gevormd, aangezien ervan kan worden uitgegaan dat een particuliere investeerder onder vergelijkbare omstandigheden niet op dezelfde wijze zou hebben gehandeld.

(57) Tegen deze achtergrond was de Commissie in overweging 65 van het inleidingsbesluit van oordeel dat de juridische structuur en de bedrijfsstructuur van WestSpiel, evenals de verschillende rechtsinstrumenten in het kader waarvan de aandeelhouders eigen vermogen hebben verstrekt, verder moesten worden verduidelijkt om de staatssteunimplicaties van deze operaties te kunnen beoordelen.

2.4.2. *Vermeende kapitaalinjectie in 2015*

(58) In de overwegingen 79 tot en met 84 van het inleidingsbesluit heeft de Commissie het standpunt ingenomen dat het winstafromingssysteem een bijzondere belasting op de inkomsten van de exploitant van overheidscasino's in NRW, namelijk WestSpiel, leek te zijn.

(59) De Commissie merkte op dat Duitsland in zaak SA.44944 niet kan aanvoeren dat overheidscasino's (mogelijk) aan een ongunstige belastingregeling waren onderworpen (d.w.z. geen belastingvoordeel voor WestSpiel) en in de onderhavige zaak SA.48580 dat het winstafromingssysteem een winstuitkering aan aandeelhouders (d.w.z. geen belastingheffing) was waarbij enkel een deel van de uitgekeerde winst in WestSpiel werd geïnjecteerd.

(60) De Commissie kwam in overweging 83 van het inleidingsbesluit tot de conclusie dat, tegen deze achtergrond, het winstafromingssysteem van artikel 14 SpielbG NRW (oude versie) niet slechts een automatische winstuitkering van WestSpiel aan zijn aandeelhouder leek te zijn, waarvan NRW.BANK zou kunnen afzien. De kapitaalinjectie van 2015 was van een andere aard dan het winstafromingssysteem. Als een op zichzelf staande maatregel en op basis van het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie lijkt de injectie WestSpiel een voordeel te hebben opgeleverd.

3. OPMERKINGEN VAN BELANGHEBBENDEN

(61) Binnen de in het inleidingsbesluit vastgestelde termijn heeft de Commissie geen opmerkingen van belanghebbenden ontvangen.

4. OPMERKINGEN VAN DUITSLAND

(62) Volgens Duitsland gaat het bij geen van de vermeende steunmaatregelen om staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

4.1. Vermeende jaarlijkse verliesdekking

(63) Wat de vermeende jaarlijkse verliesdekking betreft, betoogt Duitsland in wezen dat WestSpiel nooit een directe of indirecte compensatie voor zijn verliezen van NRW.BANK heeft ontvangen, maar slechts zijn eigen vermogen (ingebracht in 1978 en 2002) heeft verbruikt ter compensatie van zijn gecumuleerde verliezen. Duitsland voert aan dat de vermeende maatregel geen betalingen van NRW.BANK met zich mee heeft gebracht en dat bij deze maatregel derhalve geen sprake was van staatssteun.

(64) Duitsland licht toe dat aandeelhouders volgens het Duitse vennootschapsrecht een verminderd kapitaal in de balans moeten opnemen wanneer de onderneming waarvan zij aandelen bezitten, verlies lijdt. In die zin zou in de op commanditaire vennootschappen van toepassing zijnde standaardboekhoudregels van het Duitse vennootschapsrecht ([18]) zijn bepaald dat in het onderhavige geval het kapitaal automatisch werd verbruikt, dat wil zeggen dat de kapitaalrekening van de vennootschap automatisch werd gedebiteerd voor het bedrag van de verliezen, zonder enig besluit van de aandeelhouder.

([18]) Zie artikel 167 HGB in samenhang met artikel 120 HGB (versie van het HGB vóór de wijziging van 1 januari 2024 bij artikel 34, lid 4, van de wet van 22 december 2023, Bundesgesetzblatt 2023 I nr. 411) ("oude versie").

(65) Daarnaast wijst Duitsland erop dat NRW.BANK niet kon "besluiten of het voor de dekking van de verliezen benodigde kapitaal al dan niet [aan WestSpiel] ter beschikking zou worden gesteld" (overweging 62 van het inleidingsbesluit). In die zin verklaart Duitsland op basis van de bepalingen van de Duitse wet het volgende:

a) WestSpiel moet, net als elke andere handelsonderneming, per het einde van elk boekjaar een jaarrekening opstellen (artikel 242 e.v. HGB). De jaarrekening bestaat uit een balans en een speciale winst-en-verliesrekening (artikel 242, lid 3, HGB). De onderneming moet zich daarbij aan de wet houden. Indien de financiële situatie van de onderneming, en met name het verbruik van eigen vermogen, niet voor het juiste bedrag in de jaarrekening wordt opgenomen, kunnen de betrokkenen worden vervolgd voor boekhoudfraude (artikel 331 HGB);

b) anders dan de klagers betogen, kan een vennoot (met betrekking tot het reeds in de vennootschap ingebrachte kapitaal) derhalve niet eenzijdig "besluiten of het voor de dekking van de verliezen benodigde kapitaal al dan niet ter beschikking wordt gesteld" ([19]). Dit besluit wordt de aandeelhouders onthouden, aangezien een vermindering van het eigen vermogen door middel van verrekening met het kapitaalaandeel van de vennoot gebaseerd is op artikel 161, lid 2, HGB in samenhang met artikel 120 HGB (oude versie). Deze laatste bepaling luidt als volgt:

— (eerste lid) "Aan het einde van elk boekjaar wordt de winst of het verlies over dat jaar bepaald op basis van de balans en wordt het aandeel van elke vennoot in deze winst of dit verlies berekend.";

— (tweede lid) "De aan een vennoot toekomende winst wordt toegevoegd aan het kapitaalaandeel van de vennoot; het aan een vennoot toegerekende verlies en de in het boekjaar aan het kapitaalaandeel onttrokken gelden worden daarop in mindering gebracht.";

c) indien er sprake is van verbruik van eigen vermogen, betekent dit niet dat de commanditaire vennoot nieuwe middelen inbrengt (of een besluit neemt over het gebruik van reeds ingebrachte middelen). Het betekent alleen dat de waarde van het aandeel van de vennoot door de verliezen en het verbruik van eigen vermogen is verminderd. In de winst-en-verliesrekening van de groep is derhalve sprake van "een debitering van het nettoverlies over het boekjaar […] ten laste van de kapitaalrekening van NRW.BANK (commanditaire vennoot)". Hierbij gaat het echter slechts om een technische boekhoudprocedure, namelijk de debitering van een balanspost (de kapitaalrekening). Er is geen sprake van een "debiteringsprocedure […] tot overmaking van middelen van een rekening van NRW.BANK aan WestSpiel" ([20]), maar van een vermindering van het in voorgaande jaren in de vennootschap ingebrachte eigen vermogen, die wordt opgenomen overeenkomstig de boekhoudregels;

d) deze regel, die in beginsel wordt toegepast door alle handelsondernemingen in de Unie en waarvan een groot deel is geharmoniseerd en in secundaire wetgeving van de Unie is geconcretiseerd, dient ter bescherming van de crediteuren. Verliezen moeten derhalve ten laste van het eigen vermogen worden gebracht;

e) een vennoot kan dit mechanisme niet omzeilen. De vennoten kunnen derhalve niet vrijelijk besluiten of het eigen vermogen wordt verbruikt. Tegen deze achtergrond is de rechtsopvatting van de klagers ([21]) volgens Duitsland onjuist en is het niet opnemen van het verbruik van het vennootschapskapitaal in de jaarrekening een strafbaar feit.

(66) Met betrekking tot de statuten van WestSpiel van 2007 bevestigt Duitsland dat deze in de periode vóór de stille deelneming (d.w.z. 2009-2014) geen clausule bevatten die leidde tot een ander mechanisme dan het in overweging 63 van het inleidingsbesluit beschreven automatische verbruik van vennootschapskapitaal. Bij deze statuten van 2007 zou het slechts om een verduidelijking zijn gegaan, waarbij de toepasselijke Duitse wetgeving werd weergegeven ([22]).

([19]) Zie overweging 62 van het inleidingsbesluit.
([20]) Zie overweging 63 van het inleidingsbesluit.
([21]) Zie overweging 62 van het inleidingsbesluit.
([22]) De statuten van WestSpiel (2007) zijn geherformuleerd en op 26 januari 2016 in werking getreden. Duitsland dient aanvullende elementen in waaruit blijkt dat noch in de jaren vóór de wijziging van de statuten in 2016, noch daarna bij de toerekening van verliezen een overdracht van financiële middelen of liquiditeiten door de commanditaire vennoot heeft plaatsgevonden. Wat betreft de stappen die voor de toerekening van de jaarlijkse verliezen moesten worden gevolgd, was er geen verschil tussen de statuten van 2007 en die van 2016. De verliezen werden toegerekend naar verhouding van het kapitaalaandeel (van NRW via de stille deelneming en van NRW.BANK). Bovendien was in de overeenkomst van stille deelneming bepaald dat deze niet eenzijdig door een van de partijen kon worden ontbonden. Hoe dan ook concludeert de Commissie, zoals uiteengezet in overweging 66 van het inleidingsbesluit, dat dezelfde overwegingen gelden voor verliezen die zijn geleden in de daaropvolgende jaren (d.w.z. na 2015, krachtens de statuten van 2016) en die (vermoedelijk) zijn gedebiteerd op de kapitaalrekeningen van NRW.BANK en NRW (in zijn hoedanigheid van insteller van de trust achter de stille deelneming van NRW.BANK in WestSpiel).

(67) Duitsland verklaart voorts dat NRW.BANK en NRW geen contractueel vastgelegde aanvullende verplichtingen ten gunste van WestSpiel (garanties, verbintenissen enz.) zijn aangegaan.

(68) In overweging 64 van het inleidingsbesluit uitte de Commissie ook twijfels over de vermeende maatregel omdat zij niet kon uitsluiten dat WestSpiel een voordeel was toegekend op basis van het feit dat NRW.BANK haar deelneming in WestSpiel behield ondanks de aanhoudende verliezen van WestSpiel, "aangezien er niet van kan worden uitgegaan dat een particuliere investeerder onder vergelijkbare omstandigheden op dezelfde wijze zou hebben gehandeld". Duitsland is van mening dat deze twijfels niet gerechtvaardigd zijn. Om uit te leggen dat een particuliere investeerder wel op dezelfde wijze zou hebben gehandeld, beschrijft Duitsland twee verschillende scenario's voor het handelen van NRW.BANK (de liquidatie en de verkoop van WestSpiel).

— *Eerste scenario: liquidatie van WestSpiel*

(69) Volgens Duitsland had NRW.BANK in de betrokken periode (2009-2015) de oorspronkelijke kapitaalinbreng van 35,5 miljoen EUR niet kunnen behouden door WestSpiel te liquideren. Om met de bescherming van crediteuren verband houdende redenen zou de liquidatie van WestSpiel of de terugtrekking van een vennoot krachtens het Duitse vennootschapsrecht aan strikte grenzen gebonden zijn. Duitsland erkent weliswaar dat een ontbinding mogelijk is bij besluit van de vennoten (artikel 131 HGB (oude versie)) ([23]), maar voegt eraan toe dat na de ontbinding de afwikkeling of liquidatie begint als een regeling krachtens artikel 145 e.v. HGB (oude versie) ([24]) en artikel 730 e.v. van het Duits Burgerlijk Wetboek ("Bürgerliches Gesetzbuch" — BGB). Duitsland verklaart dat deze liquidatie een complex en langdurig proces is, waarbij de liquidateurs de lopende zaken van de vennootschap moeten afwikkelen, de vorderingen moeten innen, de resterende activa te gelde moeten maken en de crediteuren moeten voldoen (artikel 149, lid 1, HGB) ([25]). De resterende activa van de vennootschap moeten door de liquidateurs over de vennoten worden verdeeld naar verhouding van hun respectieve kapitaalaandelen (artikel 155, lid 1, HGB) ([26]).

(70) Bovendien voert Duitsland aan dat NRW.BANK in het kader van dit liquidatieproces, zoals beschreven in overweging 69, had moeten voldoen aan een groot aantal verplichtingen tegenover derden, waaronder aanzienlijke pensioenverplichtingen. Daarnaast had rekening moeten worden gehouden met de kosten van de beëindiging van contracten (bv. arbeids- en huurcontracten). Ook zou de liquidatie van vaste en vlottende activa waarschijnlijk tot aanzienlijke verminderingen van de boekwaarden hebben geleid. De inbreng van NRW.BANK als enige commanditaire vennoot van WestSpiel zou noodzakelijkerwijs ook zijn aangetast, in die zin dat er alleen in het geval van een positief saldo een inbrengwaarde voor NRW.BANK zou zijn overgebleven (zie artikel 171, lid 1, HGB in samenhang met artikel 167, lid 3 ([27]), artikel 149, eerste zin, en artikel 161, lid 2, HGB). De liquidatiewaarde van WestSpiel zou derhalve reeds op basis van ruwe schattingen duidelijk negatief zijn geweest.

(71) Op basis daarvan concludeert Duitsland dat een liquidatieprocedure er niet toe zou hebben geleid dat NRW.BANK in de betrokken periode de oorspronkelijke kapitaalinbreng had kunnen behouden door WestSpiel te ontbinden. Duitsland voert in dit verband ook aan dat er rekening mee moet worden gehouden dat NRW.BANK op dat moment reeds een aanzienlijk bedrag aan kapitaal (de oorspronkelijk inbreng van 35,5 miljoen EUR) in WestSpiel had geïnvesteerd. Volgens Duitsland zou een particuliere investeerder die reeds in een onderneming heeft geïnvesteerd, ook een andere afweging wat betreft het risico van een nieuwe investering maken dan een investeerder zonder bestaande deelneming. In dit verband wordt erkend dat in het geval van een meerderheidsdeelneming strategische overwegingen op lange termijn een lager rendement dan het gemiddelde marktrendement kunnen rechtvaardigen ("het eigenaareffect").

— *Tweede scenario: verkoop van WestSpiel*

(72) Bijgevolg voert Duitsland aan dat, aangezien het eerste scenario kan worden uitgesloten, NRW.BANK de belasting door de verliezen van WestSpiel alleen met een verkoop had kunnen vermijden. Economisch gezien zou WestSpiel in de betrokken periode (2009-2015) echter in een voor een koper tamelijk onaantrekkelijke positie hebben verkeerd, waardoor er hoogstwaarschijnlijk geen bevredigende koopprijs had kunnen worden verkregen.

([23]) Artikel 131 HGB is na de wijziging van 1 januari 2024 nu artikel 140 HGB.
([24]) Artikel 145 HGB is na de wijziging van 1 januari 2024 nu artikel 143 HGB.
([25]) Artikel 149, eerste zin, HGB is na de wijziging van 1 januari 2024 nu artikel 148, lid 2, en artikel 148, lid 5, eerste zin, HGB.
([26]) Artikel 155, lid 1, HGB is na de wijziging van 1 januari 2024 nu artikel 148, lid 8, HGB.
([27]) Artikel 167, lid 3, HGB is na de wijziging van 1 januari 2024 nu beperkt tot artikel 167 HGB.

(73) Volgens Duitsland heeft NRW het [IBR]-verslag (2015) laten opstellen, dat een veelheid van indicatoren bevatte en daarom uitgebreider was dan een gewone “private investor test” (d.w.z. de toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder handelend in een markteconomie).

(74) Duitsland noemt met name bladzijde 101 van het verslag, waar staat dat het betalingssaldo van WestSpiel, zelfs met de destijds geplande kapitaalinjectie in de vorm van de stille deelneming, pas in de periode 2021-2023 positief zou worden. Dit blijkt ook uit de voorlaatste regel van de onderstaande grafiek, die afkomstig is uit het [IBR]-verslag.

[…]

4.2. **Vermeende kapitaalinjectie in 2015**

(75) In overweging 77 van het inleidingsbesluit heeft de Commissie twee redeneringen van Duitsland vastgesteld met betrekking tot de kapitaalinjectie van 2015. Ten eerste zou de injectie slechts een (gedeeltelijke) “herinjectie” van de uit WestSpiel afgeroomde winst hebben ingehouden. Ten tweede zou de injectie hoe dan ook in overeenstemming zijn geweest met het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie, gezien het feit dat NRW, door het kapitaal te injecteren via zijn stille inbreng, als een particuliere investeerder onder vergelijkbare omstandigheden zou hebben gehandeld. In zijn opmerkingen over het inleidingsbesluit gaat Duitsland op deze twee redeneringen in en voert het een reeks alternatieve argumenten aan.

(76) Ten eerste betoogt Duitsland met betrekking tot de (gedeeltelijke) “herinjectie” in wezen dat de twee operaties (de winstafroming en de kapitaalinjectie) als één enkele operatie (een totaalconcept, door Duitsland aangeduid als “één enkele interventie” of “één complexe maatregel”) moeten worden gezien en niet afzonderlijk kunnen worden beschouwd.

