



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De werking van algemene belangenafwegingen in het Europese staatssteunrecht: tussen verbod en verenigbaarheid?

Aalbers, M.

Citation

Aalbers, M. (2024, June 5). *De werking van algemene belangenafwegingen in het Europese staatssteunrecht: tussen verbod en verenigbaarheid?*. *Meijers-reeks*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3762243>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3762243>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De werking van algemene belangenafwegingen
in het Europese staatssteunrecht

Tussen verbod en verenigbaarheid?

De werking van algemene belangenafwegingen in het Europese staatssteunrecht

Tussen verbod en verenigbaarheid?

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op woensdag 5 juni 2024
klokke 15.00 uur

door

Maarten Aalbers

geboren te Noordoostpolder

in 1983

Promotor: prof.dr. S.C.G. Van den Bogaert
prof.dr. P.J.M.M. Van Cleynenbreugel (Université de Liège, België)

Promotiecommissie: prof.dr. A. Cuyvers
prof.dr. H.E.G.S. Schneider (Maastricht University)
prof.dr. E. Slautsky (Université libre de Bruxelles, België)
dr. B. Van Rompuy
dr. P.C. Adriaanse

Opmaak: AlphaZet prepress, Bodegraven

© 2024 M. Aalbers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission of the author.

Inhoudsopgave

| | |
|---|------|
| VOORWOORD | XVII |
| LIJST VAN AFKORTINGEN | XIX |
| INLEIDING: ALGEMENE BELANGENAFWEGINGEN IN HET EUROPESE STAATSSTEUNRECHT IN DE VERBODSFASE EN DE VERENIGBAARHEIDSFASE | 1 |
| 1 De staatssteuntoepassing van artikel 107 VWEU: objectief rechtsbegrip in een meergelaagd toezicht- en handhavingskader | 2 |
| 1.1 Artikel 107, lid 1, VWEU: een objectief staatssteunbegrip | 2 |
| 1.1.a Staatsmiddelen | 3 |
| 1.1.b Niet-marktconform voordeel | 4 |
| 1.1.c Selectiviteit | 6 |
| 1.1.d Beperking van de mededinging | 6 |
| 1.1.e Effect op het handelsverkeer | 7 |
| 1.2 Een meergelaagd toezicht- en handhavingskader | 8 |
| 1.2.1 Introductie | 8 |
| 1.2.2 Toezicht en handhaving in de verbodsfase voor de nationale rechter | 10 |
| 1.2.3 Toezicht- en handhaving in de verenigbaarheidsfase voor de nationale rechter | 11 |
| 1.3 Onderzoeksvraag | 14 |
| 2 Een proeve van overzicht van algemene belangen in het staatssteunrecht | 18 |
| 2.1.1 Inleiding | 18 |
| 2.1.2 Een grote verscheidenheid aan algemene belangen | 18 |
| 2.2 Van algemeen belang naar belangenafweging in de staatssteunprocedure | 21 |
| 2.2.1 Belangenafweging in het interne marktrecht | 21 |
| 2.2.2 Belangenafweging tijdens de verbodsfase | 23 |
| 2.2.3 Belangenafweging tijdens de verenigbaarheidsfase | 28 |
| 3 Knelpunten bij de toepassing van algemene belangen- afwegingen door de lidstaten | 30 |
| 3.1 Inleiding | 30 |
| 3.2 Vervaging van de verbodstoepassing en de verenigbaarheidstoepassing en het probleem van bevoegdheidsverdeling | 31 |
| 3.3 Rechtmatigheidskader van ex ante belangenafwegingen mist rechtszekerheid | 32 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 3.4 | De huidige ex post rechtmatigheidscontrole op algemene belangenafwegingen voorziet niet in een doeltreffende rechtsbeschermingsfunctie | 33 |
| 4 | Opbouw | 35 |
| 5 | Onderzoeksmethodologie | 38 |
| 6 | Academische relevantie | 39 |
| 7 | Maatschappelijke relevantie | 40 |
| 1 | OBJECTIEVE RECHTVAARDIGINGEN IN DE MATERIËLE SELECTIVITEITSTOEPASSING: DE BEOORDELING VAN ALGEMENE BELANGEN IN DE VERBODSFASE | 45 |
| 1 | Situering en probleemstelling | 45 |
| 2 | De materiële selectiviteitstoepassing | 52 |
| 2.1 | De drietrappstest voor materiële selectiviteit | 52 |
| 2.2 | Een overzicht van de doorwerking van het beginsel van gelijke behandeling in de selectiviteitstoepassing | 55 |
| 2.2.1 | De effectbenadering van de materiële selectiviteitstoepassing | 55 |
| 2.2.2 | Het causale verband tussen doelstellingen en effecten getoetst aan het beginsel van gelijke behandeling | 59 |
| 2.2.3 | Het leerstuk van de objectieve rechtvaardiging | 65 |
| 2.3 | Tussenconclusie | 72 |
| 3 | De beïnvloeding van de materiële selectiviteitstoepassing door de werking van de interne marktexcepties | 73 |
| 3.1 | Inleiding | 73 |
| 3.2 | De toepassing van interne marktexcepties binnen de materiële selectiviteitstoepassing | 74 |
| 3.2.1 | De plaatsing van dwingende redenen binnen de materiële selectiviteitstoepassing | 74 |
| 3.2.2 | Tussenconclusie | 85 |
| 3.2.3 | Het rechtvaardigen van inherente beperkingen binnen de materiële selectiviteitstoepassing omwille van legitieme belangen | 86 |
| 3.2.4 | Tussenconclusie | 91 |
| 4 | Conclusie en aanbevelingen | 92 |
| 2 | HET <i>ALTMARK</i> -ARREST VAN HET HOF VAN JUSTITIE: HET TOEPASSINGSKADER VOOR DE NATIONALE RECHTER OM DIENSTEN VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG IN DE VERBODSFASE OP STAATSSTEUN TE BEOORDELEN | 97 |
| 1 | Inleiding | 97 |
| 2 | De kernelementen van een dienst van algemeen economisch belang | 101 |
| 3 | De <i>Altmark</i> -toepassing: een compensatie voor het verrichten van een DAEB is geen staatssteun | 104 |
| 3.1 | De keuze van het Hof voor een compensatiebenadering voor DAEB in <i>Altmark</i> | 104 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 4 | Conceptuele invulling van de <i>Altmark</i> -voorwaarden door het Hof van Justitie in de prejudiciële procedure | 107 |
| 4.1 | Inleiding | 107 |
| 4.2 | De eerste <i>Altmark</i> -voorwaarde: een DAEB onderscheidt zich door een daadwerkelijk algemeen belang | 108 |
| 4.2.1 | Een onderneming wordt belast met een duidelijk omschreven DAEB | 108 |
| 4.3 | De tweede <i>Altmark</i> -voorwaarde: Objectieve en transparante parameters | 110 |
| 4.3.1 | Berekeningscriteria voor een noodzakelijke compensatie | 110 |
| 4.3.2 | Controleparameters voor een compensatie | 112 |
| 4.4 | De derde <i>Altmark</i> -voorwaarde: controle op overcompensatie inclusief een redelijke winst | 113 |
| 4.5 | De vierde <i>Altmark</i> -voorwaarde: aanbesteding of benchmarking | 115 |
| 4.5.1 | Een (openbare) aanbestedingsprocedure tegen de laagste kosten | 115 |
| 4.5.2 | Benchmarking | 116 |
| 4.6 | Tussenconclusie I: Conceptuele invulling <i>Altmark</i> -voorwaarden door het Hof voor de nationale rechter in prejudiciële procedures | 117 |
| 5 | De verfijning van de toepassing van <i>Altmark</i> door het Hof in de beroepsprocedure | 118 |
| 5.1 | De bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten, de Commissie en het Hof bij de toepassing van het <i>Altmark</i> -arrest | 118 |
| 5.2 | De eerste <i>Altmark</i> -voorwaarde: de onderscheidende kenmerken van een DAEB | 119 |
| 5.2.1 | Is een openbare dienstverplichting voor een economische activiteit daadwerkelijk een DAEB? | 119 |
| 5.2.2 | Uit een aanwijzingsbesluit moet het verplichte karakter van de DAEB volgen | 120 |
| 5.2.3 | Wordt de DAEB verricht in een geharmoniseerde sector? | 121 |
| 5.2.4 | Is de DAEB strijdig met (beginselen van) Unierecht? | 121 |
| 5.2.5 | Is er sprake van een algemeen legitiem belang dat zich van normale activiteiten onderscheidt? | 123 |
| 5.2.6 | Tussenconclusie II: De reikwijdte van de eerste <i>Altmark</i> -voorwaarde komt overeen met artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin | 127 |
| 5.3 | De tweede <i>Altmark</i> -voorwaarde: Toetsing van objectieve en transparante parameters | 128 |
| 5.3.1 | Controle op berekeningsparameters | 128 |

| | | | |
|-----|-------|---|-----|
| | 5.3.2 | Het doel van de tweede Altmark-voorwaarde: het objectiveren van noodzakelijke kosten | 129 |
| 5.4 | | De derde <i>Altmark</i> -voorwaarde: controlemechanismen tegen overcompensatie | 131 |
| | 5.4.1 | Controlemechanismen om overcompensatie tegen te gaan | 131 |
| | 5.4.2 | Een "structureel nadeel" als rechtvaardiging voor een overcompensatie? | 132 |
| 5.5 | | De vierde <i>Altmark</i> -voorwaarde: Selectie op basis van kostenefficiëntie | 135 |
| | 5.5.1 | Aanbesteding | 135 |
| | 5.5.2 | Efficiëntiebenchmark? | 136 |
| | 5.5.3 | Selectiemethode afhankelijk van de marktomstandigheden | 137 |
| 5.6 | | Tussenconclusie III: Samenhang <i>Altmark</i> -voorwaarden | 138 |
| 6 | | De post- <i>Altmark</i> -jurisprudentie van het Hof: een leidraad voor een inhoudelijke beoordeling door de nationale rechter? | 139 |
| | 6.1 | Minimumcriteria voor de <i>Altmark</i> -toepassing | 139 |
| | 6.2 | De toepassing van minimumcriteria bij de feitelijke beoordeling volgens de compensatiebenadering | 140 |
| | 6.2.1 | Leidraad voor de eerste Altmark-voorwaarde: de rechtstreekse werking van artikel 106, lid 2, VWEU | 140 |
| | 6.2.2 | Leidraad voor de tweede Altmark-voorwaarde: controle objectiviteit parameters | 143 |
| | 6.2.3 | Leidraad voor de derde Altmark-voorwaarde: effectief toezicht op overcompensatie | 144 |
| | 6.2.4 | Leidraad voor de vierde Altmark-voorwaarde: selectie vereist openbaarheid, gelijke behandeling van ondernemingen en objectieve selectiecriteria | 144 |
| 7 | | Conclusie | 146 |
| 3 | | DE ALGEMENE BELANGENAFWEGINGEN OP GROND VAN HET <i>ALTMARK</i> -ARREST: OP ZOEK NAAR EEN MATERIEEL EN INSTITUTIONEEL EVENWICHT TUSSEN VERBOD EN VERENIGBAARHEID | 149 |
| | 1 | Inleiding | 149 |
| | 2 | De belangenafweging door het Hof in het <i>Altmark</i> -arrest | 151 |
| | 2.1 | Inleiding | 151 |
| | 2.2 | De theoretische zuiverheid van het staatssteunbegrip | 151 |
| | 2.3 | Belangen die berusten op de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten | 154 |
| | 3 | Unierechtelijke toepassingstandaarden voor DAEB-compensaties | 157 |
| | 3.1 | Het <i>Altmark</i> -arrest biedt een afwijkende toepassingsstandaard in de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU | 157 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 3.2 | Nadere Unierechtelijke regelgeving van de Commissie over DAEB en staatssteun | 160 |
| 4 | De interpretaties van het <i>Altmark</i> -arrest als objectieve standaard door het Hof van Justitie van de EU | 163 |
| 4.1 | Inleiding | 163 |
| 4.2 | Flexibele interpretatievormen van het <i>Altmark</i> -arrest | 164 |
| 4.2.1 | Teleologische interpretatie van de <i>Altmark</i> -voorwaarden | 164 |
| 4.2.2 | De “sectorspecifieke interpretatie” van de <i>Altmark</i> -voorwaarden | 166 |
| 4.3 | De strikte benadering van de <i>Altmark</i> -voorwaarden | 167 |
| 4.4 | Een samenhangende benadering van de <i>Altmark</i> -voorwaarden | 172 |
| 4.5 | Tussenconclusie | 175 |
| 5 | Blijvende knelpunten bij toepassing van de compensatiebenadering | 178 |
| 5.1 | Inleiding | 178 |
| 5.2 | Het <i>Altmark</i> -arrest is een afwijking van het voordeeltbegrip van 107, lid 1, VWEU | 178 |
| 5.2.1 | De <i>Altmark</i> -toepassing is ongeschikt voor het beoordelen van normale marktomstandigheden | 178 |
| 5.2.2 | Het compenseren van een concurrentienadeel en het uitsluiten van een voordeel is tegenstrijdig | 183 |
| 5.3 | De centrale rol en werking van artikel 106, lid 2, VWEU worden ingeperkt door het <i>Altmark</i> -arrest | 186 |
| 5.3.1 | Artikel 106, lid 2, VWEU speelt een rol bij twee onderscheidende fases van staatssteuncontrole | 186 |
| 5.3.2 | De <i>Altmark</i> -toepassing vervaagt het onderscheid tussen verbod en rechtvaardiging | 187 |
| 5.3.3 | De primaire werking van artikel 106, lid 2, VWEU noodzaakt een belangenafweging in de <i>Altmark</i> -toepassing | 188 |
| 5.4 | Het <i>Altmark</i> -arrest beperkt de belangenafweging die de nationale rechter mag maken op basis van het Unierecht | 191 |
| 6 | Concluderende opmerkingen en aanbevelingen | 193 |
| 6.1 | Het Hof doet er goed aan de rechtsregel uit het <i>Altmark</i> -arrest te re-evalueren | 193 |
| 6.2 | Van verheldering van het verbod naar verfijning van de vrijstellingsmogelijkheid | 195 |
| 4 | DE BEOORDELING VAN DE MAATSCHAPPELIJKE FUNCTIE VAN SPORT IN DE VERBODS- EN VERENIGBAARHEIDSFASE OP GROND VAN ARTIKEL 165 VWEU | 197 |
| 1 | Inleiding | 197 |
| 2 | De Europese dimensie van sport in het Unierecht | 198 |
| 2.1 | Het Unierecht is van toepassing op economische sportactiviteiten | 198 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 2.2 | De Europese dimensie houdt rekening met de maatschappelijke functie van sport | 200 |
| 2.3 | De werking van de doelstelling van artikel 165 VWEU in het materiële recht | 203 |
| 3 | De besluitpraktijk van de Commissie over het maatschappelijke belang van sport in de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU | 205 |
| 3.1 | Inleiding | 205 |
| 3.2 | De beoordeling van zuiver sportief belangen die zich door sociale doelen onderscheiden van economische activiteiten | 206 |
| 3.2.1 | Objectieve invulling van de begrippen “economische activiteiten” en “zuiver sociale activiteiten” door het Hof | 206 |
| 3.2.2 | De besluitpraktijk van de Commissie ten aanzien van zuiver sociale activiteiten ten aanzien van sport | 207 |
| 3.2.3 | Tussenconclusie | 209 |
| 3.3 | De beoordeling van een niet-marktconform voordeel | 210 |
| 3.3.1 | De besluitpraktijk van de Commissie in meldingszaken | 210 |
| 3.3.2 | De besluitpraktijk van de Commissie in ex officio-onderzoeken | 213 |
| 3.3.3 | Tussenconclusie | 218 |
| 3.4 | De beoordeling op een merkbaarheid van een beperking van de mededinging | 219 |
| 3.5 | De beoordeling van een effect op het handelsverkeer | 220 |
| 3.6 | De toepassing van artikel 165 VWEU als rechtvaardiging voor verenigbaarheid | 222 |
| 3.6.1 | De toepassing van artikel 165 VWEU als rechtvaardigingsgrond bij het beoordelen van verenigbaarheid op grond van artikel 107, lid 3, VWEU | 222 |
| 3.6.2 | De toepassing van artikel 165 VWEU als rechtvaardigingsgrond voor verenigbaarheid op grond van artikel 106, lid 2, VWEU | 226 |
| 3.7 | Tussenconclusie: nieuwe toepassingsstandaarden voor artikel 107 VWEU | 228 |
| 4 | Rechtmatigheidsbeoordeling Hof van Justitie over de toepassing artikel 165 VWEU in de staatssteunbeoordeling van artikel 107 VWEU | 229 |
| 5 | De toepassing van de sportexceptie binnen het verbod: knelpunten in de huidige besluitpraktijk | 234 |
| 5.1 | Het Unierecht stelt grenzen aan de sociale uitzonderingen op economische activiteiten | 234 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 5.2 | Bijzondere belangen vormen geen uitzondering op normale marktvoorwaarden | 236 |
| 5.3 | Lokale staatssteun is nog steeds staatssteun | 239 |
| 5.4 | Beperkingen van de mededinging hoeven niet merkbaar te zijn | 241 |
| 5.5 | De Commissie heeft onbedoeld lidstaten de ruimte gegeven om belangenafwegingen te maken tussen de doelstellingen van artikel 165 VWEU en artikel 107 VWEU | 242 |
| 5.5.1 | De maatschappelijke dimensie van artikel 165 VWEU is te ruim door de Commissie geïnterpreteerd | 242 |
| 5.5.2 | Een bijzondere behandeling voor sport op grond van artikel 165 VWEU legitimeert staatssteun de facto en vervaagt de grens tussen verbod en rechtvaardiging | 243 |
| 6 | Conclusie | 246 |
| 5 | ALGEMENE BELANGENAFWEGINGEN DOOR NATIONALE ACTOREN OP GROND VAN VRIJGESTELDE STEUNCATEGORIEËN VOOR VERENIGBAARHEID | 249 |
| 1 | Inleiding | 249 |
| 2 | Van exclusieve handhaving op grond van artikel 108, lid 3, VWEU naar “ <i>small on small</i> ”-handhaving door de lidstaten op grond van de artikelen 106 en 107 VWEU | 252 |
| 2.1 | De onderlinge verhouding tussen de artikelen 107 en artikel 108 VWEU in private handhavingzaken | 252 |
| 2.2 | Prioriteringsbeleid bij de publieke handhaving door de Europese Commissie | 258 |
| 3 | De staatssteuncontrole op vrijgestelde steuncategorieën van algemeen belang | 262 |
| 3.1 | De machtiging tot vrijgestelde steuncategorieën | 262 |
| 3.2 | De Algemene groepsvrijstellingsverordening: een onmisbaar handhavingsinstrument voor horizontale steun | 264 |
| 3.3 | Een groepsvrijstelling voor DAEB: het DAEB-Vrijstellingsbesluit | 266 |
| 3.3 | Gedecentraliseerde handhaving: het ontstaan van gedeelde handhavingbevoegdheden | 268 |
| 3.5 | Tussenconclusie: naar een meer gedecentraliseerde handhaving | 276 |
| 4 | Tussen toepassing en handhaving: de inhoudelijke belangenafwegingen voor vrijgestelde steun | 278 |
| 4.1 | Het <i>ex ante</i> beoordelingskader voor de toepassing van de AGVV door de lidstaten | 278 |
| 4.2 | <i>Ex post</i> controle op deze belangenafweging door de nationale rechter en de Commissie | 281 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 4.3 | De <i>ex ante</i> belangenafwegingen door de lidstaten op grond van de toepassing van het DAEB-Vrijstellingsbesluit | 293 |
| 4.4 | <i>Ex post</i> controle op deze belangenafweging door de nationale rechter | 294 |
| 5 | Conclusie: De gedecentraliseerde staatssteunhandhaving vraagt om een effectieve afbakening van rechten en plichten en een doeltreffende rechtsbeschermingsfunctie | 299 |
| 6 | CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN | 303 |
| 1 | Geïdentificeerde knelpunten bij het toepassen van artikel 107, lid 1, VWEU op algemene belangenafwegingen in een gedecentraliseerde context | 303 |
| 1.1 | De constitutionele verbintenis van artikel 107, lid 1, VWEU vraagt om een betere scheiding tussen verbod en verenigbaarheid | 303 |
| 1.2 | De bestaande afwijkingen op het objectieve staatssteunbegrip leiden tot rechtsonzekerheid | 306 |
| 1.3 | Het huidige gedecentraliseerde toezicht op de groepsvrijstellingen voorziet niet in doeltreffende toezicht- en rechtsbeschermingsfuncties | 306 |
| 2 | Beantwoording onderzoeksvraag | 309 |
| 3 | Scenario's voor een herordening van het gedecentraliseerd staatssteuntoezicht | 311 |
| 3.1 | Inleiding | 311 |
| 3.2 | Scenario I: Correctieve aanpassingen binnen de status quo | 312 |
| 3.3 | Scenario II: Samenwerkingsmechanismen zoeken binnen bestaande decentralisaties | 314 |
| 3.3.1 | Bestaande versus nieuwe bevoegdheden | 314 |
| 3.3.2 | Bestaande bestuurlijke toezichtsmechanismen voor doeltreffend en gelijkwaardig staatssteuntoezicht | 315 |
| 3.4 | Scenario III: Verdere decentralisaties van bevoegdheden aan onafhankelijke staatssteunautoriteiten en nationale rechters | 317 |
| 3.4.1 | Quis custodiet ipsos custodes? | 317 |
| 3.4.2 | Bestaande proeftuinen voor nieuwe handavingsbevoegdheden | 319 |
| 4 | Aanbevelingen voor doeltreffende samenwerkingsmechanismen op het gebied van bestuurlijk toezicht en effectieve rechtsbescherming | 322 |
| 4.1 | Het Hof kan een rechtstreekse werking toekennen aan artikel 107, lid 1, VWEU | 322 |
| 4.2 | Het Hof zou de afwijkende toepassingstandaarden kunnen evalueren en beëindigen | 324 |

| | | |
|------------------|--|-----|
| 4.3 | Terzijdestelling kan als juridisch instrument toegepast worden voor de bevoegdheidsuitoefening door de Commissie en de nationale rechter | 326 |
| 4.4 | Terzijdestelling kan als handhavingsinstrument voor bevoegdheidsafbakening gelden tussen de Commissie en de nationale autoriteiten | 328 |
| 4.5 | Lidstaten kunnen nationale onafhankelijke adviesorganen oprichten om de nationale rechter bij te staan | 329 |
| 4.6 | De Commissie kan op grond van scenario III afgebakende toezichtmechanismen ontwerpen voor een graduele decentralisatie van het staatssteuntoezicht | 329 |
| 5 | Ter afsluiting | 331 |
| BIJLAGE 1 | | 334 |
| BIBLIOGRAFIE | | 339 |
| SAMENVATTING | | 369 |
| SUMMARY | | 381 |
| CURRICULUM VITAE | | 391 |

Voorwoord

“Europarecht, das gibt’s schon nicht mehr”, werd mij in 2016 vriendelijk medegedeeld door een medewerker van de *Nationalbibliothek* in Wenen. Tijdens het hoogtepunt van de eurocrisis – en daarna de vluchtelingencrisis in 2016 – zag het er soms somber uit voor de EU. Anno 2024 – en meerdere crises verder – staat het fundament van het Europees recht (het interne marktrecht) echter nog steeds als een huis. Bij maatschappelijke vraagstukken zijn de staatssteunregels daarbij vaak aangewezen als een eerste oplossingsrichting (bijv. bij COVID-19, de energiecrisis en de Green Deal).

Toen prof. Bart Hessel (†) mij als student in 2008 enthousiasmeerde voor het staatssteunrecht ging er een wereld voor mij open. Zestien jaar later is mijn enthousiasme voor het staatssteunrecht nog steeds springlevend en ben ik hem nog steeds dankbaar voor het overbrengen van zijn aanstekelijke Europabewustzijn-benadering.

Binnen het Europa Instituut heb ik mijn eigen EU-bewustzijn vanaf de zomer van 2013 als nieuwbakken Phd-fellow mogen toetsen, polijsten, bevragen, beschrijven en verdiepen. Allereerst wil ik mijn promotoren Stefaan Van den Bogaert en Pieter van Cleynenbreugel enorm bedanken voor de kansen die zij mij gegund hebben. Stefaan heeft mij altijd gemotiveerd om als jurist in mijn rechtsgevoel te volharden. Betrokken en bewogen heeft hij mij als jonge onderzoeker richting en vertrouwen gegeven om een rode lijn te vinden in het labrynt van mijn eigen gedachten en wensen. Zijn spitsvondige metaforen maakten elke bespreking concreet en boden mij ook tegelijkertijd een nuttige relativering.

Samen met Stefaan kon ik geen betere begeleider vinden in Pieter. Pieter heeft een positieve opstelling, vergezeld met een mix van oplossingsgerichtheid, inlevingsvermogen en daadkracht die ongeëvenaard is. Het was zijn geloof in het onderzoek dat de kaars deed doen blijven branden. Ik ben hem heel dankbaar voor onze gesprekken in Leiden, Leuven en Luik die – elk op zich – het einddoel in zicht brachten.

Tijdens de periode 2013-2019 heb ik het voorrecht gehad om op het Europa Instituut met zeer vriendelijke en getalenteerde collega’s te mogen samenwerken in het onderwijs en in het onderzoek. In het bijzonder wil ik Ben Van Rompuy, Armin Cuyvers, Jorrit Rijpma, Christa Tobler, Vestert Borger en Moritz Jesse bedanken voor alle inzet die zij namens het Europa Instituut steken in een professioneel en collegiaal werkklimaat waarin promovendi

kansen krijgen om zich te verdiepen. Ik kijk nog met veel plezier terug op het werkgroeponderwijs met zoveel prettige collega's (waaronder ook Kristel Van Kruisbergen, Daniel Mandrescu en Daniel Carter). Een speciale vermelding voor mijn oud-kamergenoten Narin Idriz, Hans van Oort, Valentin Vandendaele en Kristof Gombeer met wie ik altijd onderhoudende discussies heb gevoerd.

Sinds 2019 ben ik werkzaam bij het cluster Staatssteun en Europa van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Met dank aan mijn afdelingshoofd Marco Langendoen en mijn promotoren heb ik mijn onderzoek als buitenpromovendus kunnen voortzetten en heb ik mij binnen de directie Constitutionele Zaken en Wetgeving (CZW) mogen ontwikkelen als een (staatssteun)jurist binnen een politiek-bestuurlijke context. Dagelijks beleef ik veel plezier aan alle uitdagingen die op mijn pad komen en zie ik dat wij een nieuwe generatie aan staatssteunjuristen opleiden waar we trots op mogen zijn. Ik ben mijn collega's bij CZW dankbaar voor al hun interesse in mijn onderzoek en wil Marco Langendoen, Angelique van Herwijnen en Jan Willem Severijnen in het bijzonder danken. Ik weet zeker dat mijn staatssteuncollega's Simone Sax van der Weijden, Mirthe Stuveld, Lotte Bouwman, Iliass Boudhan, Sijmen Groot en Erwin Arkenbout mij weten te blijven inspireren.

In de eindfase van dit onderzoek wil ik de leden van de promotiecommissie in het bijzonder bedanken voor hun tijd, geduld en commentaren.

Op persoonlijk vlak wil ik mijn broer en schoonzus, maar bovenal mijn ouders Anton en Jannie bedanken voor hun morele steun in het schrijfproces. Dat geldt ook voor vele kennissen, vrienden en familieleden, en dan Jens de Craen, Ann-Marie Kühler en Henrik Broeyer in het bijzonder. En uiteraard wil ik mijn paranimfen Valentin Vandendaele en Cor Keesom bedanken voor al hun inzet.

Tegen Zoya, mijn lieve vriendin, zeg ik: "Het is het seizoen voor wijn, rozen en vriendschap. Drink wijn en koester dit moment, dat een mensenleven lang duurt." (vrij naar Omar Khayyam).

Lijst van afkortingen

| | |
|--------|--|
| AB | Administratiefrechtelijke beslissingen rechtspraak bestuursrecht |
| ABRvS | Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State |
| AG | Advocaat-Generaal |
| AGVV | Algemene Groepsvrijstellingsverordening |
| BSE | Boviene spongiforme encefalopathie |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| BZK | Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties |
| CMLR | Common Market Law Review |
| DAEB | Diensten van Algemeen Economisch Belang |
| EC | Europese Commissie |
| ECN | European Competition Network |
| EER | Europese Economische Ruimte |
| EEG | Europese Economische Gemeenschap |
| EG | Europese Gemeenschap |
| EGKS | Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal |
| EK | Europees Kampioenschap |
| ELR | European Law Review |
| EStAL | European State Aid Law Quarterly |
| EESC | Europees Economisch en Sociaal Committee |
| EU | Europese Unie |
| EVA | Europese Vrijhandelsassociatie |
| EZK | Economische Zaken en Klimaat |
| FA | Football Association |
| FIDE | Fédération Internationale Pour Le Droit Européen |
| FIFA | Fédération Internationale de Football Association |
| HvJ | Hof van Justitie |
| ISU | International Skating Union |
| KNVB | Koninklijke Nederlandse Voetbalbond |
| KNSU | Koninklijke Nederlandse Schaatsunie |
| LERU | Law Exchange Research Union |
| LFP | Liga Nacional de Futbol |
| M&M | Markt en Mededinging |
| MVV | Maastrichtse Voetbal Vereniging |
| NEC | Nijmeegse Eenheidscombinatie |
| NFS | Národný futbalový štadión |
| NJB | Nederlands Juristenblad |
| NOx | Nitrogenoxide |
| NIPT | non-invasieve prenatale test |
| NtER | Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht |

| | |
|-----------|---|
| PbEU | Publicatieblad van de Europese Unie |
| PSV | Philips Sport Vereniging |
| PSO | Public Service Obligation |
| SAM | State Aid Modernisation |
| SANI | State Aid Notification Interactive |
| SARI | State Aid Reporting Interactive |
| SEW | Sociaal Economische Wetgeving |
| TA | Terugtrekingsakkoord |
| TAM | Transparency Awarding Module |
| TBR | Tijdschrift voor Bouwrecht |
| TvS | Tijdschrift voor Staatssteun |
| UCI | Union Cycliste Internationale |
| UEFA | Union Européenne de Football Association |
| VEU | Verdrag betreffende de Europese Unie |
| VWEU | Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie |
| VWS | Volksgezondheid, Wetenschap en Sport |
| VFV | Voetbal Federatie Vlaanderen |
| Vzr | Voorzieningenrechter |
| Wet NERPE | Wet Naleving Europees Recht Publieke Entiteiten |

Inleiding: Algemene belangenafwegingen in het Europese staatssteunrecht in de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase

Inleiding

Hoewel de lidstaten van de Europese Unie in eerste instantie het beginsel van de vrijemarkteconomie aanhangen, is het geloof in de markt als organisatiemodel van samenleven niet absoluut. Artikel 3, lid 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) vormt hiervan het voorbeeld bij uitstek: dat artikel stelt immers dat de interne markt uitvoering geeft aan een sociale markteconomie, naast het in acht nemen van de beginselen van een open markteconomie met vrije mededinging (artikel 119, lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)).¹ De vrije markt en de wetten van vraag en aanbod die ermee gepaard gaan, gelden dus als uitgangspunt maar beletten niet dat overheden ook andere belangen van “algemeen belang nastreven, zoals onder meer de bescherming van milieu en klimaat, culturele belangen, zwakkeren in de samenleving.”² Dat geldt ook voor de belangen die het niveau van de lidstaten overstijgen: zoals het bestrijden van economische crises en het behalen van duurzaamheidsdoelstellingen.

De Verdragen tot oprichting van de Europese Unie vermelden die algemene belangen uitdrukkelijk als na te streven doelstellingen van Europese integratie.³ In de praktijk betekent dat ook dat de, verschillende materiële belangen tegenover elkaar afgewogen dienen te worden.⁴ Omdat de Europese Unie slechts een beperkt aantal bevoegdheden werd toegedeeld,⁵ blijven de lidstaten grotendeels verantwoordelijk voor de afweging van die belangen in de dagelijkse beleidspraktijk, zelfs wanneer ze het Europese Unierecht toepassen, omzetten of uitvoeren.

Ook in het domein van het staatssteunrecht sluipt die belangenafweging binnen. Staatssteun bestaat uit het verlenen van een economisch voordeel aan een of meerdere geselecteerde ondernemingen.⁶ Dergelijke steun kan

1 Neergaard 2013, p. 174-196; Dawson & De Witte 2014, p. 964-990; Hessel 2017, p. 356-365.

2 Fiedziuk 2013, p. 10-15; Prosser 2005, p. 140.

3 Dawson & De Witte 2012, p. 41-70; De Cecco, 2013, p. 41-70; Ross 2009, p. 81-99; Prechal, 2008, p. 55-73; De Witte 2006, p. 61-86.

4 Zie Weatherill 2016; Sauter 2013.

5 Het beginsel van bevoegdheidstoedeling is vastgelegd in artikel 5 VEU. Von Bogdany & Bast 2010, p. 275, 286; Bast & Wetz 2019, p. 73-79; Timmermans 2014, p. 155-167.

6 Hancher et al 2021, p.52-56.

oneerlijke handelspraktijken creëren en leiden tot concurrentievervalsing. Daarom wordt de beleidsvrijheid van de lidstaten in dit domein in belangrijke mate beperkt.⁷ Elk selectief economisch voordeel dat toerekenbaar is aan een lidstaat en dat potentieel een grensoverschrijdend effect heeft, moet als staatssteun gekwalificeerd worden. Staatssteun is door de Unie aan een strikt toezichts- en handhavingenkader onderworpen (paragraaf 1). Omwille van hun potentieel marktverstrendend doel of effect, dienen steunmaatregelen bovendien gerechtvaardigd te worden door een reden van algemeen belang die dergelijke marktinterventie toelaat, zoals A-G Léger bevestigde.⁸ Een steunmaatregel is een beleidsinstrument voor de overheden van een lidstaat om het marktgedrag van ondernemingen te beïnvloeden.⁹ Het is dan ook in de eerste plaats aan de lidstaten om doelstellingen van algemene belang aan steunmaatregelen te verbinden in het licht van wat toegelaten is door het Unierecht. Dit inleidend hoofdstuk geeft een algemeen overzicht van die algemene belangen (paragraaf 2), alvorens de fundamentele problemen en knelpunten inzake belangenafweging te identificeren (paragraaf 3). Veeleer dan een algemeen overzicht van alle algemene belangen te geven, zullen de volgende hoofdstukken van dit proefschrift die problemen uitdiepen en analyseren vanuit een *capita selecta*-methode, welke in dit hoofdstuk uiteengezet wordt (paragraaf 4).

1 DE STAATSSTEUNTOEPASSING VAN ARTIKEL 107 VWEU: OBJECTIEF RECHTSBEGRIIP IN EEN MEERGELAAGD TOEZICHT- EN HANDHAVINGSKADER

Het staatssteunrecht, zoals vastgelegd in de artikelen 106 t/m 109 VWEU, definieert staatssteun op objectieve wijze (1.1.), maar onderwerpt de steunmaatregelen van de lidstaten aan procedurele en inhoudelijke voorwaarden (1.2.).

1.1 Artikel 107, lid 1, VWEU: een objectief staatssteunbegrip

Het begrip staatssteun in artikel 107, lid 1, VWEU is een objectief rechtsbegrip. Standaardarresten als *Van der Kooy*, *Tubemeuse* en *Adria Wien* benadrukken dat alle staatssteunvoorwaarden van artikel 107, lid 1, VWEU een afzonderlijke, maar ook aanvullende functie hebben om staatssteun vast te stellen.¹⁰

Met uitzondering van de afwijkingen waarin de Verdragen in voorzien,

⁷ Werner & Verouden 2017, p.16-23.

⁸ Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*, randnummers 71-73.

⁹ Knook 2018; Sauter 2015; Nicolaidis 2008; Hessel 1987.