(77) Volgens Duitsland kan de (gedeeltelijke) “herinjectie” niet los worden gezien van de verkoop van de twee kunstwerken en met name niet van de winstafroming ten gunste van NRW, omdat: a) de twee maatregelen kort na elkaar werden genomen, en b) de verkoop van de kunstwerken afhankelijk was gesteld van de garantie van de betrokken autoriteiten dat de afgeroomde winst uit de verkoop (gedeeltelijk) zou worden terugbetaald in de vorm van de kapitaalinjectie. De (gedeeltelijke) “herinjectie” van de middelen maakte deel uit van een totaalconcept waartoe vóór de verkoop van de kunstwerken was besloten. Dit zou blijken uit interne en openbare documenten ([28]). Derhalve mag de kapitaalinjectie in het kader van deze “algemene beoordeling” niet afzonderlijk worden beschouwd, maar moet deze worden gezien als een submaatregel van één overkoepelende maatregel bestaande in de toepassing van het fiscale kader op WestSpiel (met name artikel 14 SpielbG NRW (oude versie), d.w.z. de winstafroming die werd toegepast op de winst uit de verkoop van de kunstwerken) ([29]).

(78) Ten tweede is Duitsland met betrekking tot het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie, zoals uiteengezet in de overwegingen 85 tot en met 89 van het inleidingsbesluit, van mening dat de kapitaalinjectie door NRW in 2015 in overeenstemming was met het gedrag van een particuliere investeerder onder vergelijkbare omstandigheden. Duitsland baseert zijn redenering op een “kortetermijnvisie” en een “langetermijnvisie”. Volgens de “kortetermijnvisie” was de kapitaalinjectie van 64,8 miljoen EUR in WestSpiel in 2015 als een op zichzelf staande maatregel in overeenstemming met de marktvoorwaarden ([30]). Wat de “langetermijnvisie” betreft, beroept Duitsland zich op het arrest-EDF ([31]), waarbij het aanvoert dat toekomstige hogere belastingopbrengsten in de beoordeling kunnen worden opgenomen. Daarnaast voert Duitsland aan dat de kapitaalinjectie nodig was om de winstgevendheid van WestSpiel te herstellen en aldus het reeds in de

([28]) Zo werd op de vergadering van borgen van NRW.BANK van 13 maart 2014 een uitdrukkelijk voorbehoud geformuleerd dat de verkoop van de kunstwerken alleen was toegestaan indien de benodigde middelen door WestSpiel konden worden gebruikt, d.w.z. permanent ter beschikking stonden van WestSpiel.

([29]) Maar mogelijk ook de artikelen 12 en 13 SpielbG NRW (oude versie), d.w.z. de belastingen op de bruto-opbrengst van kansspelen van WestSpiel, indien een “breder perspectief” (rekening houdend met het algemene fiscale kader) zou worden toegepast.

([30]) Duitsland verklaart dat de kapitaalinjectie samen met de winstafroming tot een totale winst van 17,2 miljoen EUR voor de staat heeft geleid, wat hoger is dan een winst van 0 EUR in het nulscenario (zonder kapitaalinjectie). Met andere woorden, door in 2014 82 miljoen EUR van WestSpiel te ontvangen (krachtens artikel 14 SpielbG NRW (oude versie)) en in 2015 slechts 64,8 miljoen EUR in WestSpiel te injecteren, heeft de staat in totaal 17,2 miljoen EUR behouden, wat meer is dan 0 in het nulscenario. Volgens Duitsland zijn de overwegingen van de Commissie in de punten 78 e.v. en 88 e.v. van het inleidingsbesluit dat een dergelijke “nettoberekening” niet was toegestaan, aangezien de winstafroming overeenkomstig artikel 14 SpielbG NRW (oude versie) “een integrerend deel [vormde] van de specifieke fiscale en regelgevende regeling van de SpielbG NRW die de staat uitsluitend op WestSpiel toepaste”, niet in overeenstemming met de rechtspraak. Duitsland verklaart tevens dat het enkele feit dat een betalingsverplichting “deel uitmaakt van een specifieke fiscale en regelgevende regeling”, er niet toe kan leiden dat deze betalingsverplichting los moet worden gezien van het economisch geheel van “de verkoop van kunstwerken, winstafroming en herinjectie”. Deze opvatting werd ondersteund door het arrest van het Gerecht van 26 februari 2019, Fútbol Club Barcelona/Commissie, T-865/16, ECLI:EU:T:2019:113.

([31]) Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

onderneming geïnvesteerde kapitaal te behouden. Duitsland verklaart met name dat er geen alternatief was voor het model van de verkoop van de kunstwerken/winstafroming/kapitaalinjectie. Het enige mogelijke alternatief zou zijn geweest om de maatregelen niet uit te voeren en daarmee de volledige waarde van het aandeel in WestSpiel en het vooruitzicht van toekomstige opbrengsten te verliezen. Volgens Duitsland zou met name een liquidatie van de vennootschap geen "vanuit economisch oogpunt denkbare oplossing" zijn geweest. Als toelichting op de redenen die tot deze opvatting van Duitsland hebben geleid, herhaalt Duitsland dezelfde argumenten die het reeds had aangevoerd om zijn standpunt ten aanzien van de nulscenario's voor de jaarlijkse verliesdekking te beschrijven wat betreft de inspanningen, kosten en tijd die de liquidatieprocedure met zich meebrengt en de verschillende verplichtingen die tot een negatieve liquidatiewaarde van WestSpiel zouden hebben geleid (zie de overwegingen 69, 70 en 71).

(79) Ten derde verklaart Duitsland dat de kapitaalinjectie WestSpiel geen voordeel heeft opgeleverd, gezien het structurele nadeel van WestSpiel (met name vanwege de winstafroming die werd toegepast op de winst uit de verkoop van de kunstwerken). Het structurele nadeel voor WestSpiel zou hebben bestaan in de verplichting om krachtens de artikelen 12, 13 en 14 SpielbG NRW (oude versie) een aanzienlijk hogere belastingdruk te dragen. Volgens Duitsland is er overeenkomstig de rechtspraak geen sprake van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, indien de compensatie slechts voor een structureel nadeel wordt toegekend ([32]). Duitsland voegt eraan toe dat uit de rechtspraak volgt dat de compensatie voor de extra kosten die voortvloeien uit een afwijkende regeling die niet voor de concurrenten geldt, geen staatssteun vormt indien er sprake is van een onlosmakelijk verband tussen de betrokken compenserende maatregel en het doel ervan om de extra kosten te compenseren die verband houden met de specifieke structurele problemen ([33]). Dit zou een gevolg zijn van het beginsel dat staatssteun alleen een economisch voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormt indien de onderneming wordt ontheven van kosten die "normaliter" door ondernemingen moeten worden gedragen ([34]). Alleen een ontheffing van dergelijke kosten zou ertoe kunnen leiden dat de ontvangende onderneming in een gunstigere mededingingspositie komt te verkeren dan haar concurrenten. In het geval van WestSpiel zou de overheidsmaatregel erop gericht zijn geweest de kosten van WestSpiel op het niveau van die van zijn concurrenten te houden. Derhalve zou het enige doel van de kapitaalinjectie door middel van de stille deelneming (zoals beschreven in overweging 47) erin hebben bestaan het structurele nadeel van WestSpiel te compenseren.

(80) Ten vierde voert Duitsland aan dat hetzelfde resultaat als dat van de kapitaalinjectie ook had kunnen worden bereikt door eenvoudigweg de nationale wetgeving, d.w.z. de toepasselijke fiscale bepalingen, te wijzigen. In het onderhavige geval zou het de wetgever hebben vrijgestaan om in artikel 14 SpielbG NRW (oude versie) een verduidelijking op te nemen op grond waarvan deze bepaling alleen van toepassing zou zijn op winsten uit de normale kansspelactiviteiten van de casino-exploitant, namelijk WestSpiel, maar niet op buitengewone inkomsten. Daartoe zou het bijvoorbeeld hebben volstaan om een nieuw lid 4 toe te voegen met de bepaling dat "winstafroming krachtens deze bepaling alleen plaatsvindt voor zover de jaarlijkse nettowinst toerekenbaar is aan feitelijke casinoactiviteiten. Andere winsten worden onderworpen aan de normale fiscale behandeling". In dit geval zou er geen (gedeeltelijke) "herinjectie" nodig zijn geweest, aangezien de opbrengst uit de verkoop van de kunstwerken niet onder het winstafromingssysteem zou zijn gevallen.

([32]) Arrest van het Gerecht van 14 juli 2016, Duitsland/Commissie, T-143/12, ECLI:EU:T:2016:406, punt 143 e.v.; arrest van het Gerecht van 16 maart 2004, Danske Busvognmænd/Commissie, T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, punt 57, en arrest van het Hof van Justitie van 23 maart 2006, Enirisorse/Sotacarbo, C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, punten 42-48.

([33]) Arrest van het Hof van Justitie van 8 december 2011, France Télécom/Commissie, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, punt 42 e.v.; arrest van het Gerecht van 30 november 2009, France Télécom e.a./Commissie, gevoegde zaken T-427/04 en T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, punt 207 e.v.; arrest van het Gerecht van 28 november 2008, Hotel Cipriani e.a./Commissie, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00, ECLI:EU:T:2008:537, punten 185, 187 en 189, en arrest van het Hof van Justitie van 9 juni 2011, Hotel Cipriani e.a./Commissie, gevoegde zaken C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, ECLI:EU:C:2011:368, punten 89, 97 en 100.

([34]) Arrest van het Hof van Justitie van 23 februari 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hoge Autoriteit, 30-59, ECLI:EU:C:1961:2, punten 3 en 43; arrest van het Hof van Justitie van 15 maart 1994, Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, punten 12 en 13; arrest van het Hof van Justitie van 1 december 1998, Ecotrade/Altiforni e Fernere di Servóla, C-200/97, ECLI:EU:C:1998:579, punt 34; arrest van het Hof van Justitie van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline/Finanzlandesdirektion für Kärnten, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, punt 3; arrest van het Hof van Justitie van 3 maart 2005, Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, punt 36; arrest van het Hof van Justitie van 30 juni 2016, België/Commissie, C-270/15, ECLI:EU:C:2016:489, punten 34, 35 en 36.

(81) Ten vijfde verklaart Duitsland dat NRW en vervolgens de vergadering van borgen van NRW.BANK op 8 mei 2018 hebben besloten om de volledige deelneming (100 %) van NRW.BANK in WestSpiel af te stoten. Na de verkoop moest de stille deelneming van NRW.BANK, die deze als trustee voor NRW hield, worden teruggegeven en bijgevolg worden beëindigd; met andere woorden, na de verkoop moest de boekwaarde van de stille deelneming van NRW aan NRW worden terugbetaald ([35]). Volgens Duitsland zou de teruggave van de stille deelneming door WestSpiel zijn neergekomen op een ruime terugbetaling van de (vermeende) staatssteun. In die zin zou uit de verkoop van WestSpiel zijn gebleken dat de kapitaalinjectie van 2015 in overeenstemming was met het gedrag van een particuliere investeerder en (ook om deze reden) geen staatssteun inhield. De keuze voor de kapitaalinjectie in 2015 zou economisch gezien zinvol zijn geweest, aangezien NRW niet alleen zou hebben verwacht door de verkoop van WestSpiel de boekwaarde van zijn stille deelneming terug te ontvangen, maar ook op de afstoting van de deelneming van NRW.BANK in WestSpiel winst te maken. In dit verband heeft Duitsland bij brief van 8 september 2021 de Commissie meegedeeld dat de tweede en laatste gedeeltelijke terugbetaling van de stille deelneming door WestSpiel ten bedrage van 11 516 909 EUR (zie voor de eerste gedeeltelijke terugbetaling overweging 90) op 26 juli 2021 heeft plaatsgevonden (uit de eigen liquide middelen van WestSpiel) ([36]).

(82) Wat de aanwezigheid van staatsmiddelen betreft, voert Duitsland ten slotte aan dat met de kapitaalinjectie geen staatsmiddelen gemoeid waren, aangezien het kapitaal afkomstig was uit de verkoop van de eigen kunstwerken van WestSpiel. Duitsland verklaart dat geen enkele marktdeelnemer ooit tot een dergelijke verkoop zou zijn overgegaan indien hij er niet van kon en mocht uitgaan dat de opbrengst van de verkoop of in elk geval een groot deel daarvan weer aan hem zou worden overgedragen. Tegen deze achtergrond zou een zuiver formele overweging dat de middelen uit de verkoop van de kunstwerken als staatsmiddelen worden beschouwd, louter omdat zij gedurende een "juridische seconde" aan de staat toekwamen, kunstmatig en niet passend zijn. Volgens Duitsland waren de middelen voor de (gedeeltelijke) "herinjectie" van kapitaal in de vorm van een stille deelneming veeleer afkomstig uit de verkoop van twee kunstwerken die eigendom waren van WestSpiel en zouden deze middelen niet beschikbaar zijn geweest indien WestSpiel had besloten om de twee kunstwerken niet te verkopen. Tegelijkertijd zou WestSpiel enkel tot de verkoop van de twee kunstwerken hebben besloten omdat het vertrouwde op de verzekering van de betrokken autoriteiten dat de met de verkoop gemaakte winst (gedeeltelijk) in WestSpiel zou worden "geherinvesteerd".

4.3. **Aanvullende argumenten**

(83) Met betrekking tot zowel de jaarlijkse verliesdekking als de kapitaalinjectie is Duitsland van mening dat deze maatregelen, gezien de monopoliepositie van WestSpiel in NRW, de mededinging niet konden vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig konden beïnvloeden. Duitsland is met name van oordeel dat de casinomarkt in de betrokken periode (2009-2015) krachtens de artikelen 1 en 3 SpielbG NRW (oude versie) was

([35]) Zoals uiteengezet in overweging 30, was WestSpiel in de tussentijd (in september 2021) verkocht.

([36]) In zijn antwoord van 4 april 2022 lichtte Duitsland toe hoe het bedrag van elk van deze twee terugbetalingen was bepaald. De toelichting luidde als volgt:

— De stille deelneming werd op 8 januari 2021 ontbonden met de ondertekening van de ontbindingsovereenkomst op 4 januari 2021.

— Op grond van de artikelen 12.1, 12.1 en 12.3 van de overeenkomst van stille vennootschap had de stille vennoot bij ontbinding van de stille vennootschap met wederzijdse instemming of bij beëindiging van de stille vennootschap door de stille vennoot recht op een compensatiebetaling.

— Op grond van artikel 12.2, eerste en tweede zin, en artikel 12.3, eerste zin, van de overeenkomst van stille vennootschap kwam het totaalbedrag van de compensatiebetaling overeen met de boekwaarde van de stille vennootschap per 31 december 2020. Overeenkomstig de overeenkomst werd de boekwaarde per 31 december 2020 berekend als het saldo van de inbrengrekening, de leningrekening en de verliesrekening van de stille vennootschap die zijn opgenomen in de gecontroleerde en van een accountantsverklaring voorziene jaarrekening van de vennootschap per 31 december 2020. De stille vennootschap nam bijgevolg nog deel in het jaarresultaat over 2020.

— Aangezien de gecontroleerde jaarrekening voor het boekjaar 2020 ten tijde van de ondertekening van de ontbindingsovereenkomst in januari 2021 nog niet beschikbaar was en er derhalve nog geen nauwkeurige en definitieve bindende vaststelling van het compensatiebedrag mogelijk was, zijn de partijen in de ontbindingsovereenkomst terugbetaling in twee tranches overeengekomen.

— De eerste tranche van 35 miljoen EUR werd zodanig vastgesteld dat — op basis van de voorlopige schatting van het jaarresultaat voor het boekjaar 2020, dat volgens Duitsland nog onzeker was — een te hoge betaling met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zou worden vermeden.

— De tweede en laatste tranche werd vastgesteld op het bedrag van het verschil tussen de boekwaarde van de stille vennootschap volgens de jaarrekening per 31 december 2020, die op 20 april 2021 aan een eindcontrole werd onderworpen, en het bedrag van de eerste tranche van 35 miljoen EUR. De boekwaarde van de stille vennootschap in de gecontroleerde jaarrekening per 31 december 2020 bedroeg uiteindelijk 46 516 909 EUR. De tweede tranche bedroeg derhalve 11 516 909 EUR.

afgeschermd tegen mededinging. Volgens Duitsland kan, ondanks de informatie in het jaarverslag 2014 van WestSpiel (overweging 57 van het inleidingsbesluit) ([37]), niet worden aangevoerd dat WestSpiel in de zin van het mededingingsrecht van de Unie op dezelfde markt actief is als de aanbieders van onlinespelen die tot dusver illegaal actief zijn in Duitsland. Duitsland verklaart dat vanuit procedureel oogpunt in elk geval het aspect of de maatregelen al dan niet staatssteun inhouden, op basis van de besluitvormingspraktijk van de Commissie ([38]) kan worden opengelaten.

(84) Een eerste mogelijke verenigbaarheidsgrond zou artikel 107, lid 3, punt c), VWEU zijn, gezien de liberalisering van de kansspelmarkt. Duitsland verklaart dat de Commissie privatiseringen als een doelstelling van gemeenschappelijk belang heeft aangemerkt ([39]) en artikel 107, lid 3, punt c), VWEU als vervuld heeft beschouwd in gevallen waarin de maatregelen nodig waren voor de privatisering van het overheidsbedrijf en de maatregelen uitsluitend betrekking hadden op het mededingingsnadeel van het overheidsbedrijf ten opzichte van zijn concurrenten ([40]). Volgens Duitsland is in het onderhavige geval voldaan aan de vereisten die voortvloeien uit de besluitvormingspraktijk van de Commissie. In die zin a) zou de doelstelling van gemeenschappelijk belang de openstelling van de markt van de sector zijn ([41]); b) zouden de maatregelen nodig zijn voor de verwezenlijking van die doelstelling ([42]), en c) zouden de maatregelen ook evenredig zijn ([43]).

(85) Als alternatief is Duitsland van oordeel dat de R&H-richtsnoeren een relevante verenigbaarheidsgrond zouden kunnen zijn. In die zin voert Duitsland aan dat WestSpiel ten tijde van de toekenning van de vermeende maatregelen weliswaar geen onderneming in moeilijkheden was, maar wel als zodanig zou worden beschouwd indien de Commissie opdracht tot terugvordering van steun zou geven en dat het in dat geval voor reddings- en herstructureringssteun in aanmerking zou komen ([44]).

5. OPMERKINGEN VAN WESTSPIEL EN DE KLAGERS

(86) Na het verstrijken van de termijn voor het indienen van opmerkingen over het inleidingsbesluit heeft de Commissie opmerkingen ontvangen van WestSpiel en van de klagers. Volledigheidshalve worden deze opmerkingen hieronder samengevat.

([37]) "[…] Zoals de klagers hebben opgemerkt, blijkt uit de informatie in het jaarverslag 2014 van WestSpiel dat WestSpiel zelf de mededinging met commerciële exploitanten van kansspelen en onlinekansspelen als een belangrijke reden voor de in dat jaar door WestSpiel geleden verliezen beschouwt […]" […].

([38]) Zie bv. de overwegingen 487 en 583 en artikel 2, lid 2, van Besluit C(2014) 6849 final van de Commissie van 1 oktober 2014 in zaak SA.14093 — door België ten uitvoer gelegde maatregelen ten faveure van Brussels South Charleroi Airport en Ryanair (PB L 325 van 30.11.2016, blz. 63); de overwegingen 190, 191 en 257 en artikel 2, lid 2, van Besluit C(2014) 5084 final van de Commissie van 23 juli 2014 in de zaken SA.19880 en SA.32576 — Airport Niederrhein (Weeze) und Flughafen Niederrhein GmbH (PB L 269 van 15.10.2015, blz. 1); overweging 120 van Beschikking 2009/613/EG van de Commissie van 8 april 2009 betreffende de door het Verenigd Koninkrijk ten uitvoer gelegde maatregelen ten behoeve van Royal Mail (PB L 210 van 14.8.2009, blz. 16); overweging 139 en artikel 1 van Besluit C(2019) 6836 final van de Commissie van 20 september 2019 in zaak SA.34402 betreffende de door Duitsland ten uitvoer gelegde maatregel ten gunste van Hochschul-Informations-System GmbH (PB L 74 van 11.3.2020, blz. 22), en met name in privatiseringszaken overweging 102 van Beschikking 2008/722/EG van de Commissie van 10 mei 2007 betreffende steun die Griekenland voornemens is ten uitvoer te leggen ten behoeve van de regeling voor vrijwillige vervroegde uittreding van OTE (PB L 243 van 11.9.2008, blz. 7).

([39]) Zie overweging 307 van Beschikking 2008/765/EG van de Commissie van 11 december 2007 betreffende steunmaatregel C 7/06 (ex NN 83/05) die door Finland is toegekend aan Tieliikelaitos/Destia (PB L 270 van 10.10.2008, blz. 1).

([40]) Zie overweging 157 van Besluit C(2012) 1834 final van de Commissie van 21 maart 2012 betreffende steunmaatregel SA.31479 (2011/C) (ex 2011/N) die het Verenigd Koninkrijk voornemens is uit te voeren ten behoeve van Royal Mail Group (PB L 279 van 12.10.2012, blz. 40).

([41]) De maatregelen dragen bij tot de verwezenlijking van een doelstelling van gemeenschappelijk belang, namelijk de privatisering en daarmee de openstelling van de markt van de casinosector in NRW.

([42]) De in het onderhavige geval ondernomen stappen, d.w.z. de kapitaalinjectie ter compensatie van het structurele nadeel, zijn belangrijke stadia in de aanpassing van de onderneming aan de geleidelijke liberalisering van de casinosector in Noord-Rijnland-Westfalen. Als gevolg van de maatregelen zullen particuliere investeerders geïnteresseerd zijn in het verwerven van WestSpiel, wat tot de privatisering van de onderneming zal leiden. Derhalve zijn de maatregelen nodig voor de privatisering van WestSpiel en voor de openstelling van de markt van de casinosector.

([43]) De maatregelen hebben uitsluitend tot doel het mededingingsnadeel van het overheidsbedrijf ten opzichte van zijn concurrenten te compenseren. Duitsland verklaarde dat de belastingdruk voor WestSpiel aanzienlijk verschilt van het belastingkader voor particuliere ondernemingen die actief zijn in de kansspelsector als geheel en dat de betrokken maatregelen niet tot een "overcompensatie" hebben geleid. Uit een vergelijking van de belastingdruk blijkt dat de belastingdruk voor WestSpiel in de betrokken periode sinds 2006 in 13 van de 14 jaren beduidend hoger was dan op grond van de normale vennootschapsbelasting het geval zou zijn geweest. Alleen al in de periode 2009-2013 kon Noord-Rijnland-Westfalen via de heffingen krachtens de artikelen 12, 13 en 14 SpielbG NRW (oude versie) in totaal 253,2 miljoen EUR innen. Zonder overheidsinterventie zou de vennootschap op eigen kracht niet met haar concurrenten kunnen concurreren.

([44]) Duitsland verklaart dat de Commissie in soortgelijke gevallen, bv. Beschikking 2005/345/EG van de Commissie van 24 februari 2004 betreffende herstructureringssteun van Duitsland ten gunste van Bankgesellschaft Berlin AG, steun heeft goedgekeurd (PB L 116 van 4.5.2005, blz. 1).

5.1. **Opmerkingen van WestSpiel**

5.1.1. *Vermeende jaarlijkse verliesdekking*

(87) Wat de vermeende jaarlijkse verliesdekking betreft, licht WestSpiel toe dat de door NRW.BANK aan WestSpiel betaalde vermeende verliescompensatie niet hoger was dan het normale aandeel in de verliezen dat door een commanditaire vennoot in een verlieslijdende commanditaire vennootschap wordt gedragen. Met name zou daaraan geen injectie van nieuw kapitaal verbonden zijn. Er zou evenmin sprake zijn van een aan de staat toerekenbare maatregel, aangezien in het geval van een verlies van de commanditaire vennootschap het verbruik van kapitaal automatisch zou plaatsvinden, d.w.z. onafhankelijk van enig besluit van de commanditaire vennoot.

5.1.2. *Vermeende kapitaalinjectie in 2015*

(88) Wat de kapitaalinjectie in 2015 betreft, voert WestSpiel aan dat het geen nieuw kapitaal van zijn aandeelhouder heeft ontvangen. In plaats daarvan heeft WestSpiel met instemming van zijn aandeelhouder enkele van zijn eigen activa (namelijk twee schilderijen van Andy Warhol) verkocht om over voldoende liquide middelen voor de noodzakelijke herstructurering te beschikken.

(89) WestSpiel betoogt dat, hoewel als gevolg van de winstafroming van 75 % als bedoeld in artikel 14, lid 1, SpielbG NRW (oude versie) de opbrengst van de verkoop van de twee kunstwerken in eerste instantie aan NRW moest worden overgedragen, dit geen op zichzelf staande maatregel was. Deze overdracht zou namelijk slechts een tussenstap zijn geweest in een meerfasige transactie, die vanaf het begin tot doel zou hebben gehad de opbrengst van de verkoop aan WestSpiel terug te betalen. Deze middelen zouden nodig zijn geweest voor de herstructurering van WestSpiel via een stille deelneming in zijn vennootschapskapitaal door NRW.BANK. Zonder de zekerheid dat de opbrengst (gedeeltelijk) in WestSpiel zou worden "geherinjecteerd", zou het bestuur van WestSpiel nooit met de verkoop van de schilderijen hebben ingestemd, aangezien die verkoop voor de vennootschap zeer nadelig zou zijn geweest.

(90) WestSpiel verklaart tevens dat, in het kader van de herstructurering binnen de groep van 13 januari 2021 (zie overweging 29), de stille deelneming in WestSpiel is ontbonden. Een eerste tranche van 35 miljoen EUR werd op 19 januari 2021 door WestSpiel terugbetaald (uit zijn eigen liquide middelen). Het resterende bedrag werd na de goedkeuring van de jaarrekening van WestSpiel in het tweede kwartaal van 2021 terugbetaald en bestond uit de tweede en laatste tranche (zie overweging 81, zesde zin).

5.2. **Opmerkingen van de klagers**

5.2.1. *Vermeende jaarlijkse verliesdekking*

(91) Wat de vermeende jaarlijkse verliesdekking betreft, hebben de klagers geen opmerkingen gemaakt, maar hebben zij enkel verzocht dat Duitsland wordt verplicht ervoor te zorgen dat WestSpiel de vermoedelijk sinds 2009 toegekende jaarlijkse verliesdekking terugbetaalt aan NRW.

5.2.2. *Vermeende kapitaalinjectie in 2015*

(92) Met betrekking tot de vermeende kapitaalinjectie in 2015 blijven de klagers bij en gaan zij nader in op hun standpunt dat zij ook in de zaken SA.44944 en SA.53552 hebben ingenomen, namelijk dat de winstafroming als bedoeld in artikel 14 SpielbG NRW (oude versie) technisch gezien geen belasting is, maar een uitkering van winst aan NRW in zijn hoedanigheid van insteller van de trust achter de stille deelneming van NRW.BANK in WestSpiel.

(93) De klagers betogen dat, anders dan de Commissie in de overwegingen 83 en 84 van het inleidingsbesluit heeft geconcludeerd, uitsluitend het recht van de betrokken lidstaat in alle gevallen bepalend is voor de kwalificatie van een heffing als een belasting in verband met de toepassing van het Unierecht inzake staatssteun. Met andere woorden, volgens de klagers is een maatregel die op grond van het Unierecht inzake staatssteun wordt onderzocht, alleen een belasting indien deze in het nationale recht als zodanig wordt aangemerkt. De klagers voegen er echter aan toe dat het geenszins nodig is het winstafromingssysteem van artikel 14 SpielbG NRW (oude versie) als een belasting te kwalificeren om tot de conclusie te komen dat de kapitaalinjectie waarop de onderhavige klacht betrekking heeft, onrechtmatige staatssteun vormt. Zelfs indien de winstafroming niet als een belasting wordt beschouwd, maar als een uitkering van winst aan de (indirecte) vennoot, zou het staatssteun-karakter van de kapitaalinjectie, om de redenen die de Commissie in de overwegingen 90 tot en met 93 van het inleidingsbesluit heeft aangegeven, voortvloeien uit het niet voldoen aan de vereisten van de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie.

6. BEOORDELING

6.1. Het bestaan van staatssteun

(94) Volgens artikel 107, lid 1, VWEU zijn "steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt".

(95) Een maatregel wordt als staatssteun aangemerkt indien aan de volgende cumulatieve voorwaarden wordt voldaan: a) de maatregel is aan de lidstaat toerekenbaar en wordt met staatsmiddelen bekostigd; b) de maatregel biedt bepaalde ondernemingen of producties selectieve economische voordelen; c) het voordeel vervalst de mededinging of dreigt de mededinging te vervalsen, en d) de maatregel heeft een ongunstige invloed op het handelsverkeer binnen de Unie.

(96) In de volgende punten zal de Commissie de criteria van de definitie van staatssteun van artikel 107, lid 1, VWEU beoordelen voor elk van de twee maatregelen waarop de klacht betrekking heeft.

6.1.1. *Vermeende jaarlijkse verliesdekking van 2009 tot en met 2015*

(97) Wat de maatregel betreffende de jaarlijkse verliesdekking betreft, is de kernvraag of de maatregel WestSpiel een voordeel heeft opgeleverd. De Commissie is van oordeel dat de jaarlijkse verliesdekking WestSpiel geen voordeel heeft opgeleverd en dat het bestaan van staatssteun vanwege het cumulatieve karakter van de criteria van artikel 107, lid 1, VWEU kan worden uitgesloten zonder dat het nodig is de andere criteria te beoordelen.

(98) Een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU is een economisch voordeel dat een onderneming onder normale marktvoorwaarden, d.w.z. zonder overheidsingrijpen, niet had kunnen verkrijgen ([45]). Alleen de gevolgen van de maatregel voor de onderneming zijn relevant, niet de oorzaken of de doeleinden van het overheidsingrijpen ([46]). Telkens wanneer de financiële situatie van een onderneming verbetert als gevolg van overheidsingrijpen ([47]) op voorwaarden die afwijken van normale marktvoorwaarden, is er sprake van een voordeel. Om dit te kunnen beoordelen, moet de financiële situatie van de onderneming ná de maatregel worden vergeleken met haar financiële situatie indien de maatregel niet was genomen ([48]). Aangezien alleen de gevolgen van de maatregel voor de onderneming van belang zijn, doet het niet ter zake of het voordeel voor de onderneming verplicht is in die zin dat zij het niet kon vermijden of weigeren ([49]).

(99) De Commissie is van mening dat de jaarlijkse verliesdekking WestSpiel op grond van twee redeneringen geen voordeel oplevert: WestSpiel heeft bij de nakoming van zijn verplichting krachtens het Duitse vennootschapsrecht slechts zijn eigen kapitaal verbruikt (zie punt 6.1.1.1), en een vergelijkbare particuliere investeerder zou op dezelfde wijze hebben gehandeld. Derhalve werd de maatregel onder normale marktvoorwaarden toegekend (zie punt 6.1.1.2).

6.1.1.1. Automatisch verbruik van het kapitaal

(100) Ten eerste kon de Commissie in overweging 62 van het inleidingsbesluit geen uitspraak doen en geen definitief standpunt innemen over de vraag of NRW.BANK en NRW daadwerkelijk (een deel van) de verliezen van WestSpiel droegen of besloten of het voor de dekking van de verliezen benodigde kapitaal al dan niet beschikbaar zou worden gesteld, of beide. In dat voorlopige stadium (zie de overwegingen 63, 64 en 65 van het inleidingsbesluit) was de Commissie van mening dat de kapitaalrekening van NRW.BANK was gedebiteerd voor de verliezen van WestSpiel, zodat middelen van een rekening van NRW.BANK naar WestSpiel waren overgeboekt en de maatregel op het eerste gezicht een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU had opgeleverd. De Commissie heeft Duitsland echter om nadere toelichting verzocht om de staatssteunimplicaties van de operatie te kunnen beoordelen.

([45]) Arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1996, SFEI e.a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, punt 60; arrest van het Hof van Justitie van 29 april 1999, Spanje/Commissie, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, punt 41.

([46]) Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

([47]) Het begrip "overheidsingrijpen" heeft niet alleen betrekking op positieve maatregelen van de staat, maar ook op het feit dat de autoriteiten in bepaalde omstandigheden geen maatregelen nemen, bijvoorbeeld om schulden in te vorderen. Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 12 oktober 2000, Spanje/Commissie, C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559, punten 19 en 20.

([48]) Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

([49]) Zie overweging 69 van Beschikking 2004/339/EG van de Commissie van 15 oktober 2003 betreffende de door Italië ten uitvoer gelegde maatregelen ten gunste van RAI SpA (PB L 119 van 23.4.2004, blz. 1); conclusie van advocaat-generaal Fennelly van 26 november 1998, Frankrijk/Commissie, C-251/97, ECLI:EU:C:1998:572, punt 26.

(101) Zoals beschreven in de overwegingen 63 tot en met 67, verklaart Duitsland in zijn opmerkingen over het inleidingsbesluit dat WestSpiel nooit een directe compensatie voor zijn verliezen van NRW.BANK als zijn enige commanditaire vennoot heeft ontvangen, maar in werkelijkheid slechts zijn eigen vermogen (ingebracht in 1978 en 2002) heeft verbruikt om zijn gecumuleerde verliezen te compenseren; dat wil zeggen dat WestSpiel geen directe betalingen van NRW.BANK heeft ontvangen. Duitsland verwijst in plaats daarvan naar het mechanisme voor de compensatie van verliezen door automatische afschrijving van de kapitaalrekening van de vennootschap krachtens het Duitse vennootschapsrecht.