¹⁰ HvJ EG, 2 februari 1988, gevoegde zaken 67, 68 en 70/85, *Van der Kooy*; HvJ EG, 21 maart 1990, C-142/87 *Tubemeuse*; HvJ EG, 8 november 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*. Zie ook hoofdstuk 1, paragraaf 2.

zijn steunmaatregelen volgens artikel 107, lid 1, VWEU onverenigbaar met de interne markt indien zij aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoen:

- 1) het gaat om maatregelen of initiatieven toerekenbaar aan de staat of bekostigd met staatsmiddelen;
- 2) die bestaan in het verschaffen een niet-marktconform voordeel aan;
- 3) één of meerdere ondernemingen of producties (dat wil zeggen de maatregel is selectief);
- 4) waardoor de mededinging vervalst wordt en;
- 5) het interstatelijke handelsverkeer ongunstig beïnvloed kan worden.

Als aan die voorwaarden is voldaan, is er naar EU-recht sprake van staatssteun en moet een nieuwe steunmaatregel op grond van artikel 108, lid 3, VWEU in principe aangemeld worden bij de Europese Commissie.¹¹ Indien de steun binnen het toepassingsgebied van een groepsvrijstelling valt, moet de steunmaatregel voldoen aan de inhoudelijke en procedurele voorwaarden van die vrijstelling om toegekend te kunnen worden.¹²

1.1.a Staatsmiddelen

Het EU-staatssteunrecht is van toepassing op steunmaatregelen die toerekenbaar zijn aan een staat of bekostigd worden met staatsmiddelen. Het

-
- 11 De procedureverordening maakt een onderscheid tussen bestaande en nieuwe steun. Op grond van artikel 1, b) van de procedureverordening is bestaande steun: i) alle steun die voor de inwerkingtreding van het VWEU in een lidstaat tot uitvoering is gebracht en die na de inwerkingtreding nog steeds van toepassing is; ii) goedgekeurde steun door de Commissie of Raad; iii) steun op waarvan de verjaringstermijn voor terugvordering is verstreken (artikel 17 Procedureverordening), alsmede maatregelen in uitvoering die door de ontwikkeling van de interne markt en de introductie van marktliberalisatie inmiddels als steun beschouwd mogen worden, maar op het moment van hun inwerkingtreding nog niet als zodanig beschouwd konden worden, Zie Loewenthal en Ziegler, 2021, p. 1042-1048. Voor bestaande steun geldt de zogeheten “samenwerkingsprocedure”, waarbij lidstaten gevraagd kan worden om dienstige maatregelen te nemen (artikelen 21-23 Procedureverordening). Nieuwe steun is volgens de procedureverordening niet-bestaande steun (en wijzigingen van bestaande steun) (artikel 1 Procedureverordening). Voor nieuwe steun geldt in hoofdstuk II van de procedure verordening de aanmeldingsplicht (behoudens de aanwezigheid van een vrijstellingsmogelijkheid) Zie Loewenthal en Ziegler, 2021, p. 1049-1063. Dit onderzoek richt zich primair op nieuwe steunmaatregelen.
 - 12 De toepasselijke groepsvrijstellingsverordeningen zijn: 1) de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV); 2) het DAEB-Vrijstellingsbesluit voor verschillende categorieën diensten van algemeen economisch belang; 3) de Landbouwvrijstellingsverordening (hierna: LVV) en; 4) de Visserijvrijstellingsverordening (hierna: VVV). Dit onderzoek richt zich met name op de AGVV en het DAEB-Vrijstellingsbesluit omdat deze groepsvrijstellingen van toepassing zijn op verschillende algemene belangen in diverse economische sectoren. Een mogelijkheid om een nieuwe steunmaatregel vrij te stellen van melding én het staatssteunbegrip is voorzien in de zogeheten “de-minimis”-vrijstellingsverordeningen. Zie paragraaf 1.1.e.

begrip “staat” moet zeer breed opgevat worden en betreft de overheid op centraal en decentraal niveau, maar ook publieke ondernemingen en private beheersorganen die onder staatscontrole staan.¹³ Zowel rechtstreekse steun door de staat als de inzet van geldelijke middelen uit de begroting van de staat (‘staatsmiddelen’) valt onder de staatssteuntoepassing. Zo vallen alle geldelijke middelen die herleidbaar zijn tot de staatsbegroting onder het begrip staatsmiddelen.¹⁴ Er is in de jurisprudentie van het Hof maar één uitzondering op het begrip staatsmiddelen. Als een wettelijke verplichting leidt tot een financiële herverdeling tussen particuliere entiteiten binnen een sector is er geen sprake van een overdracht van staatsmiddelen, zolang de staat geen beheersende invloed uitoefent op de invulling van deze herverdeling.¹⁵ Er is dan sprake van zelffinanciering tussen particuliere entiteiten zonder tussenkomst van de staat (bijvoorbeeld een sectorale uitvoering van wettelijke verplichtingen om minimumprijzen voor hernieuwbare energie af te nemen).¹⁶

1.1.b Niet-marktconform voordeel

Het EU-staatssteunbegrip heeft betrekking op elk voordeel, in welke vorm dan ook, dat de mededinging vervalst of dat dreigt te doen.¹⁷ Dat economische voordeel wordt onder niet-marktconforme voorwaarden verstrekt en is daarom artificieel. Onder normale marktomstandigheden zou een onderneming namelijk een dergelijk voordeel niet verkrijgen.¹⁸ Beleidsdoelstellingen van de overheid zijn volgens het Hof van Justitie niet relevant voor het beoordelen van een voordeel (“noch economische, noch sociale doelstellingen”).¹⁹ Het bestaan van een artificieel voordeel wordt beoordeeld aan de hand van het effect ervan op de markt.²⁰ In de mate dat het leidt tot de versterking van de marktpositie van de steunontvanger²¹,

13 Gerecht EU, 30 april 1998, T-214/95, *Vlaams Gewest*, r.o. 30-31, 40,46,54; HvJ EU, 23 maart 1977, C-78/76, *Steineke & Weinlig*, p. 601; HvJ EU, 9 oktober 2014, C-522/13, *Navantia t Concello de Ferrol*, r.o. 20,23.

14 HvJ EU, 13 september 2017, C-329/15, *ENEA t Prezes Urzędu Regulacji Energetyki*, r.o. 30-32.

15 HvJ EU, 30 mei 2013, C-677/11, *Doux élevage t Ministère de l’Agriculture*, r.o. 26, 32.

16 HvJ EG 13 maart 2001, C-379/98, *Preussen Elektra*, r.o. 56-61; HvJ EU, 13 september 2017, C-329/15, *ENEA t Prezes Urzędu Regulacji Energetyki*, r.o. 30-32. HvJ EU, 12 januari 2023, gevoegde zaken C-702/20 en C-17/21, *Dobeles Hes*, r.o. 33.

17 Hancher et al 2021, p. 95-96; Werner en Verouden 2017, p. 23.

18 HvJ EU. 26 oktober 2016, C-211/15, *Orange t Commissie*, r.o. 23, 26; HvJ 9 oktober 2014, C-522/13, *Navantia t Concello de Ferrol*, r.o. 21-22.

19 HvJ EU, 4 maart 2021, zaak C-362/19 P, *Commissie t Fútbol Club Barcelona*, r.o. 61; HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Frankrijk t Commissie*, 52-53.

20 HvJ EG, C-730/79, 7 september 1980, *Philip Morris*, HvJ EU, 5 juni 2012, C-124/10P, *Commissie t EDF*, r.o. 11-12; HvJ EU, 21 december 2016, C-20/15P, *Commissie t World Duty Free*.

21 HvJ EU 9 oktober 2014, C-522/13, *Navantia t Concello de Ferrol*, r.o. 51-53; HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 79.

kan er in de meeste gevallen ook sprake zijn van een beperking van de mededinging.

Een duidelijk voorbeeld van een maatregel die tot een *de facto* voordeel leidt, is een subsidie.²² Bij fiscale instrumenten, compensatiemaatregelen en kapitaalstortingen kan het moeilijker zijn om een voordeel vast te stellen.²³ Het Hof van Justitie heeft twee testen ontwikkeld in de jurisprudentie om marktconform gedrag van een voordeel te onderscheiden: 1) de test van de particuliere investeerder in de markteconomie en; 2) de compensatiebenadering voor diensten van algemeen economisch belang (DAEB).²⁴

De eerste is de test van een private investeerder in de markteconomie. Volgens het zogeheten "*market economy investor*" principe kan gecontroleerd worden of de staat, in de hoedanigheid van een private marktdeelnemer, onder gelijke marktvoorwaarden investeringen (waaronder kapitaalinjecties) aangaat.²⁵ De test is ook van toepassing op de staat in de hoedanigheid van private schuldeiser en private verkoper.²⁶

De tweede test betreft de overheid in de hoedanigheid van zijn publieke taak ("*service publique*") om diensten van algemeen economisch belang te financieren en uit te laten voeren als openbare dienstverplichting.²⁷ De compensatiebenadering (die nader in paragraaf 2.2.2.1 wordt beschreven) gaat uit van het principe dat de overheid alleen de noodzakelijke kosten – en een redelijke winst – compenseert aan een onderneming die een dienst van algemeen economisch belang beheert. Die onderneming wordt geselecteerd door middel van een aanbesteding tegen de laagste kosten voor de gemeenschap of door middel van de benchmark van een gemiddeld goed beheerde onderneming.²⁸

Het Hof heeft in haar jurisprudentie geoordeeld dat beide testen (de test van de private investeerder in de markteconomie, alsmede de compensatiebenadering) beogen vast te stellen of een financiële transactie tussen de overheid en een onderneming onder normale marktomstandigheden wordt verricht en daarmee een voordeel uitsluit.²⁹

22 Ottervanger en Aalbers 2018, p.782.

23 Schön 2021, p. 437-442.

24 Sauter 2015, p. 138-153.

25 HvJ EG, 2 februari 1988, gevoegde zaken 67, 68 en 70/85, *Van der Kooy*; *Cyndecka* 2016 ; *Kavanagh* 2017, p. 70-84.

26 HvJ EU, 20 september 2017, C-300/16P, *Commissie t Frucona Košice*; HvJ EU, 18 mei 2017, C-150/16, *Fondul t CEO*, r.o. 26. Zie Hancher et al 2021, p.104-112.

27 Bauby 2013, p. 393-402 ; Sauter 2008, p.167-197; Louis & Rodrigues 2006, p. 421-439.

28 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, r.o.93.

29 *Cyndecka* 2015, p. 163, 165; de Cecco 2013, p. 144-145.

1.1.c Selectiviteit

Artikel 107, lid 1, VWEU is van toepassing op steunmaatregelen die toerekenbaar zijn aan de staat of bekostigd worden met staatsmiddelen.³⁰ Het begrip selectiviteit veronderstelt dat één of meerdere ondernemingen door een steunmaatregel worden bevoordeeld. Artikel 107, lid 1, VWEU spreekt van “begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties”, waardoor ook economische sectoren of beroepsgroepen onder de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU vallen. Het Hof heeft in haar rechtspraak benadrukt dat de selectiviteitstoepassing in essentie een non-discriminatioetoets inhoudt.³¹ Bij economische transacties dient de staat na te gaan of ondernemingen in een vergelijkbare (feitelijke en juridische) situatie, gelijk behandeld worden.³² Bij individuele steun aan ondernemingen, bijvoorbeeld door middel van een subsidie, is er doorgaans sprake van *de facto* selectiviteit, omdat een bepaalde onderneming bevoordeeld wordt. Bij steunmaatregelen van algemene strekking, bijvoorbeeld door middel van een belastingvoordelen in een lidstaat of regio, is dit moeilijker vast te stellen.³³ Daartoe heeft het Hof van Justitie de materiële selectiviteitstoepassing ontwikkeld.³⁴ Deze toepassing stelt het toepassingsbereik van een algemene steunregeling vast (het referentiekader) en gaat vervolgens na of ondernemingen in een vergelijkbare situatie gelijk behandeld worden. Als bepaalde ondernemingen (bijvoorbeeld grote ondernemingen ten opzichte van kleine ondernemingen) ongelijk behandeld worden is er sprake van *prima facie* selectiviteit. Deze kan vervolgens door de lidstaat objectief gerechtvaardigd worden, zolang de maatregel geen onderscheid maakt naar nationaliteit en deze maatregel een legitiem belang nastreeft op een evenredige wijze.

1.1.d Beperking van de mededinging

Een steunmaatregel dreigt de mededinging te vervalsen wanneer deze het gevolg heeft de steunontvanger potentieel in een gunstigere concurrentiepositie te plaatsen.³⁵ Het Hof heeft geoordeeld dat het louter verschaffen

30 In HvJ EG 16 mei 2022 C-482/99, *Stardust Marine* oordeelde het Hof dat de inzet van staatsmiddelen toegerekend moeten kunnen worden aan een beslissing van de staat. In het arrest *Dobeles Hes* oordeelde het Hof dat aan deze voorwaarde wordt geacht te zijn voldaan wanneer de betrokken maatregel bij wet of regeling is ingevoerd (HvJ EU, 12 januari 2023, gevoegde zaken C-702/20 en C-17/21, *Dobeles Hes*, r.o. 33). Zo kan een publieke of private ondernemingen ook staatsmiddelen inzetten op aanwijzing van de staat. Zie Hancher 2021, p. 71. Zie Ottervanger, Aalbers, 2018 p. 786.

31 Hancher et al 2021, p. 79-83; Honoré 2017, p. 127-133. Zie hoofdstuk 1, paragraaf 2.

32 Honoré 2017, p. 133-135.

33 Het Hof heeft voor autonome regio's een regionale selectiviteitstoepassing toegestaan. Zie hoofdstuk 1, paragraaf 2.1.

34 Honoré 2017 p. 120-125.

35 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*.

van een voordeel de marktpositie van de steunontvanger versterkt ten opzichte van zijn concurrenten, vanwege het enkele feit dat – zonder steun – deze positieversterking zou zijn uitgebleven.³⁶ Het vaststellen van een potentiële beperking ten gevolge van de toekenning van dat voordeel volstaat volgens het Hof van Justitie.³⁷ Zodoende is geen gedetailleerde mededingingsanalyse vereist en vraagt de staatssteuntoepassing niet dat alle mededingingseffecten op een afgebakende relevante markt in kaart worden gebracht.³⁸

1.1.e Effect op het handelsverkeer

Op grond van artikel 107, lid 1, VWEU moet een steunmaatregel een potentieel effect hebben op het handelsverkeer op de interne markt. Indien een voordeel in potentie de marktpositie van een onderneming versterkt, is er sprake van een dergelijk effect.³⁹ Dat kan ook het geval zijn als een voordeel in potentie de toegang tot de markt belemmert voor ondernemingen uit andere lidstaten. In beide gevallen kan het handelsverkeer negatief beïnvloed worden omdat ondernemingen die gevestigd zijn in andere lidstaten hun kansen op afname van goederen, kapitaal en diensten door de steunmaatregel zien afnemen.⁴⁰ Het Hof heeft geoordeeld dat zodoende ook steunmaatregelen voor ondernemingen die binnenlandse economische activiteiten uitvoeren een effect op het handelsverkeer kunnen hebben.⁴¹ Het is dus niet noodzakelijk dat ondernemingen grensoverschrijdend economisch actief zijn tussen meerdere lidstaten.⁴² Vanuit praktisch oogpunt heeft de Commissie drempelbedragen opgesteld voor zogeheten “de-minimissteun”.⁴³ Het gaat daarbij om door de Commissie per verordening vastgestelde bedragen die het handelsverkeer niet beïnvloeden, waardoor als de-minimissteun aangewezen steunmaatregelen niet voldoen

36 HvJ EU, 9 oktober 2014, C-522/13, *Navantia t Concello de Ferrol*, r.o. 52; HvJ EU, 14 januari 2015, C-518/13, *Eventech*.

37 HvJ EU, 14 januari 2015, C-518/13, *Eventech*.

38 HvJ EU, 21 december 2016, gevoegde zaken C-164/15 en C-165/15, *Commissie t Aer Lingus en Ryanair*. Zie Derenne & Verouden 2017, p. 173-178.

39 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 77-78.

40 HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania t Ayuntamiento de Getafe*, r.o. 79.

41 *Idem*.

42 *Idem*.

43 De reguliere de-minimisvrijstellingsverordening (Verordening (EU) nr. 2023/2831) maakt over een periode van drie jaren maximaal € 300.000 aan steun mogelijk zonder dat gemeld hoeft te worden. Voor de transportsector is dit bedrag vastgesteld op € 100.000.

aan alle voorwaarden van artikel 107, lid 1, VWEU.⁴⁴ In 2023 zijn de drempelbedragen van de *de-minimis* steun substantieel verhoogd.⁴⁵

1.2 Een meergelaagd toezicht- en handhavingskader

1.2.1 *Introductie*

Het gezamenlijke toezicht op staatssteun conform de artikelen 107 en 108 VWEU berust zowel bij de lidstaten als bij de Europese Commissie. Als er sprake is van een steunmaatregel op grond van artikel 107, lid 1, VWEU dan moet die aangemeld worden, tenzij een groepsvrijstelling toegepast kan worden door de lidstaat (zie paragraaf 1.2.1). Daarom berust het toezicht *ex ante* in de praktijk bij de lidstaten, maar is het *ex post* toezicht wettelijk geregeld via een publieke handhavingsbevoegdheid voor de Commissie.⁴⁶ Het is volgens artikel 108, lid 3, VWEU verboden om staatssteun zonder voorafgaande goedkeuring – of in strijd met vrijgestelde groepssteunkaders – te implementeren. Zolang er geen goedkeuringsbeslissing van de Europese Commissie is, is het toekennen van nieuwe steun – behoudens de correcte toepassing van een (groeps-)vrijstelling – dus verboden.⁴⁷ Nationale autoriteiten zijn gebonden aan dit verbod en moeten het staatssteunbegrip van artikel 107, lid 1, VWEU toepassen om te concluderen of er sprake is van meldingsplichtige steun, danwel steun die onder een (groeps-)vrijstelling valt. Het tijdvak waarin steunverlening verboden is noemen we de verbodsfase. Belanghebbenden, zoals concurrenten van de steunontvanger, kunnen zich in het kader van private handhaving van artikel 108, lid 3,

44 De de-minimisverordening voor de landbouwsector (Verordening (EU) nr. 1408/2013) stelt een maximaal steunbedrag van € 20.000 over drie fiscale jaren vrij van melding. De de-minimisverordening voor de visserijsector (Verordening (EU) nr. 717/2014) stelt een maximaal steunbedrag van € 30.000 over drie fiscale jaren vrij van melding. De DAEB de-minimisverordening (Verordening (EU) nr. 2023/2832) stelt een bedrag van maximaal € 750.000 voor een DAEB-beheerder over drie jaren vrij van melding.

45 Expertisecentrum Europees Recht, 18 december 2023, “Europese Commissie stelt nieuwe de-minimisverordening vast”, te vinden op <https://ecer.minbuza.nl/-/europese-commissie-stelt-nieuwe-de-minimisverordening-vast>.

46 Werner en Verouden 2017, p. 247-251; Van de Castele 2021, p. 228-230, 233; Zie Adriense 2013, p. 514-536.

47 Loewenthal en Ziegler, 2021, p. 1049-1050.

VWEU tijdens deze fase tot de nationale rechter wenden.⁴⁸ De nationale rechter kan zich niet uitspreken over de vraag of al dan niet aangemelde steun verenigbaar is met de interne markt, maar kan wel vaststellen dat staatssteun op een verboden manier werd uitgekeerd.⁴⁹

De Europese Commissie is daarentegen in hoofdzaak bevoegd om staatssteun verenigbaar te verklaren met de interne markt op grond van de bepalingen van artikel 106, lid 2, VWEU en de artikelen 107, lid 2 en lid 3, VWEU.⁵⁰ Daarbij weegt de Commissie de effecten van de nieuwe steunmaatregel op de interne markt af tegen de noodzaak om een dwingend nationale en/of Uniedoelstelling door middel van staatssteun te verwezenlijken (denk bijvoorbeeld aan het bestrijden van de economische gevolgen van de COVID-19 pandemie of het bereiken van de klimaat- en duurzaamheidsdoelstellingen, zie ook paragraaf 1.2.2).⁵¹ Dergelijke afweging door de Commissie in het kader van haar beslissingspraktijk wordt in dit proefschrift als de verenigbaarheidsfase aangeduid. Die verenigbaarheidsfase behoort echter niet louter aan de Europese Commissie toe. Artikel 109 VWEU, alsmede de artikelen 106, lid 3, VWEU en 108, lid 2, en lid 4 VWEU – geven de instellingen van de Europese Unie de mogelijkheid om wettelijke verenigbaarheidskaders op te stellen, waaraan lidstaten zelf materieel kunnen toetsen om te controleren of de beoogde algemene belangdoelstellingen verenigbaar geacht worden volgens de randvoorwaarden die de Commissie hanteert.⁵² De groepsvrijstellingen – aangenomen door middel van EU-verordeningen – vormen hiervan het voorbeeld bij uitstek. Die rechtsinstrumenten bieden de overheden van de lidstaten de gelegenheid om – zonder praktische tussenkomst van de Commissie – vast te stellen dat steunmaatregelen verenigbaar met de interne markt zijn. Daarbij wordt de verenigbaarheidstoepassing in de praktijk gedecentraliseerd naar het niveau van de lidstaten.⁵³ Die decentralisatie is niet wettelijk door de Com-

48 Zie Zippo 2014, p. 705 e.v.; Metselaar 2016, p.83-84,138-412; Pastor-Merchante 2020, p. 199 e.v; van den Brink & W. Den Ouden 2020, p. 289 e.v. Zie voor de context van het Europeesrechtelijke belanghebbende-begrip volgens artikel 108, lid 3, VWEU de conclusie van A-G Wissink van 5 juli 2020 voor de Hoge Raad der Nederlanden in de zaak *Stichting Karmedia t Gemeente Rotterdam*, ECLI:NL:PHR:2020:562, randnummers 3.20.2. 3.21.1, 3.21.2. Het nationale (bestuursrechtelijke- en civielrechtelijke-) procesrecht bepaalt in eerste instantie welke partijen in een bepaalde procedure een beroep kunnen doen op artikel 108, lid 3, VWEU zolang die gebeurt binnen de begrenzingen van het Unierecht, in het bijzonder de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

49 Zie Flynn en Gilliams 2021, p.1181. HvJ EU, 2 mei 2019, C-598/17, *A-fonds*, r.o.46.

50 Overweging 2 van de Machtigingsverordening 2015/1588 van de Raad (hierna: Machtigingsverordening 2015/1588) spreekt van een hoofdzakelijke bevoegdheid. In de literatuur wordt vaak gesproken van een exclusieve bevoegdheid. Op grond van artikel 108, lid 2, VWEU is dit een haast exclusieve bevoegdheid die enkel onder buitengewone omstandigheden met de Raad gedeeld wordt. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 3.4.

51 Hancher et al 2021, p. 131-182.

52 Zie Van de Castele 2021, p. 217-250.

53 Zie hoofdstuk 5.

missie vormgegeven als een overdracht van handhavingsbevoegdheden, maar meer als een algemene verplichting om de staatssteunregels van de artikelen 106 t/m 109 VWEU na te leven.⁵⁴

Het staatssteunrecht wordt dus in de praktijk toegepast door verscheidene nationale en supranationale actoren. Het gaat hier om instellingen van de Unie (Commissie, Hof, Raad) en overheden en rechters van de lidstaten. De rechtmatigheidsbeoordeling van algemene belangen wordt bepaald door de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten. De bevoegdheden van de verschillende actoren verschillen ten aanzien van de kwalificatie van staatssteun in de verbodsfase en de beoordeling van algemene belangen in de verenigbaarheidsfase. In wat volgt, wordt onderzocht in welke mate rechters en administraties van lidstaten ruimte krijgen voor het afwegen van (publieke) belangen, zowel in de verbodsfase als in de verenigbaarheidsfase.

1.2.2 Toezicht en handhaving in de verbodsfase voor de nationale rechter

Samen met artikel 108, lid 3, VWEU verbiedt artikel 107, lid 1, VWEU de lidstaten om staatssteun te verlenen zonder voorafgaande goedkeuring van de Commissie. Dit verbod is tevens een gebod tot gelijke behandeling van ondernemingen.⁵⁵ Zolang overheden maatregelen van een algemene strekking nemen (t.a.v. de inzet van staatsmiddelen) die naar hun aard en opzet generiek van aard blijken, hoeft er geen sprake te zijn van een selectief voordeel, mits ondernemingen in gelijke gevallen gelijk behandeld worden.⁵⁶ Zo vormt het gelijkheidsbeginsel een belangrijke doelstelling van artikel 107, lid 1, VWEU bij de beoordeling van eventuele staatssteun.⁵⁷

In de verbodsfase hebben lidstaten volgens de traditionele rechtspraak het Hof geen ruimte om algemene beleidsbelangen in te roepen om het staatssteunverbod te omzeilen. De belangenafweging tussen een algemeen belang en de impact op de interne markt is voor de Commissie gereserveerd in de verenigbaarheidsfase.⁵⁸

Nationale rechters vervullen slechts een aanvullende rol in de handhaving van het staatssteunverbod.⁵⁹ De nationale rechter beschermt de procedurele belangen van partijen en derde belanghebbenden.⁶⁰ Vanuit de optiek van het Unierecht kan de nationale rechter de staatssteuntoepassing feitelijk

54 Nicolaidis 2015a, p. 315-323.

55 Hancher et al 2021, p. 81-86.

56 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 2.2.

57 Weatherill 2016, p. 159-161; Verloren van Themaat 1982, p. 54.

58 HvJ EU, 20 december, C-81/16 P 2017, *Spanje t Commissie*, r.o. 70.

59 Zie Metselaar 2016, p.56-57, 188; Adriaanse 2011, p. 13-21; Den Ouden & Adriaanse 2009, p. 15-26; Flynn & Gilliams 2016, p. 1186-1202.

60 Meij 2005, p. 19-28.

controleren en het staatssteunverbod handhaven. Bovendien gebieden de nationale procesautonomie en de lijdelijkheid van de nationale rechter tot terughoudendheid bij de feitenvaststelling in de verbodsfase.⁶¹ Het Unierecht vraagt van de nationale rechter dat hij op grond van artikel 108, lid 3, VWEU, alsmede op basis van de rechtstreeks toepasselijke vrijstellingsverordeningen, de *standstill*- en meldingsplicht handhaaft. Dit moet gebeuren conform de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.⁶²

1.2.3 Toezicht- en handhaving in de verenigbaarheidsfase voor de nationale rechter

De artikelen 107 en 108 VWEU verplichten de lidstaten en de instellingen van de Unie (in het bijzonder de Commissie) tot een voortdurend onderzoek naar staatssteun. Omdat het Werkingsverdrag alleen staatssteun toestaat die verenigbaar is met de interne markt, moeten lidstaten nieuwe steunmaatregelen aanmelden bij de Commissie. Op grond van de aanmeldingsverplichting van artikel 108, lid 3, VWEU moeten lidstaten het onderzoek van de Commissie op grond van artikel 108, lid 2, VWEU afwachten en mogen zij de steunmaatregel niet uitvoeren zonder goedkeuring (de zogeheten: *standstill*-verplichting).⁶³

De Commissie is bevoegd om alle vormen van staatssteun (bestaande en nieuwe steun) te onderzoeken op grond van artikel 108, lid 2, VWEU.⁶⁴ De Commissie kan een onderzoek *ex officio* of op grond van een klacht starten.⁶⁵ De Commissie is bevoegd om staatssteun verenigbaar te verklaren met de interne markt, hoewel de Raad ook over deze bevoegdheid beschikt, maar hier slechts in uitzonderlijke gevallen gebruik van maakt.⁶⁶ De Commissie maakt in de verenigbaarheidsfase een belangenafweging tussen de daadwerkelijke impact van een steunmaatregel op de interne markt enerzijds en de toepasselijkheid van één (van de vele) algemene belangencategorieën die staatssteun met de interne markt kunnen verenigen anderzijds.⁶⁷

De verenigbaarheidsfase vindt plaats ten tijde van het onderzoek door de Commissie en heeft tot doel om vast te stellen of steunmaatregelen al dan

61 Zie Metselaar 2016, p. 15, 75-82, 117, 158, 234, 553; Van den Brink & Den Ouden 2020, p. 285-314.

62 Metselaar 2016, p. 76-82. De Cock 2023, p. 175-178.

63 De aanmeldingsverplichting is vastgelegd in artikel 2 van de Procedureverordening. De *standstill*-bepaling is vastgelegd in artikel 3 van de Procedureverordening.

64 Voor een overzicht over de procedures ten aanzien van bestaande en nieuwe steun zie Loewenthal & Ziegler 2021, p. 1042-1063.

65 Artikel 12 van de Procedureverordening van Verordening/EU 2015/1589 van de Raad (*PbEU* [2015] L 248/9).

66 De Raad mag op grond van artikel 108, lid 2, VWEU met eenparigheid van stemmen steun goedkeuren.

67 Zie Hancher en Nicolaidis 2017, p. 193-202.

niet met andere algemene belangen erkend in de context van de interne markt verenigbaar kunnen zijn.⁶⁸ In beginsel heeft de Commissie het laatste woord inzake verenigbaarheid. Niettemin hebben de toename van vrijstellingsregelingen ook lidstaten een belangrijke rol inzake belangenafweging toegekend.⁶⁹ Voorbeelden van categorieën die op verzoek van de lidstaten sinds het Verdrag van Lissabon zijn toegevoegd, betreffen lokale en sociale DAEB (artikel 14 VWEU) en de maatschappelijke functie van sport (artikel 165 VWEU).⁷⁰

De overheden en rechters van de lidstaten zijn niet bevoegd de daadwerkelijke verenigbaarheid van steunmaatregelen te beoordelen. Overheden van lidstaten moeten op grond van artikel 107 VWEU en de groepsvrijstellingen *ex ante* toezichtsystemen opzetten om onrechtmatige staatssteun te voorkomen. Bij het beoordelen van staatssteun op grond van artikel 107, lid 1, VWEU beschikken de overheden van de lidstaten wel over een discretionaire bevoegdheid om op grond van het gelijkheidsbeginsel legitieme belangen objectief te rechtvaardigen in het kader van de materiële selectiviteitstoepassing (zie paragraaf 2.2.2). Deze legitieme belangen mogen geen zuiver economische belangen zijn, maar moeten een beleidsdoel van algemeen belang nastreven.⁷¹ Dat beleidsdoel kan evenwel ook een economische en/of fiscale aard hebben. Eveneens hebben de overheden van de lidstaten een discretionaire bevoegdheid om zogeheten diensten van algemeen economisch belang (hierna: DAEB) te beoordelen in het kader van de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Deze bevoegdheid ontleen de lidstaten aan de artikelen 14 VWEU en 106, lid 2, VWEU.⁷²

Artikel 106, lid 2, VWEU “beoogt het belang van de lidstaten om bepaalde ondernemingen als instrument van economisch of sociaal beleid te gebruiken, te verzoenen met het belang van de Europese Unie bij de naleving van de mededingingsregels en bij het behoud van de eenheid van de

68 Ottervanger en Aalbers 2018, p.790-793.

69 Hoofdstuk 5, paragraaf 3. Zie ook Nicolaidis 2023, 231-233.

70 Zie Ambtenbrink 2019, p. 891-892; Siekmann 2012, p. 67-96.

71 Het Hof hanteert de terminologie “objectieve en horizontale doelstelling van gelijke werking” bij de conceptuele afbakening van legitieme belangen. Zie HvJ EU, 14 april 2016, C-100/15 P, *NMTA t Commissie*, r.o. 80; Zie voor het verbod op zuiver economische doelstellingen Gerecht EU, 6 maart 2002, gevoegde zaken T-127/99, T-129/99 en T-148/9, *DAEWOO*; Gerecht EU, 13 december 2017, T-314/15, *Piraeus Container Terminal*.

72 In dit verband bepaalt artikel 1 van Protocol nr. 26 betreffende de diensten van algemeen belang dat de lidstaten over een „ruime discretionaire bevoegdheid” beschikken om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren op een manier die zo veel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers (arrest van 7 november 2018, Commissie/Hongarije, C 171/17, EU:C:2018:881, punt 48; Dawson & De Witte 2014, p. 964-990.

interne markt.”⁷³ De Commissie is bevoegd om de DAEB-omschrijving te beoordelen op rechtmatigheid, zowel in de verbodsfase als in de verenigbaarheidsfase. Vergelijkbaar aan artikel 106, lid 2, VWEU hebben lidstaten een discretionaire bevoegdheid om het maatschappelijke belang van sport mee te wegen volgens artikel 165 VWEU.⁷⁴ Dit maatschappelijke belang kan betrekking hebben op een combinatie van economische en sociale activiteiten en de omschrijving van dit belang door de lidstaten wordt daarmee door het interne marktrecht begrensd.⁷⁵ Op grond van de besluitpraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het HvJ EU speelt het maatschappelijke belang van artikel 165 VWEU zowel een rol in de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU als in de verenigbaarheidsfase.⁷⁶

De Raad en de Commissie hebben tevens een wetgevende functie.⁷⁷ Ten aanzien van algemene belangen kan de Raad (op voorstel van de Commissie) verordeningen vaststellen voor van melding vrijgestelde categorieën steunmaatregelen.⁷⁸ Deze algemene belangencategorieën zijn niet statisch, maar worden aangevuld op verzoek van de lidstaten.⁷⁹ Voorbeelden van categorieën die op verzoek van de lidstaten sinds het Verdrag van Lissabon zijn toegevoegd betreffen lokale en sociale DAEB (artikel 14 VWEU) en de maatschappelijke functie van sport (artikel 165 VWEU).

Ten aanzien van de bevoegdheidsverdeling is de staatssteunmodernisering van 2012 relevant.⁸⁰ Met het oog op de publieke handhaving van het staatssteunrecht hebben de Raad en de Commissie, vanuit hun wetgevende functie, de overheden van de lidstaten tot *ex ante* toezichthouders gemaakt op vrijgestelde algemene belangencategorieën onder de groepsvrijstellingen.⁸¹ De wettelijke basis hiervoor is de machtigingsverordening.⁸² In

73 Artikel 14 VWEU benadrukt dat de Europese Unie en de lidstaten gezamenlijk zorg dienen te dragen dat DAEB functioneren en gefinancierd worden op basis van de Uniebeginselen, waaronder de beginselen van evenredigheid en non – discriminatie. De doelstellingen van artikel 14 VWEU en artikel 106, lid 2, VWEU zijn dat de algemene belangen van lidstaten in evenwicht worden gebracht met de werking van de interne markt en in het bijzonder de mededinging- en staatssteunregels.

74 Weatherill 2018, p. 155. Zie hoofdstuk 4, paragraaf 2.3.

75 Weatherill 2018, p. 155-156.

76 Gerecht EU, 20 maart 2019, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol*. Weatherill 2017b, p. 28-61.

77 Zoals vastgelegd in de Machtigingsverordening 2015/1588/EU.

78 Zie voor een overzicht artikel 1, lid a) van de Machtigingsverordening 2015/1588/EU.

79 Mededeling van de Commissie “Tijdelijk crisiskader voor staatssteunmaatregelen ter ondersteuning van de economie na de Russische agressie tegen Oekraïne” *PbEU* 2022 en Mededeling van de Commissie “Wijziging van het tijdelijke crisis- en transitiekader voor staatssteunmaatregelen ter ondersteuning van de economie na de Russische agressie tegen Oekraïne”, *PbEU* 2023.