(102) Op basis van deze standpunten en om de volgende redenen is de Commissie van mening dat de jaarlijkse verliesdekking WestSpiel geen voordeel heeft opgeleverd, aangezien daarbij geen overdracht van middelen van buiten de onderneming heeft plaatsgevonden en er sprake was van een zuiver juridisch automatisme voor de compensatie van de verliezen van WestSpiel binnen zijn eigen rekeningen overeenkomstig een verplichting op grond van het Duitse vennootschapsrecht.

(103) De jaarlijkse verliesdekking was inderdaad slechts een gevolg van de verplichting krachtens artikel 161, lid 2, HGB in samenhang met artikel 120 HGB (oude versie) dat in het geval van een opname van de jaarlijkse verliezen in de balans van een commanditaire vennootschap de aan een vennoot toegerekende verliezen automatisch in mindering worden gebracht op het kapitaalaandeel. Derhalve werd het aandeel van NRW.BANK, als enige commanditaire vennoot van WestSpiel, in de jaarlijkse verliezen in mindering gebracht op het reeds bestaande eigen vermogen van de vennootschap en was er geen inbreng van nieuw kapitaal van buiten de vennootschap nodig. Op grond van dit zuiver juridische automatisme was de staat in het geheel niet bij het proces betrokken en werd er geen actief besluit over toekenning van de jaarlijkse verliesdekking genomen.

(104) Derhalve heeft er, anders dan de Commissie in overweging 63 van het inleidingsbesluit had vastgesteld, geen overdracht van middelen van een kapitaalrekening van NRW.BANK aan WestSpiel plaatsgevonden; overeenkomstig het compensatiemechanisme van het HGB werden de verliezen van WestSpiel aan het einde van elk jaar immers onmiddellijk gecompenseerd binnen het eigen vermogen van de vennootschap (dat ooit werd verschaft door NRW.BANK als enige commanditaire vennoot van WestSpiel) en derhalve vond het proces uitsluitend plaats binnen de eigen rekeningen van WestSpiel. WestSpiel heeft derhalve geen betalingen van buiten de vennootschap ontvangen, en zijn economische situatie is door het verliesdekkingsmechanisme dan ook niet verbeterd.

6.1.1.2. Gedrag van een vergelijkbare particuliere investeerder

(105) Ten tweede herziet de Commissie haar in overweging 64 van het inleidingsbesluit uiteengezette standpunt dat het enkele feit dat NRW.BANK ondanks de herhaalde verliezen in de voorgaande jaren verdere verliezen van WestSpiel aanvaardde zonder vooraf te beoordelen of zij haar deelneming in WestSpiel al dan niet moest handhaven of deze moest liquideren om het nog niet verloren deel van het kapitaal te behouden, op zich reeds een onrechtmatig voordeel kan hebben gevormd, aangezien er niet van kan worden uitgegaan dat een particuliere investeerder onder vergelijkbare omstandigheden op dezelfde wijze zou hebben gehandeld. Zoals uiteengezet in overweging 68, is Duitsland van mening dat deze twijfels niet gerechtvaardigd zijn. Om uit te leggen dat een particuliere investeerder wel op dezelfde wijze zou hebben gehandeld, beschrijft Duitsland twee verschillende scenario's voor het handelen van NRW.BANK (de liquidatie en de verkoop van WestSpiel).

(106) Op basis van de door Duitsland verstrekte aanvullende inlichtingen en gezien de onderstaande beoordeling is de Commissie van mening dat een particuliere investeerder onder vergelijkbare omstandigheden niet een van de alternatieve scenario's, d.w.z. liquidatie of verkoop van WestSpiel (nulscenario's), zou hebben gekozen in plaats van toekenning van de jaarlijkse verliesdekking (feitelijk scenario), aangezien dit laatste scenario het meest rationele scenario is. WestSpiel zou onder normale marktvoorwaarden hetzelfde economische voordeel hebben ontvangen, en (naast de in punt 6.1.1.1 genoemde redenen) heeft de jaarlijkse verliesdekking WestSpiel geen voordeel opgeleverd.

— *Beoordeling van de nulscenario's (liquidatie en verkoop)*

— *Scenario 1: liquidatie van WestSpiel*

(107) In zijn opmerkingen over het inleidingsbesluit verklaart Duitsland dat NRW.BANK in de betrokken periode 2009-2015 haar oorspronkelijke kapitaalinbreng in WestSpiel niet had kunnen behouden door de vennootschap te liquideren (zie de overwegingen 69, 70 en 71), aangezien de liquidatiewaarde van WestSpiel na de ontbinding/liquidatie op grond van artikel 143 e.v. HGB en artikel 730 e.v. BGB duidelijk negatief zou zijn geweest.

(108) De Commissie is het met Duitsland eens in zoverre dat het verklaart dat een liquidatie van WestSpiel geen economisch redelijk alternatief voor de jaarlijkse verliesdekking zou zijn geweest, aangezien uit de hierna uiteengezette overwegingen inderdaad blijkt dat de liquidatiewaarde van WestSpiel negatief zou zijn geweest.

— *Liquidatiewaarde volgens de beschrijving van de procedure door Duitsland*

(109) Met zijn beschrijving van het theoretische systeem en de procedure voor de liquidatie van WestSpiel zet Duitsland op uitvoerige en begrijpelijke wijze uiteen waarom het kapitaal dat overeenkomstig artikel 148, lid 5, eerste zin, HGB nodig is om de crediteuren te voldoen, het beschikbare kapitaal van WestSpiel zou hebben overschreden. De Commissie begrijpt uit deze beschrijving dat de compensatie voor een groot aantal verplichtingen tegenover derden, waaronder aanzienlijke pensioenverplichtingen, kosten van de beëindiging van contracten (bv. arbeids- en huurcontracten) en de liquidatie van vaste en vlottende activa, in aanmerking had moeten worden genomen en tot aanzienlijke verminderingen van de boekwaarden van WestSpiel zou hebben geleid.

(110) Bovendien bevestigt de Commissie het argument van Duitsland dat de inbreng van NRW.BANK noodzakelijkerwijs ook zou zijn aangetast, in die zin dat er alleen in het geval van een positief saldo een inbrengwaarde voor NRW.BANK zou zijn overgebleven (zie artikel 171, lid 1, HGB in samenhang met artikel 167, lid 3, artikel 149, eerste zin, en artikel 161, lid 2, HGB) (zie overweging 70). De Commissie verduidelijkt dat in artikel 171, lid 1, HGB in samenhang met artikel 167, lid 3, HGB (oude versie) wordt bepaald dat de commanditaire vennoot rechtstreeks aansprakelijk is tegenover de crediteuren van de vennootschap, maar dat deze aansprakelijkheid beperkt is tot de kapitaalinvestering/resterende kapitaalinbreng ("Haftsumme") van de vennoot. De Commissie merkt in dit verband op dat deze beperkte aansprakelijkheid ook van toepassing is op de liquidatieprocedure. Het resterende deel van de kapitaalinbreng van de commanditaire vennoot, de oorspronkelijk door NRW.BANK ingebrachte 35,5 miljoen EUR (zie overweging 28), zou deel uitmaken van dit kapitaal, dat voor de nakoming van de verplichtingen van de vennootschap wordt gebruikt.

(111) De Commissie merkt op dat Duitsland een gedetailleerde analyse van het liquidatiescenario voor WestSpiel heeft verstrekt, maar zonder onderbouwd bewijs te leveren voor het argument dat de liquidatiewaarde negatief was, bijvoorbeeld door de individuele verplichtingen van WestSpiel tegenover derden te staven met specifieke cijfers. Duitsland maakt slechts vaag melding van "geschatte berekeningen", die op geen enkele manier worden onderbouwd.

— *Liquidatiewaarde volgens de jaarrekening van WestSpiel*

(112) Het door Duitsland aangevoerde argument ("de liquidatiewaarde van WestSpiel zou negatief zijn geweest") om het liquidatiescenario te verwerpen, wordt in elk geval bevestigd door de bevindingen in de jaarrekening en in de door [een ander gerenommeerd accountantskantoor] opgestelde geconsolideerde jaarrekeningen/geconsolideerde jaarverslagen van WestSpiel (hierna "de [XY]-verslagen" genoemd).

(113) Met name zou de in deze documenten vermelde verhouding tussen de verplichtingen en het kapitaal in de periode 2009-2015 hebben geleid tot een negatieve liquidatiewaarde van WestSpiel: volgens de jaarrekening voor het boekjaar 2009 bedroeg het totaalbedrag van de verplichtingen van WestSpiel 25,3 miljoen EUR en het kapitaal van de vennootschap 27,9 miljoen EUR. Vervolgens overschreed het bedrag van de verplichtingen (22,7 miljoen EUR) vanaf het boekjaar 2010 het kapitaal van WestSpiel (22,1 miljoen EUR) en bleef die situatie in de jaren tot en met 2015 ongewijzigd. Derhalve zou WestSpiel op dat moment, na voldoening van zijn crediteuren op grond van artikel 148, lid 5, eerste zin, HGB door nakoming van de verplichtingen vanuit het kapitaal, inderdaad een negatieve liquidatiewaarde hebben gehad, zoals door Duitsland aangevoerd.

(114) Op grond van de bovenstaande beoordeling en op basis van de door Duitsland beschreven situatie, zoals aangetoond in de overwegingen 69, 70 en 71, is de Commissie van mening dat op het moment van toekenning van de jaarlijkse verliesdekking een liquidatie van WestSpiel geen economisch redelijk alternatief voor de jaarlijkse verliesdekking zou zijn geweest.

— *Scenario 2: verkoop van WestSpiel*

(115) In zijn opmerkingen over het inleidingsbesluit verklaart Duitsland dat de enige manier waarop NRW.BANK de belasting als gevolg van de verliezen van WestSpiel had kunnen vermijden, een verkoop zou zijn geweest (zie de overwegingen 72, 73 en 74). Volgens Duitsland zou een verkoop vóór 2015 ertoe hebben geleid dat Duitsland geen bevredigende prijs zou hebben verkregen en daardoor hogere verliezen zou hebben geleden. Duitsland verstrekt bewijs in de vorm van een verwijzing naar bladzijde 101 van het [IBR]-verslag, waar staat dat het betalingssaldo van WestSpiel, zelfs met de op dat moment geplande kapitaalinjectie in de vorm van de stille deelneming, pas in de periode 2021-2023 positief zou worden. Zoals uiteengezet in overweging 30, werd WestSpiel ten slotte in september 2021 verkocht aan de Gauselmann-groep voor een prijs van 141,8 miljoen EUR.

(116) Om de volgende redenen is de Commissie van mening dat ook een verkoop van WestSpiel in de periode waarin NRW.BANK besloot de verliezen van WestSpiel te blijven dekken, door een vergelijkbare particuliere investeerder niet in overweging zou zijn genomen.

— *Beoordeling van de algemene financiële situatie van WestSpiel van 2009 tot en met 2015*

(117) Net als bij het eerste scenario (zie de overwegingen 112, 113 en 114) heeft de Commissie het door Duitsland verstrekte bewijsmateriaal opnieuw onderzocht op basis van de jaarrekeningen van WestSpiel en van de [XY]-verslagen voor de jaren 2009 tot en met 2015. De Commissie merkt op dat de daarin opgenomen bedrijfscijfers bevestigen dat een verkoop van WestSpiel in die periode niet rationeel zou zijn geweest.

(118) Bij het eerste scenario (liquidatie) heeft de Commissie haar beoordeling van de jaarrekeningen en de [XY]-verslagen beperkt tot de verhouding tussen het kapitaal van WestSpiel en zijn geregistreerde verplichtingen tegenover derden. Met betrekking tot het tweede scenario (verkoop) acht de Commissie het nodig om daarnaast te kijken naar de algemene economische situatie van WestSpiel in de verschillende jaren en naar de raming door de consultants van [XY] van de toekomstige ontwikkeling van de winstgevendheid van WestSpiel om de rationaliteit van een verkoop te kunnen beoordelen.

(119) De Commissie maakt uit de beschikbare jaarrekeningen en [XY]-verslagen het volgende op met betrekking tot de situatie van WestSpiel in de periode 2009-2015:

— Volgens de [XY]-verslagen was er bij WestSpiel in 2009 reeds sprake van een dalende BOK, die terug te voeren was op wijzigingen in de nationale wetgeving met betrekking tot het sinds 2007 geldende niet-rookbeleid in NRW en strengere toegangscontroles voor casino's, alsook op de ontwikkeling van commerciële kansspelen/illegale onlinekansspelen en de nieuwe belastingregeling voor casino's in NRW, die sinds 1 januari 2008 van toepassing is. In 2009 leed WestSpiel een nettoverlies van 7,9 miljoen EUR. Op dat moment was WestSpiel voor de BOK van zijn casino's nog onderworpen aan een belastingtarief van 50 % ([50]). Uit het [XY]-verslag blijkt dat het bestuur van WestSpiel, en daarmee ook NRW.BANK als zijn enige commanditaire vennoot, zich bewust was van deze situatie en van de risico's voor het voortbestaan van de vennootschap. Het bestuur van WestSpiel heeft derhalve verschillende preventieve maatregelen genomen, zoals het inleiden van een herstructureringsproces en het verzoeken om een vermindering van de casinobelasting voor specifieke casinolocaties.

— In 2010 ontwikkelde de situatie zich op een vergelijkbare wijze als in 2009 en werden er aanvullende maatregelen ter vermindering van de kosten genomen, zoals de aanpassing van producten en aanbiedingen. Voor 2012 werd een nettoverlies van 12 miljoen EUR verwacht (bijna tweemaal het bedrag van het nettoverlies van 5,8 miljoen EUR in 2010).

([50]) Zie artikel 12 SpielbG NRW, dat is ingevoerd bij de wet van de deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen inzake het staatsverdrag betreffende kansspelen in Duitsland (Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland) van 30 oktober 2007; GV. NRW., Ausgabe 2007, Nr. 24 vom 14.11.2007, Seite 441 bis 460 — RECHT.NRW.DE.

— Voor 2011 wordt in het [XY]-verslag uitgegaan van een lichte verbetering van de situatie van WestSpiel, met een lager nettoverlies van 3,5 miljoen EUR.

— Het nettoverlies steeg in 2012 tot 10,3 miljoen EUR, terwijl de BOK van WestSpiel gestaag daalde. In het [XY]-verslag wordt dankzij de positieve jaarresultaten van de casinolocatie in Duisburg voor dat jaar echter een vrijwel sluitende balans vastgesteld. Niettemin verwachtte het bestuur voor 2013 een forse druk op de liquiditeit van WestSpiel.

— Vanaf 2012 was het nieuwe belastingmodel voor casino's van toepassing, met een lagere belasting op de BOK van 30 %, zoals beschreven in de overwegingen 31 en 33 ([51]). In 2013 leed WestSpiel nog een nettoverlies van 8,96 miljoen EUR, wat voor het bestuur aanleiding was over te gaan tot een verdere herstructurering om de liquiditeit tot en met 2022 te waarborgen. Daarbij ging het om de verkoop van de kunstwerken en de kapitaalinjectie na de winstafroming, zoals beschreven in de overwegingen 46 en 47. In het [XY]-verslag wordt als gevolg van de herstructurering voor 2014 een nettowinst van 4,4 miljoen EUR geraamd.

— Volgens het [XY]-verslag voor 2014 behaalde WestSpiel als gevolg van de uitvoering van de herstructureringsmaatregelen een positief resultaat in de vorm van een nettowinst van 3,3 miljoen EUR, gevolgd door een nettoverlies van minder dan 1 miljoen EUR in 2015.

(120) De documenten waarover de Commissie beschikt, bevestigen derhalve het betoog van Duitsland dat WestSpiel vanwege de aanhoudende nettoverliezen en de voortdurende juridische uitdagingen op nationaal niveau in de periode 2009-2015 voor een theoretische koper op geen enkel moment een aantrekkelijke investering zou zijn geweest.

(121) Voor zover Duitsland verwijst naar de prognose van de liquiditeit van WestSpiel op bladzijde 101 van het [IBR]-verslag (op basis van de jaarrekeningen/[XY]-verslagen voor 2013 en 2014), merkt de Commissie op dat, anders dan Duitsland beschrijft, de analyse niet de situatie omvat waarin de kapitaalinjectie deel uitmaakt van de herstructurering, maar de ontwikkeling van de liquiditeit van WestSpiel zonder de geplande kapitaalinjectie (na de verkoop van de kunstwerken en de winstafroming). Deze onjuiste interpretatie van het [IBR]-verslag door Duitsland verandert echter niets aan het standpunt van de Commissie, maar bevestigt dit nogmaals, aangezien uit de grafiek in overweging 74 blijkt dat het betalingssaldo van WestSpiel zonder de kapitaalinjectie tot en met 2021 negatief zou zijn gebleven. Naar de mening van de Commissie is het dan ook niet realistisch dat NRW.BANK de met betrekking tot het aan WestSpiel verstrekte kapitaal geleden verliezen op dat moment met de opbrengst van een verkoop had kunnen compenseren.

(122) Bovendien omvat de verkoop van een bedrijf, net als de liquidatie, een complexe en langdurige juridische procedure. Naast de algemene bepalingen van het handelsrecht en het vennootschapsrecht zijn er ook voorschriften op het gebied van het arbeidsrecht ten aanzien van bijvoorbeeld de overgang van personeel overeenkomstig artikel 613a BGB en het opstellen van sociale plannen in de zin van artikel 112 van de Duitse wet op de ondernemingsraden ("Betriebsverfassungsgesetz" — BetrVG), alsook op het gebied van de belastingwetgeving (zoals de verplichting om inkomstenbelasting, bedrijfsbelasting, vennootschapsbelasting en btw te betalen) en op het gebied van het mededingingsrecht (betreffende een mogelijke concentratie die onderworpen is aan de EU-regels inzake concentratiecontrole).

(123) Op basis van het voorgaande is de Commissie van mening dat de verkoop van WestSpiel op het moment van toekenning van de jaarlijkse verliesdekking voor Duitsland geen redelijke optie zou zijn geweest.

— *Beoordeling van het feitelijke scenario (jaarlijkse verliesdekking)*

([51]) Zie artikel 12 SpielbG NRW, zoals gewijzigd bij artikel 3 van de wet inzake het eerste staatsverdrag tot wijziging van het staatsverdrag betreffende kansspelen in Duitsland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag — Erster GlüÄndStV); GV. NRW., Ausgabe 2012, Nr. 29 vom 22.11.2012, Seite 523 bis 546 — RECHT.NRW.DE.

(124) De Commissie is van mening dat het door NRW.BANK gekozen feitelijke scenario voor een aandeelhouder de meest redelijke benadering is.

(125) In het algemeen is een jaarlijkse verliesdekking door aandeelhouders bij ondernemingen een gangbare praktijk, vaak op basis van winst- en verliesafdrachtovereenkomsten binnen ondernemingsstructuren die worden gesloten tussen de moedermaatschappij en haar dochterondernemingen ([52]). Bovendien kan deze jaarlijkse verliesdekking veeleer worden gezien als passief gedrag van een investeerder, aangezien aandeelhouders op grond van het Duitse vennootschapsrecht verplicht zijn de in de jaarrekening van een onderneming opgenomen verliezen te compenseren met hun kapitaalaandeel, zoals uiteengezet in de overwegingen 103 en 104. De jaarlijkse verliesdekking is dan ook een zuiver automatisch mechanisme dat geen afzonderlijk besluit van een aandeelhouder vereist.

(126) De Commissie is derhalve van mening dat een particuliere investeerder, zelfs zonder een deskundigenverslag of andere ondersteunende documenten, van de drie scenario's (onmiddellijke verkoop/liquidatie/"geen actie") het derde scenario zou hebben gekozen.

(127) In die zin kan noch de verkoop van een bedrijf onmiddellijk nadat het verlies begint te lijden, noch de investering van nieuw kapitaal om een (verlieslijdend) bedrijf op de been te houden, worden geacht altijd in overeenstemming te zijn met het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie. Veeleer moet elk besluit (hetzij verkoop, hetzij handhaving van de status-quo of inbreng van nieuw kapitaal) per geval op zijn eigen merites worden beoordeeld en worden getoetst aan het gedrag van een voorzichtige marktinvesteerder.

— *Conclusie over het voordeel*

(128) Op basis van het bovenstaande concludeert de Commissie derhalve dat de vermeende jaarlijkse verliesdekking WestSpiel geen economisch voordeel heeft opgeleverd, aangezien dergelijke betalingen slechts het eigen kapitaal van WestSpiel verminderden (zie de overwegingen 100 tot en met 104) en gezien het feit dat NRW.BANK zich bij haar besluit om haar kapitaalinbreng in WestSpiel te behouden op economisch rationele wijze heeft gedragen, in die zin dat het economisch zinvol was niet met verlies te verkopen, maar te wachten op betere tijden waarin zij deze kapitaalvermindering zou kunnen compenseren door WestSpiel met winst te verkopen (ook al zou dit — mogelijkerwijs — hebben betekend dat zij verlies zou blijven lijden, d.w.z. dat het kapitaal van WestSpiel nog sterker zou dalen).

6.1.2. *Vermeende kapitaalinjectie in 2015*

6.1.2.1. Verband tussen het winstafromingssysteem en de kapitaalinjectie

(129) Om te bepalen of de vermeende kapitaalinjectie als staatssteun moet worden aangemerkt, moet de Commissie eerst beoordelen of het winstafromingssysteem in 2014 ([53]) en de kapitaalinjectie van 64,8 miljoen EUR door NRW in WestSpiel in 2015 moeten worden beschouwd als twee verschillende maatregelen of als één enkele operatie.

(130) Uit de door Duitsland verstrekte informatie over het systeem van de kapitaalinjectie (zie de overwegingen 48 en 49) blijkt dat de verplichting van NRW.BANK om aanvullend vennootschapskapitaal in WestSpiel in te brengen, op 1 december 2015 juridisch bindend is geworden overeenkomstig de trustee-overeenkomst en nadat de opschortende voorwaarde voor de betaling ("[…] niet vóór de ondertekening van de overeenkomst van stille vennootschap […]", zoals uiteengezet in overweging 26) was vervuld. De Commissie is derhalve van mening dat

([52]) Zie bijvoorbeeld Besluit C(2011) 632 definitief van de Commissie van 23 februari 2011 betreffende de door Duitsland toegekende staatssteun in zaak C 58/06 (ex NN 98/05) ten gunste van Bahnen der Stadt Monheim (BSM) en Rheinische Bahngesellschaft (RBG) in het Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (PB L 210 van 17.8.2011, blz. 1); Besluit C(2011) 3899 van de Commissie van 15 juni 2011 betreffende steunmaatregel SA.31296 (N 322/2010) — Duitsland — Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH (PB C 1 van 4.1.2013, blz. 2); Besluit C(2024) 2781 final van de Commissie van 13 juni 2024 betreffende steunmaatregel SA.55744 (2024/C) (ex 2019/FC) — Mogelijke steun aan WestVerkehr (PB C, C/2024/4762, 30.7.2024), en Besluit C(2022) 639 final van de Commissie van 31 januari 2022 betreffende steunmaatregel SA.50952 (2022/C) (ex 2018/FC) — Vermeende staatssteunmaatregelen ten gunste van DB Cargo (PB C 316 van 18.8.2022, blz. 20). Deze praktijk wordt ook ondersteund door artikel 302, lid 1, van de Duitse wet op de naamloze vennootschappen (Aktiengesetz — AktG), dat uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid van jaarlijkse verliesdekking door de andere partij bij een zeggenschaps- of winstafdrachtovereenkomst.

([53]) Overeenkomstig artikel 14 SpielbG NRW (oude versie) (zie overweging 32), op grond waarvan WestSpiel na de verkoop van twee kunstwerken 75 % van zijn totale jaarwinst, d.w.z. een bedrag van ongeveer 82 miljoen EUR, aan NRW moest afdragen.

de daadwerkelijke datum van toekenning van de maatregel 1 december 2015 was. Aan het standpunt van de Commissie wordt evenmin afbreuk gedaan door het feit dat de ingebrachte middelen pas op 10 december 2015 door NRW aan NRW.BANK als trustee zijn overgemaakt en dat de definitieve overmaking van deze middelen door NRW.BANK aan WestSpiel op 15 december 2015 plaatsvond, aangezien met deze transactie enkel het proces werd voltooid.

(131) Duitsland is van oordeel dat het winstafromingssysteem en de kapitaalinjectie als één enkele operatie moeten worden beschouwd en dat NRW ook artikel 14 SpielbG NRW (oude versie) had kunnen wijzigen in plaats van kapitaal in WestSpiel te injecteren.

(132) Volgens Duitsland heeft de afroming van winst in 2014 ten bedrage van ongeveer 82 miljoen EUR, in combinatie met de "herinjectie" in 2015 van 64,8 miljoen EUR in WestSpiel, als geheel beschouwd, geleid tot een netto financiële stroom van ongeveer 17,2 miljoen EUR van WestSpiel naar de staat. Op basis van dit standpunt voert Duitsland aan dat de maatregel voor WestSpiel eerder een nadeel dan een voordeel betekende. De Commissie is het echter niet eens met deze redenering. Het winstafromingssysteem en de kapitaalinjectie zijn namelijk geen submaatregelen van één complexe maatregel. Het gaat om twee verschillende maatregelen, die hun eigen logica volgen. In het onderhavige geval kan de kapitaalinjectie niet als een submaatregel van één algemene maatregel worden beschouwd. Het in de eerste stap door WestSpiel betaalde bedrag in het kader van het winstafromingssysteem van artikel 14 SpielbG NRW (oude versie) was verschuldigd als belasting en werd door de staat geïnd in zijn hoedanigheid van overheid.

(133) De kapitaalinjectie is een afzonderlijke maatregel, aangezien zij duidelijk voortvloeit uit de aard en het voorwerp van de injectie, de context ervan, het nagestreefde doel en de regels waaraan zij is onderworpen: anders dan het winstafromingssysteem is de kapitaalinjectie geen belastingmaatregel, aangezien zij niet door de staat als belastingautoriteit wordt uitgevoerd, maar voortvloeit uit een besluit van de staat als aandeelhouder en daarmee als investeerder. Bovendien zijn de maatregelen niet onder dezelfde voorwaarden, noch met dezelfde uitvoeringsmodaliteiten vastgesteld. Het winstafromingssysteem werd immers reeds in 2008 vastgesteld, terwijl de kapitaalinjectie op 1 december 2015 werd toegekend, zoals uiteengezet in overweging 130. De door Duitsland aangevoerde "tweestappenbenadering" (d.w.z. de winstafroming in 2014 en de "herinjectie" van kapitaal in 2015) is enkel in die volgorde uitgevoerd als gevolg van de belastingregeling, die zeven jaar daarvoor was ingevoerd en na de kapitaalinjectie werd gehandhaafd. Er kan evenmin worden aangevoerd dat deze kapitaalinjectie ten tijde van de invoering van het winstafromingssysteem voorzienbaar was.

(134) Daarnaast blijkt uit het feit dat NRW de SpielbG NRW niet had gewijzigd om het door het winstafromingssysteem veroorzaakte "structurele nadeel" te compenseren, dat NRW het winstafromingssysteem als een externe factor beschouwde en niet als een onderdeel van zijn aandeelhoudersovereenkomsten met WestSpiel. Het winstafromingssysteem en de kapitaalinjectie kunnen dan ook niet als één enkele operatie worden gezien, maar moeten als twee verschillende maatregelen worden aangemerkt.

— *Conclusie betreffende het verband tussen het winstafromingssysteem en de kapitaalinjectie*

(135) Op basis van het bovenstaande komt de Commissie tot de conclusie dat de redenering van Duitsland dat er sprake zou zijn van één enkele operatie, niet kan worden gehanteerd om het bestaan van een voordeel uit te sluiten, aangezien het winstafromingssysteem en de kapitaalinjectie als twee los van elkaar staande maatregelen moeten worden beschouwd.

6.1.2.2. Beoordeling van de kapitaalinjectie

(136) Aangezien de winstafroming en de kapitaalinjectie op zichzelf staande maatregelen zijn (zie punt 6.1.2.1), moet elk van deze maatregelen afzonderlijk worden beoordeeld. Het winstafromingssysteem als bedoeld in artikel 14 SpielbG NRW (oude versie) vormt geen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Uit de aard van het winstafromingssysteem blijkt reeds dat er geen sprake is van een overdracht van staatsmiddelen die de economische situatie van een onderneming kan verbeteren, aangezien de stroom van middelen van het overheidscasino naar de staat loopt en niet andersom. De navolgende beoordeling is derhalve uitsluitend gericht op de kapitaalinjectie.

6.1.2.2.1. Onderneming

(137) Staatssteunregels zijn alleen van toepassing wanneer de begunstigde van een maatregel een onderneming is. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moet een onderneming worden omschreven als "elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd" ([54]). Of een bepaalde entiteit als onderneming wordt aangemerkt, hangt dus volledig af van de aard van haar activiteiten ([55]).

(138) WestSpiel als overheidscasino biedt tegen vergoeding (entreegelden, een gedeelte van de inzetten, prijzen voor andere diensten) diensten aan (met name gokdiensten, maar ook cateringdiensten) op een markt. WestSpiel oefent derhalve voor staatssteundoeleinden economische activiteiten uit en kan bijgevolg worden aangemerkt als een onderneming in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

6.1.2.2.2. Staatsmiddelen en toerekenbaarheid

(139) Alleen voordelen die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd, vormen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU ([56]). Staatsmiddelen omvatten alle middelen van de overheidssector ([57]), met inbegrip van middelen van decentrale (gedecentraliseerde, federatieve, regionale of andere) bestuursniveaus ([58]) en, onder bepaalde omstandigheden, middelen van particuliere instanties. Daarbij doet het niet ter zake of een instelling uit de overheidssector al dan niet autonoom is ([59]).

(140) Ook middelen van openbare bedrijven vormen staatsmiddelen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, omdat de staat het gebruik van die middelen kan sturen ([60]). Voor de toepassing van het staatssteunrecht kunnen ook overdrachten binnen een groep openbare bedrijven staatssteun vormen indien bijvoorbeeld middelen worden overgedragen van de moedermaatschappij aan haar dochteronderneming (ook al vormen zij vanuit economisch oogpunt één onderneming) ([61]). Doorslaggevend voor het aanmerken van financiële middelen als staatsmiddelen is niet dat de middelen daadwerkelijk worden overgedragen, maar dat de middelen onder staatscontrole staan en dat de staatsautoriteiten over deze middelen kunnen beschikken ([62]).

(141) In gevallen waarin een overheidsinstantie een voordeel aan een begunstigde toekent, valt deze maatregel per definitie aan de staat toe te rekenen. Toerekenbaarheid ligt evenwel minder voor de hand indien het voordeel wordt toegekend via openbare bedrijven. In dergelijke gevallen moet worden uitgemaakt of overheidsinstanties kunnen worden geacht op de een of andere wijze betrokken te zijn geweest bij de vaststelling van de maatregel ([63]). Het enkele feit dat een maatregel door een openbaar bedrijf wordt genomen, is op zich niet voldoende om die maatregel als toerekenbaar aan de staat te beschouwen ([64]). Derhalve kan de toerekenbaarheid aan de staat van een door een openbaar bedrijf genomen steunmaatregel worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen ([65]).

([54]) Arrest van het Hof van Justitie van 12 september 2000, Pavlov e.a., gevoegde zaken C-180/98–C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, punt 74, en arrest van het Hof van Justitie van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, punt 107.

([55]) Zie de overwegingen 6 en 7 van de mededeling 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 (PB C 262 van 19.7.2016, blz. 1).

([56]) Arrest van het Hof van Justitie van 24 januari 1978, Van Tiggele, C-82/77, ECLI:EU:C:1978:10, punten 25 en 26, en arrest van het Gerecht van 12 december 1996, Air France/Commissie, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, punt 63.

([57]) Arrest van het Gerecht van 12 december 1996, Air France/Commissie, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, punt 56.

([58]) Arrest van het Hof van Justitie van 14 oktober 1987, Duitsland/Commissie, C-248/84, ECLI:EU:C:1987:437, punt 17, en arrest van het Gerecht van 6 maart 2002, Territorio Histórico de Álava e.a./Commissie, gevoegde zaken T-92/00 en T-103/00, ECLI:EU:T:2002:61, punt 57.

([59]) Arrest van het Gerecht van 12 december 1996, Air France/Commissie, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, punten 58-62.

([60]) Arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie ("Stardust Marine"), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punt 38; arrest van het Hof van Justitie van 29 april 2004, Griekenland/Commissie, C-278/00, ECLI:EU:C:2004:239, punten 53 en 54, en arrest van het Hof van Justitie van 8 mei 2003, Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie, gevoegde zaken C-328/99 en C-399/00, ECLI:EU:C:2003:252, punten 33 en 34.

([61]) Arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1996, SFEI e.a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, punt 62.

([62]) Arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie ("Stardust Marine"), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punten 36 en 37.

([63]) Arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie ("Stardust Marine"), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punt 52.

([64]) Arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie ("Stardust Marine"), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, en arrest van het Gerecht van 26 juni 2008, SIC/Commissie, T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228, punten 93-100.

([65]) Arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie ("Stardust Marine"), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punt 55.

(142) Wat betreft de conclusie van de Commissie in overweging 94 van het inleidingsbesluit dat de kapitaalinjectie met staatsmiddelen is bekostigd, voert Duitsland aan (zie overweging 82) dat met de kapitaalinjectie geen staatsmiddelen gemoeid waren, aangezien het geïnjecteerde kapitaal afkomstig was uit de verkoop van twee kunstwerken van WestSpiel en daarmee uit de prijs van 114,4 miljoen EUR die de koper voor de kunstwerken heeft betaald.

(143) Wat betreft het criterium van de staatsmiddelen, is de Commissie het niet eens met het argument van Duitsland, aangezien de winstafroming van ongeveer 82 miljoen EUR een stap was tussen de verkoop van de kunstwerken en de kapitaalinjectie. Dit bedrag werd via de winstafroming door WestSpiel aan de staat overgedragen, en vanaf dat moment kunnen de middelen niet meer als particuliere middelen worden beschouwd, aangezien zij onder de controle van de staat stonden.