80 Zie Hancher 2021, p.13-14. Zie Ottervanger en Aalbers, 2018, p.781. Zie voetnoot 25 (p.313).

81 Zie Adriaanse 2013, p. 514-536.

82 Zie de overwegingen 25 en 26, artikel 1, lid 2, onder e) en artikel 3 (inzake transparantie en toezicht) van de Machtigingsverordening 2015/1588/EU.

het kader van loyale samenwerking verwacht de Commissie dat nationale rechters ten aanzien van steunontvangers en derden de rechten en plichten van deze groepsvrijstellingen *ex post* handhaven.⁸³ De Commissie heeft deze samenwerking nader uiteen gezet in een mededeling over de samenwerking met nationale rechters.⁸⁴

Volgens de machtigingsverordening hebben de lidstaten in het bijzonder nieuwe verantwoordelijkheden gekregen op het gebied van het *ex ante* en *ex post* toezicht van de groepsvrijstellingen.⁸⁵ Als aanvulling op de oorspronkelijke functie van de publieke handhaving door de Commissie, moeten lidstaten ook mechanismen opstellen voor een effectief toezicht op de toepassing en uitvoering van de vrijstellingen onder de artikelen 107, lid 3, VWEU en 106, lid 2, VWEU.⁸⁶ Op grond van de rechtspraak en literatuur wordt deze ontwikkeling gezien als een decentralisatie, die gebaseerd is op de correcte naleving van secundaire Uniewetgeving, en niet zozeer als een overdracht van bevoegdheden aan de lidstaten.⁸⁷ Desondanks is de daadwerkelijke omvang van de hernieuwde toezichts- en handavingsverantwoordelijkheden voor de lidstaten nog onvoldoende uitgekristalliseerd.⁸⁸ In deze context is het relevant om te verkennen in welke mate de huidige decentralisatie de autoriteiten van de lidstaten, nationale rechters en steunontvangers nadere rechten en plichten heeft toegekend.

1.3 Onderzoeksvraag

Uit het vorige overzicht is gebleken dat de rol van lidstaten verschilt in de verbods- en verenigbaarheidsfase. Dit proefschrift beargumenteert echter dat de realiteit complexer is dan de algemene- en in zekere zin de traditionele beschrijving van bevoegdheden doet uitschijnen. Er kan immers vastgesteld worden dat zowel in de verbods- als verenigbaarheidsfase ruimte gecreëerd werd voor lidstaten om een meer doorgedreven belangenafweging door te voeren. Het proefschrift heeft dan ook tot doel de verschil-

83 Donzelli 2020, p.215 e.v.; Van den Brink & Den Ouden 2020; Kreuzschitz & Bermejo 2017; Nicolaidis 2014, p. 409-413.

84 Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door nationale rechterlijke instanties, *PbEU* 2021.

85 Zie overwegingen 23-26 van de Machtigingsverordening 2015/1588/EU en hoofdstuk 5, paragraaf 2.4.4.

86 Zie Verouden 2015, p. 459-464; Berghoger 2009, p. 323-336.

87 Zie Fiedziuk, 'Towards decentralization of State Aid Control: The Case of Services of General Economic Interest', *World Competition: Law and economic review*, 2013 – 3, p. 387-408; Zie ook M. Berghoger, 'The General Block Exemption Regulation: A Giant on Feet of Clay', *EStAL*, 2009 – 3, p. 323-336; Zie M. Munoz de Juan, 'Monitoring of State Aid', *EStAL*, 2008 – 4, p. 483; Zie ook HvJ EU, 29 juli 2019, C-654/17, *BMW t Commissie*, r.o. 142; Zie ook conclusie A-G Tanchev, 3 april 2019, C-654/17 P, *BMW*, randnummer 98.

88 Fiedziuk 2013, p. 387-408; Adriaanse 2013; Metselaar 2016, zie stelling 1, zie ook p. 251, 369, 397-398.; Werner en Verouden 2017, p.219.

lende belangenafwegingen te identificeren en vervolgens te analyseren tot welke knelpunten zij aanleiding geven naar Europees Unierecht. Eenmaal die knelpunten geïdentificeerd, wenst het proefschrift op constructieve wijze suggesties aan te reiken om die knelpunten aan te pakken binnen de mogelijkheden die het EU-rechtskader biedt.

Meer concreet is het nodig te identificeren waar belangenafweging tot knelpunten aanleiding kan geven. In dit onderzoek worden daarom in de eerste plaats de volgende deelvragen beantwoord:

- *In welke mate dienen lidstaten algemene belangenafwegingen door te voeren in het kader van het staatssteunrecht?;*
- *Tot welke knelpunten geeft die belangenafweging aanleiding?*

Het Unierecht kent verwijzingen naar verschillende maatschappelijke belangen. Het analyseren van al die belangen in het licht van artikel 107 VWEU zou ons te ver leiden. Daarom werd gekozen om die belangenafwegingen te behandelen die ofwel rechtstreeks in de staatssteunbepalingen zelf voorkomen, ofwel expliciet met die staatssteunbepalingen in verband gebracht worden. In het VWEU zijn verschillende belangen van die laatste categorie te vinden (milieubescherming, consumentenbescherming, de maatschappelijke waarde van sport).⁸⁹ Omdat de afweging die in dat verband gemaakt wordt, vergelijkbare toetsingselementen bevat, behandelt dit onderzoek slechts één expliciet verankerd beleidsbelang. Daarbij werd gekozen voor sport, zoals erkend in artikel 165 VWEU. Sport is in dat kader gekozen omdat juist de belangenafweging rechtstreeks voortvloeit uit een gecombineerde lezing van artikelen 107 en 165 VWEU. Hoewel ook voor andere (maatschappelijke) belangen gekozen had kunnen worden, illustreert de analyse van maatschappelijke sportbelangen bovenal hoe expliciet in het VWEU verankerde algemene belangen een impact kunnen hebben op de anders onverkorte toepassing van artikel 107 VWEU.

Tegen die achtergrond worden dan ook de volgende belangenafwegingen aan een meer diepgravende analyse onderworpen:

- belangenafweging bij het al dan niet gelijk behandelen van ondernemingen in het kader van de materiële selectiviteitstest voorafgaand aan het toekennen van voordelen op basis van artikel 107 VWEU (hoofdstuk 1);
- belangenafweging bij het bepalen van het al dan niet compenserend karakter bij de financiering van diensten van algemeen economisch belang (DAEB) op grond van artikel 107 VWEU (hoofdstukken 2 en 3);

89 Zie resp. de Sadeleer 2020, p. p. 28-49; Auer 2020 (milieubescherming); de Graaff 2020; Cserers 2020 (consumentenbescherming), Weatherill 2018 (sport).

- belangenafweging bij het toepassen van het sportbelang in het staatssteunrecht (als illustratie van een ander maatschappelijk belang dat in artikel 165 VWEU voorkomt en interageert met het staatssteunrecht) (hoofdstuk 4);
- belangenafweging bij de toepassing van de groepsvrijstellingen (aangenomen op basis van artikel 109, jo. 108, lid 4 VWEU of artikel 106, 3, jo. artikel 108, lid 4, VWEU) (hoofdstuk 5).

De hierboven geïdentificeerde onderdelen van het staatssteunrecht geven belangenafweging een expliciete plaats in de juridische analyse die nationale autoriteiten en rechters dienen te maken. Omdat het proefschrift tot doel heeft na te gaan tot welke juridische knelpunten dergelijke belangenafwegingen aanleiding geven, werd gekozen om de analyse te beperken tot die expliciete situaties van belangenafweging. Dit inleidend hoofdstuk schetst in de volgende paragrafen waar belangenafweging plaatsgrijpt. De volgende hoofdstukken geven vervolgens de knelpunten weer waartoe die belangenafweging in de praktijk aanleiding geeft, alvorens suggesties tot aanpak ervan aan te reiken.

De zoektocht naar knelpunten in dit onderzoek heeft als doel toegelaten problemen van effectieve rechtsbescherming, rechtszekerheid en de door de Verdragen vooropgestelde bevoegdheidsverdeling te identificeren doorheen de verschillende vormen en types van belangenafweging.⁹⁰ De eigenlijke onderzoeksvraag waarop dit proefschrift een antwoord wenst te bieden, heeft daarom betrekking op de mate waarin die concrete knelpunten aangepakt kunnen worden binnen het bestaande rechtskader van de Europese Unie. Daarom kan de hoofdonderzoeksvraag van dit proefschrift als volgt geformuleerd worden:

- *Hoe kunnen de geïdentificeerde knelpunten van doeltreffende rechtsbescherming, rechtszekerheid en bevoegdheidsverdeling tussen de Europese Unie en haar lidstaten bij belangenafweging door lidstaten aangepakt worden naar EU-recht?*

In elk van de hierboven aangegeven belangenafwegingscontexten zal een aanzet gedaan worden om deze knelpunten aan te pakken met de beginselen en regels van geldend EU-recht.

Voor een goed begrip van de ambitie van dit proefschrift is het echter belangrijk aan te geven wat het wel en, bovenal, wat het niet voor ogen heeft.

90 Zie paragraaf 3 van dit inleidende hoofdstuk.

Waar gaat dit onderzoek wel over?

Dit onderzoek richt zich op steunverlenende overheden die in het kader van de Unierechtelijke staatssteunnormen algemene belangenafwegingen toepassen. Een rechtmatige beoordeling van deze belangen is in het belang van de rechtspositie van de steunontvanger. De beoordeling van algemene belangen door de lidstaten dient vanuit rechtmatigheidsoogpunt zowel verdedigbaar te zijn voor de nationale rechter als voor de Commissie te handhaven. Het Unierechtelijke staatssteunbeleid voor handhaving betreft – via een decentralisering van verantwoordelijkheden – nationale actoren in toenemende mate bij de beoordeling van algemene belangen – zowel in de verbodsfase als in de verenigbaarheidsfase.

Waar gaat dit onderzoek niet over:

Dit onderzoek beoogt nadrukkelijk niet om een omvattende analyse van de rol van de nationale rechter volgens het (Nederlandse) bestuursrechtelijke en civielrechtelijke procesrecht te verschaffen. Uitspraken van nationale rechters uit verschillende lidstaten worden illustratief gebruikt om theoretische problemen vanuit een Unierechtelijke perspectief te belichten. Het onderzoek onderkent dat de nationale rechter bij de feitenvaststelling en belangenafwegingen op grond van de artikelen 106 t/m 108 VWEU wordt begrensd door de procesrechtelijke autonomie, zoals is vastgesteld in de literatuur en de rechtspraak.⁹¹

Het onderzoek is geen volledige rechtsvergelijking van de werking van het materiële interne marktrecht en het materiële en procedurele Europese mededingingsrecht ten opzichte van het staatssteunrecht. Omdat het staatssteunrecht als doelstelling heeft de interne markt te bewaken, worden doelstellingen en leerstukken van het interne marktrecht geanalyseerd in de context van het staatssteunrecht. Verwijzingen naar rechtspraak en wetgeving over het Europese mededingingsrecht gelden eveneens niet als een volledig rechtsvergelijkend kader, maar bieden concrete inzichten in de toepassing en handhaving van economische gedragsregels op de beoordeling van algemene belangen. Dit onderzoek claimt niet dat de decentralisatie van de handhaving van het kartelrecht en het staatssteunrecht volledig met elkaar overeenkomen. Temeer omdat de materiële (verbods-)normen van het Europese kartelrecht op gedragingen zien tussen ondernemingen onderling en zodoende de (private) handhaving van deze normen geen betrekking heeft op vermeende schendingen door de staat als steunverlener. Dit onderzoek verkent enkel overeenkomsten in handhavingsmechanismen voor publieke handhaving.

91 Zie Metselaar 2016, p. 15, 75-82.,117, 158, 234, 553; Van den Brink & Den Ouden 2020, p. 285-314.

2 EEN PROEVE VAN OVERZICHT VAN ALGEMENE BELANGEN IN HET STAATSSTEUNRECHT

2.1.1 *Inleiding*

Het uitgangspunt van artikel 107, lid 1, VWEU is dat – behoudens een afwijkingmogelijkheid in de Verdragen – staatssteun onverenigbaar is met de interne markt. Als een maatregel als staatssteun aangemerkt wordt (de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU) dan moet het algemene belang dat met staatssteun nagestreefd wordt, beoordeeld worden op grond van een Verdragsuitzondering of volgens een groepsvrijstelling (de verenigbaarheidsfase). Uit paragraaf 2.1. volgt dat er een grote verscheidenheid bestaat aan algemene belangen die volgens de Verdragen in een dergelijke afwijking voorzien en door de Commissie verenigbaar verklaard kunnen worden met de interne markt. Bovendien kunnen lidstaten op grond van de groepsvrijstellingen, binnen de contouren die de Commissie en de Raad hebben gesteld, steunmaatregelen voor een breed scala aan algemene belangen implementeren die verenigbaar worden geacht met de interne markt. Paragraaf 2.2 identificeert drie situaties waarin de analyse van het algemene belang niet exclusief gereserveerd lijkt te zijn voor de verenigbaarheidsfase, maar reeds aan bod komt in de verbodsfase. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU volgt dat bij: 1) objectieve rechtvaardigingen voor ongelijke behandeling; 2) DAEB en; 3) een expliciet erkend sportbelang, deze belangen reeds meegewogen worden in de verbodsfase en van invloed zijn op de vraag of een maatregel als staatssteun moet worden aangemerkt (paragraaf 2.2.2). De belangenafweging geschiedt in deze drie situaties door de lidstaten, waarbij de Commissie de uitvoering van deze beleidsruimte kan controleren. De lidstaten voeren eveneens een algemene belangafweging uit bij het ontwerp van de groepsvrijstellingen die zich bevindt op het grensvlak van de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase (paragraaf 2.2.3).

2.1.2 *Een grote verscheidenheid aan algemene belangen*

In het kader van de toezicht- en handavingsprocedure heeft de Commissie een discretionaire bevoegdheid om steun goed te keuren op basis van één van de verdragsuitzonderingen zoals neergelegd in artikel 106, lid 2, 107, lid 2 en 3 en artikel 93 VWEU. Respectievelijk kan staatssteun verenigbaar verklaard worden met de interne markt op grond van:

- diensten van algemeen economisch belang;
- sociale doelstellingen;
- het vergoeden of voorkomen van schade door natuurrampen of door buitengewone gebeurtenissen (bijv. door de COVID-19 pandemie);
- de economische ontwikkeling van onderontwikkelde regio's;
- een project van gemeenschappelijk Uniebelang;
- een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat;

- de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid en cultuur;
- de coördinatie van vervoer en openbare diensten in het vervoer;
- het maatschappelijke belang van sport op grond van artikel 165 VWEU.⁹²

Steunmaatregelen die bijdragen aan deze doelstellingen moeten voldoen aan de beginselen van evenredigheid, non-discriminatie en transparantie.⁹³ In dat kader heeft de Commissie in richtsnoeren nadere inhoudelijke en procedurele vereisten vastgesteld.⁹⁴

Vanwege de omvang van de werklast is het ondoenbaar voor de Commissie om een jaarlijks stijgend aantal meldingen te beoordelen zonder toezichtsmechanismen voor staatssteun op het niveau van de lidstaten.⁹⁵ Daarom kan de Commissie vrijstellingen op de meldingsplicht vaststellen op grond van artikel 108, lid 4, VWEU. De Raad heeft in de machtigingsverordening op grond van artikel 109 VWEU de Commissie gemachtigd om bepaalde algemene belangen op grond van artikel 107, lid 2 en 3 VWEU

92 De coördinatie van vervoer (artikel 93 VWEU); Diensten van algemeen economisch belang (artikel 106, lid 2, VWEU); Sociale steun voor individuele gebruikers (artikel 107, lid 2, sub a, VWEU); Schadevergoeding door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen (artikel 107, lid 2, sub b, VWEU); Regionale economische bevordering en werkgelegenheid (artikel 107, lid 3, sub a, VWEU); Een project met een Uniebelang (artikel 107, lid 3, sub b, VWEU); Opheffing van een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat (artikel 107, lid 3, sub b, VWEU); Economische bedrijvigheid van een (regionale) economie (artikel 107, lid 3, sub c, VWEU); Cultuur (artikel 107, lid 3, sub d, VWEU); De sociaal-maatschappelijke dimensie van sport (Artikel 165 VWEU).

93 Zie Werner en Verouden 2017, p.222.

94 Zie bijvoorbeeld de kaderregeling voor staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, *PbEU* 2022 (C/2022/7388), de richtsnoeren inzake staatssteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie 2022 (2022/C 80/01), de richtsnoeren voor staatssteun voor de redding en herstructurering van ondernemingen in moeilijkheden, *PbEU* 2014 (O.J. C 249/1), de mededeling van de Commissie over staatssteunregels ter ondersteuning van maatregelen ten gunste van banken in de context van de financiële crisis ("Bankenmededeling"), *PbEU* 2013 C 216/1 en; de richtsnoeren voor staatssteun in de land- en bosbouwsector en in plattelandsgebieden 2023, *PbEU* 2022 (C (2022) 9131). Op de website van DG Mededinging staat het volledige overzicht van secundaire staatssteunregelgeving, te vinden op <https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/legislation>.

95 Zie Speech Eurocommissaris Almunia voorafgaand aan de State Aid Modernisation, "An integrated approach to state aid", 26 mei 2011, Londen (SPEECH/11/385): "(..) we are asked to review on average well over one thousand new cases per year. One third comes to us as complaints and the rest mostly as notifications from public authorities. A considerable proportion of them relate to aid amounts which are very small but the workload they generate is disproportionate to their effect on the internal market. This means that our resources are so strained that little scope is left to initiate ex officio investigations in those areas that are of key importance to the Single Market. Taking all these elements into account, you will understand why I want to take a more systemic approach to deal with State aid cases. I want to simplify and clarify our rules, and I want to focus on the aid that most hinders the functioning of the Single Market." Zie ook Nicolaidis 2023, p. 231-233. Zie Scoreboard 2022, p. 69-70, 74-75.

als vrijgestelde steuncategorieën vast te stellen in groepsvrijstellingen. Het betreft hier om de volgende steuncategorieën:

- onderzoek, ontwikkeling en innovatie;
- milieubescherming;
- werkgelegenheid;
- opleiding;
- regionale ontwikkeling;
- cultuur;
- sport;
- landbouw en visserij;
- compensatie voor natuurrampen,
- bepaalde vervoersactiviteiten;
- breedband en;
- infrastructuur.⁹⁶

Eveneens is de Commissie bevoegd op grond van de artikelen 14, 106, lid 3, en 108, lid 4, VWEU vrijstellingen vast te stellen voor diensten van algemeen economisch belang.⁹⁷ De vrijstellingscategorieën worden door middel van groepsvrijstellingen door de lidstaten toegepast volgens de materiële en procedurele toepassingskaders van de Commissie. Steunverlenende overheden moeten steunmaatregelen zo ontwerpen dat deze exact voldoen aan de groepsvrijstellingen.

Deze groepsvrijstellingen, waaronder de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV), bevatten zeer specifieke rechtsgronden voor staatssteuncategorieën die vrijgesteld zijn van aanmelding onder artikel 108, lid 3, VWEU.⁹⁸ De steuncategorieën bevatten specifieke voorwaarden die berusten op de doelstellingen van transparantie, evenredigheid, non-discriminatie. Dit geldt ook voor het DAEB-Vrijstellingsbesluit dat onder specifieke voorwaarden staatssteun aan categorieën van diensten van algemeen economisch belang vrijstelt van melding.⁹⁹

In zekere zin verschaffen de hierboven uiteengezette voorwaarden inzicht in de verschillende belangen die in staatssteunanalyses in rekening gebracht kunnen worden. Uit dit overzicht volgt dat andere redenen of belangen

⁹⁶ Verordening van de Raad 2015/1588/EU (Machtigingsverordening).

⁹⁷ De Raad en het Europees parlement kunnen eveneens, op voorstel van de Commissie, op grond van artikel 14 VWEU verordeningen aannemen voor DAEB. Vooralsnog heeft de Commissie wetgeving voor DAEB gebaseerd op artikel 106, lid 3, VWEU in de vorm van besluiten.

⁹⁸ Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (Algemene Groepsvrijstellingsverordening).

⁹⁹ Besluit van de Commissie van 20 december 2011 over de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU op staatssteun in de vorm van compensatie voor het beheer van diensten van een DAEB, *PbEU* 2012, L 7/3b (hierna: het DAEB-vrijstellingsbesluit).

ertoe kunnen leiden dat concurrentievervalsende maatregelen niettemin met de interne markt verenigbaar kunnen zijn. Die andere redenen of belangen zijn erg verschillend in de doelstellingen die ze nastreven. Ondanks die diversiteit, kenmerkt het staatssteunrecht zich door het feit dat die diverse belangen op bepaalde manieren en in bepaalde stadia tegen elkaar afgewogen dienen te worden. Het is veeleer op die belangenafweging dan op bepaalde belangen als zodanig, dat dit onderzoek zich wenst te richten.

2.2 Van algemeen belang naar belangenafweging in de staatssteunprocedure

De vorige paragraaf identificeerde summier welke belangen tegenover elkaar afgewogen worden. Daarbij dienen hoofdzakelijk niet-economische of niet primair economische belangen (milieu, cultuur, de toegang van burgers tot diensten van algemeen economisch belang) afgewogen te worden tegen de goede werking van de markt en de vrije mededinging die daarmee gepaard dient te gaan. Een dergelijke afweging vindt plaats op verschillende niveaus binnen de verbods- en verenigbaarheidsfasen. Veeleer dan een overzicht te geven van die belangen, stelt dit proefschrift zich tot doel in te zoomen op enkele problemen van belangenafweging. Belangenafweging is inherent aan het Europese interne marktrecht in de ruime zin (2.2.1.), waartoe ook het staatssteunrecht behoort.¹⁰⁰ Het is daarbij opvallend dat zowel in de verbods- (2.2.2.) als de rechtvaardigingsfase (2.2.3.) van het staatssteunonderzoek belangenafwegingen plaatsvinden.

2.2.1 *Belangenafweging in het interne marktrecht*

Belangenafweging is inherent aan het Europese interne marktrecht in de ruime zin. Die belangenafweging komt voort uit de overweging van het Hof van Justitie om ten opzichte van bepaalde Verdragsbepalingen algemene belangen zwaarder te wegen dan de normschendingen uit deze Verdragsbepalingen.¹⁰¹ Het algemene belang rechtvaardigt dan incidenteel een afwijking van bestaande jurisprudentie.¹⁰² Zo brengt het Hof vaker in zijn jurisprudentie objectieve toepassingsstandaarden aan om conceptuele onduidelijkheden weg te nemen en de praktische toepassing van een Verdragsbepaling te bevorderen.¹⁰³ Een dergelijke objectieve standaard heeft

100 Weatherill 2017a; Snell 2016, p. 12-31; De Witte 2006, p. 61-86.

101 Mortelmans 2004, p. 240-252; Von Danwitz 2009, p. 117-128; Sauter, p. 138-143.

102 *Idem.*

103 Weatherill 2017a, p. 99-106.

doorgaans betrekking op het toepassingsbereik van een verbodsbepaling of vrijheid uit het VWEU.¹⁰⁴

De noodzaak om een objectieve standaard te scheppen, ligt doorgaans in uitwerkingen van materiële Verdragsbepalingen die onvoorzien waren voor de Uniewetgever in de oorspronkelijke Verdragen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij tegenstrijdige belangen en doelstellingen uit de Verdragen.¹⁰⁵ De mogelijkheid bestaat dan dat het Hof in zijn rechtspraak bepaalde doelstellingen probeert in evenwicht probeert te brengen. In het interne marktrecht betekent dit dat een objectieve standaard een ordenend instrument is om te bepalen of overheidsmaatregelen leiden tot een gerechtvaardigde afwijking van normale marktomstandigheden (zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.2).¹⁰⁶ Vanuit zowel praktisch, als theoretisch oogpunt kan het Hof in dat geval kiezen voor duidelijke scheidslijnen op het gebied van: 1) de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten; 2) de corrigerende werking op bestaande regels en; 3) de discretie die de lidstaten hebben om de standaard toe te passen. Dit moet uiteindelijk bijdragen aan een duidelijke, voorspelbare en afdwingbare juridische normstelling en daarmee uiteindelijk rechtszekerheid.¹⁰⁷

Het interne marktrecht kent vele voorbeelden van objectieve standaarden ten aanzien van de toepassing van gebiedende en verbiedende Verdragsnormen: dwingende redenen, verkoopmodaliteiten, inherente beperkingen, nevenrestricties, compensaties. Al deze rechtsfiguren vormen een standaard voor toepassing ten aanzien van bepaalde belangen. Een duidelijk voorbeeld is de *Keck*-uitzondering. Deze objectieve standaard is door het Hof ontworpen als afwijking van de toepassing van het begrip “maatregel van gelijke werking”. Door de zeer brede interpretatie van het begrip “maatregel van gelijke werking” op basis van de *Dassonville*-toepassing, had het Hof niet kunnen voorzien dat er in toenemende mate rechtsonzekerheid zou ontstaan over verkoopmodaliteiten.¹⁰⁸ Om deze rechtsonzekerheid, en bovendien een verdere aanwas aan prejudiciële vragen te voorkomen, heeft het Hof in *Keck* expliciet gekozen voor een objectieve standaard op grond van artikel 34 VWEU.¹⁰⁹

104 Zie ook Farnsworth 2007, hoofdstuk 17 “Rules & Standards”, p.163-172. Zo spreekt het Hof bijvoorbeeld over de *Altmark*-toepassing als een standaard voor het vaststellen van een compensatie voor DAEB. Zie HvJ EU 8 maart 2017, *Viasat*, r.o.57.

105 Zie Mortelmans 2004, p. 240-252.

106 *Idem*.

107 Zie ook Farnsworth 2007, hoofdstuk 17 “Rules & Standards”, p.163-172. Het Hof heeft uiteen gezet dat het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat rechtsregels duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn voor de justitiabelen. Zie HvJ EU, 11 september 2019, C-676/17, *Călin t Direcția Regională a Finanțelor Publice Ploiești*, r.o. 50.

108 HvJ EG, 11 juli 1974, C-8-74, *Dassonville*.

109 Zie HvJ EG, 24 november 1993, C-267/91, *Keck en Mithouard*, r.o. 14.

In *Bosman* oordeelde het Hof dat belemmeringen van het vrij verkeer van werknemers volgens artikel 45 VWEU verboden zijn, tenzij deze objectief gerechtvaardigd kunnen worden door middel van een dwingende reden van algemeen belang. In het *Bosman*-arrest neemt het Hof twee voorbeelden van dergelijke dwingende redenen met een maatschappelijke dimensie: evenwicht in competities door gelijke kansen voor clubs en het bevorderen van een jeugdopleiding.¹¹⁰ De beoordeling op dwingende redenen van een sportmaatregel houdt een algemene belangenafweging in waarbij een legitiem belang wordt beoordeeld ten aanzien de vraag of het vrij verkeer evenredig beperkt wordt.¹¹¹

Ook het objectieve staatssteunbegrip heeft verschillende normatieve aanpassingen ondergaan in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU en de toepassingsleidraden van de Commissie.¹¹² Deze normatieve verschuiving heeft algemene belangenafwegingen laten doorwerken in de objectieve toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Dit onderzoek identificeert, alvorens verder uit te diepen, de belangrijkste afwegingen doorheen de verbods- en rechtvaardigingsfases.

2.2.2 *Belangenafweging tijdens de verbodsfase*

Vanuit drie situaties worden de volgende belangenafwegingen geïdentificeerd in dit onderzoek. Het gaat hier om: 1) objectieve rechtvaardigingen voor ongelijkheid van behandeling; 2) DAEB; 3) een expliciet erkend sportbelang.

In de volgende paragrafen worden deze belangen kort thematisch geschetst en worden de belangafwegingen uiteengezet.

2.2.2.1 *Objectieve rechtvaardigingen in geval van ongelijke behandeling tussen ondernemingen*

De staatssteunregels zijn niet van toepassing op algemene voordelen die *a priori* van toepassing zijn op elke marktdeelnemer in een lidstaat.¹¹³ Marktdeelnemers worden in dat geval gelijk behandeld. Om te beoordelen of er sprake is van gelijke behandeling heeft het Hof de “materiële selectiviteits-toepassing” ontworpen.¹¹⁴ Deze toepassing controleert of een algemene overheidsmaatregel een legitiem belang nastreeft zonder dat er onderscheid gemaakt wordt tussen groepen ondernemingen. Ook kan op basis van deze

110 Zie HvJ EG, 15 december 1995, C 415/93, *Bosman*. Zie Van den Bogaert 2005.

111 Zie Weatherill 2018.

112 In dit onderzoek wordt met de algemene term “Hof van Justitie van de Europese Unie” verwezen naar de gezamenlijke rechtspraak van het Gerecht en het Hof van Justitie. Afzonderlijke rechtspraak wordt aangeduid met de termen “Hof” en “Gerecht”.

113 Zie Hancher 2021, p. 81-83; Stuart & Roginska-Green 2018, p.165-167.

114 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 2. Zie Hancher 2021, p. 86.

toepassing een eventuele afwijking van deze algemene maatregel objectief gerechtvaardigd worden.¹¹⁵

Het staatssteunrecht houdt door middel van de materiële selectiviteitstoepassing rekening met autonome bevoegdheden van de lidstaten om algemene fiscale- of economische beleidsmaatregelen te nemen. Deze autonomie van de lidstaten is evenwel niet onbegrensd. Algemene doelstellingen, hoe legitiem ook, moeten volgens artikel 107, lid 1, VWEU beoordeeld worden op hun potentiële uitwerkingen op de marktverhoudingen.¹¹⁶

Als afwijking op deze regel geldt het begrip objectieve rechtvaardiging.¹¹⁷ Een legitiem belang kan een voordeel voor een bepaalde groep ondernemingen rechtvaardigen, zolang voldaan is aan de beginselen van non-discriminatie en evenredigheid. Zo kan een voordeel vanwege een legitiem belang niet leiden tot een schending van artikel 107, lid 1, VWEU. Bij de beoordeling van deze afwijking op het staatssteunbegrip worden in de rechtspraak algemene belangen, zoals milieubescherming, ruimtelijke ordening en openbaar vervoersbeleid, afgewogen tegen marktverhoudingen op het gebied van vestiging en concurrentie.¹¹⁸

In de literatuur is de wegingsmogelijkheid tussen deze algemene belangen en de effecten op de normale marktverhoudingen in verband gebracht met de belangenafwegingen omwille van dwingende redenen uit het vrij verkeersrecht.¹¹⁹ De dwingende redenen gelden in het Unierecht als doelstellingen van algemeen belang die uitzonderingen rechtvaardigen op de vereisten van het vrije verkeer.¹²⁰ Zij komen incidenteel ook voor in het mededingingsrecht.¹²¹ Het begrip dwingende redenen heeft zich in de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkeld tot een divers scala aan belangen categorieën die, vergelijkbaar aan DAEB, evenredige beperkingen van de marktverhoudingen objectief kunnen rechtvaardigen.

Aan de beoordeling van dwingende redenen kleeft het probleem dat het moeilijk is voor het Hof van Justitie van de EU, laat staan voor de nationale rechter, om te controleren of het zwaartepunt van een maatregel een economisch of niet-economisch belang betreft.¹²² Toegepast op de materiële selectiviteitstoepassing kan deze belangenafweging op grond van artikel 107, lid 1, VWEU ertoe leiden dat een algemene belangenafweging door de staat wordt uitgevoerd tussen nationale doelstellingen en de doelstellingen

115 *Idem.*

116 Maccanico 2009, p. 63-72; Honoré 2017, p. 133-135.

117 Het Hof spreekt hier soms ook van een "objectieve en horizontale doelstelling van gelijke werking". Zie HvJ EU, 14 april 2016, C-100/15 P, *NMTA t Commissie*, r.o. 80.

118 Zie HvJ EU, 26 april 2018, C-233/16, C-234/16 en C-235/16, *ANGED*.

119 Szudocky 2016, p. 357-380; Bartosch 2010, p. 729-752.

120 Van den Bogaert & Van Cleynenbreugel 2019, p. 485-537.

121 Zie Van Rompuy 2013; Zie de Vries & Gerbrandy 2015, p. 516-521.

122 Zie ook Snell 2016, p. 12-31.

van de interne markt. Daarmee raakt deze belangenafweging het grensvlak van de verbodsfase en de verenigbaarheidsbeoordeling alsmede de begrenzingen van private handhaving van het staatssteunverbod.

2.2.2.2. *Compensaties voor diensten van algemeen economisch belang*

DAEB hebben als rechtsfiguur op grond van artikel 106, lid 2, VWEU een bijzondere positie in het Europese Unierecht. Deze bijzondere positie is nader uitgewerkt in artikel 14 VWEU en protocol nr. 26 bij het VWEU. Lidstaten hebben een ruime bevoegdheid om deze te organiseren, te financieren en uit te voeren. De lidstaten hebben een beleidsruimte om een DAEB – als openbare dienstverplichting – op te leggen aan één of meerdere ondernemingen. Het beheer van een DAEB door een onderneming valt volgens artikel 106, lid 2, VWEU “onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.”¹²³ Artikel 14 VWEU heeft hier aan toegevoegd dat – vanuit de onderscheidende bevoegdheden de lidstaten en de Unie – zowel de lidstaten als de instellingen van de Unie bijdragen aan het functioneren van DAEB op grond van de Verdragen, in het bijzonder waar het de bepalingen over staatssteun betreft.¹²⁴

De *Altmark*-toepassing is door het Hof ontwikkeld om de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU en die van artikel 107, lid 1, VWEU met elkaar in evenwicht te brengen. Enerzijds verdienen openbare diensten vanwege de discretionaire bevoegdheid van lidstaten om deze diensten inhoudelijk te omschrijven een bijzondere behandeling. Maar anderzijds mag dit niet tot een voorkeursbehandeling leiden van bepaalde dienstenaanbieders. Daarom kwam het Hof de lidstaten tegemoet door openbare diensten, met DAEB als bijzondere rechtsfiguur, een afwijkende toepassing onder artikel 107, lid 1, VWEU te geven. Door de langdurige discussie tussen de A-G's onderling en de toename aan interpretatievragen van de nationale rechters heeft het Hof in *Altmark* een uitspraak gedaan die afweek van de eerdere uitleg van het voordeeltbegrip. In die uitleg van het Hof werd geen ruimte gegeven voor het wegen van algemene belangen in de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU.¹²⁵

De *Altmark*-toepassing vormt een afwijking op het voordeeltbegrip omdat de beoordeling van compensaties niet beoordeeld wordt op marktconformiteit conform het beginsel van een particuliere marktinvesteerder. Als er voldaan is aan vier cumulatieve voorwaarden is er geen voordeel, maar is er sprake

123 Artikel 106, lid 2, VWEU. Zie Hoofdstuk 2, paragraaf 1.

124 Artikel 14 VWEU noemt hier de artikelen 93, 106 en 107 VWEU.

125 HvJ EG, 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*; HvJ EG, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*.

van een compensatie aan een onderneming onder normale marktomstandigheden.¹²⁶

Anno 2024 blijkt uit de veelheid van prejudiciële procedures, maar ook uit beroepszaken, dat de toepassing van dit arrest evenwel nog steeds ingewikkeld en enigszins omslachtig is voor nationale actoren, waaronder de nationale rechter.¹²⁷ De oorzaak van het ingewikkelde karakter van de *Altmark*-voorwaarden ligt in de diversiteit van de DAEB-omschrijvingen door de lidstaten zelf en de geringe beperkingen die het Unierecht hieraan stelt. Eveneens zijn deze beperkingen niet duidelijk afgebakend en variëren zij per economische sector. Zodoende laten DAEB als algemene belangencategorie zich naar hun aard en opzet moeilijk juridisch inkaderen in een objectief staatssteunbegrip dat in beginsel geen ruimte toekent aan de lidstaten om algemene belangen mee te wegen. De staatssteuntoepassing reserveert deze weging voor de verenigbaarheidsfase. De compensatiebepaling beoogt weliswaar staatssteun op zijn effecten te beoordelen en niet op zijn doelstellingen, maar vraagt ook van de nationale rechter als feitenrechter, en ook van de Commissie, om toch wel rekening te houden met de bijzondere aard van DAEB, op grond van artikel 106, lid 2, VWEU.¹²⁸

2.2.2.3 *Expliciet erkend maatschappelijk sportbelang*

Een algemeen belang dat sinds het Verdrag van Lissabon een Verdragsrechtelijke status heeft gekregen, betreft het sociaal-maatschappelijke belang van sport. Dit belang is vastgelegd in artikel 165 VWEU en betreft een discretionaire bevoegdheid voor de lidstaten.¹²⁹ Artikel 165, lid 1, VWEU bepaalt: “De Unie draagt bij tot de bevordering van de Europese inzet op sportgebied, rekening houdend met haar specifieke kenmerken, haar op vrijwilligerswerk berustende structureren en haar sociale en educatieve functie.” Artikel 165, lid 2, VWEU noemt de onderwerpen en wijze waarop

126 Hessel 2006, p.478; HvJ EG, 24 juni 2003, C 280/00, *Altmark Trans*. De vier voorwaarden luiden als volgt:

- 1) Een onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van een openbare dienstverplichting. Deze verplichting is duidelijk omschreven als een DAEB;
- 2) De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en transparante wijze worden vastgesteld;
- 3) De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichting geheel of gedeeltelijk te dekken. Hierbij mag rekening gehouden met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitvoering van de DAEB;
- 4) De onderneming die de DAEB gaat beheren moet gekozen worden door middel van een openbare aanbesteding tegen de laagste kosten voor de gemeenschap. Alternatief kan de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten (inclusief een redelijke winst) die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt.

127 Zie hoofdstuk 2, paragrafen 4.6. en 5.2.6.

128 Zie hoofdstuk 3, paragrafen 4.4. en 5.3.1.

129 Weatherill 2018, p. 145-146, 151-158.

de Unie coördinerend optreedt, zoals onderwijssamenwerking, eerlijke sportcompetities en het beschermen van de integriteit van jonge sporters.¹³⁰

Vergelijkbaar aan DAEB en objectieve rechtvaardigingen betreft de maatschappelijke functie van sport een open categorie aan algemene belangen. Vanuit een materieelrechtelijk oogpunt beslaat de maatschappelijke functie van sport een breed spectrum, dat overlapt met andere doelstellingen van het verdrag op het gebied van onder meer sociale cohesie (artikel 174 VWEU), cultuur (artikel 167 VWEU), volksgezondheid (168 VWEU) en onderwijs (artikel 165 VWEU). De open categorie algemene belangen van artikel 165 VWEU heeft bovendien overeenkomsten met de dwingende redenen uit het *Bosman*-arrest.¹³¹ Zo vormt artikel 165 VWEU een schakel met de interne marktbenadering die lidstaten toestaat aan marktvoorwaarden maatschappelijke randvoorwaarden te verbinden.

Bij de beoordeling van steunmaatregelen in de sportsector heeft de Commissie aansluiting gezocht bij de doelstellingen van artikel 165 VWEU.¹³² De sociaal-maatschappelijke doelstellingen van deze bepaling worden door de Commissie meegewogen bij de beoordeling van de verenigbaarheid, maar worden alvorens eveneens door de Commissie in ogenschouwen genomen bij de staatssteunbeoordeling van artikel 107, lid 1, VWEU die hieraan voorafgaat.¹³³ Daarom worden in hoofdstuk 4 de volgende categorieën uiteengezet waarin de werking van artikel 165 VWEU een rol speelt in de besluitpraktijk van de Commissie:

- De beoordeling op een zuiver sportief niet-economisch belang;
- De beoordeling van marktconformiteit van economische transacties;
- De beoordeling op een merkbare beperking van de mededinging;
- De beoordeling op een significant effect op het handelsverkeer.

De doelstellingen van artikel 165 VWEU vormen een nieuwe algemene belangenafweging in het staatssteunrecht. Deze belangenafweging wordt reeds door het Gerecht toegepast op de beoordeling van normale marktomstandigheden op grond van artikel 107, lid 1, VWEU. Zo heeft het Gerecht geoordeeld dat de eigenheid van sport op grond van artikel 165 VWEU meegewogen moet worden bij het beoordelen van de vraag of er sprake is van een voordeel of een transactie onder normale marktomstandigheden op grond van artikel 107, lid 1, VWEU.¹³⁴ Vergelijkbaar aan de DAEB en de objectieve rechtvaardigingen vraagt een expliciet erkend sportbelang om een belangenafweging tussen de maatschappelijke uitwerking van dat belang en de effecten op de normale marktverhoudingen.

130 Zie hoofdstuk 4, paragraaf 2.

131 HvJ EG, 15 december 1995, C 415/93, *Bosman*.

132 Garcia, Vermeersch, Weatherill, 2017b, p. 28-61.

133 Hoofdstuk 4, paragraaf 3.6.

134 Gerecht EU, 20 maart 2019, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol*, r.o. 56, 61.

De belangenafweging van een expliciet erkend sportbelang vormt in dit onderzoek een belangrijk schakelstuk met de DAEB en objectieve rechtvaardigingen. Bij alle drie de thematieken moet een dwingend belang van de lidstaten worden afgewogen tegen individuele voorwaarden van de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU.¹³⁵ Dit dwingende belang moet afgewogen worden tegen de potentiële belemmeringen van economisch verkeer (de handel en de mededinging) op de interne markt.¹³⁶

2.2.3 Belangenafweging tijdens de verenigbaarheidsfase

Gezien de groeiende werklast van de Commissie is een prioriteitenbeleid bij de publieke handhaving praktisch gezien noodzakelijk.¹³⁷ Daarom heeft Commissie herhaaldelijk aangegeven dat zij haar publieke handhavingstaak, gezien de capaciteitsbeperkingen, niet alleen meer aankan.¹³⁸ De Commissie wil haar onderzoekscapaciteiten zodoende reserveren voor de economische sectoren waarin staatssteun de grootste impact heeft op de interne markt (“big on big”).¹³⁹ Daarom heeft de Commissie de lidstaten nieuwe verantwoordelijkheden gegeven voor evenredige – en op maat gesneden staatssteun voor horizontale Uniedoelstellingen en voor “goede staatssteun” op lokaal of regionaal niveau en voor beleidsterreinen waarin lidstaten een beoordelingsruimte hebben, zoals sociaal beleid, sport, cultuur en zorg (“small on small”).¹⁴⁰ Het maatschappelijke belang van sport is hier illustratief.

De Commissie heeft met de uitbreiding van de algemene groepsvrijstellingsverordening (AGVV) en het DAEB-Vrijstellingsbesluit twee vrijstellingsmogelijkheden aangenomen die de verantwoordelijkheid van de lidstaten bij de toepassing van de artikelen 107, lid 3, VWEU en artikel 106, lid 2 VWEU, en de handhaving van artikel 108, lid 3, VWEU, aanzienlijk heeft vergroot.¹⁴¹ De lidstaten moeten – mede in het Uniebelang – bijdragen aan het staatssteuntoezicht op deze vrijgestelde steunkaders (om zo de diensten van de Commissie te ontlasten. Inmiddels wordt reeds 93% (!) van

135 Het dwingende belang van DAEB betreft de aanwijzing van een openbare dienst. Zie HvJ EU, 20 december, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*, r.o. 48.

136 Zie hiertoe Mortelmans 2004, p. 240-252.

137 Mededeling over de modernisering van het EU-staatssteunbeleid, COM/2012/0209 (2012), punt 21. Deze ontwikkeling is reeds gaande sinds de introductie van het State Aid Action Plan, zie Nicolaidis 2008, p. 560-566.

138 Zie hoofdstukken 1, 2, 3, 4. Zie Speech Eurocommissaris Almunia voorafgaand aan de State Aid Modernisation, ‘An integrated approach to state aid’, Londen, 26 mei 2011.

139 Zie Speech J. Laitenberger, D-G Mededinging, ‘State aid modernisation: the benefits of working more closely together’, Brussel, 28 juni 2017.

140 Zie paragraaf 4.2 voor de notie van “goede staatssteun”. Zie paragraaf 1.3.2. voor een overzicht van horizontale steun. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 2.

141 Algemene Groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV) nr. 651/2014/EU, *PbEU* (2014); DAEB-Vrijstellingsbesluit, nr. 2012/21/EU, *PbEU* (2012). Van Buiren & Rose 2016, p. 228-234.

alle nieuwe steunmaatregelen in de Unie vrijgesteld onder het vangnet van de AGVV.¹⁴²

Volgens de machtigingsverordening hebben de lidstaten in het bijzonder nieuwe verantwoordelijkheden gekregen op het gebied van het *ex ante* en *ex post* toezicht op de groepsvrijstellingen.¹⁴³ Naast de oorspronkelijke functie van de publieke handhaving door de Commissie, moeten lidstaten ook mechanismen opstellen voor een effectief toezicht op de toepassing en uitvoering van de vrijstellingen onder de artikelen 107, lid 3, VWEU en 106, lid 2, VWEU.¹⁴⁴ Op grond van de rechtspraak en literatuur wordt de decentralisatie van deze verantwoordelijkheden vooralsnog gezien als de naleving van secundaire Uniewetgeving.¹⁴⁵ Echter de daadwerkelijke omvang van deze verantwoordelijkheden voor de lidstaten is nog onvoldoende uitgekristalliseerd.¹⁴⁶ Daarom is thans niet meer de vraag relevant of de decentralisatie van staatssteuntoezicht wenselijk is, maar geldt de vraag in welke mate een decentralisatie reeds heeft plaatsgevonden.¹⁴⁷ In het verlengde hiervan speelt de vraag welke inhoudelijke belangenafwegingen lidstaten moeten verrichten bij het toepassen van de groepsvrijstellingen.

142 Zie State Aid Scoreboard 2022, p. 22. In het meest recente State Aid Scoreboard 2022 kondigde de Commissie aan dat vrijgestelde steun van de AGVV 81% uitmaakt van alle nieuwe steunmaatregelen, incl. COVID-19 steunmaatregelen, en 93% van alle nieuwe steunmaatregelen exclusief COVID-19-steunmaatregelen. Voorafgaand aan COVID-19 lag het percentage van AGVV-vrijgestelde nieuwe maatregelen in 2019 reeds op 95,5%. Zie State Aid Scoreboard 2020, p.37 en Verouden & Ibanez Colomo 2018, p. 152.

143 Zie conclusie A-G Tachev, 3 april 2019, C-654/17 P, *Bayerische Motoren Werke*, randnummer 98; Zie ook Machtigingsverordening 2015/1588 van de Raad, *PbEU* (2015).

144 Verouden 2015, p. 459-464; Berghoger 2009, p. 323-336.

145 Zie Van de Castele 2021, p. 217-250.

146 Zie Adriaanse 2013, p. 514-536.

147 Nicolaidis 2008, p. 552-568. Ehlerman & Amato 1999, p. 471-666.

| Algemeen belangcategorie | Belangenafweging in de verbodsfase | Belangenafweging in de verenigbaarheidsfase |
|--|---|--|
| Diensten van algemeen economisch belang | Beoordeling of de compensatie van de beheerder van een openbare dienstverplichting leidt tot normale marktomstandigheden ofwel tot verstoringen van deze marktomstandigheden. | Belangenafweging op grond van artikel 106, lid 2, VWEU waarbij de toegang en continuïteit van de DAEB wordt afgewogen tegen de daadwerkelijke verstoring van de mededinging en de vervalsing van het handelsverkeer. |
| Objectieve rechtvaardigingen | Beoordeling of het legitieme belang van een algemene maatregel een voordeel voor bepaalde ondernemingen naar zijn doel en effecten objectief rechtvaardigt. | Belangenafweging op grond van de artikelen 107, lid 2 en/of 3, VWEU waarbij het legitieme belang wordt afgewogen tegenover de daadwerkelijke effecten op de mededinging en het handelsverkeer. |
| Expliciet erkend maatschappelijk sportbelang | Beoordeling of het expliciet erkende (maatschappelijke) sportbelang een afwijking rechtvaardigt ten aanzien van: een economisch voordeel; een verstoring van de mededinging en; een effect op het handelsverkeer. | Belangenafweging op grond van de artikelen 107, lid 3 en artikel 165 VWEU waarbij het expliciet erkende maatschappelijke sportbelang wordt afgewogen tegenover de daadwerkelijke effecten op de mededinging en het handelsverkeer. |

Figuur 1 Overzicht algemene belangenafwegingen

3 KNELPUNTEN BIJ DE TOEPASSING VAN ALGEMENE BELANGENAFWEGINGEN DOOR DE LIDSTATEN

3.1 Inleiding

De belangenafwegingen die de lidstaten maken in de toepassing van het staatssteunbegrip in de verbodsfase, aangevuld met de verantwoordelijkheden die de lidstaten hebben op grond van de groepsvrijstellingen in de verenigbaarheidsfase, leiden tot drie knelpunten bij de toepassing en handhaving van het staatssteunrecht. Ten eerste treedt er een vervaging op tussen de verbodstoepassing en de verenigbaarheidstoepassing (paragraaf 3.2). De overheden van de lidstaten zijn op grond van artikel 107, lid 1, VWEU niet bevoegd algemene belangen om mee te wegen in de beoordeling van een maatregel op staatssteun in de verbodsfase.

In het kader van de handhaving heeft de Commissie toepassingsleidraden voor deze algemene belangencategorieën ontwikkeld die beleidsafwegingen van de lidstaten mogelijk maken in de verbodsfase. Aansluitend kan door toepassing van de groepsvrijstelling een aanvullende algemene belangafweging verricht worden door de lidstaten in de verenigbaarheids-

fase.¹⁴⁸ In beide gevallen heeft de Commissie rechtskaders ontwikkeld die beleidsmatig voor lidstaten interessant zijn, maar geen *ex ante* rechtmatigheidskader vormen omdat zij geen rechtszekerheid bieden (paragraaf 3.3).

Tot slot bieden de toepassingsleidraden voor de drie geïdentificeerde algemene belangenwegingen en de categorisch vrijgestelde steunmaatregelen geen doeltreffende rechtsbescherming in de *ex post* fase van steunverlening.¹⁴⁹ De lidstaten hebben nieuwe verantwoordelijkheden bij handhaving van de groepsvrijstellingen, maar nationale rechters kunnen bij geschillen over inhoudelijke belangenafwegingen in de *ex post* rechtmatigheidscontrole niet veel anders doen dan belanghebbenden doorverwijzen naar de Europese Commissie, omdat deze de eindverantwoordelijke blijft voor de verenigbaarheidstoepassingen van de lidstaten (paragraaf 3.4).

3.2 Vervaging van de verbodstoepassing en de verenigbaarheidstoepassing en het probleem van bevoegdheidsverdeling

De algemene belangenafwegingen in de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU vervagen het onderscheid tussen de reikwijdte van het staatssteunverbod en de verenigbaarheidsbeoordeling. Daarmee raken deze belangenafwegingen het grensvlak van een materiële belangenafweging door de lidstaten en de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om algemene belangen te beoordelen op verenigbaarheid met de interne markt.

In drie situaties vraagt de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Unie desondanks om een inhoudelijke belangenafweging tussen de voorwaarden van artikel 107, lid 1, VWEU en de doelstellingen van materiële Verdragsartikelen die uiting geven aan dwingende belangen van lidstaten binnen de sociale markteconomie op de interne markt (artikel 3, lid 3 VEU). Dat is het geval bij: 1) objectieve belangen die een ongelijke behandeling rechtvaardigen,¹⁵⁰ 2) diensten van algemeen economisch belang en; 3) een expliciet erkend sportbelang. De objectieve belangen vinden hun oorsprong in het VWEU en zijn niet-limitatief (voorbeelden uit de jurisprudentie betreffen milieubescherming (artikel 11 VWEU), vervoerscoördinatie (artikel 93 VWEU) en ruimtelijke ordening (artikel 192 VWEU)). De diensten van algemeen economisch belang vormen eveneens een open categorie aan belangen (op grond van de artikelen 106, lid 2, VWEU en artikel 14

148 Zie hoofdstuk 5, paragraaf 4.

149 Zie hoofdstuk 5, paragraaf 4.1 en 5.

150 Hoofdstuk 2 beschrijft deze objectieve belangen op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie.

VWEU).¹⁵¹ Een expliciet sportbelang raakt op grond van artikel 165 VWEU aan meerdere Verdragsdoelstellingen (onderwijs (artikel 165 VWEU), cultuur (artikel 167 VWEU), gezondheid (artikel 168 VWEU) en sociale cohesie (artikel 174 VWEU) op de interne markt en kan ook alleen door de lidstaten omschreven worden.

Deze vervaging tussen de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase raakt de objectiviteit van het staatssteunverbod. Het inroepen van beleidsbelangen in de verbodsfase stelt vervolgens actoren in de gelegenheid om de staatssteuntoepassing te omzeilen. Bijgevolg wordt de rechtmatigheidscontrole op deze belangenafwegingen een rechtmatigheidscontrole door nationale actoren bemoeilijkt. Daarbij moet in ogenschouw genomen worden dat de nationale rechter eventuele steunmaatregelen niet mag beoordelen op de verenigbaarheid met de interne markt omdat dit voorbehouden is aan de Commissie. Bij de controle op de toepassing van algemene belangenafwegingen binnen het staatssteunbegrip bevindt de nationale rechter zich daarom soms onverwacht op dit delicate grensvlak van de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten.¹⁵²

3.3 Rechtmatigheidskader van ex ante belangenafwegingen mist rechtszekerheid

De toepassingsleidraden die de Commissie heeft vastgesteld voor de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU kunnen de rechtspraak van het Hof niet vervangen. Het gaat hier om interpretaties van het staatssteunbegrip door de Commissie vevat in leidraden zoals persberichten, gidsen en mededelingen.¹⁵³ Deze toepassingsleidraden (in het bijzonder de leidraden over lokale steun) kunnen botsen met de uitleg van het Hof.¹⁵⁴ Vanuit de rechtmatigheidsbeoordeling van overheden geldt dat de overheden van de lidstaten, gelet op de zorgvuldige voorbereiding, voor een eventueel

151 Op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit vallen hier expliciet lokale en sociale DAEB onder, waaronder vervoer (artikel 93 VWEU), gezondheidszorg (artikel 168 VWEU) en sociale cohesie (artikel 174 VWEU).

152 Zie hoofdstuk 5, paragraaf 2.3.

153 Het onderzoek gebruikt de term “toepassingsleidraden” (die gelden voor de toepassing van het staatssteunbegrip en de groepsvrijstellingen) om zo conceptuele verwarring met “richtsnoeren” (die gelden als leidraden voor verenigbaarheid op grond van de Verdragsuitzonderingen) weg te nemen.

154 Persbericht Europese Commissie, “Leidraad voor lokale steunmaatregelen van de overheid die zonder voorafgaande goedkeuring van de Commissie kunnen worden toegekend”, 29 april 2015, IP/15/4889. Zie ook Biondi & Stefan 2018, p. 43-62. Zie hoofdstuk 5, paragrafen 2.1 en 2.2.

keuzeconflict kunnen staan tussen de uitleg van de Commissie en het Hof.¹⁵⁵ Dit leidt tot onzekerheid: voldoet de steunmaatregel aan compliance-standaarden van de Commissie, maar kan de beoordeling ook in een geschil voor de nationale rechter succesvol verdedigd worden?

De rechtmatigheidsbeoordelingen op basis van de belangenafwegingen volgens de groepsvrijstellingen blijven voorwaardelijk aan een eindoordeel van de Commissie.¹⁵⁶ Vanuit een beleidsoptiek zijn de vrijstellingen een goede uitkomst. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid zijn de belangenafwegingen problematisch, in het bijzonder ten aanzien van de steunontvanger. Deze kan zich niet op het vertrouwensbeginsel beroepen.¹⁵⁷

3.4 De huidige ex post rechtmatigheidscontrole op algemene belangenafwegingen voorziet niet in een doeltreffende rechtsbeschermingsfunctie

Het *ex ante* toezicht is door de Commissie in grote mate verplaatst naar de lidstaten.¹⁵⁸ Aan de hand van algemene belangenafwegingen op grond van artikel 107, lid 1, VWEU en vervolgens op grond van de vrijgestelde categorieën in de groepsvrijstellingen op grond van de artikelen 106, lid 2 en 107, lid 2 en 3 VWEU heeft de Commissie aangestuurd op een eigen rechtmatigheidstoezicht door de autoriteiten van de lidstaten.¹⁵⁹ Zolang aan de toepassingsleidraden van de Commissie wordt voldaan, dan hoeft er geen melding gedaan te worden volgens artikel 108, lid 3, VWEU.

Metselaar heeft in haar onderzoek onderbouwd dat de terugtred van de Commissie bij de publieke handhaving, in beginsel niet door de nationale rechter kan worden opgevuld in de private handhaving.¹⁶⁰ Volgens Kreuzschitz kan de nationale rechter, gezien de begrenzingen van het staatssteunrecht en het nationale procesrecht, de algemene belangenafwegingen slechts zeer gering feitelijk controleren.¹⁶¹ Hij mag niet zover gaan dat hij de daadwerkelijke effecten van steunmaatregelen beoordeelt, noch kan hij een “vermoeden op verenigbaarheid” vaststellen in het kader van finale

155 Zie ook Biondi & Stefan 2018, p. 43-62 over de verschillende interpretaties over het begrip staatssteun tussen de Europese Commissie en het Hof ten aanzien van de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, *PbEU* 2014/C 262/1.

156 Zie hoofdstuk 5, paragraaf 4.

157 HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 98, 104. Tveit 2019, p. 186-191.

158 Colombo 2019, p.292-316.

159 Procedureel kan de Commissie op grond van artikel 108, lid 4, VWEU verordeningen vaststellen betreffende de soorten van staatssteun ten aanzien waarvan de Raad overeenkomstig artikel 109 VWEU heeft bepaald dat zij vrijgesteld kunnen worden van melding. De materiële grondslag voor deze vrijstellingen is gebaseerd op de doelstellingen van de artikelen 107, lid 2 en 3, VWEU.

160 Zie Metselaar 2017, p. 570-577.

161 Kreuzschitz 2016, p. 451.

geschilbeslechting.¹⁶² Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat wanneer de nationale rechter het vermoeden heeft dat de vrijgestelde steun verenigbaar is, hij de steunuitkering kan opschorten totdat de Commissie, middels een eindbeslissing, zich heeft uitgesproken over de verenigbaarheid.¹⁶³ Dit komt in wezen op een verkapte meldingsverplichting voor de steunverlenende overheid neer.¹⁶⁴

Dat betekent dat de nationale rechter ofwel steun onrechtmatig moet verklaren en terugvordering moet gelasten, ofwel partijen moet doorverwijzen naar de Commissie voor een *ex post* verenigbaarheidsbeoordeling. Voor een belanghebbende (concurrent, begunstigde en/of steunverlenende overheid) geldt dat, bij de afwezigheid van een effectieve remedie over rechtmatigheid van de verenigbaarheidsbeoordeling, hij zich volgens het Hof moet wenden tot de Commissie als klager of “behoedzame ondernemer”, waarop de Commissie een onderzoek kan instellen.¹⁶⁵

Op grond van de artikelen 106 t/m 109 VWEU moeten overheden van lidstaten in de *ex ante* beoordeling van algemene belangen controlemechanismen opzetten die overeenkomen met de handhavingswens van de Commissie om zoveel mogelijk de toepassingsleidraden van artikel 107, lid 1, VWEU en groepsvrijstellingen te gebruiken. Eveneens dienen zij er ook rekening mee te houden dat in het geval van private handhaving (*de facto* in de *ex post* fase) de toepassing van deze leidraden en vrijstellingen onvoldoende op rechtmatigheid kan worden beoordeeld.

Dit raakt de overheid in de positie van steunverlener die vanuit zorgvuldigheid belangenafwegingen moet maken die zowel in een Commissie-onderzoek, als in een privaatrechtelijk – als een bestuursrechtelijk geschil voor de nationale rechter verdedigbaar zijn. Bovendien kan dit knelpunt een gebrek aan doeltreffende en gelijkwaardige rechtsbescherming voor steunontvanger betekenen.¹⁶⁶ De steunontvanger heeft beleidsmatig baat bij de toepassing van leidraden omdat dit procedures vereenvoudigt en versnelt.¹⁶⁷ Als deze leidraden vervolgens onvoldoende rechtszekerheid bieden, dan kan dat een effect hebben op de mate van rechtsbescherming bij zowel de publieke als de private handhaving van de staatssteunregels.¹⁶⁸

162 HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW*, r.o. 131.

163 HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 101-102. De Cock 2023, p. 328-330.

164 Zie hoofdstuk 5, paragraaf 4.2. Zie HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW*, r.o. 131.

165 HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 98. HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW t Commissie*, r.o. 142. Zie ook voetnoot 227 (p.289).

166 Zie Hoofdstuk 5, paragrafen 2 en 4.

167 Hoofdstuk 5, paragraaf 2. Zie ook hoofdstuk 4, paragraaf 3.

168 Biondi & Stefan 2018, p. 43-62. Zie ook Nicolaidis 2023, p. 231-233 en Schotanus 2019, p. 359-365.

4 OPBOUW

Het hierboven geschetste kader geeft alvast een synthese van de belangenafweging (paragraaf 2) en knelpunten (paragraaf 3) die dit onderzoek geïdentificeerd heeft. In de verschillende hoofdstukken van het proefschrift worden de knelpunten verder in detail uitgewerkt en vastgesteld. Op basis van die analyse wordt in het laatste onderdeel van het proefschrift de onderzoeksvraag beantwoord, door concrete suggesties tot verbetering van het handhavingskader voor staatssteun aan te reiken.

Het eerste hoofdstuk onderzoekt een vorm van materiële belangenafweging die deel uitmaakt van de verbodsfase. Die afweging betreft het aanvaarden van objectieve rechtvaardigingen die – omwille van een dwingend belang – een ongelijke behandeling toelaten van vergelijkbare situaties.

Het tweede en derde hoofdstuk gaan in op de belangenafwegingen die plaatsvinden bij de compensatie van diensten van algemeen economisch belang. Het staatssteunrecht kent op grond van het *Altmark*-arrest een afwijkende behandeling toe aan DAEB, waarbij het Hof van Justitie een afwijkingmogelijkheid op het begrip “voordeel” onder artikel 107, lid 1, VWEU toegestaan heeft. Compensaties die voldoen aan de *Altmark*-voorwaarden hoeven niet aangemeld te worden bij de Commissie om beoordeeld te worden op verenigbaarheid met de interne markt.

In de praktijk ervaren nationale rechters in verschillende lidstaten echter moeilijkheden bij het controleren van de *Altmark*-voorwaarden in het kader van de staatssteunhandhaving.¹⁶⁹ Ondanks de mogelijkheden van zelfstandige toepassing, twijfelen nationale rechters of zij voldoende uitgerust zijn om het *Altmark*-arrest feitelijk toe te passen. In het tweede hoofdstuk wordt zodoende onderzocht hoe de nationale rechter de *Altmark*-voorwaarden dient toe te passen en waar de knelpunten van die toepassing in de verbodsfase in bestaan.

De analyse stopt daar echter niet. In hoofdstuk 3 wordt beargumenteerd dat de toepassing van de praktische toepassing van de *Altmark*-voorwaarden voor nationale rechters problematisch blijft, zelfs met de uitvoerige bijkomende preciseringen die de rechtspraak aangeleverd heeft. Dit hoofdstuk argumenteert dat dit komt omdat de compensatiebenadering in de praktijk de grenzen tussen de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase doet vervagen. Als gevolg daarvan speelt artikel 106, lid 2, VWEU nog steeds een centrale rol bij het beoordelen en rechtvaardigen van een DAEB-compensatie, wat de toepassing van het *Altmark*-arrest in de verbodsfase ernstig

169 Zie Commissie, “Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts, Final study”, European Union, Luxemburg, 2019 (<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf>), p. 8, 86, 9. Zie ook de inleiding van hoofdstuk 2.

bemoelijkkt. Het hoofdstuk identificeert problemen van bevoegdheidsverdeling, rechtszekerheid en rechtsbescherming als knelpunten die daaruit voortvloeien.

Het vierde hoofdstuk richt zich op de afweging van het sportbelang in het staatssteunrecht. Sportactiviteiten vormen een bijzondere categorie aan activiteiten in het Unierecht. Het expliciet erkende maatschappelijke sportbelang is in het Werkingsverdrag vastgelegd in artikel 165 VWEU en is door het interne marktrecht afgebakend.¹⁷⁰ De bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Unie laat onverlet dat de Europese Commissie exclusief bevoegd is om het belang van artikel 165 VWEU als wegingsfactor te gebruiken voor de toepassing van de voorwaarden en verplichtingen onder de artikelen 107-109 VWEU. Omdat artikel 165 VWEU een aaneenschakeling van sociaal-maatschappelijke doelstellingen omvat, biedt de besluitpraktijk van de Commissie een interessante case study ten aanzien van de afwegingen op grond algemene belangdoelstellingen als onderdeel van de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU.

In hoofdstuk 5 wordt uiteengezet waarom de rol van nationale actoren in de toepassing en de handhaving van het staatssteunrecht geen technische aangelegenheid meer is die exclusief is voorbehouden aan de Commissie, getuige de verschillende samenwerkingsverbanden tussen de lidstaten en de Unie-instellingen. Bovendien vraagt het overkoepelende Unierechtelijke handhavingsbeleid in toenemende mate om private- en publieke handhavingsmechanismen van de lidstaten. Ten aanzien van private handhaving is de nationale rechter de belangrijkste actor die op verzoek van rechtzoekenden op grond van de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU rechtsbescherming kan bieden.¹⁷¹ De nationale rechter kan – afhankelijk van de omvang van het geschil – een dergelijke maatregel feitelijk als staatssteun kwalificeren aan de hand van de objectieve toepassingstandaarden van het Hof en de Commissie.¹⁷² Ten aanzien van de publieke handhaving spelen de steunverlenende overheden een belangrijke rol in de eigenstandige toepassing van de beoordeling van staatssteun en stuurt de Commissie aan op het gebruik van “flexibele small on small”-toepassingsstandaarden”.¹⁷³

Hoofdstuk 5 vormt het sluitstuk van dit onderzoek en richt zich op de algemene belangenafweging door nationale actoren gericht op verenigbaarheid, zoals voorzien is in de groepsvrijstellingen: de materiële en procedurele kaders voor vrijgestelde staatssteun. In dit hoofdstuk wordt onderzocht in welke mate de Commissie – in het kader van een decentralisering van hand-

170 Weatherill 2018, p. 155-156.

171 Zie voor de werking van *spill over*-effecten Gerbrandy 2009, p. 71, 457-458.

172 Zie conclusie A-G bij Hoge Raad der Nederlanden, 11 december 2020, *Stichting Karmedia t Gemeente Rotterdam*. ECLI:NL:PHR:2020:562, randnummers 3.20.2. 3.21.1.

173 Colombo 2019, p. 292-316; Nicolaidis 2023, p. 231-233.

havingsbeleid – de nationale actoren van de lidstaten zelf enige beleidsruimte toekent om de doelstellingen van steunmaatregelen af te wegen tegen de toepassing van de artikelen 106 t/m 109 VWEU.¹⁷⁴ De Commissie heeft met de uitbreidingen van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV) en het DAEB-Vrijstellingsbesluit twee vrijstellingsmogelijkheden voor een breed scala aan algemene belangen vastgesteld die de verantwoordelijkheid van de lidstaten bij de toepassing en handhaving van de artikelen 107, lid 2 en 3, VWEU en artikel 106, lid 2, VWEU aanzienlijk heeft vergroot.¹⁷⁵ Met deze groepsvrijstellingen stuurt de Commissie aan op het opzetten van zelfstandige controlemechanismen voor vrijgestelde steuncategorieën.

De belangenafweging die aan steunverlening op grond van de groepsvrijstellingen ten grondslag ligt, is dat een maatregel beoordeeld wordt op staatssteun volgens artikel 107, lid 1, VWEU en vervolgens getoetst wordt aan de randvoorwaarden voor vrijgestelde steun, zonder dat volgens artikel 108, lid 3, VWEU aangemeld hoeft te worden. Door deze scharnierwerking van artikel 107, lid 1, VWEU is het primaat van staatssteunhandhaving komen te liggen bij de loyale samenwerking tussen de lidstaten en de Commissie in het toepassen, onderhouden en naleven van de groepsvrijstellingen. Zowel de beoordeling van staatssteun in de verbodsfase als van vrijgestelde steuncategorieën gericht op verenigbaarheid, vragen van de overheden van de lidstaten om een gedegen afwegingskader. Dat kader moet zowel ten overstaan van de Commissie in het kader van publieke handhaving als ten overstaan van de derde partijen in een geschil voor de nationale rechter op rechtmatigheid verdedigd kunnen worden.

Met die focus als context wordt in dit hoofdstuk de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten ten aanzien van de toepassing en handhaving van groepsvrijstellingen geschetst. Ook wordt op grond van de ontluikende rechtspraak van het Hof de rechtsbescherming in de *ex post* fase van vrijgestelde steunverlening geanalyseerd. In hoofdstuk 5 wordt uiteengezet dat wanneer steunverlenende overheden groepsvrijstellingen, in het bijzonder de AGVV onjuist (dreigen) toe (te) passen, er in beginsel geen doeltreffende voorziening open staat voor steunontvangers op nationaal niveau, noch op Unieniveau omdat de huidige doctrinaire uitleg van Unierecht de nationale rechter beperkt om doeltreffende rechtsgevolgen te verbinden aan de toepassing van de groepsvrijstellingen die gelijkwaardig

174 Zie paragraaf 2.3.

175 Algemene Groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV) nr. 651/2014/EU, *PbEU* (2014); DAEB-Vrijstellingsbesluit, nr. 2012/21/EU, *PbEU* (2012); Van Buiren & Rose 2016, p. 228-234. Verordening (EU) nr. 2023/1315/EU van de Commissie van 23 juni 2023 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 651/2014 *PbEU* (2023) L 167 (Wijzigingsverordening AGVV 2023; Green Deal AGVV).

zijn aan de wijze waarop de Commissie *ex post* controle uitvoert op vrijgestelde steuncategorieën. Vanuit deze constatering worden in dit hoofdstuk vervolgens de knelpunten uit paragraaf 3 gespecificeerd die een effectieve en gelijkwaardige handhaving van de vrijgestelde steun op het niveau van de lidstaten in de weg staan.

In het concluderende hoofdstuk worden de deelconclusies en aanbevelingen van de hoofdstukken 1 t/m 5 bij elkaar gebracht. Hierop volgt een overkoepelende beantwoording van de onderzoeksvraag en worden de onderstaande knelpunten uit hoofdstuk 5 geadresseerd:

- De vervaging van de verbodstoepassing en de verenigbaarheidstoepassing en het probleem van de bevoegdheidsverdeling tussen Unierechtelijke en nationale actoren;
- Het rechtmatigheidskader van *ex ante* belangenafwegingen voor nationale autoriteiten mist rechtszekerheid en;
- De huidige *ex post* rechtmatigheidscontrole op algemene belangenafwegingen voorziet niet in een doeltreffende rechtsbeschermingsfunctie in procedures voor de nationale rechter.

Ten aanzien van deze drie knelpunten worden drie toekomstige scenario's voor een gedecentraliseerde handhavingspraktijk geschetst. Ook worden aan de hand van een preferent scenario aanbevelingen gedaan om de bovenstaande knelpunten te adresseren.

5 ONDERZOEKSMETHODOLOGIE

Dit onderzoek bestudeert belangenafweging vanuit Unierechtelijk perspectief. Dit onderzoek bouwt op rechtsleer, fundamentele rechtsbeschouwingen van A-G's, literatuur, wetgeving, handhavingsrapporten van de Europese Commissie en in het bijzonder de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU. Over de periode 2013 t/m 2022 is uitvoerig onderzoek gedaan naar uitspraken in prejudiciële procedures op grond van artikel 267 VWEU en uitspraken in beroepszaken op grond van artikel 263 VWEU. Bovendien is gedurende dit genoemde tijdsvlak onderzoek gedaan naar de besluitpraktijk van de Commissie, in het bijzonder ten aanzien van besluiten die algemene toepassingsstandaarden vastleggen voor criteria van artikel 107, lid 1, VWEU en artikel 165 VWEU.

Uitspraken van nationale rechters worden als illustratie genoemd voor theoretische problemen vanuit het Unierecht. Het gaat hier om een selectie aan uitspraken van nationale rechters:

- die onderdeel uitmaken van een prejudiciële procedure volgens artikel 267 VWEU;
- die voorafgaand of aansluitend zijn gedaan in het kader van een formeel onderzoek van de Europese Commissie en/of een actie tot nietigheidsprocedure volgens artikel 263 VWEU;

- waarin de Europese Commissie als *amicus curiae* een niet-bindende uitleg van de staatssteunregels heeft gegeven;
- die rechtsbescherming bieden bij geschillen over de toepassing van vrijstellingsverordeningen en vrijstellingsbesluiten.