(144) Wat betreft de toerekenbaarheid van de maatregel, merkt de Commissie op dat het besluit tot het injecteren van kapitaal is genomen door NRW, zoals beschreven in de overwegingen 47, 48 en 49, en dat de overwegingen met betrekking tot de verliesdekking in overweging 70 van het inleidingsbesluit van overeenkomstige toepassing zijn (zie overweging 95 van het inleidingsbesluit). Zoals in die overweging is uiteengezet, merkt de Commissie het volgende op: i) NRW.BANK is de stimuleringsbank van NRW, die tot taak heeft de eigenaar ervan — de deelstaat NRW — bij te staan bij de vervulling van zijn taken op het gebied van het structureel en economisch beleid; ii) NRW is de borg van NRW.BANK, en iii) de bestuursorganen, met name de raad van borgen en het toezichthoudende orgaan, zijn voor het merendeel samengesteld uit personen die een openbaar ambt bekleden.

(145) Bovendien verklaarde de Commissie in overweging 70 van het inleidingsbesluit dat deze overwegingen gelden onder het voorbehoud van verdere verduidelijkingen, met name wat betreft de structuur van NRW.BANK, haar besluitvormingsprocessen en de betrokkenheid van de staat bij (mogelijke) besluiten. In dit verband merkt de Commissie het volgende op:

— Volgens het "Public Governance Report" in het financieel verslag van NRW.BANK voor het jaar 2015 ([66]) is NRW de borg en enige aandeelhouder van NRW.BANK. In dit verband heeft NRW NRW.BANK uitgerust met specifieke aansprakelijkheidsinstrumenten, namelijk institutionele aansprakelijkheid en aansprakelijkheid van de borg, en heeft NRW een expliciete herfinancieringsgarantie verstrekt.

— NRW.BANK beschikt over een raad van borgen, waarin NRW zijn rechten uitoefent in het kader van zijn wettelijke bevoegdheden en als eigenaar van NRW.BANK en zijn stemrechten uitoefent via twee vertegenwoordigers. Andere leden van de raad van borgen zijn de minister van Economische Zaken van NRW, de minister van Financiën van NRW en de minister van Volkshuisvesting van NRW, evenals ambtshalve leden.

— Met betrekking tot de raad van bestuur van NRW.BANK wordt in het "Public Governance Report" uiteengezet dat deze raad als toezichthoudend orgaan van NRW.BANK tot taak heeft om toezicht te houden op het beheer door de directie en om de leden van de directie te benoemen en te ontslaan. In 2015 bestond de raad van bestuur in totaal uit 15 leden, van wie 7 leden, en daarmee de meerderheid, door NRW als borg van NRW.BANK werden afgevaardigd.

— Bovendien staat NRW.BANK onder aanvullend toezicht van de staat, meer specifiek van het ministerie van Binnenlandse Zaken van NRW en van het ministerie van Volkshuisvesting van NRW (met betrekking tot huisvestingszaken).

(146) In het licht van de bovenstaande aanwijzingen neemt de Commissie er nota van dat NRW, en daarmee de staat, door zijn rol als enige borg van NRW.BANK alsook door de uitoefening van stemrechten via zijn ministers in de raad van borgen en de delegatie van de meerderheid van de leden van het toezichthoudend orgaan dat de werkzaamheden van de directie van NRW.BANK controleert, ten tijde van de injectie van kapitaal in WestSpiel in 2015 een beslissende invloed op NRW.BANK en op de besluiten van haar organen uitoefende. Derhalve merkt de Commissie op dat de kapitaalinjectie ook als aan de staat toerekenbaar kan worden beschouwd.

(147) De Commissie is dan ook van mening dat, wat de kapitaalinjectie van 2015 betreft, de handelingen van NRW.BANK tot een overdracht van staatsmiddelen hebben geleid en aan de staat toerekenbaar zijn.

([66]) Zie financieel verslag van NRW.BANK voor 2015, blz. 7-23.

6.1.2.2.3. Voordeel

(148) Zoals hierboven beschreven, is een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU een economisch voordeel dat een onderneming onder normale marktvoorwaarden, d.w.z. zonder overheidsingrijpen, niet had kunnen verkrijgen. Volgens de rechtspraak van de Unierechter moet, om de aanwezigheid van een voordeel te kunnen beoordelen, de financiële situatie van de onderneming ná de maatregel worden vergeleken met haar financiële situatie indien de maatregel niet was genomen ([67]).

(149) De Commissie was in overweging 76 van het inleidingsbesluit van mening dat de injectie van nieuw kapitaal ten bedrage van 64,8 miljoen EUR door NRW in 2015, afzonderlijk beschouwd, WestSpiel een voordeel heeft opgeleverd. De Commissie merkte in dit verband op dat de winstafroming, zoals Duitsland heeft erkend, een belasting vormt in de zin van het Duitse belastingwetboek, terwijl de kapitaalinjectie van 2015 van een andere aard was.

(150) In zijn opmerkingen over het inleidingsbesluit betoogt Duitsland dat de kapitaalinjectie in het onderhavige geval WestSpiel geen voordeel heeft opgeleverd en voert het daarvoor vijf argumenten aan. Ten eerste zou de kapitaalinjectie slechts een gedeeltelijke "herinjectie" van de uit WestSpiel afgeroomde winst zijn geweest. Ten tweede zou de injectie in overeenstemming zijn geweest met het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie, aangezien NRW, door het kapitaal te injecteren, als een particuliere investeerder onder vergelijkbare omstandigheden zou hebben gehandeld. Ten derde verklaart Duitsland dat de kapitaalinjectie geen staatssteun vormde, aangezien WestSpiel daarmee slechts werd gecompenseerd voor zijn structurele nadeel (bestaande in de hoge belastingdruk). Ten vierde voert Duitsland aan dat hetzelfde economische resultaat ook had kunnen worden bereikt met een wetswijziging (verlaging van de belastingdruk voor WestSpiel). Ten vijfde is volgens Duitsland alle theoretische steun ruimschoots terugbetaald doordat WestSpiel voor een hogere prijs is verkocht (zie punt 4.2).

6.1.2.2.3.1. Beoordeling van het argument van Duitsland dat de kapitaalinjectie in overeenstemming zou zijn met de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie

(151) Zoals uiteengezet in overweging 78, is Duitsland van mening dat de kapitaalinjectie door NRW.BANK in 2015 in overeenstemming was met het gedrag van een particuliere investeerder onder vergelijkbare omstandigheden en derhalve strookt met de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie. Duitsland voert aan dat de kapitaalinjectie nodig was om de winstgevendheid van WestSpiel te herstellen en aldus het reeds in de onderneming geïnvesteerde kapitaal te behouden. Duitsland baseert zijn redenering betreffende het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie op een "kortetermijnvisie' ([68]) en op een "langetermijnvisie" ([69]).

— *Toepasselijkheid van de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie*

(152) De Commissie merkt op dat, om zich op de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie te kunnen beroepen, een dergelijk beginsel om te beginnen van toepassing moet zijn. Met andere woorden, het moet mogelijk zijn het gedrag van de staat te vergelijken met dat van een particuliere investeerder, die in zijn relatie met een onderneming niet de voorrechten en inkomsten van een belastingautoriteit geniet. Om aan de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie te voldoen, moet een lidstaat ondubbelzinnig en op basis van objectief en controleerbaar bewijs aantonen dat hij de maatregel heeft uitgevoerd in zijn hoedanigheid van investeerder. Uit dat bewijs moet duidelijk blijken dat de betrokken lidstaat, voor of tijdens de toekenning van het economische voordeel, een besluit heeft genomen op basis van economische beoordelingen die vergelijkbaar zijn met die welke een rationele particuliere investeerder onder deze omstandigheden zou hebben laten uitvoeren alvorens de investering te doen, om de toekomstige rentabiliteit van deze investering te bepalen.

(153) De Commissie is van mening dat Duitsland geen bewijs heeft verstrekt dat aan die criteria voldoet en dat de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie derhalve niet op de kapitaalinjectie van toepassing is, zoals hieronder wordt toegelicht.

([67]) Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

([68]) Duitsland verklaart dat de kapitaalinjectie als een op zichzelf staande maatregel in overeenstemming was met het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie.

([69]) Duitsland betoogt dat het op basis van het arrest-EDF toekomstige hogere belastingopbrengsten in de beoordeling kon opnemen. Daarnaast voert Duitsland aan dat de kapitaalinjectie nodig was om de winstgevendheid van WestSpiel te herstellen en aldus het reeds in de onderneming geïnvesteerde kapitaal te behouden.

(154) Duitsland voert aan dat aan de hand van het [IBR]-verslag een beoordeling vooraf is uitgevoerd. Noch het [IBR]-verslag, noch enig ander door Duitsland verstrekt document voldoet echter aan de in overweging 152 beschreven criteria. Duitsland heeft, anders dan een investeerder in een markteconomie zou hebben gedaan, geen enkele beoordeling vooraf van de rentabiliteit van de kapitaalinjectie uitgevoerd. De toets van de particuliere investeerder in een markteconomie is niet van toepassing op de enkele "herinjectie" van een deel van een belastingbetaling in een onderneming zonder enige analyse vooraf van de rentabiliteit (zie naar analogie arrest van het Gerecht in zaak T-747/15, EDF/Commissie en beschikking van het Hof in zaak C-221/18 P, EDF/Commissie). Met name wordt in het [IBR]-verslag niet beoordeeld of de kapitaalinjectie van 2015 een redelijke investering was, en worden daarin evenmin de nulscenario's (liquidatie, verkoop of "geen actie" in plaats van een kapitaalinjectie) beoordeeld.

(155) Zoals uiteengezet in overweging 91 van het inleidingsbesluit, is de Commissie van oordeel dat Duitsland niet over bewijzen beschikte waaruit zou blijken dat NRW met de kapitaalinjectie — vanuit een ex ante-perspectief bezien — een aanvullend rendement op kapitaal zou hebben behaald dat het zonder de injectie niet zou hebben behaald.

(156) Het [IBR]-verslag bevat geen dergelijke analyse van de nulscenario's, d.w.z. de situatie van WestSpiel zonder de kapitaalinjectie, vergeleken met het feitelijke scenario, d.w.z. de situatie van WestSpiel met de kapitaalinjectie. Wat betreft de verwijzing door Duitsland naar bladzijde 101 van het [IBR]-verslag (zie overweging 74), zoals uiteengezet in overweging 121, wordt in deze prognose van de liquiditeit van WestSpiel voor de periode 2015-2023 alleen de ontwikkeling van de onderneming zonder de geplande kapitaalinjectie (na de verkoop van de kunstwerken en de winstafroming) beschreven, en wordt daarin niet ingegaan op de situatie met de kapitaalinjectie.

(157) Bladzijde 106 van het [IBR]-verslag bevat een prognose van de liquiditeitsontwikkeling in de periode 2014-2023 voor het scenario met de kapitaalinjectie. Niettemin blijft de analyse van dit scenario beperkt tot de verklaringen dat "WestSpiel KG door de kapitaalinjectie gedurende de gehele planningsperiode over positieve financiële middelen beschikt" en dat de liquiditeit niet onder de "minimumliquiditeit van 5 miljoen EUR" zou dalen en "in het tweede kwartaal van 2020 de minimumliquiditeit licht [zou] overschrijden". Afgezien van deze ramingen is er geen andere analyse en met name geen toelichting waaruit blijkt hoe de kapitaalinjectie de toekomstige financiële prestaties van WestSpiel concreet (positief) zou beïnvloeden ([70]).

(158) Bovendien bevat het [IBR]-verslag, ook met betrekking tot een mogelijke liquidatie of verkoop van WestSpiel als nulscenario's voor de kapitaalinjectie, geen beschrijving of analyse van de hypothetische uitvoering van een van deze scenario's.

(159) Derhalve heeft Duitsland geen gedetailleerd bedrijfsplan, noch enige andere analyse verstrekt waarin het algemene scenario zonder de kapitaalinjectie, met name de specifieke nulscenario's "geen actie" en liquidatie of verkoop, aan de hand van nauwkeurige en volledige ramingen van de toekomstige rentabiliteit en van gedetailleerde kosten-batenanalyses worden vergeleken met het feitelijke scenario van de kapitaalinjectie.

— *Conclusie inzake de toepasselijkheid van de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie*

(160) Om deze redenen is de Commissie van oordeel dat de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie niet van toepassing is op de kapitaalinjectie.

— *Toepassing van de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie*

(161) Onverminderd de bovenstaande beoordeling, waarin de Commissie concludeert dat de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie niet van toepassing is, is de Commissie subsidiair van oordeel dat zelfs indien de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie van toepassing zou zijn, niet aan deze toets zou worden voldaan.

(162) Zoals uiteengezet in overweging 78, zal de Commissie hierna ingaan op de twee door Duitsland aangevoerde argumenten ("kortetermijnvisie" en "langetermijnvisie").

— *"Kortetermijnvisie" van Duitsland*

([70]) Met name wordt niet ingegaan op de ontwikkeling van de jaarlijkse BOK.

(163) Om te beginnen, wat betreft de in overweging 78 uiteengezette "kortetermijnvisie" van Duitsland over de verenigbaarheid van de kapitaalinjectie van 2015 als een op zichzelf staande maatregel (d.w.z. zonder rekening te houden met de belastinginkomsten uit de winstafroming) met het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie, is de Commissie het er niet mee eens dat er voor een particuliere investeerder geen alternatief zou zijn geweest voor het model met de drie stappen (verkoop van de kunstwerken/winstafroming/kapitaalinjectie) en dat het enige mogelijke alternatief zou zijn geweest om de maatregelen niet uit te voeren en daarmee de volledige waarde van het aandeel van NRW.BANK in WestSpiel en het vooruitzicht van toekomstige opbrengsten te verliezen.

(164) De Commissie is van mening dat, in tegenstelling tot haar standpunt met betrekking tot de nulscenario's voor de jaarlijkse verliesdekking, de liquidatie of de verkoop van WestSpiel een economisch redelijkere optie zou zijn geweest dan de kapitaalinjectie door NRW.BANK in 2015. Een dergelijke kapitaalinjectie, waarmee de onderneming op de been moet worden gehouden, voldoet alleen aan de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie indien kan worden verwacht (op basis van overwegingen vooraf) dat deze injectie leidt tot een resultaat dat beter is dan de andere twee opties. In elk geval moet een dergelijke toets vooraf worden uitgevoerd.

(165) De Commissie heeft de nulscenario's (liquidatie of verkoop van WestSpiel of "geen actie") beoordeeld in vergelijking met het door NRW.BANK gekozen feitelijke scenario (kapitaalinjectie) om te bepalen of een particuliere investeerder onder vergelijkbare omstandigheden op dezelfde wijze zou hebben gehandeld.

(166) De beoordeling is voornamelijk gebaseerd op de jaarrekeningen van WestSpiel en op de [XY]-verslagen voor 2013 en 2014, aangezien deze documenten betrekking hebben op de periode kort voor het besluit van NRW.BANK in december 2015 om de kapitaalinjectie toe te kennen en derhalve het geschiktst zijn om de situatie van WestSpiel ten tijde van de kapitaalinjectie aan te tonen ([71]). De Commissie heeft ook de in het [IBR]-verslag opgenomen prognoses en planningen van winsten en verliezen, saldo en kasstroom van WestSpiel voor de periode 2015-2023 onderzocht.

— *Beoordeling van de nulscenario's: liquidatie en verkoop*

(167) Volgens de jaarrekeningen van WestSpiel en de [XY]-verslagen overschreed het bedrag van de verplichtingen, zoals blijkt uit overweging 113, het kapitaal van WestSpiel in de periode 2010-2015, dus ook in 2013 en 2014. Meer bepaald zijn in de jaarrekeningen van WestSpiel in 2013 verplichtingen van 17,5 miljoen EUR en een kapitaal van 9,6 miljoen EUR opgenomen, en in 2014 verplichtingen van 17,6 miljoen EUR en een kapitaal van ongeveer 14 miljoen EUR. De Commissie is derhalve van mening dat in de periode voorgaand aan de kapitaalinjectie in december 2015 een liquidatie van WestSpiel alleen mogelijk zou zijn geweest tegen een negatieve waarde, d.w.z. dat de verplichtingen het kapitaal van WestSpiel zouden hebben overschreden (zie overweging 109). Ook wat een mogelijke verkoop betreft, zou de onderneming op dat moment niet erg aantrekkelijk zijn geweest.