Uitspraken van nationale rechters worden als illustraties in context gebracht met theoretische problemen die voortvloeien uit het Unierecht. Het onderzoek is erop gericht dat de overheden van lidstaten, gezien vanuit het Unierecht, algemene belangenafwegingen in het staatssteunrecht op hun rechtmatigheid beoordelen op een wijze die verdedigbaar is voor de Commissie in het kader van publieke handhaving en voor de nationale rechter in het kader van private handhaving.

In dit onderzoek wordt rekening gehouden met de rol die de nationale rechter heeft vanuit het Unierecht, zonder af te doen aan de procedurele autonomie. In de gesignaleerde uitspraken is de rechter gebonden aan de omvang van het geschil. De illustratieve theoretische knelpunten die dit onderzoek signaleert, gaan verder dan de casuspositie en werpen vragen op die relevant zijn voor de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie-instellingen onderling (Hof, Raad en Commissie) en de samenwerking tussen lidstaten en de Unie.

6 ACADEMISCHE RELEVANTIE

Binnen de context van het interne marktrecht en de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en haar lidstaten geeft dit onderzoek inzicht in de onderscheidende functies die de lidstaten en de instellingen van de Unie vervullen in een gedeelde en meergelaagde rechtsorde.¹⁷⁶ Deze interne marktcontext strekt verder dan de vier vrijheden en heeft raakvlakken met Europees mededingingsbeleid, het institutionele recht en Europees bestuursrecht.¹⁷⁷ Handhavingsbeleid van de instellingen van de Unie vraagt van nationale autoriteiten (binnen hun bevoegdheden) nationale mechanismen voor toepassing én ex ante handhaving.¹⁷⁸ Thematisch zijn spanningsvelden voor materiële belangenafweging binnen het toepassingsbereik van staatssteun volgens artikel 107, lid 1, VWEU onderzocht, bijvoorbeeld ten aanzien van openbare diensten, vervoer en belastingenbeleid.¹⁷⁹ Procedureel is de bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechter en de Commissie op grond van artikel 108, lid 3, VWEU zeer omvattend gedocumenteerd. Deze verdeling is becommentarieerd vanuit de verschillende uitdagingen op het gebied van private handhaving als

176 Zie voor aspecten van de Unie als meergelaagde rechtsorde: de Graaff 2020, p.79-82.

177 Weatherill 2017a, p. 103-104; De Cecco 2013, p. 31-56; Antonaki 2019; Janssen 2018.

178 Zie Beumer 2016, Den Haag.

179 Fiedziuk, 2013, p. 10-15; Prosser 2005, p. 268-271.; Saanen 2013, Lovhdahl Gormsen 2019.

samenwerking bij publieke handhaving.¹⁸⁰ In het bijzonder ligt er een uitdaging om publieke handhavingsmechanismen op administratief niveau tussen de lidstaten en de Commissie te versterken. Tegelijkertijd bestaat er een uitdaging om de respectievelijke rechtsposities van steunverlener, steunontvanger en concurrenten te verstevigen volgens de Unierechtelijke beginselen van transparantie, gelijke behandeling, evenredigheid, doeltreffendheid en gelijkwaardigheid (zowel in situaties van publieke- als private handhaving).¹⁸¹ Daartoe moeten steunverlenende overheden van de lidstaten bij de staatssteuntoepassing – binnen de verschuivende contouren van handhavingsbeleid van de Commissie – algemene belangenafwegingen verrichten door uitzonderingen op het staatssteunbegrip toe te passen en randvoorwaarden voor vrijgestelde vrijgestelde steuncategorieën te respecteren.

De decentraliserende staatssteunhandhaving sorteert voor op belangenafwegingen die een uitzondering op de meldingsplicht van artikel 108, lid 3, VWEU mogelijk maken. Bezien vanuit een interne marktcontext schetst dit onderzoek botsende interpretaties en lacunes die voortvloeien uit de belangenafwegingen die voorkomen in het staatssteunbeleid van de Unie. Deze voorzien in knelpunten op het gebied van rechtsbescherming, handhaving en bevoegdheidsverdeling (zie paragraaf 3 van deze inleiding). Zodoende is dit onderzoek ook relevant voor andere onderdelen van het materiële Unierecht, zoals het vrij verkeersrecht en het mededingingsrecht.¹⁸²

7 MAATSCHAPPELIJKE RELEVANTIE

De maatschappelijke discussie wordt gekleurd door algemene belangen, die bestaan op lokaal, regionaal, nationaal en Europees niveau. Het is ondoenlijk om al deze belangen in marmer te beitelen, juist omdat zij door het primaat van de politiek worden gevormd en beleidsmatig uitgewerkt worden.¹⁸³ Desondanks zijn er verschillende categorieën van algemene belangen zoals openbare diensten en sociaal-maatschappelijke belangen die berusten op basisbeginselen die deels in het VWEU zijn opgenomen en deels ontleend zijn aan constitutionele bepalingen van de lidstaten.¹⁸⁴

Voorbeelden van steunmaatregelen in het algemene belang kunnen aangetroffen worden in de zorgsector, het openbaar vervoer, NUTS-bedrijven, maatschappelijke (sport)participatie, het uitvoeren van een Europese Green

180 Pastor Merchante 2014; Metselaar 2016; Fiedziuk, 2013; De Cecco 2013; Saanen 2013; Nicolaidis 2008.

181 De Cock, 2023, p. 327-332.

182 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 3. Zie ook hoofdstuk 4, paragraaf 2.

183 Mortelmans 1989; Overigens kunnen algemene belangen ook beleidsmatig uitgewerkt worden door deze te de – politiseren. Zie Van Middelaar 2017, p. 317-321.

184 De Cecco 2013; Glinksi & Joerges 2014, p.287-288, p. 311; Hatje 2010, p. 592-593, 604, 617; Hessel 1987.

Deal en werkgelegenheidssteun.¹⁸⁵ In alle gevallen moet een welomlijnd algemeen belang overheidsinterventie op de markt rechtvaardigen. Doorgaans is er in de maatschappelijke discussie vooral nadruk op de morele vraag of bedrijven het wel verdienen om gesteund te worden met belastinggeld (en zo ja onder welke maatschappelijk aanvaardbare voorwaarden).¹⁸⁶ Buiten de juridische finesses draait de discussie dan ook om de vraag of er voor de maatschappij als geheel (en de belastingbetalende burger als onderdeel hiervan) sprake is van “goede” of “slechte” steun.¹⁸⁷ Voorbeelden betreffen de reddings- en herstructureringssteun aan ‘systeembanken’ ten tijde van de financiële crisis van 2008.¹⁸⁸

Alternatief kan er ook een moreel appèl vanuit de maatschappij komen om bedrijven te steunen. Het beste voorbeeld is de COVID-19crisis van 2020, waar ondernemingen in haast elke denkbare sector in de EU vanwege de economische gevolgen van de preventiemaatregelen *en masse* gesteund zijn.¹⁸⁹ Een ander voorbeeld is het crisissteunkader van de Unie ten aanzien van Europese bedrijven en sectoren die als gevolg van de Russische invasie in de Oekraïne economisch getroffen zijn.¹⁹⁰ Maatschappelijk gezien staat het algemene belang om bedrijven in deze omstandigheden te steunen, die voorafgaand aan een crisis gezond waren, buiten kijf.¹⁹¹ Er is *prima facie* sprake van goede steun, zolang er geen misbruik van wordt gemaakt.¹⁹²

Een belangrijke lacune in het maatschappelijk debat is het begrip over

185 Mededeling van de Commissie over een Europese Green Deal, 11 december 2019, Brussel, COM(2019) 640 final.

186 Vestager 2015; Vestager 2017.

187 Zie Blauburger 2009, p. 719-737; Zie ook het Actieplan Staatssteun 2005, COM (2005) 107 final.

188 Zie Lucchini & Moscianese 2017, p.88-98.

189 De Commissie heeft hiertoe een specifiek staatssteunregime ingevoerd om alle noodzakelijke procedures voor COVID-19 steun aan ondernemingen te versoepelen op grond van artikel 107, lid 2, sub b, VWEU (buitengewone omstandigheden) en artikel 107, lid 3, sub b, VWEU (ernstige verstoringen van de economie). Zie de Mededeling van de Commissie van 13 maart 2020 over de gecoördineerde economische respons van de Unie en haar lidstaten op de uitbraak van COVID – 19 en zie de Tijdelijke kaderregeling van de Commissie inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19-uitbraak, 20 maart 2020, *PbEU* 2020/C 91 I/01).

190 Mededeling van de Commissie “Tijdelijk crisiskader voor staatssteunmaatregelen ter ondersteuning van de economie na de Russische agressie tegen Oekraïne” *PbEU* 2022. Zie persbericht Europese Commissie, “Temporary Crisis Framework to support the economy in context of Russia’s invasion of Ukraine : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_1642.”

191 Zie van Middelaar 2020: “Nu gelden de wetten van een oorlogseconomie, niet van de markteconomie. Nood breekt wet, te meer daar het EU-verdrag voorziet in economische uitzonderingen in geval van „ernstige moeilijkheden (...) Op dit front moet snel politieke bijsturing komen.”

192 Zie de Tijdelijke kaderregeling van de Commissie inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19-uitbraak, 20 maart 2020, *PbEU* 2020/C 91 I/01), punten 1.1. en 4. Zie ook Trouw, 22 april 2020, “Kabinet stelt strengere eisen aan bedrijven die steun krijgen”.

de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en haar lidstaten. Vaak wordt deze gezien als een verdeling tussen tegengestelde belangen, terwijl de uitoefening van deze bevoegdheidsverdeling gevormd is door Europese samenwerking, waarbij de autoriteiten van de lidstaten en de instellingen van de Unie in de woorden van Piet Hein Donner “elkaar juist aanvullen en versterken in een coöperatieve rechtsorde.”¹⁹³ Zo spelen bij het ontwerpen van (en het toezicht houden op) “goede steun” algemene belangenafwegingen van nationaal niveau, maar ook gecoördineerde algemene belangen op Unieniveau een rol.

Dit onderzoek neemt de maatschappelijke wens tot “goede staatssteun” als vertrekpunt en onderstreept binnen welke beoordelingskaders staatssteun algemene belangen moeten dienen binnen een gedecentraliseerde samenwerkingscontext. Met dit onderzoek wil de auteur vooral een systematiek aanbrengen in het beoordelen van staatssteun op grond van algemene belangenafwegingen.

Ten eerste is er een onderscheid tussen het begrip staatssteun en de vraag of een ingeroepen algemeen belang staatssteun rechtvaardigt. Bestuurders zien dit onderscheid niet altijd even duidelijk en betogen, vaak hartstochtelijk, dat er geen sprake is van staatssteun (bijvoorbeeld in het geval van steun aan een professionele voetbalclub) juist omdat er een algemeen belang is.¹⁹⁴ Dit is een misvatting die het maatschappelijk debat vertroebelt en bovendien de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten miskent. Daarom is het belangrijk dat het staatssteunbegrip glashelder is. Pas dan kan gekeken worden of een ingeroepen algemeen belang gerechtvaardigd kan worden. Dat gebeurt in de verenigbaarheidsfase.

De tweede nuancerings die dit onderzoek biedt, is dat bij de beoordeling van algemene belangen in de staatssteuncontext niet enkel nationale belangen de boventoon voeren, maar ook de centrale doelstellingen van het staatssteunrecht.¹⁹⁵ De steun mag niet leiden tot een onevenredige verstoring van het gelijke speelveld van ondernemingen.¹⁹⁶ Dit is een taak die de lidstaten toebedeeld hebben aan de Unie, in het bijzonder aan de Commissie, die hier

193 De term “gemengde coöperatieve rechtsorde” is ontleend aan P.H. Donner zoals uitgesproken tijdens zijn Cleveringa-oratie getiteld “Europese samenwerking” van 26 november 2015.

194 Logger & den Boer 2016. Rijken 2011.

195 Nicolaidis 2021, p. 24-28; Aalbers en Aalbers 2018a.

196 Gelijke ondernemingen moeten gelijk behandeld worden. Vrij naar A. Italianer, “Mededinging het hart van de Europese zaak”, Europalezing Universiteit Leiden, 13 mei 2014.

als scheidsrechter optreedt (maar soms wel ingewikkelde spelregels opstelt voor de lidstaten).¹⁹⁷

Op grond van het systematische onderscheid tussen het staatssteunbegrip en de fase waarin algemene belangen afgewogen worden in het kader van verenigbaarheid biedt dit onderzoek een aanvulling op het maatschappelijk debat over de invulling van het begrip “goede steun”.

197 Vrij naar M. Vestager, *“Watching football can turn us all into armchair coaches – shouting at the players what to do. But when it comes to state aid, we need to resist temptation to act as the coach, nor can we become players ourselves”*, Speech M. Vestager, 19 juni 2018, High Level Forum on State Aid, Brussel.

1 SITUERING EN PROBLEEMSTELLING

Zoals aangegeven in het inleidend hoofdstuk onderzoekt dit proefschrift de verschillende vormen van algemene belangenafweging die zich in de staatssteunbeoordeling voordoen. Ofschoon het staatssteunverbod geïnterpreteerd wordt door het Hof van Justitie als een objectief verbod – en daardoor op het eerste gezicht weinig ruimte lijkt te laten voor materiële belangenafweging – brengt dit hoofdstuk een belangrijke vorm van belangenafweging in beeld die deel uitmaakt van de verbodsfase. Deze afweging betreft het aanvaarden van objectieve rechtvaardigingen die een ongelijke behandeling toelaten van vergelijkbare situaties. Indien een dergelijke objectieve rechtvaardiging aanwezig is, kwalificeert een maatregel die aan bepaalde ondernemingen of sectoren een selectief voordeel verstrekt, in principe niet langer als staatssteun. Als gevolg daarvan dient de betreffende maatregel niet te worden aangemeld en is bijgevolg niet onverenigbaar met de interne markt.

Het begrip objectieve rechtvaardiging, dat inherent is aan de toepassing van het gelijkheidsbeginsel¹, laat meer in het bijzonder toe dat steunverlenende overheden al bij de totstandkoming en eerste beoordeling van het staatssteunkarakter van (voorgenomen) maatregelen bepaalde vormen van selectieve bevoordeling kunnen toelaten.² Dergelijke vormen zouden op zich geen staatssteun uitmaken en hoeven derhalve ook niet aangemeld te worden bij de Commissie. Het Hof van Justitie heeft rechtspraak omtrent objectieve rechtvaardigingen uitgewerkt, die nationale autoriteiten in de praktijk lijkt toe te laten die afweging zelf te maken, zonder dat de Commissie een oordeel over de rechtmatigheid heeft geleverd. Het Hof erkent

1 Het gelijkheidsbeginsel is een algemeen beginsel van het Unierecht dat is vastgelegd in artikel 20 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (“eenieder is gelijk voor de wet”). De Verdragstekst van het Handvest komt overeen met de aard en strekking van artikel 1 van de Nederlandse Grondwet en artikel 10 van de Belgische Grondwet. Het gelijkheidsbeginsel houdt naar Unierecht eveneens een verbod op onderscheid naar nationaliteit in (artikel 18 VWEU en artikel 21 van het Handvest van de Grondrechten) en een verbod tot onderscheid op grond van andere discriminerende gronden (artikel 14 EVRM en artikel 21 van het Handvest van de Grondrechten). Zie ook Trimidas 2006, p. 74-135; Den Ouden & 2015, p. 137-267; van Harten & Grootelaar 2014, p. 182-200.

2 Hancher 2021, p. 78-86; Honoré 2017, p. 119-167.

daarbij het belang van rechtvaardigingen voor ongelijke behandeling als inherent deel uitmakend van de zogeheten “materiële selectiviteitsanalyse” en inspireert zich daarbij rechtstreeks op vergelijkbare objectieve rechtvaardigingsuitzonderingen in het interne marktrecht.³

Het Uniebeginsel van gelijke behandeling verlangt dat – behoudens een objectieve rechtvaardiging – vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld.⁴ Zoals artikel 20 van het Handvest van de Grondrechten thans bevestigt, is dit beginsel is van toepassing op al het materiële Unierecht.⁵ Het staatssteunrecht vormt daarop geen uitzondering.⁶ Sterker nog: de gelijke behandeling van ondernemingen in gelijke gevallen vormt de kern van het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU.⁷ Zo omschreef Verloren van Themaat het staatssteuntoezicht reeds in de jaren ‘80 “als het wettelijk waarborgen van materiële gelijkheid” voor ondernemingen op de interne markt.⁸

Anno 2024 vormt het beginsel van gelijke behandeling het fundament van de selectiviteitstoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU.⁹ Om te bepalen of een algemeen voordeel, dat *a priori* toegankelijk is voor elke marktdeelnemer, selectief, en daarmee ongelijk uitwerkt, heeft het Hof een “materiële selectiviteitstoepassing” ontworpen. Deze toepassing controleert of een algemene overheidsmaatregel een legitiem belang nastreeft zonder dat er onderscheid gemaakt wordt tussen groepen ondernemingen. De invulling van deze toepassing is echter niet zonder kanttekeningen. Zo tekende A-G Bobek bij het arrest *België t Commissie* op dat: “in weerwil van de inspanningen van het Hof de beoordeling van materiële selectiviteit in de praktijk een moeilijke aangelegenheid blijft met een onzeker resultaat.”¹⁰ Dat geldt in het bijzonder voor de rechtmatigheidsbeoordeling van algemene beleids-

3 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 3.

4 Zie Tobler 2018, p. 1025, 1031; Bell 2011, p. 611-639.

5 Zie Muir 2019, p. 817-839; Wollenschläger 2011, p. 1-34.

6 Zie ook de Verdragstekst van artikel 107, lid 1, VWEU: “Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien”, zijn steunmaatregelen die aan alle voorwaarden van verbodsbepaling voldoen in beginsel onverenigbaar met de interne markt. Wanneer het Unierecht toepasselijk is op steunmaatregelen van lidstaten, en het toezicht hierop door de Commissie, dan is ook het door het Handvest gewaarborgde grondrecht van gelijke behandeling (artikel 20 van het Handvest van grondrechten) van toepassing (Zie HvJ EU, 7 mei 2013, C-617/10, *Hans Åkerberg Fransson*, r.o.16-21; Zie ook HvJ EU, 22 september 2020, C-594/18P, *Hinkley Point*, r.o. 42, 100 Gerecht EU, 6 juli 2017, T-1/15, *Commissie t SNCM*, r.o.85-86).

7 Zie Van Gerven 1986, p. 565. Zie ook Hancher 2021, p. 81-83; Zie ook Gerecht EU, 31 mei 2018, T-160/16, *Groningen Seaports*; Gerecht EU, 25 april 2018, gevoegde zaken T-554/15 en T-55/15, *Hongarije t Commissie*.

8 Verloren van Themaat 1982, p. 54.

9 Zie de conclusie van A-G Bobek van 30 juni 2016 voor C-270/15 P, *België t Commissie (BSE)*. Zie ook Hancher 2021, p. 81-83; Stuart & Roginska-Green 2018, p.165-167.

10 Zie de conclusie van A-G Bobek van 30 juni 2016 voor C-270/15 P, *België t Commissie (BSE)*, randnummer 19.

belangen die dienen als objectieve rechtvaardiging: zowel in de *ex ante* fase bij het opstellen van algemene rechtskaders door de lidstaten, als in de *ex post* fase bij de beoordeling van deze rechtvaardigingen door de Commissie in het kader van toezicht en de rechtsbescherming voor de nationale rechter en het Hof van Justitie van de EU.¹¹

Het materiële selectiviteitsbegrip biedt op grond van de rechtspraak van het Hof evenwel ook een afwijkingsmogelijkheid voor steunmaatregelen die – ondanks een ongelijke uitwerking – objectief gerechtvaardigd kunnen worden.¹² Daarbij kan het Hof beoordelen of een afwijking op gelijke behandeling, in de vorm van een objectieve rechtvaardiging, “behoudens de Verdragen” volgens het VWEU is toegestaan.¹³ Uit de staatssteundoctrine volgt dat het Hof doorgaans een dergelijke materiële beoordeling overlaat aan de beleidsruimte van de Commissie.¹⁴ Echter, het jurisprudentieonderzoek uit paragraaf 3.2 geeft inzicht in een nieuwe ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof waarin objectieve rechtvaardigingen op grond van het interne marktrecht beoordeeld worden. Bij de beoordeling van het causale verband tussen doelstellingen en effecten staat het Hof inmiddels incidenteel toe dat lidstaten objectieve rechtvaardigingen invoeren op artikel 107, lid 1, VWEU op basis van algemene belangenafwegingen die bestaan in het interne marktrecht.¹⁵ Deze objectieve rechtvaardigingen zijn vergelijkbaar aan de leerstukken van dwingende redenen en inherente belangen.¹⁶ Eveneens vergelijkbaar met de toepassing van DAEB in het Unierecht beogen de belangenafwegingen inzake dwingende redenen en inherente belangen een evenwicht tussen (dwingende) niet-economische belangen en de economische belangen op de markt tot stand te doen brengen.¹⁷

Objectieve rechtvaardigingen op het materiële selectiviteitsbegrip bevatten op het eerste oog een beoordelingssystematiek die vergelijkbaar is aan het interne marktrecht.¹⁸ De objectieve rechtvaardiging moet inherent zijn aan de algemene maatregel, voldoen aan de vereisten van non-discriminatie en evenredigheid en moet bovendien berusten op algemene belangen die bijdragen aan de interne markt.¹⁹ De materiële selectiviteitstoepassing voorziet daarmee in een beoordelingskader om gelijke behandeling van

11 Europese Commissie, *Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts, Final study, European Union*, 2019 (<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf>), p. 58, p. 84.

12 Honoré 2017, p.136-139.

13 Zie paragraaf 3.2 van dit hoofdstuk.

14 Hancher et al 2021, p.143-144.

15 Zie HvJ EU, 26 april 2018, C-233/16, C-234/16 en C-235/16, *ANGED*.

16 Zie het inleidende hoofdstuk van dit proefschrift, paragraaf 2.2. Zie voor deze leerstukken Shuibne 2013, p. 18-24. Weatherill 2017, p. 103-106 en p. 185; Mortelmans 2018, p. 474-476; Albors-Llorens 2021, p. 157-165.

17 Zie Snell 2016, p. 12-31; Oliver 2016, p. 174 Albors-Llorens 2021, p. 153.

18 Zie Biondi 2017, p. 34.

19 Zie Hancher 2021, p. 86.

ondernemingen en beleidsbelangen van de lidstaten binnen de context van de interne markt doelstellingen in evenwicht met elkaar te brengen.²⁰ Vergelijkbaar met de gelijke behandelingstoepassing in het interne markt-recht neemt de materiële selectiviteitstoepassing de vergelijkbaarheid van bepaalde (groepen) ondernemingen als beoordelingsmethode.²¹ Eveneens wordt ongelijke behandeling van ondernemingen beoordeeld op basis van doelstellingen en uitwerkingen van overheidsmaatregelen op het economisch effect op de interne markt.²² Vervolgens kan een *prima facie* beperking (een voordeel dat (potentieel) de mededinging beperkt en het handelsverkeer beïnvloedt) objectief gerechtvaardigd worden.

Deze ontwikkeling zorgt voor praktische moeilijkheden voor een effectieve en uniforme toepassing van het materiële selectiviteitsbegrip op het niveau van de lidstaten. De overheden van de lidstaten, en nationale rechters die in een geschil de beleidskeuzes van de overheid op verzoek van derden toetsen op rechtmatigheid, moeten oppassen dat zij bij de beoordeling van objectieve rechtvaardigingen niet in de exclusieve bevoegdheid van de Commissie treden inzake de verenigbaarheidsbeoordeling van steunmaatregelen.

Bij de toekenning van steun is het in de eerste plaats de (nationale) overheid die in de uitoefening van een wetgevende of regelgevende functie een rechtskader toepasselijk op bepaalde producties of ondernemingen vanwege een bepaald beleidsbelang vaststelt. Dat vereist een *ex ante* beoordeling op materiële selectiviteit en mogelijke toepasselijke objectieve rechtvaardigingen. Overheden dienen daarbij in de eerste plaats te motiveren waarom bepaalde selectieve maatregelen niettemin objectief gerechtvaardigd zijn en bijgevolg niet als onrechtmatige staatssteun zouden kwalificeren. Nationale autoriteiten dienen aldus bepaalde belangen effectief af te wegen. De praktische moeilijkheid is dat de overheid als wetgever/regelgever zowel doelstellingen als effecten van de maatregel tegen elkaar af moet wegen. Als geschillen met derden over de toepassing van materiële selectiviteit ontstaan, moet deze belangenafweging door nationale autoriteiten verdedigbaar zijn ten overstaande van zowel de nationale rechter in een nationale procedure, alsook ten opzichte van de Commissie (bij een daardoor ingestelde onderzoeksprocedure). Bovendien geldt voor de overheden van de lidstaten dat deze inhoudelijke belangenafweging geen

20 Zie de conclusie van A-G Bobek van 30 juni 2016 voor C-270/15 P, *België t Commissie (BSE)*, randnummer 101. Zie bijvoorbeeld Besluit van de Commissie, 26 oktober 2017, SA.44896, *Britse winstbelastingvrijstelling voor multinationals*, PbEU C/400/2017, randnummers 35, 84, 95, 118.

21 Zie Szudocky 2016, p. 357-380. Zie Biondi 2017, p. 34.

22 Met het "economisch verkeer" wordt bedoeld de mededinging in de lidstaat en het interstatelijke handelsverkeer. Zie HvJ EU, 19 februari 2002, C-309/99, *Wouters t NOVA*, r.o. 57. Zie ook HvJ EU, 16 juli 2015, C-379/14, *TOP Logistics t Bacardi*, r.o. 43.

betrekking mag hebben op de verenigbaarheid van bepaalde belangen met de interne markt, maar enkel op de vraag of er sprake is van staatssteun.²³

De algemene belangenafweging die nationale autoriteiten volgens de materiële selectiviteitstoepassing mogen maken, kunnen door de Commissie *ex post* – naar aanleiding van een klacht – of *ex officio* – gecontroleerd worden door de Commissie. De Commissie houdt in dat geval rekening met de autonomie die lidstaten hebben om horizontaal fiscaal-economisch beleid te maken.²⁴ De Commissie dient daarbij de rechtspraak rond materiële selectiviteit van het Hof te respecteren.²⁵

Indien daarentegen de nationale overheid van mening is dat van onrechtmatige steunverlening geen sprake is en geen procedure voor melding of vrijstelling heeft verricht, bestaat niettemin nog steeds de mogelijkheid dat een concurrerende onderneming of andere belanghebbende de nationale rechter vraagt om de onrechtmatigheid van de steun te doen vaststellen.²⁶ Zowel in een civielrechtelijke procedure als in een bestuursrechtelijke procedure zal de rechter zich lijdelijk opstellen bij het controleren van de (individuele) uitvoering van *prima facie* algemeen toepasselijke steunmaatregelen.²⁷ Hoewel de nationale rechter niet uit eigen beweging mag vaststellen dat een maatregel als staatssteun kwalificeert, is het niet volledig uitgesloten dat die rechter het bestaan van objectieve rechtvaardigingen onderzoekt.²⁸ Vanuit de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3 VWEU bezien, kan de nationale rechter wel door één der procespartijen gevraagd worden om een uitspraak te doen over de vraag of de uitvoering van een algemeen toepasselijke steunmaatregel bepaalde ondernemingen – die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden – bevoordeelt. Als gevolg hiervan zou de rechter dus gevraagd kunnen worden over de toelaatbaarheid en rechtmatigheid van de objectieve rechtvaardiging te oordelen. Zoals de volgende paragrafen uiteenzetten, lijkt het Hof die mogelijkheid niet uit te sluiten, waardoor de nationale rechter meer zou kunnen doen dan

23 Zie HvJ EU, 2 mei 2019, C-598/17, *A-fonds*, r. o. 46.

24 Zie artikel 12 van Verordening 2015/1589/EU, *PbEU* (2015) (hierna: “Procedureverordening”). Het is ook mogelijk dat-naar aanleiding van een melding (voor rechtszekerheid) de Commissie dit *ex ante* onderzoekt volgens hoofdstuk II van de Procedureverordening, in het geval van een melding voor rechtszekerheid op grond van artikel 108, lid 3 VWEU. Zie Loewenthal & Ziegler 2021, p. 1053-1059.

25 Bartosch 2021, p. 153-162.

26 Van Herwijnen 2015, p. 225-231.

27 Metselaar 2017, p.15, 234, 246-247, 288, 310-311, 341.

28 Zie Onderzoeksrapport Commissie, *Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts*, Final study, European Union, 2019 (te vinden op <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf>), p.84. Zie onder meer landenrapporten Spanje en Oostenrijk.

traditioneel van hem verwacht wordt.²⁹ Daarbij zal de nationale rechter de discretionaire bevoegdheid van de overheid bij deze beoordeling in acht moeten nemen.³⁰

Het is daarom nuttig de rechtspraak van het Hof van Justitie opnieuw voor het voetlicht te plaatsen en aan te geven hoe materiële selectiviteit en objectieve rechtvaardigingen uitgevoerd en beoordeeld dienen te worden. Uit de analyse van dit hoofdstuk zal volgen dat het Hof ruimte geeft aan objectieve rechtvaardigingen, maar dat de uitwerking in de praktijk (daarvan) moeilijk – tot onmogelijk – blijkt. Hoewel daarbij gesteld wordt dat de rechtspraak van het Hof te weinig richtinggevend zou zijn, is het evenwel nodig een belangrijke kanttekening te maken dat de rechtspraak van het Hof tot stand komt in het kader van procedures voor de Commissie of in het licht van prejudiciële vragen. Het Hof komt er vanzelfsprekend niet tussen – en kan dat ook niet binnen het bestaande Unierechtelijke kader – wanneer wet- of regelgevers maatregelen nemen die zij als objectief gerechtvaardigd beschouwen.³¹ Het is evenwel net in dat stadium dat deze wet- en regelgevers aandacht zullen besteden aan de rechtspraak van het Hof inzake objectieve rechtvaardigingen om te beoordelen of een maatregel al dan niet aangemeld dient te worden. De nationale rechter die met een dergelijke vraag van onrechtmatige staatssteun geconfronteerd wordt, zal dezelfde analyse dienen te maken.³² Daarom is de nationale rechter erbij geholpen dat er in de rechtspraak van het Hof van Justitie een omlijdend kader bestaat, dat verheldert onder welke rechtvaardigingen (en onder welke omstandigheden) bepaalde regelingen van het staatssteunbegrip mogen worden uitgesloten.

De vraag kan daarbij terecht gesteld worden of de rechtspraak van het Hof wel voldoende als leidraad kan worden beschouwd. Aangezien het Hof

29 Zie paragraaf 3.2.1 en de analyse van het arrest *Tribunal Supremo*, 26 september 2018, *ANGED*, STS 3358/2018-ECLI:ES:TS:2018:3358, p. 9-10. Zie Commissie, *Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts*, Final study, European Union, 2019 (<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf>); Annex-3 landenrapport Spanje zaak ES4.

30 Donzelli 2020, p.215; Van den Brink & Den Ouden 2020, p.289; Kreuschitz & Bermejo 2017; Nicolaidis 2014, p. 409; Gilliams, 2016, p. 1188-1196.

31 Curtin & Weimer 2018, p. 392-393, 398-399.

32 Met dien verstande dat (vanuit de procedurele autonomie bezien) de nationale rechter-in tegenstelling tot een Bestuursorgaan – niet verplicht is, noch vanuit bestuursrechtelijk optiek gezien bevoegd is, om een melding te verrichten. Het Hof heeft in het arrest *DEI v Commissie* overigens eenmalig een dergelijke verplichting opgelegd aan een nationale rechter. Zie HvJ EU, 26 oktober 2016, zaak 590/14 P (*DEI v Commissie*), r.o. 103-108. Zie ook Nicolaidis 2016. Zie HvJ EU, 12 januari 2023, gevoegde zaken C-702/20 en C-17/21, *Dobeles Hes*, r.o 66.

geen *erga omnes* regels vaststelt, lijkt dat op het eerste gezicht moeilijk.³³ Voor de nationale rechter die met vragen geconfronteerd wordt, bestaat bovendien immers steeds de mogelijkheid of verplichting een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof in dat verband.³⁴ Dit hoofdstuk beargumenteert niettemin dat een begin van leidraad uit de rechtspraak afgeleid kan worden. Die leidraad is evenwel beperkt en plaatst daardoor de nationale rechter in een moeilijke positie wanneer de vraag naar objectieve rechtvaardigingen binnen de materiële selectiviteitstoetsing aan de orde komt.³⁵ Om overlapping met de bevoegdheden van de Commissie te vermijden, lijkt het mijns inziens nodig dat deze laatste de zaken scherper stelt door middel van richtsnoeren, waarbij het Hof vervolgens in voortschrijdende rechtspraak meer verfijningen kan aanreiken.

Om bouwstenen te kunnen bieden voor dergelijke richtsnoeren analyseert dit hoofdstuk de rechtspraak van het Hof over de materiële selectiviteitstoepassing en wordt onderzocht hoe objectieve rechtvaardigingen (als afwijking op het gelijkheidsbeginsel) in de verbodsfase van artikel 107, lid 1 VWEU vorm worden gegeven door het Hof. De centrale vraag in dit hoofdstuk luidt dan ook: Hoe structureert het bestaan van objectieve rechtvaardigingen op het gelijkheidsbeginsel de materiële selectiviteitstoepassing en in welke mate laat dit de lidstaten toe een materiële belangenafweging te maken in de verbodsfase van het staatssteunrecht? Op basis van het beantwoorden van die vraag, kunnen vervolgens moeilijkheden en knelpunten

33 De rol van het Hof in een prejudiciële procedure is er op gericht “de nationale rechter duidelijkheid te verschaffen over de strekking van de relevante bepalingen van het Unierecht, zodat hij die op de juiste wijze kan toepassen op de hem voorgelegde feiten. Het is niet de taak van het Hof om die regels zelf toe te passen, temeer omdat het niet altijd over alle daartoe noodzakelijke gegevens beschikt. Het is in dat verband vaste rechtspraak van het Hof dat de nationale rechters bevoegd zijn om het begrip „staatssteun” toe te passen en dat het hun taak is om in een bij hen aanhangig geding na te gaan of aan de in artikel 107, lid 1, VWEU vastgestelde voorwaarden is voldaan. Die taakverdeling tussen het Hof en de nationale rechters is van essentieel belang. Dat geldt des te meer in een zaak waar het nationale kader dat van toepassing is in het feitelijke hoofdgeding vrij complex is en verscheidene maatregelen inhoudt die, minstens potentieel, relevant kunnen zijn voor de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Voor die aspecten is het dus de nationale rechter die uiteindelijk uitspraak zal moeten doen, met behulp van het advies dat het Hof zal verstrekken over de betekenis en reikwijdte van artikel 107, lid 1, VWEU. Zie conclusie A-G Wahl van 17 januari 2019 voor zaak C-706/17, *Achmea t VEKK*, randnummers 16 en 17). Zie ook De Cock, 2023, p. 449-451, 472.

34 Zie Pastor-Merchante & Monti 2020, p. 121-141. Kreuzschitz & Bermejo 2017, p. 221-253. Grespen & Pelin 2016, p. 1489-1566; Zie ook Ottervanger & Aalbers 2018, p. 801-803.

35 Deze moeilijkheid vindt zijn oorsprong in de objectiviteit van het begrip “staatssteun”, dat volgens het Hof “onafhankelijk is van de onderliggende motieven van een maatregel”. Zo oordeelde het Hof in HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *Commissie t Fútbol Club Barcelona* dat: “De met staatsmaatregelen nagestreefde doelen en de rechtvaardiging ervan hebben geen gevolgen voor de kwalificatie van staatssteun. Artikel 107, lid 1 VWEU maakt immers geen onderscheid naar de redenen of doeleinden van de maatregelen van de staten, maar ziet op hun gevolgen.” Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *Commissie t Fútbol Club Barcelona*, r.o. 61.

inzake de belangenafweging in de materiële selectiviteitstest scherper gesteld worden.

Daartoe wordt in paragraaf 2 de werking van de selectiviteitstoepassing en het leerstuk van de objectieve rechtvaardiging uiteengezet. Paragraaf 2.1 introduceert de zogeheten “drietrappstest” voor materiële selectiviteit van het Hof. Vervolgens wordt de materiële selectiviteitstoepassing op basis van een chronologisch overzicht van de rechtspraak van het Hof omschreven in paragraaf 2.3. In paragraaf 3 wordt vervolgens de werking van de leerstukken “dwingende redenen” en “legitieme belangen” uit het interne marktrecht vergeleken met de toepassing objectieve rechtvaardigingen doorheen materiële selectiviteitstoepassing door het Hof. Paragraaf 4 geeft een conclusie op de onderzoeksvraag en komt met aanbevelingen voor de Commissie – en indirect voor het Hof – om de plaats van objectieve rechtvaardigingen binnen de materiële selectiviteitsanalyse scherper te stellen.

2 DE MATERIËLE SELECTIVITEITSTOEPASSING

2.1 De drietrappstest voor materiële selectiviteit

Het selectiviteitsbegrip vormt een integrale en onmisbare voorwaarde van het begrip staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU. Deze voorwaarde is van toepassing wanneer een nationale maatregel bepaalde ondernemingen, of bepaalde producties, potentieel begunstigt.³⁶ In het geval van individuele steun, bijvoorbeeld een subsidie, kan de Commissie of de nationale rechter zonder een diepgaande analyse besluiten dat er sprake is van *de facto* selectiviteit.³⁷

Dit is echter anders als er sprake is van maatregelen van algemene strekking die een voordeel inhouden. In beginsel vallen algemene maatregelen van economisch of fiscaal beleid, die *a priori* beschikbaar zijn voor alle ondernemingen op een afgebakend autonoom grondgebied in een lidstaat, buiten het selectiviteitsbegrip.³⁸ Echter, wanneer een algemene maatregel een voordeel van algemene strekking toekent, dat op het eerste oog enkel ten goede komt aan bepaalde ondernemingen of bepaalde sectoren, dan kan de Commissie of de nationale rechter wel gehouden zijn te controleren of er sprake is van selectiviteit.³⁹ In dat geval is er volgens het Hof sprake van een *prima*

36 HvJ EU, 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *World Duty Free*, r.o. 54.

37 HvJ EU, 30 november 2016, C-270/15 P, *België t Commissie (BSE)*, r.o. 49-50.

38 Zie bijvoorbeeld HvJ EU, 26 April 2018, C-233/16, *ANGED t Catalonië*.

39 HvJ EU, 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *World Duty Free*, r.o. 55.

facie selectief voordeel.⁴⁰ Om na te gaan of er sprake is van selectiviteit moet de (potentiële) uitwerking van een schijnbaar neutraal geformuleerde algemene rechtsregel beoordeeld worden.⁴¹ In dat geval moet worden nagaan of deze rechtsregel materieel selectief is; dat wil zeggen dat gelijksoortige ondernemingen in “een vergelijkbare situatie een verschillende behandeling krijgen die in wezen discriminerend is.”⁴² Hiertoe heeft het Hof in de rechtspraak een drietrappstest ontwikkeld.⁴³

Het gaat hier om de volgende stappen:

- 1) het vaststellen van het “algemene” of “normale” referentiestelsel;
- 2) het vaststellen van een eventuele afwijking op dit referentiestelsel, en;
- 3) de controle op de aanwezigheid van een objectieve rechtvaardiging voor een dergelijke afwijking.⁴⁴

De materiële selectiviteitstoepassing houdt dus allereerst in dat de algemeen toepasselijke rechtsregel moet worden vastgesteld.⁴⁵ Deze rechtsregel wordt “het normale referentiestelsel” genoemd door het Hof. Dit algemene rechtskader moet een legitiem belang dienen dat zonder onderscheid van toepassing is op elke marktdeelnemer binnen een autonoom grondgebied. Dat kan het gehele grondgebied van een lidstaat zijn, maar ook het grondgebied van een (regionale) overheid die krachtens nationaal recht een autonome bevoegdheid heeft om algemeen economisch, fiscaal of sociaal beleid op te stellen.⁴⁶

Vervolgens moet onderzocht worden of er een afwijking bestaat op deze algemene rechtsregel en of deze afwijking een onderscheid maakt tussen ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden (hierna: de vergelijkingstest). Dit is de tweede stap. In het geval van afwijking is er sprake van een *prima facie* voordeel. Wanneer een afwijkende maatregel onderscheid maakt naar nationaliteit is deze discriminatoir. Er sprake van *indirecte* discriminatie wanneer een ogenschijnlijk neutrale maatregel vergelijkbare buitenlandse en binnenlandse ondernemingen

40 HvJ EU, 25 juli 2018, C-128/16 P, *Commissie t Bankia*, r.o. 37, 58, 69.

41 HvJ EU, 28 juni 2018, C-203/16, *Andres*, r.o. 85-92; HvJ EU, 25 juli 2018, C-128/16 P, *Commissie t Bankia*, r.o. 36-37.

42 HvJ EU, 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *World Duty Free*, r.o. 54; HvJ EU, 8 september, C-78/08, 2011, *Paint Graphos*, r.o. 68; HvJ EU, 28 juli 2011, C-403/10 P, *Mediaset*, r.o. 54-56.

43 Zie Lombeert 2017-3/4, p. 107; Van Midden, 2017, p. 204-210.

44 Maccanico, 2012, p. 443-448.

45 HvJ EU, 15 november 2011, gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P, *Gibraltar*, r.o. 74, 94-96; HvJ EU, 28 juni 2018, C-203/16, *Andres*, r.o. 80, 88, 92.

46 HvJ EU, 26 april 2018, gevoegde zaken C-233/16 en C-234/16 & C-236/16 en C-237/16, *ANGED t Commissie*, r.o. 41; Zie HvJ EG, C-88/03, 6 september 2006, *Azoren*, r.o. 58.

verschillend behandelt.⁴⁷ Tot slot kan er ook sprake zijn van een maatregel die in de praktijk hetzelfde effect heeft als discriminatie.⁴⁸ Er is in dat geval sprake van een belemmering, drempel of een of beïnvloeding van gedrag of keuzebeperking die economische verkeersactiviteiten minder aantrekkelijk maakt voor buitenlandse aanbieders.⁴⁹

Het is belangrijk te vermelden dat het begrip non-discriminatie, of een belemmering van gelijke werking, binnen de selectiviteitstoepassing breder moet worden uitgelegd dan beperkingen in de concurrentieverhoudingen tussen binnenlandse en buitenlandse ondernemingen. Uit de rechtspraak van het Hof valt op te maken dat alle ondernemingen op een bepaald territorium gelijk behandeld moeten worden.⁵⁰ Een ongelijke behandeling van vergelijkbare ondernemingen binnen een autonoom territorium is daarom de benchmark voor selectiviteit. Een ongelijke behandeling binnen een lidstaat (of autonome deelstaat) leidt vervolgens tot een *prima facie* selectief voordeel, ook als er hoofdzakelijk ondernemingen van één nationaliteit betrokken zijn.⁵¹ Een ongelijke behandeling van ondernemingen geldt als een voorkeursbehandeling die als doel heeft de mededingingsvoorwaarden te beïnvloeden, terwijl algemene regulering van economische activiteiten juist volgens het Hof gelijke voorwaarden voor het aanbieden van goederen en diensten moet bieden.⁵²

Als er echter sprake is van een verschillende behandeling tussen marktdeelnemers die objectief gerechtvaardigd kan worden, is de maatregel

47 Zie ook conclusie A-G Wahl, 6 februari 2019, C-591/17, *Oostenrijk t Duitsland*, randnummer 42.

48 Zie Tobler 2018, p. 1025, 1031; Zie ook Bell 2011, p. 611-639.

49 Zie HvJ EU, 18 juni 2019, C-591/17 *Oostenrijk t Duitsland*, r.o. 42 en conclusie A-G Wahl, 6 februari 2019 bij C-591/17 *Oostenrijk t Duitsland*, randnummers 42-44.

50 Hancher 2021, p. 86-87, 81-82.

51 *Ibid.*, p. 86-88.

52 HvJ EU, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse*; Zie ook de conclusie van A-G Maduro van 12 januari 2006 voor zaak C-237/04, *Enirisorse*, randnummers 44, 52. Uit dit arrest valt op te maken dat vervulling van de voorwaarden voor "materiële selectiviteit" gelijkstaat aan doelgerichte sturing van marktgedrag door de overheid ten aanzien van het verrichten van bepaalde economische activiteiten. Sturend gedrag door de overheid wijkt af van het algemene geordende rechtskader. Mortelmans omschrijft sturend gedrag als resultaatgericht op de uitkomsten van bestaande marktverhoudingen. De overheid wil ingrijpen in deze verhoudingen om een bepaald algemeen belang door marktpartijen te laten verrichten. Met sturende maatregelen, zoals subsidies en compensatieregelingen, corrigeert de overheid de werking van normale marktvoorwaarden. In welke mate een correctie op normale marktvoorwaarden het economisch verkeer beperkt, hangt af van de strekking en de gevolgen van sturend beleid. Indien een overheidsmaatregel als doel of gevolg heeft dat slechts bepaalde ondernemingen niet onder normale marktvoorwaarden hoeven te opereren, dan zijn sturende maatregelen *prima facie* in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Indien er geen objectieve rechtvaardiging openstaat dan is er sprake van een selectieve beïnvloeding van bepaalde ondernemingen. Zie Mortelmans 1989, p. 240-252.

niet selectief.⁵³ Het inroepen van een objectieve rechtvaardiging betreft de derde en laatste stap. Deze objectieve rechtvaardiging moet volgens het Hof berusten op een expliciet en inherent legitiem belang, dat intrinsiek is aan de aard en de interne logica van het normale referentiestelsel.⁵⁴ Het Hof heeft duidelijk gemaakt dat het staatssteunbegrip zich namelijk niet uitstrekt tot maatregelen die differentiëren tussen ondernemingen die zich, gelet op het doel van de gewone of normale rechtsregeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.⁵⁵ Daarom kan een lidstaat een afwijkende maatregel in de derde fase rechtvaardigen, op basis van de inherente aard en de opzet van het algemene rechtskader (lees: het normale referentiestelsel).⁵⁶ Het beoordelen van een objectieve rechtvaardiging is in beginsel een ingewikkelde aangelegenheid, omdat het Unierecht geen definities geeft over de begrippen “vergelijkbaarheid” en “objectieve rechtvaardiging”.⁵⁷ De invulling van deze begrippen is altijd afhankelijk van de legitieme belangen die opgenomen zijn in het nationale rechtskader.

2.2 Een overzicht van de doorwerking van het beginsel van gelijke behandeling in de selectiviteitstoepassing

2.2.1 De effectbenadering van de materiële selectiviteitstoepassing

De materiële selectiviteitstest is ontwikkeld door het Hof van Justitie ter verfijning van het staatssteunbegrip.⁵⁸ Niet alleen subsidies, maar ook maatregelen met een algemene strekking, zoals investeringsbeleid en belastingvoordelen, kunnen namelijk de mededinging en het handelsverkeer vervalsen.⁵⁹ Omdat het Hof steeds vaker te maken kreeg met *prima facie* selectieve voordelen van een algemene strekking heeft het Hof de conceptuele materiële selectiviteitstoepassing ontwikkeld, bewaakt en onderhouden.

Het standaardarrest voor het beoordelen van *a priori* selectiviteit is *Adria Wien*.⁶⁰ In deze uitspraak moest het Hof beoordelen of een restitutiestelsel voor aardgasheffingen, bestemd voor goederenproducenten, als een selectief voordeel kon worden aangemerkt. Oostenrijk voerde aan dat het staatssteunverbod niet van toepassing was, omdat de restitutie gerechtvaardigd zou zijn door de omstandigheid dat goederenproducenten zwaarder

53 HvJ EU, 19 december 2018, C-374/17, *A-Brauerei*, r.o. 36 en 44.

54 HvJ EU, 8 september 2011, C-78/08, *Paint Graphos*, r.o. 69 en 73. HvJ EU, 16 maart 2021, C-596/19 P, *Commissie t Hongarije (Hongaarse advertentiebelasting)*, r.o. 50.

55 HvJ EU, 28 juni 2018, C-203/16, *Andres*, r.o. 87.

56 HvJ EG, 22 december 2008, C-487/06, *British Aggregates*, r.o. 63 en 76.

57 Zie Bell 2011, p. 611-639.

58 Maccanico 2009, p. 63-72; Bartosch 2020, p. 153-161; Hancher 2021, p. 78-80.

59 HvJ EG, 2 februari 1988, C-67/85, *Van der Kooy*.

60 HvJ EG, 8 november 2001, C-143/99, *Adria-Wien*.

getroffen werden dan andere ondernemingen.⁶¹ Bovendien zou een onderliggend algemeen belang – namelijk milieubescherming – de maatregel rechtvaardigden.⁶²

Als vertrekpunt merkte het Hof op dat de nationale rechter alles in het werk moet stellen om te voorkomen dat algemene maatregelen de mededinging op de interne markt vervalsen.⁶³ Deze controle is nadrukkelijk begrensd, omdat hij zich niet mag uitspreken over de verenigbaarheid van de steunmaatregelen, aangezien dit een exclusieve bevoegdheid van de Commissie is. Echter, het Hof voegde hieraan toe dat het staatssteunverbod absoluut, noch onvoorwaardelijk is.⁶⁴ Daarom is een afwijking van het verbod omwille van milieubescherming volgens het Hof mogelijk, zolang dit gebeurt op basis van het Verdrag, en bovendien op grond van een verenigbaarheidsverklaring door de Commissie.⁶⁵

Met deze duidelijke scheidslijn voor ogen controleerde het Hof of er sprake was van een *prima facie* selectief voordeel. Het Hof oordeelde dat de restituties voor goederenproducenten onderdeel uitmaakten van het algemene stelsel van energieheffingen. Het leveren van energie tegen preferentiële voorwaarden kan volgens het Hof een steunmaatregel vormen.⁶⁶ Dat de restitutie – als afwijkende maatregel – een groot aantal ondernemingen als begunstigden had, deed volgens het Hof niets af aan het selectieve karakter van de maatregel. Vervolgens ging het Hof na of de bijzondere maatregel gerechtvaardigd was door de aard en opzet van het algemene stelsel. Het Hof stelde vast dat milieu weliswaar een objectieve doelstelling kan zijn, maar dat de restitutie niet door de aard en opzet van de algemene regeling werd gerechtvaardigd. Het Hof kwam tot deze slotsom door het gebruik van elektriciteit ten opzichte van aardgas te vergelijken. Omdat volgens het Hof allebei deze energiebronnen milieuvervuilend zijn, kon het restitutiestelsel niet een geschikte maatregel vormen om het beoogde doel (milieubescherming) te bereiken. Eveneens oordeelde het Hof dat de maatregel onderscheid maakte tussen ondernemingen in de goederensector enerzijds, en de dienstensector anderzijds. Daarom was er volgens het Hof sprake van een selectieve maatregel die gericht was op het vergroten van het concurrentievermogen van goederenproducenten.

De uitspraak van het Hof in *Adria Wien* is bevestigd in het *British Aggregates*-arrest. Die zaak draaide om de vraag of een Britse heffing over aggregaten selectief was. Het Gerecht had in eerste aanleg besloten dat de heffing niet

61 HvJ EG, 8 november 2001, C-143/99, *Adria-Wien*, r.o. 44.

62 *Idem*, r.o. 51.

63 *Idem*, r.o. 22.

64 HvJ EG, 8 november 2001, C-143/99, *Adria-Wien*, r.o. 30.

65 *Idem*, r.o. 30-31.

66 *Idem*, r.o. 40, 47.

tot een selectief voordeel leidde.⁶⁷ In hogere voorziening kwam het Hof echter tot een ander oordeel. Op basis van de benadering van het Hof in het arrest *Adria Wien* oordeelde het Hof ook in deze zaak dat een milieuheffing was ingevoerd op specifieke goederen. En hoewel lidstaten de beleidsruimte hebben om met dergelijke maatregelen een objectief en gemeenschappelijk doel (milieubescherming) te coördineren, was er volgens het Hof *in casu* sprake van een *a priori* selectieve maatregel.⁶⁸ Deze beleidsruimte, en het schijnbaar objectieve karakter van de maatregel, volstonden echter niet. Het Hof oordeelde dat het staatssteunverbod de belangenafwegingen van lidstaten op het gebied van milieubescherming begrenst.⁶⁹ *In casu* had het Gerecht toegestaan dat het Verenigd Koninkrijk specifieke doelstellingen van milieubescherming omschreef en dat het vervolgens bepaalde ondernemingen aan een gerichte milieuheffing onderwierp om deze doelstellingen te bereiken.⁷⁰ Het Hof vond deze benadering in strijd met het begrip “selectiviteit” omdat deze benadering “onderscheid maakte tussen marktdeelnemers die zich in een vergelijkbare situatie ten opzichte van het nagestreefde doel bevinden, maar vervolgens niet aan de heffing waren onderworpen.”⁷¹ Het Hof oordeelde namelijk dat de maatregel onderscheid maakte tussen gelijkaardige activiteiten met een vergelijkbare impact op het milieu. Daarmee beoogde de heffing volgens het Hof “het internationale concurrentievermogen van een bepaalde sector veilig te stellen” en kon dit hoofdzakelijk economische belang een verschillende behandeling niet rechtvaardigen.⁷² Dit zou volgens het Hof in strijd zijn met artikel 107, lid 1 VWEU omdat het staatssteunverbod “geen onderscheid maakt naar de redenen of doeleinden, maar ziet op hun gevolgen.”⁷³

Het Hof oordeelde tot slot “dat milieubescherming, hoe legitiem ook, niet rechtvaardigt dat selectieve maatregelen, uitgesloten worden van de werkingssfeer van artikel 107, lid 1 VWEU, omdat met milieudoelstellingen rekening kan worden gehouden bij de toetsing van verenigbaarheid van de staatssteunmaatregel met de gemeenschappelijke markt (op grond van artikel 107, lid 3 VWEU).”⁷⁴

Daags voor de wijzing van bovengenoemde Hofzaak *British Aggregates* gaven de uitspraken van het Gerecht over het vernieuwde belastingstelsel van Gibraltar overigens blijk van een andere benadering ten aanzien van het materiële selectiviteitsbegrip.⁷⁵ Kort en goed werden volgens dit stelsel

67 Gerecht EG, 13 september 2006, T-210/02, *British Aggregates*, r.o. 146, 171-172.

68 HvJ EG, 22 december 2008, C-487/06, *British Aggregates*, r.o. 83.

69 HvJ EG, 22 december 2008, C-487/06, *British Aggregates*, r.o. 86-87.

70 Gerecht EG, 13 september 2006, T-210/02, *British Aggregates*, r.o. 115. Zie Ziegler 2017, p. 377.

71 HvJ EG, 22 december 2008, C-487/06, *British Aggregates*, r.o. 87.

72 *Idem*, r.o. 88.

73 *Idem*, r.o. 85.

74 *Idem*.

75 Zie Maccanico 2009, p. 63-72; Maccanico 2012, p. 443-448.

exclusief ondernemingen belast die winstopbrengsten tussen 0 en 15% behaalden. Na onderzoek besloot de Commissie dat het belastingstelsel selectief van aard was, omdat het effect was dat specifiek offshorebedrijven, zonder enige fysieke aanwezigheid in Gibraltar, werden bevoordeeld.⁷⁶ In de beroepszaken die volgde op dit Commissiebesluit oordeelde het Gerecht vervolgens dat de Commissie de materiële selectiviteitstest verkeerd had toegepast.⁷⁷

In het bijzonder oordeelde het Gerecht dat de Commissie niet had aange-toond dat specifieke belastingposten afwijkingen vormden op het algemene vennootschapsbelastingstelsel in Gibraltar.⁷⁸ Temeer omdat Gibraltar een autonome bevoegdheid heeft om belasting te heffen, oordeelde het Gerecht dat de Commissie, bij de beoordeling van het referentiekader, niet feitelijk mocht beoordelen of er sprake was van ongelijke behandeling tussen offshore-ondernemingen en andere ondernemingen.⁷⁹

In hogere voorziening vernietigde het Hof de uitspraken van het Gerecht. Het Hof oordeelde dat het Gerecht de selectiviteitstoepassing onjuist had toegepast, omdat het te veel gewicht had toegekend aan de fiscale autonomie van Gibraltar. Eveneens vond het Hof dat het Gerecht de fiscale doelstellingen van het algemene belastingstelsel te zwaar had meegewogen in haar uitspraken.⁸⁰ Vervolgens oordeelde het Hof dat het Gerecht het inherent discriminerende karakter van het belastingregime had miskend.⁸¹ Het Hof oordeelde bovenal dat het Gerecht uit het oog was verloren dat niet het doel van een maatregel, maar de effecten doorslaggevend zijn voor de beoordeling van staatssteun.⁸² Hierop heeft het Hof uiteengezet hoe de materiële selectiviteitstoepassing in zijn werk gaat. *In casu* was het vennootschapsbelastingstelsel volgens het Hof inderdaad het normale referentiekader, zoals vastgesteld door de Commissie. Het Hof overwoog vervolgens dat dit belastingstelsel *de facto* selectief was, omdat het offshorebedrijven bevoordeelde.⁸³ Als na de toepassing van de eerste stap van de materiële selectiviteitstoepassing blijkt dat een maatregel *de facto* selectief is, mag de Commissie volgens het Hof eenvoudig vaststellen dat er sprake is van een selectief voordeel.⁸⁴

Met het *Gibraltar*-arrest creëerde het Hof een objectieve toepassingsstan-

76 Besluit van de Commissie 2005/261/EC, 30 maart 2004, *Gibraltar*, PbEU (2005) L 85.

77 Gerecht EG, 18 december 2008, gevoegde zaken T-211/04 en T-215/04, *Gibraltar*, r.o.170-184.

78 *Idem*, r.o. 171.

79 *Idem*, r.o. 174-175.

80 HvJ EU, 15 november 2011, gevoegde zaken C-106/09P en C-107/09 P, *Gibraltar*, r.o. 88.

81 *Idem*, r.o. 101.

82 *Idem*, r.o. 87-88, 95, 98.

83 *Idem*, r.o. 150.

84 *Idem*, *Gibraltar*, r.o. 106-107.

daard voor de materiële selectiviteitstoepassing die nog steeds het fundament vormt van de rechtspraak van het Hof over materiële selectiviteit.⁸⁵ In de literatuur is deze standaard vervolgens omschreven als “de effectbenadering” van het Hof.⁸⁶ Op basis van artikel 107, lid 1, VWEU bepaalt niet het doel, maar het effect of er sprake is van een voordeel dat *prima facie* selectief is. In de rechtspraak heeft deze standaard echter wel “flexibele interpretaties” door het Gerecht moeten doorstaan, die in paragraaf 2.3.2 uiteengezet worden.

2.2.2 *Het causale verband tussen doelstellingen en effecten getoetst aan het beginsel van gelijke behandeling*

De eerste keer dat het Gerecht nadrukkelijk afweek van de standaard uit *Gibraltar* was in de *NOx*-zaak.⁸⁷ Het Gerecht moest controleren of een handelssysteem voor stikstofdioxide-emissies (hierna: *NOx*-emissies) in Nederland tot een selectief voordeel leidde voor grote industriële ondernemingen. Op basis van dit stelsel werden deze ondernemingen verplicht om bij een te hoge *NOx*-uitstoot maatregelen te nemen in de vorm van emissiereductie, ofwel het opkopen van de emissierechten van andere ondernemingen. Omdat ondernemingen, naar gelang hun industrieën, onderworpen werden aan verschillende emissienormen, moest het Gerecht de vraag beantwoorden of deze verschillende behandeling gerechtvaardigd was op basis van de aard en opzet van het systeem.⁸⁸

Het Gerecht oordeelde dat de maatregel tussen ondernemingen differentieerde en daarmee *prima facie* selectief was. Echter, omdat het emissiestelsel klimaatdoeleinden bevatte was het onderscheid tussen ondernemingen met aanzienlijke *NOx*-emissies en de overige ondernemingen volgens het Gerecht gerechtvaardigd op grond van de Uniedoelstelling van milieubescherming *ex* artikel 11 VWEU.⁸⁹

Het Hof vond dat deze uitleg van het Gerecht te veel ruimte toekende aan de doelstellingen van het emissiestelsel. Het Hof herinnerde het Gerecht eraan dat het de selectiviteitstoepassing objectief van aard is en geen ruimte laat voor sectorale belangen.⁹⁰ Het Hof oordeelde in deze zaak dat een specifieke groep van grote industriële ondernemingen, die grensoverschrijdend actief zijn, een voordeel ontving.⁹¹ Met deze uitspraak bevestigde het Hof haar effectbenadering uit *Gibraltar* opnieuw.

85 Hancher 2021, p. 82. Zie Aalbers 2017, p. 496-499.

86 Zie Maccanico 2009, p. 63-72; Maccanico 2012, p. 443-448.

87 Werner & Stoican 2018, p. 101-109.

88 Gerecht EG, 10 april 2008, T-233/04, *Nederland t Commissie (NOx)*.

89 Gerecht EG, 10 april 2008, T-233/04, *Nederland t Commissie (NOx)*, r.o. 88,99.

90 HvJ EU, 8 september 2011, C-279/08 P, *Commissie t Nederland (Nox)*, r.o. 55, 75.

91 HvJ EU, 8 september 2011, C-279/08 P, *Commissie t Nederland (Nox)*, r.o. 65.

Ondanks de duidelijke effect-benadering die het Hof in *Gibraltar* en *NOx* bood, zette het Gerecht in de zaken *Autogrill* en *Banco Santander* wederom een flexibele lijn in.⁹² *Autogrill* en *Banco Santander* kwamen in aanmerking voor een belastingvoordeel volgens de Spaanse vennootschapsbelasting. Dit belastingvoordeel betrof een fiscale afschrijvingspost voor in Spanje gevestigde bedrijven, voor zogeheten “goodwill”-afschrijvingen die zij verwierven bij het verkrijgen van aandelen in buitenlandse deelnemingen.⁹³ De Commissie besloot dat dit voordeel een afwijking was op het vennootschapsbelastingstelsel. Deze belastingregeling zag volgens de Commissie niet op zuiver fiscale redenen, maar beoogde de kapitaaluitvoer uit Spanje te bevorderen, om zo de buitenlandse concurrentiepositie van Spaanse ondernemingen te verbeteren.⁹⁴ De Commissie kwam vervolgens tot het besluit dat er sprake was van een selectief belastingvoordeel omdat het effect was dat vooral Spaanse bedrijven, met buitenlandse deelnemingen, hiervan zouden profiteren. Omdat de regeling volgens de Commissie ondernemingen *met* buitenlandse deelnemingen en ondernemingen *z nder* buitenlandse deelnemingen ongelijk behandelde, besloot de Commissie dat de maatregel *prima facie* selectief was. Eveneens stond er volgens de Commissie geen enkele rechtvaardiging open, nu er sprake was van discriminatie. Hierop besloot de Commissie om de maatregel als onverenigbare staatssteun te verklaren.⁹⁵

In beroep voor het Gerecht hebben *Autogrill* en *Banco Santander* vervolgens aangevoerd dat de maatregel niet selectief was omdat de belastingregeling openstond voor alle belastingplichtige bedrijven in Spanje. Het Gerecht oordeelde ten aanzien van dit punt dat de Commissie niet een duidelijk referentiekader had vastgesteld.⁹⁶ Bovendien oordeelde het Gerecht dat de maatregel slechts van toepassing was op bepaalde economische transacties (namelijk deelnemingen in financiële activa) en niet op bepaalde ondernemingen.⁹⁷ Hierbij overwoog het Gerecht dat elke marktdeelnemer in Spanje een dergelijke transactie kon verrichten en daarmee *a priori* van toepassing was op elke in Spanje gevestigde onderneming. Zodoende vond het Gerecht dat er geen sprake was van ongelijke behandeling tussen ondernemingen.⁹⁸

92 Gerecht EU, 15 november 2014, T-219/10, *Autogrill t Commissie*, r.o. 53; Gerecht EU, 2014, T-399/11 *Banco Santander t Commissie*, r.o. 67, 72, 75-81 en 86-88.

93 Goodwill is het boekhoudkundige verschil tussen de kosten van overname en de marktwaarde van activa van verworven deelnemingen in ondernemingen. Zie Gerecht EU, 15 november 2018, T-399/11, *Banco Santander*, r.o. 65.

94 Gerecht EU, 15 november 2014, T-219/10, *Autogrill t Commissie*, r.o. 50, 69

95 Besluit van de Commissie, 26 november 2011, Steunmaatregel SA.22309, *Belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de vererving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen*, PbEU 2011, paragrafen A. en F.

96 Gerecht EU, 7 november 2014, T-219/10, *Autogrill España t Commissie*, r.o. 52-53, 61-63. Gerecht EU, 15 november 2014, T-399/11 *Banco Santander t Commissie*, r.o. 55-56, 65-55.

97 Gerecht EU, 7 november 2014, T-219/10, *Autogrill t Commissie*, r.o. 53; Gerecht EU, 15 november 2014, T-399/11 *Banco Santander t Commissie*, r.o. 57.

98 Gerecht EU, 15 november 2014, T-219/10, *Autogrill t Commissie*, r.o. 32,43-44, 81-84.

Daarenboven besloot het Gerecht dat de Commissie niet had aangetoond dat de categorie Spaanse ondernemingen, die ook in het buitenland belastingplichtig zijn, profiteerden van de maatregel in vergelijking tot ondernemingen die alleen in Spanje belastingplichtig waren. Hierop besloot het Gerecht dat de Commissie niet bewezen had dat de regeling selectieve uitwerkingen had en vernietigde de Commissiebesluiten.⁹⁹

De Commissie stelde hierop een hogere voorziening in tegen de twee uitspraken van het Gerecht.¹⁰⁰ In de aanloop naar de wijzing van het arrest *World Duty Free* kreeg het Hof hierop de kans om de toepassing van de materiële selectiviteit te concretiseren en te uniformeren.

Omdat verschillende commentatoren de uitspraken van het Gerecht in *Autogrill* en *Banco Santander* uit 2014 al huldigen als “een noodzakelijke vereenvoudiging van het begrip staatssteun” was het zaak dat het Hof op korte termijn duidelijkheid zou scheppen, om te voorkomen dat er uiteenlopende interpretaties ontstonden over het begrip materiële selectiviteit.¹⁰¹ Vooruitlopend op haar uiteindelijke uitspraak in de zaak *World Duty Free* heeft het Hof in reeds eerder aanhangige geschillen verduidelijkt dat de belangrijkste doelstelling van de materiële selectiviteitstoepassing de gelijke behandeling van ondernemingen in gelijke gevallen is. Voorafgaand aan de analyse van het Hof in het arrest *World Duty Free* is het relevant om uiteen te zetten welke exercities het Hof heeft doorlopen om tot deze verduidelijking te komen.

Gedurende de referentieperiode hebben de A-G's Wathelet, Wahl en Bobek de gelijke behandelingsdoelstelling verduidelijkt. In het bijzonder de conclusie van A-G Bobek in *België t Commissie* (hierna: *BSE*) vat de kern goed samen. Volgens A-G Bobek heeft het gelaagde begrip selectiviteit als kern een non-discriminatie-test.¹⁰² In dat begrip ligt volgens hem “het Unierechtelijk begrip van vergelijkbaarheid verborgen.”¹⁰³ Op grond van drie factoren bood A-G Bobek het Hof een nadere leidraad voor het beoordelen van de mate van vergelijkbaarheid tussen ondernemingen:

- i) de afbakening van het wettelijk toepassingskader;
- ii) de doelstellingen en materiële bepalingen van dat kader en;
- iii) de mate van vergelijkbaarheid van ondernemingen die onder dat kader vallen.

99 Gerecht EU, 7 november 2014, T-219/10, *Autogrill t Commissie*, r.o. 68-77; Gerecht EU, 15 november 2014, T-399/11 *Banco Santander t Commissie*, r.o. 83-87.

100 Tijdens deze procedure handelde *World Duty Free* als rechtsoptolger van *Autogrill*.

101 Zie Jaeger 2015, p. 353-354; Zie Lang 2015, p.763-768; Stavicky 2015, p. 332.

102 Conclusie van A-G Bobek van 21 april 2016 voor zaak C-270/15 P, *België t Commissie* (*BSE*), randnummers 28-30.

103 *Idem*, randnummer 29-37.

Ten eerste moet gekeken worden of categorieën ondernemingen onder hetzelfde wettelijke toepassingskader vallen. Vervolgens moet gekeken worden of zij, op basis van de doelstellingen van dit toepassingskader, dezelfde verplichtingen en lasten hebben opgelegd gekregen. En tot slot kan volgens A-G Bobek onderzocht worden of de producten en diensten van deze ondernemingen substitueerbaar zijn. Zo wordt de mate van vergelijkbaarheid “onderbouwd door het begrip van verstoring van de mededinging binnen de relevante markt.”¹⁰⁴ Op basis van deze controle-elementen kan het “rechterlijke toezicht in de Unie doeltreffend toezicht uitoefenen” door allereerst na te gaan wat het algemeen toepasselijke referentiestelsel is, vervolgens na te gaan of afwijkingen op dit stelsel gelijksoortige ondernemingen gelijk behandelt en tot slot te beoordelen of een dergelijke afwijking legitiem is en berust op de aard en opzet van het algemene stelsel.¹⁰⁵ Bij deze laatste stap moet de nationale rechter of de Commissie beoordelen of de ingeroepen rechtvaardigheidsgrond “inherent is aan de wezenlijke beginselen van het algemene stelsel en voorts in overeenstemming is met de beginselen van coherentie en evenredigheid.”¹⁰⁶

In het *BSE*-arrest paste het Hof het beginsel van gelijke behandeling vervolgens duidelijk toe op basis van de bovenstaande uitleg.¹⁰⁷ Het Hof ging evenwel niet zover mee in de conclusie van A-G Bobek om te controleren of er sprake was van substitutie.¹⁰⁸ Het Hof volstond met de vaststelling dat ondernemingen die vergelijkbare wettelijke verplichtingen hadden, *in casu* het uitvoeren van BSE-controles, ongelijk behandeld werden.¹⁰⁹ Daarbij was het *BSE*-arrest slechts één van de vele arresten in de rechtspraak voorafgaand aan *World Duty Free* waaruit volgde dat het Hof het beginsel van gelijke behandeling gelijkstelt aan de materiële selectiviteitstoepassing. In het arrest *MOL t Commissie* oordeelde het Hof dat binnen de materiële selectiviteitstoepassing het beginsel van gelijke behandeling de beleidsruimte van de lidstaten begrenst op het gebied van industriebeleid.¹¹⁰ In het arrest *Eventech* moest het Hof twee concurrerende categorieën marktdeelnemers, Londense taxi's en minicabs, vergelijken om te beoordelen op het Londense busbeleid op een niet-discriminerende wijze werd toegepast (zie ook paragraaf 3.3.2).¹¹¹

104 Conclusie van A-G Bobek van 21 april 2016 voor zaak C-270/15 P, *België t Commissie (BSE)*, randnummer 34.

105 *Idem*, randnummers 35-365.

106 HvJ EU, 8 september 2011, gevoegde zaken C-78/08 tot en met C-80/08, *Paint Graphos*, r.o. 82.

107 HvJ EU, 30 juni 2016, C-270/15 P, *België t Commissie (BSE)*, r.o. 48-54.

108 *Idem*, r.o. 54-55.

109 *Idem*, r.o. 35-36, 51.