(168) Ondanks de hoge mate van waarschijnlijkheid dat NRW.BANK met een liquidatie of een verkoop in 2013 of 2014 haar aandeel in WestSpiel niet had kunnen behouden, zou de liquidatie of verkoop van de onderneming of de mogelijkheid om in het geheel niet te handelen, niettemin te verkiezen zijn geweest boven de kapitaalinjectie. Met name moeten de jaarrekeningen van WestSpiel voor de kapitaalinjectie en de jaarlijkse verliesdekking vanuit een verschillende invalshoek worden beoordeeld, aangezien de situaties niet vergelijkbaar zijn:

— Ten eerste zou een redelijk handelende particuliere investeerder geen extra kapitaal ter versterking van een onderneming hebben geïnjecteerd, indien significante investeringen in het verleden (de jaarlijkse verliesdekking sinds 2009) al geen positief effect op de financiële situatie van de onderneming hebben gehad. Zoals beschreven in overweging 119, is de situatie van WestSpiel door de jaarlijkse verliesdekking niet verbeterd; integendeel, de jaarlijkse BOK daalde nog steeds en de jaarlijkse nettoverliezen bleven tot de verkoop van de kunstwerken in 2014 aanhoudend hoog. In 2014 behaalde WestSpiel een lage nettowinst. Op het moment waarop in 2014 het besluit over de kapitaalinjectie werd genomen, zou een particuliere investeerder in staat zijn geweest de effecten van de in de vijf daaraan voorafgaande jaren aan WestSpiel toegekende jaarlijkse verliesdekking te beoordelen en de conclusie te trekken dat de situatie van de onderneming nog steeds achteruitging. Een redelijk handelende investeerder zou derhalve geen extra kapitaal hebben geïnjecteerd, met het risico dat de financiële verliezen nog verder zouden oplopen, en zou in plaats daarvan onmiddellijk tot de liquidatie of de verkoop van de onderneming zijn overgegaan.

([71]) Het [IBR]-verslag is eveneens gebaseerd op de bedrijfsinformatie van WestSpiel voor de jaren 2013 en 2014; zie bladzijde 114 van het [IBR]-verslag.

— Ten tweede was bij de jaarlijkse verliesdekking sprake van zuiver passief gedrag van een aandeelhouder dat geen specifieke actie of actief besluit vereiste, aangezien het proces waarbij aandeelhouders van een commanditaire vennootschap verliezen compenseren uit het eigen vermogen, voortvloeit uit een verplichting op grond van het Duitse vennootschapsrecht (zie de overwegingen 103 en 104). Het besluit om nieuw kapitaal te injecteren daarentegen is een actief besluit en is niet het gevolg van een zuiver juridisch automatisme. Derhalve ligt de drempel voor een investeerder voordat hij tot een kapitaalinjectie besluit veel hoger, en daarom moet deze maatregel strenger worden gecontroleerd dan de situatie waarin er een jaarlijkse verliesdekking plaatsvindt ("geen actie").

— Ten derde betoogt de Commissie dat het wat de verliesdekking betreft weliswaar begrijpelijk is dat een aandeelhouder die een aanzienlijke investering (de oorspronkelijke kapitaalinbreng) in een onderneming heeft gedaan en gedurende een lange tijd verliezen heeft aanvaard, afziet van een liquidatie of verkoop van de onderneming (zie de overwegingen 107 tot en met 125), maar dit geldt niet voor de kapitaalinjectie. De Commissie is van mening dat dit argument niet voor onbeperkte tijd en voor een onbeperkt bedrag aan verliezen van een onderneming kan gelden, aangezien dit ertoe zou leiden dat een investeerder een initiële investering in een onderneming kan doen en vervolgens verliezen kan aanvaarden of aanvullende betalingen kan doen zonder de rentabiliteit en rationaliteit van de doorlopende investering ooit weer te hoeven beoordelen.

— Ten vierde neemt de Commissie nota van de vrij positieve prognose van de financiële situatie van WestSpiel voor de periode 2021-2023, waarin een overgang van een negatief naar een positief betalingssaldo werd verwacht (zie de overwegingen 74 en 121). Niettemin zou het voor een vergelijkbare particuliere investeerder niet aanvaardbaar zijn geweest om in 2015 (toen de kapitaalinjectie plaatsvond) af te zien van een liquidatie of verkoop en om de voorziene verbetering van de financiële situatie van de onderneming af te wachten. De tijdspanne tussen 2015 en 2021 is nog steeds erg lang en het zou niet redelijk zijn om van een aandeelhouder te verlangen dat hij een dringend en noodzakelijk besluit nog eens zes jaar uitstelt. Met name moet rekening worden gehouden met de bijkomende verliezen die de aandeelhouder in deze jaren waarschijnlijk zou hebben geleden, evenals met de economische en financiële onzekerheid, aangezien in de prognose nog steeds wordt uitgegaan van een negatief betalingssaldo van WestSpiel tot het definitieve keerpunt in 2021. In elk geval zou het redelijke alternatief voor een verkoop of liquidatie in 2015, om de hierboven genoemde redenen, niet de kapitaalinjectie zijn geweest, maar de loutere mogelijkheid voor een aandeelhouder om in het geheel niet te handelen en om een aanvullende jaarlijkse verliesdekking op basis van het automatisme van het HGB te aanvaarden, zoals dat in de jaren daarvoor reeds was gebeurd.

— *Conclusie over de beoordeling van de nulscenario's*

(169) Derhalve concludeert de Commissie op basis van de in het kader van de beoordeling van de specifieke nulscenario's aangevoerde argumenten dat een vergelijkbare particuliere investeerder ervoor zou hebben gekozen de onderneming te liquideren of te verkopen of in het geheel niet te handelen, in plaats van een nieuwe investering te doen door extra kapitaal te injecteren in een over het geheel genomen verlieslijdende onderneming, met het risico om naast het resterende kapitaal dat op het spel staat ook de pas geïnjecteerde bedragen te verliezen.

— *De "langetermijnvisie" van Duitsland*

(170) Wat de in overweging 78 uiteengezette "langetermijnvisie" van Duitsland betreft, is de Commissie van oordeel dat, gezien het arrest-EDF ([72]), onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds het handelen van de staat in zijn hoedanigheid van investeerder (waarin hij de kapitaalinjectie heeft uitgevoerd) en anderzijds het handelen in zijn hoedanigheid van overheid (waarin hij de winstafroming heeft ontvangen).

([72]) Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

(171) Zoals het Hof heeft verklaard, moet ter beantwoording van de vraag of dezelfde maatregel onder normale marktvoorwaarden zou zijn genomen door een particuliere marktdeelnemer die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de staat benadert, alleen rekening worden gehouden met de voordelen en verplichtingen die de staat heeft in zijn hoedanigheid van particuliere marktdeelnemer, en niet met die welke voortvloeien uit zijn hoedanigheid van overheid ([73]).

(172) Wat betreft het argument van Duitsland dat bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de kapitaalinjectie met het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie de aanvullende belastingen ([74]) van WestSpiel in de opbrengsten moeten worden opgenomen, merkt de Commissie op dat een dergelijke overweging geen element is waarmee een investeerder in een markteconomie rekening zou houden.

(173) Op basis van de rechtspraak kan niet worden geconcludeerd dat een voordeel in de vorm van een kapitaalinvestering in een onderneming kan worden geneutraliseerd door de betaling van belastingen op de winsten van de onderneming. In die zin was er, zelfs als de kapitaalinjectie nodig was om de onderneming op de been te houden en een insolventieprocedure te vermijden (zoals uiteengezet in de overwegingen 152 tot en met 159), onvoldoende ex-antebewijs dat de investering naar verwachting winstgevend zou zijn of dat daarmee bijkomende verliezen zouden worden vermeden (vergeleken met de nulscenario's, namelijk de liquidatie of verkoop van WestSpiel).

— *Conclusie over de toepassing van de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie*

(174) In het licht van de beoordeling van de nulscenario's op basis van de informatie waarover de Commissie ten tijde van het besluit over de kapitaalinjectie van 2015 beschikte met betrekking tot de financiële situatie van WestSpiel (zie overweging 167), en van de conclusie van de Commissie dat de betaling van belastingen een voordeel niet kan neutraliseren (zie overweging 173), is de Commissie van mening dat de maatregel niet in overeenstemming is met de toets van de particuliere investeerder in een markteconomie.

(175) De Commissie gaat ervan uit dat, aangezien WestSpiel verlies leed, een rationeel handelende particuliere investeerder niet zou besluiten extra kapitaal in de onderneming te injecteren zonder, zij het maar bij benadering, ramingen te maken waaruit de redelijkerwijze te verwachten toekomstige winst kan worden opgemaakt, in voorkomend geval met inbegrip van de eventuele verkoop of liquidatie van de onderneming ([75]).

6.1.2.2.3.2. Vermeende compensatie voor een structureel nadeel

(176) Duitsland voert aan (zie overweging 79) dat de kapitaalinjectie van 2015 WestSpiel geen voordeel heeft opgeleverd en derhalve geen staatssteun vormt, omdat WestSpiel met deze injectie een compensatie zou zijn toegekend voor zijn structurele nadeel dat het aan een hogere belasting onderworpen is dan zijn particuliere concurrenten (overeenkomstig het arrest-Combus ([76])). Met name artikel 14 SpielbG NRW (oude versie) zou WestSpiel hebben belet gebruik te maken van de opbrengst van de activa die het had verkocht (d.w.z. de buitengewone inkomsten uit de verkoop van de kunstwerken).

(177) De Commissie is het echter niet met Duitsland eens. In het recentere arrest-Orange ([77]) heeft het Hof van Justitie verduidelijkt dat de compensatie voor een structureel nadeel weliswaar verenigbaar kan zijn met de interne markt, maar in bepaalde omstandigheden niettemin staatssteun vormt. Meer specifiek heeft het Hof in punt 44 van het arrest verduidelijkt dat een met staatsmiddelen bekostigd economisch voordeel, behalve wanneer het gaat om diensten van algemeen economisch belang die onder het Altmark-criterium ([78]) vallen, als staatssteun moet worden beschouwd indien aan alle andere voorwaarden voor het bestaan van steun wordt voldaan.

([73]) Arrest van het Hof van Justitie van 6 maart 2018, Commissie/FIH Holding en FIH Erhvervsbank, C-579/16 P, ECLI:EU:C:2018:159, punt 55; arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 2013, Land Burgenland e.a./Commissie, gevoegde zaken C-214/12 P, C-215/12 P en C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, punt 52.

([74]) Belastingen voortvloeiend uit de kapitaalinjectie die is toegekend uit de begroting van NRW.

([75]) Arrest van het Gerecht van 25 juni 2015, SACE en SACE BT/Commissie, T-305/13, ECLI:EU:T:2015:435, punten 178, 179 en 180.

([76]) Arrest van het Gerecht van 16 maart 2004, Danske Busvognmænd/Commissie, T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, punt 57.

([77]) Arrest van het Hof van Justitie van 26 oktober 2016, Orange/Commissie C-211/15 P, ECLI:EU:C:2016:798, punten 22-34.

([78]) Arrest van het Hof van Justitie van 24 juli 2003, Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

(178) Bovendien merkt de Commissie op dat beide arresten, Combus en Orange, betrekking hadden op compensatiemaatregelen ter dekking van kosten die abnormaal hoog waren vergeleken met die van particuliere concurrenten. In het onderhavige geval wordt met de maatregel echter niet een "structureel" nadeel tenietgedaan, maar gaat het om een eenmalige afstoting van activa, die het een onderneming mogelijk maakt haar activiteiten voort te zetten hoewel haar bedrijfsmodel niet winstgevend is.

(179) Gezien het bovenstaande concludeert de Commissie dat de kapitaalinjectie van 2015 niet kan worden geacht geen staatssteun in te houden, omdat deze injectie een compensatie vormt voor het structurele nadeel van WestSpiel.

6.1.2.2.3.3. Vermeend ontbreken van een voordeel, aangezien hetzelfde economische resultaat had kunnen worden bereikt met wetswijzigingen

(180) Duitsland verklaart tevens (zie overweging 80) dat hetzelfde economische resultaat als dat van de kapitaalinjectie had kunnen worden bereikt met wetswijzigingen, d.w.z. door de voor WestSpiel geldende belastingregeling aan te passen.

(181) De Commissie is van oordeel dat dit argument niet relevant is voor de vraag of de kapitaalinjectie door NRW.BANK in 2015 WestSpiel een voordeel heeft opgeleverd. De Commissie merkt op dat dit argument louter hypothetisch is, aangezien er in werkelijkheid geen wijziging heeft plaatsgevonden. In theorie bestond weliswaar de mogelijkheid om de wet aan te passen, maar de staat heeft van deze mogelijkheid feitelijk geen gebruik gemaakt. In plaats daarvan heeft hij ervoor gekozen de voor WestSpiel geldende belastingregeling te handhaven en tot een kapitaalinjectie over te gaan. Alleen al omdat de wetswijziging in werkelijkheid niet heeft plaatsgevonden, kan de Commissie niet verder beoordelen of er in het theoretische scenario van een wetswijziging sprake zou zijn geweest van een voordeel voor WestSpiel.

6.1.2.2.3.4. De vermeende terugbetaling van de boekwaarde van de stille deelneming van NRW zou neerkomen op een ruime terugbetaling van de (vermeende) staatssteun

(182) Duitsland voert tevens aan (zie overweging 81) dat de terugbetaling van de boekwaarde van de stille deelneming van NRW door WestSpiel aan NRW zou neerkomen op een terugbetaling van de (vermeende) staatssteun, voor zover er sprake is van dergelijke steun. In die zin zou volgens Duitsland de (hogere) prijs die de succesvolle bieder in de (destijds) lopende aanbestedingsprocedure zou betalen, de hogere waarde van de onderneming weerspiegelen, omdat deze staatssteun had ontvangen.

(183) De Commissie merkt op dat de theoretische mogelijkheid (overwogen voorafgaand aan de verkoop van WestSpiel in september 2021) om in het kader van een aanbestedingsprocedure een hogere prijs te krijgen, niet voldoende is om het bestaan van een voordeel als gevolg van de kapitaalinjectie van 2015 uit te sluiten of om te voorkomen dat de begunstigde het voordeel daadwerkelijk blijft genieten ([79]). Het voordeel moet namelijk worden beoordeeld op het moment waarop de steun wordt toegekend, zodat de theoretische hypothese van een hogere waarde van de onderneming in de toekomst relevant zou kunnen zijn, maar het feit dat de stille deelneming later is terugbetaald niet.

(184) Hoe dan ook concludeert de Commissie dat dit argument geen betrekking heeft op het bestaan van staatssteun zelf, maar op het resterende steunbedrag dat na de verkoop van WestSpiel en na de betaling van de verkoopprijs moet worden teruggevorderd.

— *Conclusie over het voordeel*

(185) De Commissie concludeert derhalve dat de kapitaalinjectie WestSpiel een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU heeft opgeleverd.

([79]) Arrest van het Hof van Justitie van 1 oktober 2015, Electrabel en Dunamenti Erőmű/Commissie, C-357/14 P, ECLI:EU:C:2015:642, punt 116.

6.1.2.2.4. Selectiviteit

(186) Wat het selectiviteitscriterium betreft, bestaat er een vermoeden dat de onderzochte maatregelen selectief zijn, aangezien WestSpiel de enige begunstigde was. Aangezien er in het onderhavige geval geen elementen zijn die dit vermoeden kunnen weerleggen, concludeert de Commissie dat de onderzochte maatregelen selectief zijn. Dit wordt door Duitsland evenmin betwist.

6.1.2.2.5. Vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer

(187) Met betrekking tot het criterium van vervalsing van de mededinging merkt de Commissie op dat een door de staat toegekende maatregel wordt geacht de mededinging te vervalsen of het risico daartoe in te houden wanneer daarmee de mededingingspositie van de begunstigde onderneming ten opzichte van andere ondernemingen waarmee zij concurreert, kan worden versterkt. Praktisch gezien kan doorgaans tot het bestaan van een vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU worden geconcludeerd wanneer de staat een financieel voordeel verleent aan een onderneming in een geliberaliseerde sector waar er concurrentie is of zou kunnen zijn ([80]). Wat betreft het criterium van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer binnen de Unie, staat vast dat niet hoeft te worden vastgesteld dat de steun het handelsverkeer tussen de lidstaten daadwerkelijk heeft beïnvloed, maar moet enkel worden onderzocht of die steun dat handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden. Met name heeft de Unierechter geoordeeld dat "[w]anneer steun van een lidstaat de positie van bepaalde ondernemingen in het handelsverkeer binnen [de Unie] versterkt ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen, dit handelsverkeer moet worden geacht door de steun te worden beïnvloed" ([81]).

(188) Zoals uiteengezet in overweging 57 van het inleidingsbesluit, deelt de Commissie het standpunt van Duitsland niet dat de onderzochte maatregelen, gezien de vermeende wettelijke monopoliepositie van WestSpiel in NRW, de mededinging niet kunnen hebben vervalst en het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig kunnen hebben beïnvloed. Duitsland voert weliswaar aan dat de casinomarkt in de betrokken periode (2009-2015) krachtens de artikelen 1 en 3 SpielbG NRW (oude versie) was afgeschermd tegen mededinging, maar WestSpiel lijkt te hebben geconcurreerd met gokhallen van particuliere exploitanten (met name de leden van de FSH), in het bijzonder met betrekking tot gokactiviteiten met machines. Daarnaast zijn er geen aanwijzingen dat er in NRW sprake was van een wettelijk monopolie dat de concurrentie op de markt en voor de markt zou hebben uitgesloten. Tot slot waren de activiteiten van WestSpiel die geen verband houden met kansspelen (zoals de exploitatie van bars en restaurants in de casino's) — ondanks de opmerking van Duitsland over de vermeende illegale activiteiten van online-aanbieders en zoals ook vermeld in overweging 57 van het inleidingsbesluit — in elk geval niet onderworpen aan een mogelijk wettelijk monopolie en werden deze activiteiten uitgeoefend in mededinging met andere ondernemingen.