110 HvJ EU, 8 september 2011, gevoegde zaken C-78/08 tot en met C-80/08, *Paint Graphos*, r.o. 64,65.

111 HvJ EU, 14 januari 2015, C-518/13, *Eventech*, r.o.56-61.

Het was A-G Wahl die relevant voorbereidend werk heeft verricht om deze drietrapstest ook toe te passen op “marktregulering ten bate van algemene doelstellingen.”¹¹² In zijn conclusies voor de zaken *Eventech* en *Hansestadt Lübeck* benadrukte hij dat het Hof deze zaken kon aangrijpen om het begrip materiële selectiviteit te preciseren in de bijzondere context van tariefmaatregelen in gereguleerde markten.¹¹³ Het Hof heeft in deze zaken het beginsel van non-discriminatie, in de vorm van ongelijkheid, vervolgens als uitgangspunt genomen voor de beoordeling op materiële selectiviteit.¹¹⁴

Naar aanleiding van de bovenbeschreven ontwikkelingen in de rechtspraak heeft A-G Wathelet in zijn conclusie bij het arrest *World Duty Free* het begrip “selectiviteit” omschreven als “ongelijke behandeling”.¹¹⁵ Dat is volgens A-G Wathelet aan de orde wanneer een maatregel “een onderscheid maakt tussen ondernemingen die soortgelijke transacties verrichten.”¹¹⁶ Om dit onderscheid aan te tonen, hoeft de Commissie volgens A-G Wathelet overigens niet een groep ondernemingen met specifieke kenmerken aan te wijzen die als enige door een maatregel worden begunstigd.¹¹⁷ De A-G kwalificeerde de nauwe interpretatie van het selectiviteitsbegrip door het Gerecht daarom als “een buitengewoon onduidelijke en zelfs arbitraire exercitie (..) die tot rechtsonzekerheid zou leiden.”¹¹⁸

Deze doctrinaire verkenningen van de A-G’s hebben het Hof ondersteund om de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in de materiële selectiviteitstoepassing nader in te kaderen. Om flexibele interpretaties in de toekomst te voorkomen definieerde het Hof in zijn uitspraak in *World Duty Free* hiertoe de selectiviteitstoepassing als “de beoordeling of een bepaalde rechtsregeling bepaalde ondernemingen of producties kan begunstigen, ten opzichte van andere die zich, gelet op de doelstelling van de regeling, in een vergelijkbare situatie bevinden en dus een verschillende behandeling krijgen die in wezen discriminerend is.”¹¹⁹ Ten eerste bracht het Hof de drietrapstest in herinnering. Bij rechtsregelingen van een algemene strekking moet ten eerste de algemene regeling worden afgebakend. Vervolgens

112 Conclusie van A-G Wahl van 24 september 2014 voor zaak C-518/13, *Eventech*, randnummer 27.

113 Conclusie van A-G Wahl van 24 september 2014 voor zaak C-518/13, *Eventech*, randnummer 27; Conclusie van A-G Wahl van 15 juli 2016 voor zaak C-524/14 P, Commissie *t Hansestadt Lübeck*, randnummer 3. Het betrof hier respectievelijk de gereguleerde markten voor taxivervoer en luchtverkeer.

114 HvJ EU, 21 december 2016, C-524/14 P, Commissie *t Hansestadt Lübeck*, r.o. 53 en conclusie van A-G Wahl van 15 juli 2016 voor deze zaak, randnummers 48 en 76.

115 Zie de conclusie van A-G Wathelet, 28 juli 2016 voor gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P *World Duty Free*, voetnoot 58.

116 *Idem*.

117 *Idem*, randnummer 10.

118 *Idem*, randnummer 84. Parafrasering door auteur.

119 HvJ EU, 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15P, Commissie *t World Duty Free*, r.o. 54.

moet onderzocht worden of een bijzondere maatregel afwijkt van de algemene rechtsregeling. Daarbij moet onderzocht worden of het doel van de gewone regeling toestaat dat er sprake is van afwijking. Wanneer dit het geval is moet onderzocht worden of er sprake is van "differentiatie tussen marktdeelnemers die zich feitelijk en juridisch in een vergelijkbare situatie bevinden."¹²⁰ In het geval van differentiatie is een maatregel volgens het Hof "a priori selectief".¹²¹ Vervolgens dient de lidstaat volgens het Hof aan te tonen dat de differentiatie gerechtvaardigd wordt volgens de aard en opzet van het algemene stelsel.¹²²

Met dit toepassingskader voor ogen wees het Hof het Gerecht op zijn "onduidelijke en onuitvoerbare toepassing" van de drietrapstest in de zaken *Autogrill* en *Banco Santander*.¹²³ Het Hof oordeelde dat het Gerecht onterecht had vastgesteld dat er geen sprake was van een afwijking op het referentiestelsel (*in casu* de Spaanse vennootschapsbelasting). Het Gerecht heeft volgens het Hof miskend dat in Spanje belastingplichtige ondernemingen, met én zonder buitenlandse deelnemingen, ongelijk behandeld werden, terwijl zij onder het Spaanse vennootschapsbelastingstelsel vergelijkbare verplichtingen hadden.¹²⁴

Vervolgens oordeelde het Hof dat het Gerecht de eerste en tweede stap van de materiële selectiviteitstoepassing met elkaar verward heeft.¹²⁵ Het Hof nam het Gerecht enigszins kwalijk dat het bij de beoordeling naar vergelijkbaarheid een nieuw criterium had opgelegd aan de Commissie.¹²⁶ Het betrof hier het vereiste dat de Commissie, op basis van specifieke elementen, moest aantonen welke groepen ondernemingen feitelijk bevoordeeld werden en welke groepen ondernemingen feitelijk gediscrimineerd werden doordat zij uitgesloten werden van een voordeel.¹²⁷ Echter, deze feitelijke beoordeling houdt volgens het Hof niet in dat de Commissie groepen ondernemingen moet identificeren die ofwel een daadwerkelijk voordeel of daadwerkelijk nadeel ondervinden. Een dergelijk vereiste doet volgens het Hof geen recht aan de strekking van het non-discriminatieve-

120 *Idem*, r.o. 57.

121 HvJ EU, 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15P, *Commissie t World Duty Free* r.o. 58, 77.

122 HvJ EU, 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15P, *Commissie t World Duty Free* r.o. 58-60.

123 HvJ EU, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15P, 21 December, *Commissie t World Duty Free*, r.o. 115-119. Zie A-G Wathelet van 28 juli 2016 bij gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *World Duty Free*, randnummers 84 en 90.

124 HvJ EU, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15P, 21 December 2016, *Commissie t World Duty Free*, r.o. 60-68.

125 HvJ EU, 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15P, *Commissie t World Duty Free* r.o. 65-66, 69, 92-94, 115, 117.

126 *Idem*, r.o. 70-71 en 94.

127 *Idem*, r.o. 70-71.

reiste.¹²⁸ Daarom oordeelde het Hof dat het volstaat om vast te stellen dat een afwijking leidt tot ongelijke behandeling, omdat ondernemingen die actief zijn in tussenstaatse handel hierdoor potentieel in een betere positie komen. De feitelijke of daadwerkelijke uitkomsten van een afwijkende belastingmaatregel hoeven volgens het Hof binnen de tweede stap van de materiële selectiviteitstoepassing niet aangetoond te worden door de Commissie.¹²⁹

In casu deelde het Hof de conclusie van de A-G dat het Gerecht “een zeer formalistische en restrictieve uitleg” van de materiële selectiviteitstoepassing verrichtte door het beginsel van gelijke behandeling te veronachtzamen.¹³⁰ Daarop heeft het Hof de uitspraken van het Gerecht vernietigd en de zaak terugverwezen naar het Gerecht. Het Gerecht oordeelde vervolgens, bij herziening in de zaak *World Duty Free*, dat de Commissie de materiële selectiviteitstoepassing in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof had verricht.¹³¹ Hierbij paste het Gerecht secuur de drietrappstest toe, conform aan de interpretaties van het Hof in *World Duty Free* en oordeelde het Gerecht uiteindelijk dat de afwijking van het belastingstelsel (door middel van *goodwill*-afschrijvingen) door zijn discriminerende karakter niet gerechtvaardigd kon worden.¹³²

Gegeven de ontwikkeling dat het Gerecht vanaf de zaak *British Aggregates* tot aan het arrest *Banco Santander* de materiële selectiviteitstoepassing aan een flexibele interpretatie heeft onderworpen, lijkt het erop dat de terechtwijzing door het Hof in *World Duty Free* het Gerecht wederom tot de orde heeft geroepen. Het Hof heeft in *World Duty Free* de weging van doelstellingen en uitwerkingen binnen de drietrappstest verduidelijkt. Desondanks blijft de toepassing van de drietrappstest praktisch onvoorziene uitwerkingen te hebben, met name ten aanzien van het leerstuk van de objectieve rechtvaardiging.

2.2.3 Het leerstuk van de objectieve rechtvaardiging

De toepassing van de drietrappstest door het Hof in *World Duty Free* stopt in wezen bij de tweede stap. De derde stap is nauw verbonden met de tweede stap. Op voorwaarde dat er geen sprake is van discriminatie (direct of indirect), kan één of meerdere legitieme belangen een verschillende behandeling van een bepaalde groep ondernemingen objectief rechtvaardigen.¹³³

128 *Idem*, r.o. 86 en 93.

129 *Idem*, r.o. 65-66.

130 *Idem*, r.o. 65-66 en 70-71, 78, 104. Zie ook de conclusie van A-G Wathelet, 28 juli 2016 voor gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P *World Duty Free*, randnummers 84-85.

131 Gerecht EU, 15 november 2018, T-399/11, *Banco Santander*, r.o. 125-126, 150, 196-198.

132 *Idem*, r.o. 201, 214-228.

133 Zie HvJ EU, 15 november 2011, gevoegde zaken C-106/09P en C-107/09P, *Gibraltar*.

Het Hof heeft ten aanzien van legitieme belangen geoordeeld dat lidstaten de ruimte hebben om deze vast te stellen “die zij het meest geschikt achten voor hun behoeften”.¹³⁴

Doorgaans zijn de ingeroepen objectieve rechtvaardigingen voor het Hof op het eerste oog overigens niet even doorzichtig, omdat vaak onduidelijk is of deze gelegitimeerd worden door een daadwerkelijk algemeen belang. Op basis van de rechtspraak vallen desondanks drie ruwe categorieën aan belangen op te merken die ingeroepen zijn door de lidstaten. De eerste categorie betreft redenen van fiscaal beleid. Doorgaans hebben lidstaten vooral zuiver fiscale doelstellingen ingeroepen om de aard en opzet van belastingstelsels te legitimeren.¹³⁵ In de rechtspraak van het Hof vormt een breed scala aan zuivere redenen van fiscaal beleid een objectieve rechtvaardiging voor afwijking van de normale belastingregels. Voorbeelden zijn een efficiënt belastingstelsel, het tegengaan van belastingontwijking, een evenwichtig of progressief belastingbeleid, de verbetering van belastinginning en het voorkomen van een “dubbele belasting” van ondernemingen in andere lidstaten.¹³⁶ Zo oordeelde het Gerecht in het arrest *Hongaarse advertentiebelasting*, in navolging van het *World Duty Free*-arrest, dat lidstaten door middel van progressief belastingbeleid een herverdeling van rijkdom mogen nastreven zolang er sprake is van gelijke behandeling en objectieve en niet-discriminerende heffings- en verdelingscriteria.¹³⁷ Het Gerecht oordeelde dat het progressieve belastingstelsel een legitiem belang vormde en dat differentiatie tussen ondernemingen in dezelfde sector gerechtvaardigd kan zijn omwille van de herverdelende functie van dat belastingbeleid.¹³⁸ Het Hof heeft dit bevestigd.¹³⁹

Naast zuiver fiscale maatregelen kunnen ook horizontale algemeen belangdoelstellingen ingeroepen worden om markten te reguleren. Indien een algemene regeling geen onderscheid maakt naar sector, plaats van vestiging, herkomst, omvang of de juridische status van een onderneming, dan spreekt het Hof van een maatregel met een “objectieve en horizontale doelstelling van gelijke werking.”¹⁴⁰ Horizontale doelstellingen moeten in beginsel gelden voor alle marktdeelnemers die actief zijn op een afgeba-

134 HvJ EU, 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15P, *Commissie t World Duty Free*.

135 HvJ EG, 6 september 2006, C-88/03, *Azoren*.

136 Zie HvJ EU, 21 juni 2018, C-480/16, *Fidelity Funds*; HvJ EU, 19 december 2018, C-374/17, *A-Brauerei*.

137 Zie Gerecht EU, 27 juni 2019, T-20/17, *Hongarije t Commissie (Hongaarse advertentiebelasting)*, r.o. 101.

138 *Idem*, r.o. 118, 122 en 124.

139 HvJ EU, 16 maart 2021, C-596/19 P, *Hongarije t Commissie (Hongaarse advertentiebelasting)*, r.o. 44, 62, 67.

140 Zie HvJ EU, 14 april 2016, C-100/15 P, *NMTA t Commissie*, r.o. 80.

kend territorium. Voorbeelden zijn subsidieregels, leaseregelingen en vergunningstelsels, handelsvoorwaarden, tariefstelsels en faillissementsregels.¹⁴¹

En tot slot bestaan er openlijke of verkapte doelstellingen die gericht zijn op het vergroten van concurrentievermogen in bepaalde sectoren. Het Hof omschrijft deze belangen als zuiver economisch.¹⁴² Het gaat hier bijvoorbeeld om het scheppen van werkgelegenheid, het creëren van een gezond ondernemingsklimaat of het compenseren van structureel verliesgevende activiteiten.¹⁴³ Deze “zuiver-economische” doelstellingen zijn volgens het Hof *per se* illegitiem en worden als *de facto* selectief beschouwd.¹⁴⁴ De term “zuiver economisch” is overigens wat misleidend omdat de lidstaten wel degelijk met economische beleidsdoelstellingen algemene belangen kunnen dienen.¹⁴⁵ Deze belangen worden daarom normaal gesproken beoordeeld in de verenigbaarheidsfase.

Echter, soms laat een zuiver economische doelstelling zich minder goed herkennen wanneer lidstaten deze doelstellingen een dwingend horizontaal belang toekennen. Illustratief zijn de *ANGED*-zaken die door het Hof gewezen werden na het *World Duty Free*-arrest.¹⁴⁶ In deze prejudiciële zaken heeft het Spaanse *Tribunal Supremo* gevraagd of regionale belastingregelingen een discriminerende uitwerking hadden op grond van artikel 107, lid 1, VWEU en artikel 49 VWEU. Deze belastingregelingen voorzagen in specifieke uitzonderingen voor ondernemingen omwille van milieu- en ruimtelijke ordeningsdoeleinden. Deze uitzonderingen golden voor de heffing op detailhandelszaken met een bepaalde oppervlakte. Bovendien golden de belastingheffingen niet voor bepaalde detailhandelszaken zoals bouwmarkten, tuincentra en autogarages (hierna: de “bouwmarktexceptie”).¹⁴⁷ De Spaanse autoriteiten hebben aangevoerd dat de logica van dit heffingstelsel berustte op het terugdringen van CO₂-uitstoot en verkeershinder. Zij voerden voor het Hof bovendien aan dat een heffingsvrijstelling voor bepaalde detailhandelszaken objectief gerechtvaardigd was, omdat het goederen- en dienstenaanbod van deze ondernemingen inherent was aan het aantrekken van veel autoverkeer.

141 Zie conclusie van A-G Wahl van 15 september 2016 voor zaak C-524/14 P, *Hansestadt Lübeck*. Zie HvJ EU, 14 april 2016, C-100/15 P, *NMTA t Commissie*.

142 Zie Gerecht EU, 14 april 2021, T-388/20, *Ryanair t Commissie (Finnair)*, r.o. 78; Gerecht EU, 13 december 2017, T-314/15, *Piraeus Container Terminal*, r.o. 94; Gerecht EG, 6 maart 2002, T-92/00 en T-103/00, *Diputación Foral de Álava t Ramondin*, r.o. 51.

143 Gerecht EU, 6 maart 2002, gevoegde zaken T-127/99, T-129/99 en T-148/99, *DAEWOO*, Gerecht EU, 13 december 2017, T-314/15, *Piraeus Container Terminal*.

144 Zie Gerecht EU, 13 december 2017, T-314/15, *Piraeus Container Terminal*, r.o. 94; Gerecht EG, 6 maart 2002, T-92/00 en T-103/00, *Diputación Foral de Álava t Ramondin*, r.o. 51.

145 Gerecht EU, 13 december 2017, T-314/15, *Piraeus Container Terminal*, r.o. 160.

146 Zie HvJ EU, 26 april 2018, C-234/16 en C-235/16, *ANGED t Asturië*.

147 *Idem*.

Het Hof hanteerde vervolgens de driestaptest uit arrest *World Duty Free* en onderzocht of deze algemene maatregelen onderscheid maakten tussen marktdeelnemers die juridisch en feitelijk zich in een soortgelijke situatie bevinden. Omdat de Commissie in een vooronderzoek de maatregelen als selectief had beoordeeld, kon het Hof niet *a priori* uitsluiten dat zij een selectief effect hadden. Daarom onderzocht het Hof of de maatregelen gerechtvaardigd werden door het heffingstelsel. Ten eerste oordeelde het Hof dat de maatregelen een legitiem doel beoogden, namelijk het “corrigeren en compenseren van autoverkeer naar grote handelszaken en het financieren van milieuactieplannen.”¹⁴⁸ Het Hof oordeelde dat het vaststellen van een heffingsdrempel, op basis van de verkoopoppervlakte, een coherente en evenredige maatregel is die overeenkomt met deze doelstellingen. Het Hof overwoog dat “immers hoe groter het verkoopoppervlak, hoe meer publiek er toestroomt en hoe meer het milieu aangetast wordt” en “hoe meer er verkeershinder plaatsheeft”.¹⁴⁹ Ten opzichte van de tweede maatregel volgde het Hof dezelfde gedachtegang. Het Hof oordeelde dat de bouwmarktexceptie eveneens gerechtvaardigd was omwille van de inherente logica van het heffingstelsel. Hiertoe besloot het Hof dat het *Tribunal Supremo* feitelijk moest nagaan of deze zaken daadwerkelijk een beperkte impact hebben op het milieu en de ruimtelijke ordening.

De beoordeling van het Hof in de *ANGED*-arresten is opmerkelijk omdat het Hof de correcte uitleg van de toepassingsstandaard uit *World Duty Free* juist wilde herhalen en bovendien de autonomie van de Spaanse deelstaten wilde respecteren. In de belangenafweging tussen rechtmatigheid van beleidsdoelstellingen en de doel- en effectbenadering uit *World Duty Free* gaat het Hof echter voorbij aan de eerdere precedentes uit de arresten *Adria Wien* en *British Aggregates*. En hoewel het Hof in deze eerdere zaken ook wel de legitimiteit van het ingeroepen belang zag, gaf het potentiële effect van de maatregel toch telkens de doorslag voor de beoordeling van ongelijke behandeling. De beoordeling van het Hof in de *ANGED*-zaken lijkt echter vooral betrekking te hebben op de ingeroepen algemene belangen, en niet op de vraag of bepaalde segmenten in de detailhandel, zoals bouwmarkten, artificieel bevoordeeld worden. In paragraaf 3.3 wordt deze benadering daarom in de context geplaatst van de objectieve rechtvaardigingsleer binnen het interne markrecht.

Een andere zaak waarin der een belangenafweging plaatsvond door het Hof tussen een regionale autonomie en sectorale doelstellingen betrof de zaak *Hansestadt Lübeck*. Centraal in dit arrest stond de vraag of autonome, maar sectorspecifieke, overheidsregulering een non-discriminatoire toepassing had. *In casu* had de luchthaven Lübeck (als overheidsbedrijf) de bevoegdheid om de tarieven en kortingen voor het commercieel gebruik

148 Zie HvJ EU, 26 april 2018, C-233/16, *ANGED*, r.o. 52.

149 Zie HvJ EU, 26 april 2018, C-234/16 en C-235/16, *ANGED*.

van de luchthaven vast te stellen. Deze besluitvorming vereiste volgens de Commissie echter instemming van zowel de regionale- als de federale luchthaventoezichtautoriteiten. Na een formeel onderzoek heeft de Commissie besloten dat dit tarievenstelsel leidde tot een selectief voordeel aan *bepaalde* luchtvaartmaatschappijen, waaronder Ryanair. De Commissie voerde aan dat de tarieven van de luchthaven Lübeck van de federale luchtverkeerswetgeving afweken. De lagere tarieven bevoordeelden volgens de Commissie de luchtvaartmaatschappijen in Lübeck ten opzichte van de concurrerende luchtvaartmaatschappijen op de luchthaven van Hamburg.¹⁵⁰

In beroep oordeelde het Gerecht echter dat de Commissie onvoldoende rekening had gehouden met de discretionaire bevoegdheid van de luchthaven Lübeck om luchtvaarttarieven vast te stellen.¹⁵¹ Omdat alle in Lübeck gestationeerde luchtvaartmaatschappijen onder dezelfde voorwaarden kortingen konden ontvangen, was er volgens het Gerecht geen sprake van een afwijkende behandeling.¹⁵² Integendeel, het Gerecht oordeelde dat het beleid van de luchthaven Lübeck een algemeen toepasselijk autonoom rechtskader vormde dat losstond van de federale luchtverkeerswetgeving die voor alle Duitse luchthavens gold.¹⁵³ Het Gerecht overwoog vervolgens dat alle luchthavenmaatschappijen die van de luchthaven Lübeck gebruik maakten daarmee ook gelijk behandeld werden.¹⁵⁴

In hoger beroep heeft de Commissie voor het Hof aangevoerd dat deze benadering van het Gerecht afweek van de effectbenadering van het Hof. De Commissie voerde aan dat het opstellen van preferentiële voorwaarden bij uitstek selectief is. Aanvullend was de Commissie van mening dat het Gerecht te veel ruimte had toegekend aan “overwegingen van nationaal wetgevingsbeleid” en de sectorale belangen op het gebied van regionaal luchtvaartbeleid in Lübeck. Daarmee werd volgens de Commissie de bevoordeling van *low cost* luchtvaartmaatschappijen op de relevante markt voor vliegreizen vanaf Lübeck en Hamburg aan het staatssteuntoezicht onttrokken.¹⁵⁵ Het Hof wees deze argumenten af en bevestigde dat alleen de gebruikers van de luchthaven Lübeck met elkaar vergeleken moesten worden.¹⁵⁶ Volgens het Hof werden namelijk “alle daadwerkelijke en potentiële gebruikers van de luchthaven Lübeck gelijk behandeld.”¹⁵⁷ Door te bepalen

150 Besluit van de Commissie, 10 augustus 2012, Steunmaatregelen SA.27585 en SA.31149, Mogelijke staatssteun voor de luchthaven Lübeck, *PbEU* 2012.

151 Gerecht EU, 9 september 2014, T-461/12, *Hansestadt Lübeck t Commissie*, r.o.30-32.

152 Gerecht EU, 9 september 2014, T-461/12, *Hansestadt Lübeck t Commissie*, r.o. 30-31.

153 Gerecht EU, 9 september 2014, T-461/12, *Hansestadt Lübeck t Commissie*, r.o. 32.

154 Gerecht EU, 9 september 2014, T-461/12, *Hansestadt Lübeck t Commissie*, r.o. 53-55.

155 HvJ EU, 21 december 2016, C-524/14 P, *Hansestadt Lübeck t Commissie*, r.o. 4, 33, 36.

156 HvJ EU, 21 december 2016, C-524/14 P, *Hansestadt Lübeck t Commissie*, r.o. 57-60,62-64

157 Zie conclusie A-G Wahl van 15 september 2016 voor zaak C-524/14 P, *Hansestadt Lübeck t Commissie*, randnummer 98. Zie ook HvJ EU, 21 december 2016, C-524/14 P, *Hansestadt Lübeck t Commissie*, r.o. 57 en 59 en 62-65.

dat alleen de behandeling van deze gebruikers beoordeeld moest worden, wilde het Hof de autonomie van een vervoerstoezichthouder respecteren. Het Hof verrichtte voor het uitsluiten van materiële selectiviteit de vergelijkingstest en heeft bij deze test de mededingingsomstandigheden überhaupt niet als beoordelingsfactor gebruikt. Daarmee kende het Hof aan een legitiem belang (namelijk: de uitoefening van regionaal luchtvaartbeleid) en de regionale autonomie veel gewicht toe (zie ook paragraaf 3.5).

In de *Eventech*-zaak moest het Hof eveneens onderzoeken in welke mate de samenloop van horizontale doelstellingen en de uitoefening van regionale autonomie een verschillende behandeling rechtvaardigden. In deze zaak had de *Court of Appeal* prejudiciële vragen gesteld over de uitleg van het begrip “selectiviteit” ten opzichte van vervoersbeleid.¹⁵⁸ Volgens A-G Wahl bood deze zaak voor het Hof een unieke kans om de materiële selectiviteitstoepassing uit te voeren op horizontaal beleid.¹⁵⁹ Deze zaak betrof het Londense busbanenbeleid dat alleen de Londense taxi’s toestond om passagiers op te pikken op straat (“ply for hire”) en onbeperkt gebruik te maken van de busbanen. Het busbaanbeleid was door de regionale vervoersautoriteit besloten op basis van een wettelijk verbod op “ply for hire” voor voertuigen. Ondernemingen die vergelijkbare diensten aanboden (de “huurwagens” of “minicabs”) mogen alleen telefonisch besteld worden. Bovendien zijn zij uitgesloten van het gebruik van de busbanen.

Eventech, een minicab-exploitant, had voor de *Court of Appeal* aangevoerd dat het exclusieve busbaanbeleid een selectief voordeel gaf aan de taxi’s. Dit voordeel betrof de vermeende preferentiële toegang tot vervoersinfrastructuur en de omstandigheid dat de taxi’s, in tegenstelling tot de minicabs, geen boetes hoefden te betalen als zij op de busbaan rijden. Tegen die achtergrond had de *Court of Appeal* het Hof gevraagd of de taxi’s en de minicabs zich in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie bevonden. Bovendien had de *Court of Appeal* de vraag gesteld of een verschillende behandeling gerechtvaardigd op grond van het evenredigheidsbeginsel kon worden, gezien de doelstelling van een veilig en doeltreffend vervoerssysteem.

Om deze aspecten te kunnen beoordelen diende het Hof te bepalen of er sprake was van vergelijkbaarheid en de economische activiteiten van de taxi’s en de minicabs, gezien de doelstellingen van het wettelijk stelsel, “onderling verwisselbaar waren”.¹⁶⁰

158 HvJ EU, 14 januari 2015, C-518/13, *Eventech*.

159 Conclusie van A-G Wahl van 24 september 2014 voor zaak C-518/13, *Eventech*, randnummer 18.

160 Zie conclusie van A-G Wahl van 24 september 2014 voor zaak C-518/13, *Eventech*, randnummers 57-58.

Ten aanzien van de vraag of zij in een feitelijk vergelijkbare situatie verkeerden, adviseerde A-G Wahl het Hof dat de relevante markt moest worden afgebakend.¹⁶¹ A-G Wahl stelde vast dat de taxi's en minicabs onderling concurreren op de markt voor geboekte ritten in Londen. Echter, A-G Wahl voegde hieraan toe dat de wettelijke taak van de taxi's, in de vorm van een openbare dienst, de diensten van de taxi's onderscheidt van de minicabs.¹⁶² De omstandigheid dat de taxi's zich dus juridisch onderscheiden, zorgde er volgens Wahl voor dat de feitelijke aanbieding van die diensten daarmee ook niet feitelijk vergelijkbaar zijn. Zo bestonden er dus volgens hem twee verschillende relevante markten.

Bovenal zijn de taxi's en de minicabs volgens A-G Wahl niet vergelijkbaar omwille van de legitieme belangen van het busaanbeleid. Deze maatregel heeft als doelstelling een veilig en efficiënt vervoerssysteem. Juist omdat de taxi's, wegens hun openbare dienst, onderdeel uitmaken van de uitvoering van deze doelstellingen, verkeren zij in een andere situatie dan de minicabs. De verstoring van de mededinging, in de vorm van een concurrentievoordeel voor taxi's, was volgens A-G Wahl daarmee gerechtvaardigd omdat het busaanbeleid kennelijk evenredig was.¹⁶³

De benadering van A-G Wahl in *Eventech* heeft de nodige vragen opgevoerd ten aanzien van de werking van de effectbenadering van het Hof.¹⁶⁴ Commentatoren hebben opgemerkt dat deze benadering inherente mededingingsbeperkingen toestaat en daarmee afwijkt van de effectbenadering (zie ook paragraaf 3.2.3).¹⁶⁵ Evenwel heeft het Hof de benadering van A-G Wahl in zijn geheel overgenomen. Het Hof doorliep de drietrappstest door vooral aandacht te besteden aan de vraag of er sprake was van een verschillende behandeling en of deze gerechtvaardigd was. Het Hof adviseerde de *Court of Appeal* dat bij de bepaling van de feitelijke en juridische situatie van de taxi's en minicabs "niet enkel rekening mag worden gehouden met het marktsegment waarin deze twee categorieën van passagiersvervoer rechtstreeks met elkaar in concurrentie treden, namelijk dat van voorafgaande boeking."¹⁶⁶ Zwaarder woog volgens het Hof de juridische status van de taxi's, en dan specifiek de aan hen opgelegde wettelijke verplichtingen (waaronder de vervoersplicht).¹⁶⁷ Vervolgens besloot het Hof dat er inderdaad sprake was van een verschillende feitelijke en juridische situatie tussen de taxi's en de minicabs. Hiertoe overwoog het Hof "dat de Londense autoriteiten er redelijkerwijs van uit mochten gaan dat het Londense

161 *Idem*, randnummer 63.

162 *Idem*, randnummer 61.

163 *Idem*, randnummers 71-72.

164 Zie Szyszczak 2015; S. Weatherill, 2017, p. 88.

165 Zie Dekker, 2015, p. 117-122. Zie ook Parret & Van Heezik, 2015, p. 117-122.

166 HvJ EU 14 januari 2015, C-518/13, *Eventech*, r.o. 59.

167 *Idem*, r.o. 60.

vervoerssysteem efficiënter functioneert indien aan de taxi's toegang wordt verleend tot de busbanen, met het oog op de totstandbrenging van een veilig en doeltreffend vervoerssysteem."¹⁶⁸ Of deze doelstelling ook daadwerkelijk behaald kon worden liet het Hof vervolgens wel aan de nationale rechter over.

2.3 Tussenconclusie

In deze paragraaf is de brede notie van selectiviteit verkend, gezien vanuit het causale verband tussen doelstellingen en effecten binnen de drietrappstest. Op basis van de doel-effectbenadering kunnen lidstaten inzichtelijk maken of algemene economische beleidskeuzes non-discriminerende voorwaarden scheppen voor marktordening, ofwel aansturen op selectieve uitwerkingen tussen marktdeelnemers. Hoewel het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU op effecten ziet en niet op doeleinden, toetst de materiële selectiviteitstoepassing zowel de legitimiteit van algemene belangen alsook de manier waarop deze algemene belangen zijn vormgegeven in nationale rechtskaders. De initiële belangenafweging van de lidstaten kan vervolgens gecontroleerd worden door de nationale rechter, de Commissie en het Hof van Justitie van de EU op rechtmatigheid. Het Hof heeft in *World Duty Free* de weging van doelstellingen en uitwerkingen binnen de drietrappstest verduidelijkt met het oog op rechtszekerheid. Deze benadering van het Hof bevestigt de effectbenadering op grond van het beginsel van gelijke behandeling. Deze "doel-effectbenadering" beoordeelt op grond van de drietrappstest doelstellingen op potentiële uitwerkingen voor het economisch verkeer.

Deze verfijning van de drietrappstest door het Hof heeft echter het onevenwicht tussen het doeleinden en uitwerkingen (en daarmee de nationale sturing van algemene belangen die ten koste gaan van het economisch verkeer) nog niet volledig weggenomen. Met name bij het toepassen van de vergelijkingstest en de aansluitende beoordeling op ingeroepen objectieve rechtvaardigingen kent het Hof veel gewicht toe aan economische beleidsargumenten van de lidstaten. Zo heeft het Hof de lidstaten te veel beleidsruimte toegekend op grond van regionale autonome bevoegdheden in de zaken *ANGED* en *Hansestadt Lübeck*. Bij de beoordeling van regionale marktregulering heeft het Hof haar oordeel hoofdzakelijk gefundeerd op basis van formeel juridische omstandigheden en liet het na om de potentiële effecten op het economisch verkeer voldoende te beoordelen. De analyse van het Hof in *Hansestadt Lübeck* nam zelfs de mededingingsomstandigheden helemaal niet mee als wegingsfactor. Dit valt te betreuren omdat het Hof in *Eventech* wel een aanzet verrichte om binnen de vergelijkingstest ook

168 *Idem*, r.o. 63.

mededinging mee te wegen, omdat marktregulering van vervoersbeleid “de kansen voor ondernemingen uit andere lidstaten om tot deze markt toe te treden doet slinken.”¹⁶⁹

Een evenwichtige balans tussen de juridische en de feitelijke omstandigheden vormt desondanks wel het fundament van de materiële selectiviteitstoepassing, zo valt op te maken uit het *World Duty Free*-arrest. En afgezien van de bijzondere feitencomplexen, moeten de bovenstaande belangenafwegingen van het Hof bijdragen aan rechtszekerheid rondom de werking van het gelijkheidsbeginsel binnen artikel 107, lid 1, VWEU. Daartoe wordt in de paragraaf 3 onderzocht in welke mate het interne marktrecht het begrip van vergelijkbaarheid en het leerstuk van de objectieve rechtvaardiging beïnvloedt.

3 DE BEÏNVLOEDING VAN DE MATERIËLE SELECTIVITEITSTOEPASSING DOOR DE WERKING VAN DE INTERNE MARKTEXCEPTIES

3.1 Inleiding

De materiële selectiviteitstoepassing is bij uitstek een instrument voor de lidstaten, de Commissie en de nationale rechter om de samenhang tussen interne markt doelstellingen en staatssteundoelstellingen te bewaken.¹⁷⁰ De drietrapstoepassing bevat elementen die ook terug te vinden zijn bij rechtsfiguren uit het interne marktrecht.¹⁷¹ Het interne marktrecht omvat de vier vrijheden en functioneert onder gelijke mededinging- en staatssteunvoorwaarden.¹⁷² Zowel binnen het vrij verkeer als het mededingingsrecht heeft het Hof, buiten de Verdragen, algemeen belangexcepties ontwikkeld om beperkingen op de interne markt te rechtvaardigen. Het gaat hier om dwingende redenen en legitieme belangen. In beide gevallen gaat het om horizontale belangen die voldoen aan de vereisten van legitimiteit, non-discriminatie en evenredigheid. Temeer omdat de interne markt- en staatssteundoelstellingen samenhangend moeten worden uitgelegd, beïnvloeden deze rechtsfiguren de ontwikkeling van de materiële selectiviteitstoepassing. Daarom wordt in paragraaf 3.2.1 de doctrine van de dwingende redenen uiteengezet en vergeleken met de drietrapstest. In paragraaf 3.2.3 wordt een vergelijkbare analyse verricht voor de legitieme belangen.

169 HvJ EU, 14 januari 2015, C-518/13, *Eventech*.

170 Zie conclusie A-G Saugmandsgaard Øe, 19 december 2018 bij zaak C-598/17, *A-fonds t Belastingdienst*, randnummer 64.

171 Zie Kalykas 2023, p. 51-52.

172 Zie voor deze definitie de richtsnoeren van de Europese Raad van 29 april 2017 over de onderhandeling over de uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU volgens artikel 50 VEU, EUCO XT 20004/17, punt 20.