(189) De Commissie concludeert derhalve dat de kapitaalinjectie van 2015 waarschijnlijk een ongunstige invloed op het handelsverkeer binnen de Unie heeft en de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen.

— *Conclusie over de kapitaalinjectie*

(190) Wat de kapitaalinjectie voor WestSpiel betreft, concludeert de Commissie derhalve op basis van de bovenstaande beoordeling dat de cumulatieve criteria voor het bestaan van staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU zijn vervuld en dat de maatregel staatssteun vormt.

([80]) Arrest van het Hof van Justitie van 15 juni 2000, Alzetta e.a./Commissie, gevoegde zaken T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97–T-607/97, T-1/98, T-3/98–T-6/98 en T-23/98, ECLI:EU:T:2000:151, punten 141-147, en arrest van het Hof van Justitie van 24 juli 2003, Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

([81]) Arrest van het Hof van Justitie van 14 januari 2015, Eventech, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, punt 66; arrest van het Hof van Justitie van 8 mei 2013, Libert e.a., gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, punt 77, en arrest van het Gerecht van 4 april 2001, Regione Friuli Venezia Giulia/Commissie, T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, punt 41.

6.1.3. *Conclusie over het bestaan van steun*

(191) Wat de jaarlijkse verliesdekking betreft, concludeert de Commissie dat deze geen staatssteun vormt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, aangezien de cumulatieve criteria van dat artikel reeds om de in punt 6.1.1 vermelde redenen (geen voordeel, geen staatsmiddelen en geen toerekenbaarheid) niet zijn vervuld, waardoor een analyse van de overige criteria van artikel 107, lid 1, VWEU overbodig is.

(192) Wat de vermeende kapitaalinjectie van 2015 betreft, concludeert de Commissie dat deze staatssteun vormt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, aangezien de cumulatieve criteria van dat artikel om de in punt 6.1.2 vermelde redenen zijn vervuld.

6.2. **Rechtmatigheid van de steun**

(193) De kapitaalinjectie van 2015 vormt staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU en is onrechtmatig, aangezien zij is uitbetaald in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU.

6.3. **Verenigbaarheid**

(194) Aangezien de kapitaalinjectie van 2015 staatssteun vormt, moet worden onderzocht of deze steunmaatregel als verenigbaar met de interne markt kan worden beschouwd. Staatssteunmaatregelen kunnen op grond van de in artikel 107, leden 2 en 3, VWEU genoemde uitzonderingen als verenigbaar met de interne markt worden beschouwd.

(195) Duitsland heeft twee mogelijke verenigbaarheidsgronden aangevoerd, namelijk a) artikel 107, lid 3, punt c), VWEU — steun voor de liberalisering van de markt (zie overweging 84) —, en b) de R&H-richtsnoeren (zie overweging 85).

(196) Wat artikel 107, lid 3, punt c), VWEU betreft, kan de Commissie de redenering van Duitsland dat er sprake zou zijn van een compensatie voor de liberalisering van de markt, niet aanvaarden. Ten eerste heeft de Commissie geen aanwijzingen dat de (vermeende) marktopenstelling de reden voor de kapitaalinjectie was. Ten tweede concludeert de Commissie dat de markt hoe dan ook niet is geliberaliseerd, omdat de juridische structuur met enerzijds één exploitant die beschikt over een monopolielicentie (voorheen een openbare exploitant, maar na de aankoop van WestSpiel nu een particuliere exploitant) voor casino's, en anderzijds particuliere exploitanten van speelautomaten niet is veranderd.

(197) Wat de verenigbaarheid met de staatssteunregels voor reddings- en herstructureringssteun betreft, voerde Duitsland weliswaar aan dat WestSpiel door een mogelijke terugvordering van steun een onderneming in moeilijkheden zou worden, maar het heeft geen informatie verstrekt waaruit blijkt dat de onderneming ten tijde van de toekenning van de maatregelen als een onderneming in moeilijkheden moest worden aangemerkt en dat aan de vereisten van de R&H-richtsnoeren werd voldaan. De twijfels die de Commissie in overweging 104 van het inleidingsbesluit heeft geuit over de vraag of aan die vereisten is voldaan, zijn niet weggenomen; de Commissie heeft namelijk geen informatie ontvangen waaruit blijkt dat de kapitaalinjectie werd toegekend op een niet-permanente basis, op basis van een vooraf goedgekeurd herstructureringsplan en met een passende eigen bijdrage in de kosten van de herstructurering uit de eigen middelen van de begunstigde van de steun.

(198) Gezien het bovenstaande concludeert de Commissie dat de door Duitsland toegekende onrechtmatige staatssteun in de vorm van de kapitaalinjectie van 2015 niet verenigbaar is met de interne markt.

7. TERUGVORDERING

(199) Krachtens het VWEU en de vaste rechtspraak van de Unierechter is de Commissie bevoegd te beslissen dat de betrokken lidstaat de steunmaatregel moet intrekken of wijzigen wanneer zij heeft vastgesteld dat deze onverenigbaar is met de interne markt ([82]). De Unierechter heeft verder steeds geoordeeld dat de verplichting van een lidstaat om steun die door de Commissie als onverenigbaar met de interne markt wordt beschouwd, ongedaan te maken, bedoeld is om de vroegere toestand te herstellen ([83]).

(200) In dit verband heeft de Unierechter geoordeeld dat deze doelstelling is bereikt zodra de begunstigde de onrechtmatig toegekende steun heeft terugbetaald, waardoor hij het marktvoordeel verliest dat hij ten opzichte van zijn concurrenten op de interne markt genoot en de toestand van vóór de steunverlening wordt hersteld ([84]).

(201) Aansluitend bij de rechtspraak is in artikel 16, lid 1, eerste zin, van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad ([85]) het volgende bepaald: "Indien negatieve besluiten worden genomen in gevallen van onrechtmatige steun besluit de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen."

(202) Dus aangezien de kapitaalinjectie van 2015 is toegekend in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU en moet worden beschouwd als onrechtmatige en onverenigbare steun, moet zij worden teruggevorderd om de toestand van vóór de toekenning ervan op de interne markt te herstellen.

(203) Het nominale terugbetaalde bedrag komt overeen met het bedrag van de kapitaalinjectie (d.w.z. 64,8 miljoen EUR). Anders dan Duitsland betoogt (zie overweging 83), kunnen de bedragen die WestSpiel na de ontbinding op 8 januari 2021 van de overeenkomst van stille vennootschap reeds in twee tranches heeft terugbetaald (zie voetnoot 36), te weten a) de eerste tranche van 35 miljoen EUR (terugbetaald op 19 januari 2021, zie overweging 90), en b) de tweede tranche van 11 516 909 EUR (terugbetaald op 26 juli 2021, zie overweging 81), in totaal een bedrag van 46 516 909 EUR, niet als gedeeltelijke terugbetaling worden aangemerkt. Zelfs door dit bedrag terug te betalen heeft WestSpiel het met de kapitaalinjectie daadwerkelijk verkregen voordeel ten opzichte van zijn concurrenten namelijk niet verloren.

(204) De Commissie merkt op dat de ontbinding van de stille vennootschap in het onderhavige geval niet als een terugvordering kan worden aangemerkt en geen gevolgen heeft voor het bedrag van de terug te vorderen steun, aangezien dit bedrag in beginsel niet afhangt van gebeurtenissen die zich voordoen na de toekenning van de steun.

(205) Het voordeel vloeit voort uit een injectie van kapitaal, die onder normale marktvoorwaarden niet zou plaatsvinden. De gehele kapitaalinjectie vormt het bedrag van het voordeel. Indien later blijkt dat de investering dankzij verdere ontwikkelingen uiteindelijk rendabel was, verandert dat niets aan het bestaan van het voordeel, noch aan het bedrag van het voordeel. Wanneer bijvoorbeeld een lidstaat die investering uitvoert door aandelen van een onderneming te kopen (die een particuliere investeerder niet zou kopen) en deze aandelen later verkoopt (zelfs indien de prijs ervan in de tussentijd is gestegen), vormt deze verkoop geen terugbetaling van de steun. Ook de uitkering van dividenden vormt geen terugbetaling. Hetzelfde geldt voor de terugbetaling van een deelneming.

(206) Met andere woorden, de concrete verdere ontwikkelingen in verband met het eigen vermogen en de "deelneming" zijn verschillende fenomenen en hebben geen gevolgen voor de terugvordering van de onrechtmatig toegekende steun. De Commissie concludeert derhalve dat met de terugbetaling de toestand die op de interne markt bestond voordat de steun werd uitgekeerd, niet (zelfs niet gedeeltelijk) is hersteld.

([82]) Arrest van het Hof van Justitie van 12 juli 1973, Commissie/Duitsland, 70-72, ECLI:EU:C:1973:87, punt 13.
([83]) Arrest van het Hof van Justitie van 21 maart 1990, België/Commissie, C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, punt 66.
([84]) Arrest van het Hof van Justitie van 17 juni 1999, België/Commissie, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, punten 64 en 65.
([85]) Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB L 248 van 24.9.2015, blz. 9, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2015/1589/oj).

(207) Zoals vermeld in overweging 29, is WestSpiel vanwege de reorganisatie van de WestSpiel-groep gefuseerd met WestSpiel GmbH. Na de verkoop aan de Gauselmann-groep werd de naam van WestSpiel gewijzigd. De onderneming is nu actief onder de naam "Merkur Spielbanken GmbH" (zie overweging 30). In het geval van een fusie of een andere vorm van bedrijfsreorganisatie moet de rechtsopvolger van de oorspronkelijke begunstigde van de steun worden geïdentificeerd en moet de lidstaat de steun van de overblijvende entiteit terugvorderen ([86]). WestSpiel GmbH is de rechtsopvolger van WestSpiel, dat nu "Merkur Spielbanken GmbH" heet. De term "WestSpiel" verwijst naar deze gefuseerde en vervolgens verkochte entiteit (zie voetnoot 7), waarvan de steun moet worden teruggevorderd.

(208) De terugvordering beslaat de periode vanaf de datum waarop de steun de begunstigde ter beschikking werd gesteld, d.w.z. vanaf 15 december 2015 (zie overweging 130) tot de daadwerkelijke terugvordering. Het terug te vorderen bedrag is rentedragend totdat het daadwerkelijk is terugbetaald.

8. CLAUSULE INZAKE VRIJWARING

(209) De Commissie merkt op dat de koop- en verkoopovereenkomst van WestSpiel bepalingen bevat die neerkomen op een clausule inzake vrijwaring tegen terugvordering van staatssteun die voorziet in een vergoeding van maximaal 30 miljoen EUR (zie punt D van de preambule en de artikelen 7, 17.2, 19, 24, 28.3, 28.4, 28.5 en 29 van de koop- en verkoopovereenkomst van WestSpiel). De Commissie herinnert eraan dat dergelijke clausules volgens vaste rechtspraak kunnen worden aangemerkt als afzonderlijke staatssteunmaatregelen op zich, en dat de uitoefening van dergelijke clausules kan worden aangemerkt als een ontwijking van de terugvordering van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun. De Commissie wijst erop dat de begunstigde van de clausule tevens de begunstigde van de steun is.

(210) Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is de verplichting voor de betrokken staat om een door de Commissie als onverenigbaar met de interne markt beschouwde steunmaatregel in te trekken, bedoeld om de vroegere toestand te herstellen. Dit doel is bereikt zodra de betrokken steun, eventueel vermeerderd met vertragingsrente, door de begunstigde is terugbetaald. Door die terugbetaling verliest de begunstigde van steun immers het voordeel dat hij op de markt ten opzichte van zijn concurrenten genoot, en vindt herstel in de toestand van vóór de steunverlening plaats. Indien een lidstaat zou worden toegestaan steun ten bedrage van de onrechtmatige steun toe te kennen ter neutralisatie van de gevolgen van de terugbetaling waartoe de begunstigden verplicht zijn, zouden de door de Commissie genomen besluiten elk nuttig effect verliezen ([87]).

(211) De clausule inzake vrijwaring zal bij de toepassing ervan tot gevolg hebben dat WestSpiel wordt gecompenseerd voor de onrechtmatige en onverenigbare steun die het heeft ontvangen. Meer specifiek zal WestSpiel op grond van het onderhavige besluit verplicht worden de onverenigbare steun aan de staat terug te betalen. Als gevolg daarvan zal, nadat het onderhavige besluit definitief is geworden, de clausule inzake vrijwaring worden toegepast, op grond waarvan de staat verplicht is WestSpiel hetzelfde bedrag te betalen dat hij heeft teruggevorderd, met een maximum van 30 miljoen EUR. Door de toepassing van een dergelijke clausule zou de terugvordering van de bij het onderhavige besluit vastgestelde onrechtmatige en onverenigbare staatssteun worden ontweken, omdat in dat geval geen daadwerkelijke terugvordering plaatsvindt in de vorm van een herstel van de toestand die op de markt bestond voordat de steun werd uitgekeerd, hetgeen in strijd is met het doel van de terugvordering ([88]).

9. CONCLUSIE

(212) De Commissie stelt vast dat Duitsland, in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU, de steunmaatregel op onrechtmatige wijze heeft uitgevoerd.

(213) De Commissie concludeert dat de steun onverenigbaar is met de interne markt en van WestSpiel moet worden teruggevorderd, samen met terugvorderingsrente,

([86]) Zie in die zin arrest van het Hof van Justitie van 7 maart 2018, SNCF Mobilités/Commissie, C-127/16 P, ECLI:EU:C:2018:165.
([87]) Arrest van het Hof van Justitie van 29 juni 2004, Commissie/Raad, C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395, punten 42 en 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak.
([88]) Arrest van het Hof van Justitie van 11 december 2012, Commissie/Spanje, C-610/10, ECLI:EU:C:2012:781, punt 105.

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

Artikel 1

De vermeende maatregel betreffende de jaarlijkse verliesdekking, die door Duitsland is uitgevoerd, vormt geen steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

Artikel 2

De kapitaalinjectie van 2015 ten bedrage van 64,8 miljoen EUR, die door Duitsland onrechtmatig en in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU is toegekend, is onverenigbaar met de interne markt.

Artikel 3

1. Duitsland vordert de in artikel 2 bedoelde onverenigbare steun terug van WestSpiel, dat met WestSpiel GmbH is gefuseerd en nu "Merkur Spielbanken NRW GmbH" heet.

2. Over de terug te vorderen bedragen is rente verschuldigd vanaf de datum waarop zij WestSpiel ter beschikking zijn gesteld tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling ervan.

3. Duitsland zorgt ervoor dat WestSpiel geen compensatie ontvangt voor de bedragen waarop dit besluit betrekking heeft. Met name ontvangt WestSpiel van Duitsland geen bedragen, noch direct, noch indirect, als gevolg van de toepassing van de clausule inzake vrijwaring in de koop- en verkoopovereenkomst van WestSpiel.

4. De rente wordt op samengestelde grondslag berekend overeenkomstig hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie ([89]).

Artikel 4

1. De in artikel 2 bedoelde steun wordt onmiddellijk en op doeltreffende wijze teruggevorderd.

2. Duitsland zorgt ervoor dat het onderhavige besluit binnen vier maanden vanaf de datum van kennisgeving van dit besluit wordt uitgevoerd.

Artikel 5

1. Binnen twee maanden na kennisgeving van dit besluit dient Duitsland de volgende informatie in bij de Commissie:

a) het totaalbedrag (hoofdsom en rente) dat van WestSpiel zal worden teruggevorderd;

b) een gedetailleerde beschrijving van de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen;

c) bescheiden waaruit blijkt dat WestSpiel is gelast de in artikel 2 bedoelde steun terug te betalen.

2. Duitsland houdt de Commissie op de hoogte van de voortgang van de nationale maatregelen genomen ter uitvoering van dit besluit en dit tot de volledige terugvordering van de in artikel 2 bedoelde steun. Duitsland verstrekt op verzoek van de Commissie onverwijld alle inlichtingen over de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen. Daarnaast verstrekt Duitsland gedetailleerde informatie over de steunbedragen en terugvorderingsrente die reeds door WestSpiel zijn terugbetaald. Duitsland brengt tevens verslag uit aan de Commissie over de vraag of en op welke wijze de in overweging 209 bedoelde clausule inzake vrijwaring is toegepast.

([89]) Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB L 140 van 30.4.2004, blz. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2004/794/oj).

Artikel 6

Dit besluit is gericht tot de Bondsrepubliek Duitsland.

Gedaan te Brussel, 22 november 2024.

Voor de Commissie
Margrethe VESTAGER
Uitvoerend vicevoorzitter