3.2 De toepassing van interne marktexcepties binnen de materiële selectiviteitstoepassing

3.2.1 *De plaatsing van dwingende redenen binnen de materiële selectiviteitstoepassing*

Het begrip “dwingende redenen vindt zijn oorsprong in de rechtspraak van het Hof van Justitie over de fundamentele vrijheden. Vanaf het arrest *Cassis de Dijon* formuleerde het Hof in zijn rechtspraak de mogelijkheid om uitzonderingen op de fundamentele vrijheden in te roepen zolang “dringende behoeften van algemeen deze noodzakelijk maken.”¹⁷³ Deze dwingende rechtsnorm werd door het Hof uitgelegd als “een doel van algemeen belang, dat voorgaan zou moeten bij de eisen van het vrije verkeer.”¹⁷⁴ In haar rechtspraak heeft het Hof een groep van dwingende redenen van algemeen belang toegestaan die een inbreuk op het vrij verkeer rechtvaardigen. In *Cassis de Dijon* kwam het Hof al met een opsomming van legitieme dwingende redenen waaronder: fiscale controles, volksgezondheid, eerlijke handelstransacties en consumentenbescherming.¹⁷⁵ Het leerstuk van dwingende reden maakt het voor lidstaten mogelijk om een *prima facie* beperking op het vrij verkeer objectief te rechtvaardigen, met name om redenen van nationale autonomie.¹⁷⁶

Het Hof heeft in haar rechtspraak deze redenen nader uitgebreid en veelvuldig aangevuld (bijvoorbeeld dierenwelzijn, milieubescherming en eerlijke jeugdsportcompetities).¹⁷⁷ Vooralsnog blijft de lijst met dwingende redenen niet-uitputtend. Lidstaten mogen nieuwe belangen inroepen voor het Hof, maar alleen het Hof kan een dergelijk belang kwalificeren als een dwingende reden.¹⁷⁸

Het inroepen van dwingende redenen vereist een legitiem algemeen belang. Het Hof heeft als stelregel geformuleerd dat het zwaartepunt van de dwingende reden moet liggen bij niet-economische doelstellingen.¹⁷⁹ Zuiver economische doelstellingen kunnen daarom in principe niet als dwingende reden gerechtvaardigd worden.¹⁸⁰ Het Hof heeft in haar rechtspraak echter in toenemende mate ruimte gelaten voor het inroepen van economische belangen als dwingende redenen, zolang zij als hoofddoel een algemeen

173 HvJ EG, 20 februari 1979, 120/78, *Cassis de Dijon*.

174 *Idem*, r.o. 14.

175 Weatherill 2017, p. 103-120.

176 Van den Bogaert & Van Cleynenbreugel, 2019, p. 529.

177 Zie Hoofdstuk 3, paragraaf 3.2. Zie ook Weatherill, 2017, p. 103-104. Zie ook Edward 2016, p. 7-8.

178 Zie voor een overzicht Van den Bogaert & Van Cleynenbreugel, 2019, p. 530.

179 Snell 2016, p. 12-31; Hatzopoulos 2000, p. 43, 79.

180 HvJ EU 1 juli 2010, gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, *Blanco Pérez*; HvJ EU, 10 maart 2009, C-169/07, *Hartlauer*.

belang nastreven.¹⁸¹ Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat veel dwingende redenen zowel een niet-economische als een economische component hebben. Uit de literatuur volgt dat het onderscheid tussen economische en niet-economische belangen onvoldoende is afgebakend.¹⁸² De beoordeling van het zwaartepunt van een “dwingende reden” is daarmee een ingewikkelde opgave.¹⁸³ Een voorbeeld volgt uit de conclusie van A-G Kokott voor de zaak *ANGED*, waarin zij het Hof aanraadde de belastingvrijstellingen aan te merken als een “economische dwingende reden” omdat er sprake was van “een progressief belastingstelsel dat rekening houdt met de financiële draagkracht van grote en kleine handelszaken.”¹⁸⁴ Eveneens valt op te maken uit de rechtspraak van het Hof dat het begrip dwingende reden veel overeenkomsten heeft met het begrip DAEB.¹⁸⁵ Zo heeft het Hof herhaaldelijk in haar rechtspraak geoordeeld dat dwingende redenen (zoals in de zorgsector, sociale huisvestingssector en de luchtvaartsector) ook als DAEB kunnen worden beschouwd en deze twee begrippen in wezen niet van elkaar verschillen en als synonieme begrippen gelden.¹⁸⁶

Naast het vraagstuk van legitimiteit vormen het non-discriminatiebeginsel en het evenredigheidsbeginsel duidelijke begrenzingen voor het invoeren van een dwingende reden. Dat betekent een beperking op het vrij verkeer geen direct onderscheid mag maken naar nationaliteit (zie paragraaf 3.1).¹⁸⁷ Bovendien mag een beperking niet de toegang tot de markt ongunstig beïnvloeden.¹⁸⁸ Wanneer een maatregel wel onderscheid maakt dan staan Verdragsuitzonderingen open.¹⁸⁹ Vervolgens kan een beperking zonder onderscheid op het vrij verkeer alleen door een dwingende reden gerechtvaardigd worden als deze beperking evenredig is om de ingeroepen doelstellingen van algemeen belang te bereiken. Dat betekent dat de maatregel geschikt en noodzakelijk moet zijn.

181 Snell 2016, p. 12-31.; Zie Van Cleynenbreugel 2014c, p. 162-178.

182 Snell 2016, p. 12-13; Barnard 2016, p. 487-448; Arrowsmith 2015, p. 307-365.

183 Zie Snell, 2016, p. 12; Arrowsmith 2015, p. 362-365.

184 Conclusie A-G Kokott van 9 november 2017 bij zaak C-233/16, *ANGED*, randnummers 44, 50.

185 Snell 2016, p. 12-31. HvJ EU 27 februari 2019, C-563/17, *Associação Peço a Palavra t Conselho de Ministros*, r.o 72-73.

186 Zie HvJ EU, 1 oktober 2009, C-567/07, *Sint Servatius*; HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*; HvJ EU, 10 maart 2009, C-169/07, *Hartlauer*; HvJ EU, 8 september 2006, gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04, *KPN*; HvJ EU, 27 februari 2019, *TAP*, r.o. 72-79.

187 Zie voor de toepassing van het non-discriminatiebeginsel in het vrij verkeersrecht *Trimidas* 2019, p. 196. Overigens moet er ter nuancering wel op gewezen worden dat dwingende redenen in relatie tot het vrij verkeer van goederen en vrij verkeer van kapitaal ook in rechtstreekse nationaliteitsdiscriminatie impliciet aanvaard worden door het Hof van Justitie van de EU. Zie bijvoorbeeld *Antonaki* 2019, p. 97-98, 119-120.

188 Nic Shuibne 2014, hoofdstuk 6, “The positive scope of free movement law: discriminatory restrictions”.

189 Zie de artikelen 36, 45, 52, 53, 65 VWEU.

De geschiktheidstoets vereist dat er een causaal verband bestaat tussen een maatregel en een beoogd doel.¹⁹⁰ Om te beoordelen of een maatregel geschikt is heeft het Hof binnen het vrij verkeer de test ontwikkeld dat het legitieme doel op een “coherente en stelselmatige wijze” gerealiseerd moet worden.¹⁹¹ Het Hof kan hier controleren of een maatregel daadwerkelijk kan bijdragen aan de doelstelling of tot een tegenstrijdig resultaat kan leiden.¹⁹² Zo kan het Hof zuivere dwingende redenen onderscheiden van redenen, die hun oorspronkelijke legitimiteit verloren hebben aan bepaalde (economische) deelbelangen.¹⁹³ Bij het controleren van de coherentie en stelselmatigheid toetst het Hof ook of de maatregel in potentie ongelijke marktvoorwaarden tot gevolg kan hebben.¹⁹⁴ Zo heeft het Hof barrières voor markttoegang en verstoorde concurrentieverhoudingen op de markt als negatieve neveneffecten benoemd.¹⁹⁵ Daarbij is een maatregel in beginsel niet coherent en stelselmatig als deze niet gebaseerd is op objectieve, transparante en niet-discriminerende voorwaarden.¹⁹⁶

De noodzakelijkheid van een maatregel houdt in dat minder ingrijpende alternatieven niet beschikbaar zijn voor een lidstaat om het beoogde doel te bereiken.¹⁹⁷ Een geheelverbod op het aanbieden van economische activiteiten is een duidelijk voorbeeld van een maatregel die in beginsel verder gaat dan noodzakelijk.¹⁹⁸ Het Hof kan in een prejudiciële procedure nationale rechters adviseren om na te gaan of er minder ingrijpende alternatieven bestaan die de overheid had kunnen toepassen.¹⁹⁹ Het is vervolgens aan de nationale rechter om inhoudelijk te controleren of deze alternatieven toepasselijk zijn binnen de beleidsruimte van de lidstaat.²⁰⁰

De noodzakelijkheidsbeoordeling die het Hof verricht is in beginsel geen belangenafweging tussen de voor- en nadelen die overheidsmaatregelen veroorzaken.²⁰¹ Wel kan het zijn dat de noodzakelijkheidstoepassing een aansluitende evenredigheidstoets vereist tussen de nationale belangen en Uniebelangen. In de literatuur wordt deze toets wel de evenredigheidstoets *strictu sensu* genoemd.²⁰² Dit doctrinaire onderscheid binnen de evenredig-

190 HvJ EU, 7 september 2016, C-121/15, *ANODE*.

191 Zie HvJ EU, 21 december 2011, C-28/09, *Commissie t Oostenrijk*.

192 Zie ook Barnard 2016, p. 177. Zie ook de conclusie van A-G Szpunar in zaak C-148/15, 2 juni 2016, *Deutsche Parkinson Vereinigung*.

193 Zie HvJ EU 1 juli 2010, gevoegde zaken C570/07 en C571/07, *Blanco Pérez*, r.o. 20.

194 Antonaki 2019, p. 241-268; Harbo 2015, p. 36-38.

195 HvJ EU, 23 december 2015, C-293/14, *Hiebler*.

196 HvJ EU, 10 maart 2009, C-169/07, *Hartlauer*, r.o. 64. Zie Kalykas 2023, p. 50.

197 Zie Barnard 2016, p. 149 e.v. en 449 e.v.

198 Zie bijvoorbeeld HvJ EU, 4 mei 2017, C-339/15, *Luc Vanderborgh*.

199 HvJ EU, 23 december 2015, C-333/14 *Scotch Whisky Association*.

200 Zie bijvoorbeeld HvJ EU, 23 december 2015, C-293/14, *Hiebler*.

201 Zie Lenaerts & Van Nuffel 2017, p. 93.

202 Zie Craig 2006, p.655; Harbo 2015, p. 36-38. Zie ook Trimidas 2019, p. 196.

heidstoepassing bestaat niet zozeer in de praktijk.²⁰³ De beoordeling van noodzakelijkheid vereist namelijk al dat de ingeroepen algemene belangen afgewogen worden tegen Uniebeginselen (en in zekere mate ook tegen doelstellingen van Unie, in het bijzonder die van de interne markt).²⁰⁴

De rechtsfiguur van de dwingende reden is in de literatuur over het materiële selectiviteitsbegrip herhaaldelijk als mogelijke toepassing verkend.²⁰⁵ De eerste aanleiding was de uitkomst van het *Adria Wien*-arrest. In dit arrest verrichtten het Gerecht en het Hof twee verschillende belangenafwegingen die commentatoren verdeelden in twee kampen: één kamp een voor doelbenadering en één kamp voor een effectbenadering.²⁰⁶ In tegenstelling tot het Hof woog het Gerecht het belang van milieubescherming namelijk zwaarder dan de bevoordeling van de goederensector ten opzichte van andere sectoren (zie paragraaf 2.3.1). Het Hof had evenwel geoordeeld dat een maatregel met onderscheid in beginsel niet gerechtvaardigd kon worden door enig legitiem belang.²⁰⁷ Dit belang zou pas meegewogen mogen worden in de verenigbaarheidsfase. Hancher legde het fundament voor de verdere discussie door het leerstuk van de objectieve rechtvaardiging te vergelijken met het leerstuk van de dwingende reden.²⁰⁸ Omdat het Hof moest beoordelen of een afwijking gerechtvaardigd was op basis van de “inherente logica” van een algemeen stelsel, zag zij hier dezelfde beoordelingssystematiek in als bij de dwingende redenen in het vrij verkeer.²⁰⁹ Bartosch kwam eveneens met deze vergelijking na de wijziging van de zaak *British Aggregates*. Dit arrest had een soortgelijk feitencomplex en draaide om de vergelijking tussen de “doelbenadering” van het Gerecht ten opzichte van de “effectbenadering” van het Hof. Bartosch achtte een strikte effectbenadering mogelijk strijdig met de discretionaire bevoegdheden van lidstaten.²¹⁰ Zolang interne doelstellingen werden ingeroepen zag hij ruimte voor het inroepen van dwingende redenen ter rechtvaardiging van horizontale maatregelen door de lidstaten. Andere commentatoren hebben eveneens opgemerkt dat een rechtvaardiging voor een *prima facie* voordeel en een rechtvaardiging omwille van een dwingende reden hetzelfde algemene toepassingsbereik hebben.²¹¹

Bezien vanuit de werking van de interne markt hebben de materiële

203 Zie HvJ EU, 19 oktober 2016, C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, r.o. 36-45; Kalykas 2023, p. 51-52.

204 Zie ook Trimidas 2019, p. 196.

205 Zie Hancher 2003, p. 366-368. Zie ook Heidenhain 2003, p. 163. Bartosch 2010, p. 729-752.

206 Zie Maccanico 2009, p. 63-72; Maccanico 2012-2, p. 443-448; Bartosch 2010, p. 729-752. Zie Szudocky 2013, p. 107-109.

207 HvJ EG, 8 november 2001, C-143/99, *Adria-Wien*, r.o. 35-36, 56.

208 Zie Hancher 2003, p. 366-368. Zie ook Heidenhain 2003, p. 163.

209 Hancher 2003, p. 366-368.

210 Bartosch 2010, p. 729-752.

211 Zie Szudocky 2016, p. 357-380.

selectiviteitstoepassing en het leerstuk van de dwingende reden inderdaad raakvlakken.²¹² Zowel binnen het staatssteunrecht als binnen het vrij verkeer wordt onderzocht of een verschillende behandeling objectief gerechtvaardigd is. Bovendien draait het inroepen van dwingende redenen in het vrij verkeer en het inroepen van legitieme belangen in de materiële selectiviteitstoepassing om het respecteren van de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Unie. In het bijzonder geldt dat voor autonome bevoegdheden om markten te reguleren omwille van algemene belangen.²¹³

Dat betekent niet dat de toepassingen van de objectieve rechtvaardigingen volgens de drietrapstest en volgens het leerstuk van een dwingende reden één-op-één werken. Zo heeft het Hof nog nooit expliciet een objectieve rechtvaardiging als dwingende reden aangewezen in het kader van de materiële selectiviteitstoepassing. Dit komt omdat artikel 107, lid 1, VWEU een *objectief* verbod is dat geen ruimte toelaat voor afwijkingen omwille van algemene belangen, ongeacht hun politieke, economische of sociale betekenis.²¹⁴ De doelstellingen die lidstaten nastreven, mogen de beoordeling van een overheidsmaatregel op staatssteun daarom niet beïnvloeden. De effecten van overheidsinterventie kunnen namelijk in elke vorm tot staatssteun leiden, of dit nu gebeurt door middel van regulering, subsidiebeleid, fiscaal beleid of participatie op de markt door overheidsbedrijven.²¹⁵

Om die effecten te kunnen beoordelen, moeten ook doelstellingen, en daarmee algemene belangen, beoordeeld worden binnen het staatssteunverbod. Daarom heeft het Hof in *World Duty Free* een doel-en-effectbenadering geformuleerd die rekening houdt met legitieme doelstellingen van de lidstaten, maar bovenal controleert of de uitwerkingen van de maatregel effecten hebben op de werking van de interne markt. Op grond van de materiële selectiviteitstoepassing moet eerst het eigenlijke doel geïdentificeerd worden om vervolgens de potentiële ongelijke behandeling uitwerkingen te kunnen beoordelen.

De Cecco en Weatherill hebben de spanning tussen doel en effect binnen de materiële selectiviteitstoepassing geplaatst in de context van bevoegdheidsverdeling op de interne markt. Weatherill meent dat een te strikte effectbenadering de autonomie van lidstaten om hun eigen economische beleid vorm te geven ondermijnt.²¹⁶ Aanvullend heeft De Cecco bepleit dat het toestaan van dwingende redenen de functionaliteit van het staatssteun-

212 Kalykas 2023, p. 52-54.

213 Zie Weatherill, 2017, p. 88.

214 HvJ EU, 4 september 2014, C-536/12 P, *SNCM t Corsica Ferries*.

215 Zie HvJ EU, 13 september 2017, C-329/15, *ENEA*. Zie ook Nicolaides 2018, p. 2-18; HvJ EU, 20 september 2017, C-300/16 P, *Commissie t Frucona Košice*.

216 Zie Weatherill 2017, p. 88-90, 174.

verbod zou versterken.²¹⁷ De Cecco's analyse is gericht op het scheppen van meer ruimte voor de lidstaten om hun economisch beleid te ontwerpen en om de effectbenadering buiten toepassing te verklaren wanneer de regulerende autonomie van de lidstaten op het spel staat.²¹⁸ Binnen de vergelijkingstest zouden volgens De Cecco's lezing alleen de omstandigheden op de nationale of de regionale markt mogen meewegen en niet de eventuele beperkingen voor het grensoverschrijdende economisch verkeer. Deze lezing is echter te beperkt, en doet geen recht aan de aanvullende rol die de staatssteunregels spelen ten opzichte van de interne marktdoelstellingen.²¹⁹ De aanvulling werking van de materiële selectiviteitstoepassing op de interne marktdoelstellingen ligt in een controle op "binnenlandse discriminatie", naast grensoverschrijdende discriminatie, vergelijkbaar aan de werking van artikel 110 VWEU.²²⁰ Vanuit dit uitgangspunt heeft de selectiviteitstoets een breder beschermingsbereik, omdat deze van toepassing is op alle marktdeelnemers die actief zijn (of willen worden) op een nationaal grondgebied.²²¹ Zodoende ziet de materiële selectiviteitstoepassing naast binnenlandse situaties ook op grensoverschrijdende belemmeringen voor het economisch verkeer zoals volgt uit de *World Duty Free*-rechtspraak.²²² Immers, indien een maatregel potentieel vestiging, kapitaalinvesteringen en het goederen en dienstenaanbod beïnvloedt, worden nationale ondernemingen mogelijk bevoordeeld.

Desondanks onderkent De Cecco dat aan het toestaan van dwingende redenen binnen de materiële selectiviteitstoepassing ook traditionele "interne marktproblemen" kleven. Dat zou vooral betekenen dat de Commissie moet onderzoeken of objectieve rechtvaardigingen een overwegend niet-economisch of economisch aard hebben.²²³ Snell voegde hieraan toe dat in dat geval de inconsistente uitleg van het begrip dwingende reden uit het vrij verkeer dan ook toegepast zou worden op staatssteun, met het risico dat de rechtszekerheid verkleind wordt.²²⁴ Het toepassen van interne marktinstrumenten, zoals bijvoorbeeld het leerstuk van een dwingende reden, kan ook volgens Weatherill het grijze gebied van regulerende autonomie binnen het staatssteunrecht niet oplossen. Als illustratie noemt Weatherill de beoordeling van het Hof op materiële selectiviteit in de zaak

217 De Cecco 2013, p. 107-109.

218 De Cecco 2013, p. 98-99, p. 110.

219 Zie conclusie A-G Saugmandsgaard Øe, 19 december 2018 bij zaak C-598/17, *A-fonds t Belastingdienst*, randnummer 64.

220 Hancher 2021, p. 110. Oliver 2021, p. 183. Zie HvJ EU, 7 maart 2024, C-558/22, *ARERA t Fallimento Esperia*, r.o. 101.

221 Zie Szudocky 2016, p. 357-376.

222 Conclusie van A-G Wathelet bij HvJ EU, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15P, 21 december, *Commissie t World Duty Free*, randnummer 137. Zie HvJ EU, 21 juni 2018, C-480/16, *Fidelity Funds*; HvJ EU, 19 december 2018, C-374/17, *A-Brauerei*.

223 De Cecco 2013, p. 98-99, p. 110.

224 Zie Snell 2016, p. 12-31.

Eventech die berustte op de toepassing van een dwingende reden conform het vrij verkeer van diensten.²²⁵

Naast de zaak *Eventech* zijn er meer casusposities te identificeren in de rechtspraak van het Hof waarin objectieve rechtvaardigingen omwille van dwingende redenen te herkennen zijn. Doorgaans betreft het hier beoordelingen waarin de materiële selectiviteitstoepassing een aanvullende bescherming moet bieden tegen inbreuken op het vrij verkeerrecht. Een voorbeeld uit de rechtspraak van het Hof dat nader inzicht geeft in de wijze waarop interne marktexcepties doorwerken in de materiële selectiviteitstoepassing betreffen de *ANGED*-arresten. Als interveniërende partij in deze prejudiciële procedure beoogde de Commissie tevergeefs de samenhangende werking van het vrij verkeer van vestiging en het staatssteunverbod te beschermen. Op grond van dezelfde beoordelingssystematiek voerde de Commissie aan dat de belastingvrijstellingen in de praktijk een onderscheid maakten tussen Spaanse en buitenlandse ondernemingen (en dan vooral ten aanzien van buitenlandse groothandelszaken).²²⁶ De Commissie had na een voorlopig onderzoek op grond van artikel 49 VWEU vastgesteld dat de belastingexcepties het minder aantrekkelijk maakten voor buitenlandse ondernemingen om zich te vestigen in de Spaanse deelstaten.²²⁷ Ten aanzien van deze beperking zag de Commissie geen ruimte voor het invoeren van een dwingende reden als een objectieve rechtvaardiging. De Commissie was namelijk van oordeel dat er sprake was van zuiver economische doelstellingen die het concurrentievermogen van kleine detailhandelszaken moesten vergroten. De Commissie benadrukte dat de maatregel eerder het economische nadeel van “traditionele handelszaken” ten opzichte van grote distributiecentra wilde doen opheffen.²²⁸ Wat opvalt is dat deze analyse naadloos aansluit op de wijze waarop de Commissie de materiële selectiviteitstoepassing verrichtte.

Zoals uiteengezet in paragraaf 3.4 heeft het Hof deze uitleg van de Commissie over de materiële selectiviteitstoepassing echter naast zich neergelegd. Het Hof kwam zelfs tot een totaal tegenovergestelde eindbeoordeling. Zowel bij de toepassing van artikel 49 VWEU, als bij de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU oordeelde het Hof namelijk dat er geen verschil in behandeling was tussen binnenlandse en buitenlandse marktdeelnemers, omdat het heffingenstelsel inherent objectief was en milieubescherming en ruimtelijke als dwingende belangeng nastreefde. Het Hof nam het advies van A-G Kokott over en oordeelde dat alle marktdeelnemers in de Spaanse deelstaten gelijk behandeld werden.²²⁹ Ten aanzien van de vraag

225 Zie *Weatherill* 2017, p. 88-90, 174, 225.

226 Zie HvJ EU, 26 april 2018, C-233/16, *ANGED t Catalonië*, r.o. 17.

227 HvJ EU, 24 maart 2011, C-400/08, *Commissie t Spanje (Catalaans vestigingsbeleid)*, r.o. 63.

228 HvJ EU, 26 april 2018, C-233/16, *ANGED t Catalonië*, r.o. 16-17.

229 HvJ EU, 26 april 2018, C-233/16, *ANGED t Catalonië*, r.o. 54-56.

of de markttoegang ongunstig beïnvloed werd, heeft A-G Kokott het Hof bovendien geadviseerd dat er dwingende redenen open stonden indien het effect van de maatregel zou zijn dat binnenlandse ondernemingen vooral zouden profiteren.²³⁰ A-G Kokott stelde overigens wel vragen bij de eventuele geschiktheid van het belastingstelsel, omdat onduidelijk bleef waar het zwaartepunt lag: bij milieubescherming, ruimtelijke ordening of financiële draagkracht van kleine detailhandelszaken.²³¹ Het Hof zag deze onduidelijkheid kennelijk niet en raadde de Spaanse rechter aan om te oordelen dat er geen sprake was van een schending van artikel 49 VWEU.²³² Bovendien kende het Hof het *Tribunal Supremo* een beleidsruimte toe om bij de toepassing van de materiële selectiviteitstoepassing te beoordelen of de fiscale vrijstellingen op gebied van milieubescherming en ruimte ordening geschikt waren.²³³

De *ANGED*-uitspraken van het Hof zijn een duidelijk voorbeeld van de vermenging van het leerstuk van een dwingende redenen en het leerstuk van een objectieve rechtvaardiging in het staatssteunrecht. Opmerkelijk in deze zaak is dat het Hof de analyse van A-G Kokott over dwingende redenen toepast binnen het leerstuk van de objectieve rechtvaardiging van de drietrapstest. Het resultaat is dat het Hof (na de expliciete aanscherping van de drietrapstest tussen doelstellingen en effecten in het *World Duty Free*-arrest met de *ANGED*-uitspraken) bijkomend in een afwijkingsmogelijkheid voorziet die onvoldoende toegepast kan worden in de verbodsfase door nationale actoren. De einduitspraken van het Spaanse *Tribunal Supremo* getuigen van de moeilijkheid waarmee de nationale rechter geconfronteerd werd. Het *Tribunal Supremo* heeft te kennen gegeven in het eindoordeel (dat volgde op de prejudiciële procedure) dat “hoewel het *ANGED*-arrest van het Hof de bevoegdheid toekent om te controleren of een verschillende fiscale behandeling voor detailhandelszaken met een bepaalde oppervlakte objectief gerechtvaardigd kan worden, [...] het *Tribunal Supremo* zich [beperkt] tot het beoordelen van de rechtmatigheid van de fiscale regeling. De bevoegdheid die het Hof toekent aan het *Tribunal Supremo* kan niet worden uitgeoefend in de onderliggende beroepsprocedure (die ziet op een individuele rechtssituatie en niet een beroep tot nietigheid van een algemene bepaling). Omdat de vrijgestelde fiscale categorieën detailhandelszaken met een oppervlakte met meer dan 2500 m² potentieel begunstigen, moeten deze vrijstellingen – gezien hun potentiële effect op het handelsverkeer – daarom aangemerkt worden als staatssteun in de zin

230 Conclusie A-G Kokott van 9 november 2017 bij zaken C-233/16 t/m C-237/16, *ANGED*, randnummer 43.

231 Conclusie A-G Kokott van 9 november 2017 voor zaak C-233/16, *ANGED*, randnummer 52.

232 HvJ EU, 26 april 2018, C-233/16, *ANGED t Catalonië*, r.o. 29-35, 54-55.

233 HvJ EU, 26 april 2018, C-236/16 en C-237/16, *ANGED t Aragón*, *dictum*.

van artikel 107, lid 1, VWEU.”²³⁴ In deze einduitspraak onderkende het *Tribunal Supremo* weliswaar dat het Hof een objectieve rechtvaardiging had toegestaan, maar koos het er niettemin voor om die niet toe te passen. Het *Tribunal Supremo* deed dit primair op grond van de procedurele autonomie, waarbij de objectieve rechtvaardiging niet toegepast kon worden binnen de omvang van het geschil. Secundair was het *Tribunal Supremo* echter ook van oordeel dat de toegekende bevoegdheid van het Hof niet toegepast kon worden, omdat de Spaanse rechter dan de specifieke effecten van milieubeperkende maatregelen per handelsonderneming moest controleren.²³⁵ Zekerheidshalve oordeelde het *Tribunal Supremo* daarom dat het potentiële (en dus niet daadwerkelijke) effect volstond om te concluderen dat de ondernemingen die vanwege milieudoelstellingen een belastingvoordeel ontvingen, onrechtmatig bevoordeeld werden.²³⁶

In dezelfde uitspraak liet het *Tribunal Supremo* de bouwmarktexceptie wel in stand, opnieuw met verwijzing naar de uitspraak van het Hof in *ANGED*. Het *Tribunal Supremo* oordeelde meer bepaald dat – nu de maatregel volgens het Hof geen daadwerkelijke impact had op het vrij verkeer van vestiging en bijdroeg aan milieudoelstellingen – er geen sprake kon zijn van staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.²³⁷ Op grond van het feitencomplex – en de omstandigheid dat het *Tribunal Supremo* naar Spaans recht wel bevoegd was om de bouwmarktexceptie op rechtmatigheid te beoordelen – paste het rechtscollege ten aanzien van deze maatregel wel de objectieve rechtvaardiging inzake milieu toe – conform de uitspraak van het Hof in *ANGED*. Het *Tribunal Supremo* valt hier niets te verwijten, omdat het een prejudiciële uitspraak van het Hof per belastingmaatregel heeft toegepast in de vorm van een belangenafweging.

De onderliggende belangenafweging die het Hof in *ANGED* verrichtte, kent (gelet op de ondergrens van het Hof in de vaste rechtspraak om algemene belangen niet af te wegen tegen de doelstelling van het staatssteunverbod) naar de mening van de auteur, te veel ruimte toe aan uiteenlopende beleidsdoelstellingen, die een negatieve uitwerking kunnen hebben op zowel de vrijheid van vestiging en de concurrentie. Dat spanningsveld kwam in de einduitspraak van het *Tribunal Supremo* tweemaal naar voren. Hier valt op te merken dat het *Tribunal Supremo* in beide beoordelingen overwoog of er sprake was van potentiële of daadwerkelijke bevoordeling van de effecten op de interne markt. Het mocht evenwel niet aannemen dat het Hof “een

234 *Tribunal Supremo*, 26 september 2018, *ANGED*, STS 3358/2018-ECLI:ES:TS:2018:3358, p. 9-10.

235 *Idem*.

236 Rapport Commissie, Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts, 2019

Annex 3-Country reports, Spain.

237 *Tribunal Supremo*, 26 september 2018, *ANGED*, STS 3358/2018-ECLI:ES:TS:2018:3358, p. 9-10.

nieuwe bevoegdheid” in de beoordeling van staatssteun had toegekend en heeft bij de bouwmarktexceptie – op aangeven van het Hof – de interne marktbeoordeling gelijkgesteld aan de staatssteunbeoordeling.

In de *ANGED*-arresten maakte het Hof de potentiële (economische) effecten van de belastingmaatregelen ondergeschikt en gaf voorrang aan de intrinsieke dwingende redenen van deze belastingregelingen in de vorm van staafbare milieuverbeteringen. Daarbij verlaat het Hof de *Nox*-lijn uit de jurisprudentie, waarin het Hof een verbetering van de verschillende handelsvoorwaarden voor grote en kleine ondernemingen als materieel selectief aanmerkte (zie paragraaf 2.3.1). De omstandigheid dat Commissie bij de *ANGED*-zaken voorlopig had vastgesteld dat de kleinere detailhandel gevrijwaard werd van de concurrentiedruk van de grote distributiecentra maakte kennelijk geen indruk op het Hof.²³⁸ Opmerkelijk genoeg had het Hof geen bezwaar tegen de “bouwmarktexceptie”, hoewel deze afwijking ogenschijnlijk een helder objectief criterium ontbeerde. Uiteindelijk lijkt echter eerder een regionaal belang op het gebied van economisch vestigingsklimaat van dwingende aard geweest te zijn. Het Hof had dit belang door de Commissie op zijn daadwerkelijke effecten op de interne markt moeten laten beoordelen op grond van artikel 107, lid 3, VWEU. Deze verplichting is door het Hof expliciet vastgelegd in *A-fonds*.²³⁹ In dit arrest oordeelde het Hof dat de beoordelingsbevoegdheid van een nationale rechter beperkt is wanneer een *prima facie* inbreuk op het vrij verkeer onlosmakelijk verbonden is met een *prima facie* selectief voordeel. In die omstandigheid mag de nationale rechter zelfs niet oordelen over een eventuele verenigbaarheid van een vrij verkeersmaatregel, omdat de *standstill*-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU de rechter verbiedt om zich uit te spreken over de verenigbaarheid onrechtmatige staatssteun.²⁴⁰ Deze beoordeling is volgens het Hof voorbehouden aan de Commissie.²⁴¹

Bijzonder aan de *ANGED*-uitspraken is dat het Hof rechtvaardigingsgronden (milieu, vestigingsbeleid, vervoersbeleid) op zijn *merites* wilde beoordelen. Hierdoor is de belangenafweging door het Hof beïnvloed door het spanningsveld tussen dwingende redenen, autonome regulering en het vrij verkeer van vestiging. Het gevolg is echter dat het Hof een precedent geschapen heeft voor het inroepen van algemene belangen die kennelijk zwaarder wegen dan het staatssteunverbod. Hier wreekt zich het probleem van de “overdaad” aan interne marktexcepties binnen de vrij verkeersbepalingen, dat zich doorgaans niet openbaart binnen de toepassing van het

238 Rapport Commissie, “Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts”, 2019; Annex 3-Country reports, Spain; *Tribunal Supremo*, 26 september 2018, STS 3358/2018-ECLI:ES:TS:2018:3358, p. 8-9.

239 HvJ EU, 2 mei 2019, C-598/17, *A-fonds*, r.o.46.

240 *Idem*.

241 *Idem*. Zie ook Zie Loewenthal en Ziegler 2021, p. 1049-1063.

staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU. Het begrip dwingende redenen heeft zich ontwikkeld tot een divers scala aan belangencategorieën die de versterking van het concurrentievermogen in economische sectoren niet *per se* meer uitsluit.²⁴² Daarom kleeft aan het inroepen van meerdere dwingende redenen het probleem, dat het moeilijk wordt voor het Hof, laat staan de nationale rechter, om het zwaartepunt van een maatregel te bepalen. Hier doemt het probleem op dat Mortelmans treffend omschreven heeft als een “concurrentie aan samenlopende belangen.”²⁴³ Op grond van de *ANGED*-uitspraak van het Hof zou een nationale rechter binnen de materiële selectiviteitstoepassing namelijk tegenstrijdige algemene en zuiver economische belangen moeten wegen, die hij op grond van het staatssteunrecht niet in evenwicht kan en mag brengen. De mogelijkheid om dwingende redenen in te roepen zou de nationale rechter in zijn taak om de belangen van derden te bewaken frustreren.

Eveneens zou de introductie van de doctrine van een dwingende reden de lidstaten te veel ruimte geven om een veelvoud aan rechtvaardigingsgronden in te roepen – om zo de werking van de drietrappstest te omzeilen.²⁴⁴ Dit zou het evenwicht tussen doelen en effecten, dat het Hof nu net in *World Duty Free* heeft hersteld, tenietdoen.

De omstandigheid dat het Hof in *ANGED* de materiële belangenafweging overlaat aan de nationale rechter, staat bovendien in schril contrast met het verbod voor de nationale rechter om een verenigbaarheidstoepassing te verrichten. Deze benadering van het Hof verplicht de nationale rechter echter om op grond van de materiële selectiviteitstoepassing een samenloop van verschillende dwingende reden af te zetten tegen de belangen van het economisch verkeer op een wezenlijk deel van de interne markt. Daarmee wordt in wezen een *strictu sensu* belangenafweging verwacht van hem. Dit geldt in het bijzonder wanneer de ingeroepen objectieve rechtvaardiging op artikel 107, lid 1, VWEU als dwingende reden onlosmakelijk verbonden is met een schending van het vrij verkeer. In dat geval doorkruist de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU zelfs de beoordelingsruimte van de nationale rechter om de verenigbaarheid van vrij verkeersinbreuken te onderzoeken.²⁴⁵ De bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechter en de Commissie vereist dan dat de Commissie zich over een mogelijke verenigbaarheid uitspreekt.²⁴⁶

242 Zie HvJ EU 27 februari 2019, C-563/17, *Associação Peço a Palavra t Conselho de Ministros.*, r.o.66-67, 73.

243 Zie Mortelmans 2004, p. 240-252.

244 Voorts zou een diversiteit aan dwingende redenen, en hun mogelijke sectorale uitwerkingen, dezelfde problematiek in huis halen als de diversiteit van DAEB veroorzaakt bij de toepassing van de *Altmark*-test, zoals uiteengezet wordt in hoofdstuk 2.

245 HvJ EU, 2 mei 2019, C-598/17, *A-Fonds*, r.o. 47-49.

246 HvJ EU, 2 mei 2019, C-598/17, *A-fonds*.

3.2.2 Tussenconclusie

De standaardtoepassing uit het *World Duty Free*-arrest houdt in dat slechts mag worden afgeweken van een algemeen toepasselijk rechtsstelsel zolang een inherent legitiem algemeen belang dit rechtvaardigt. In dat geval mag deze afwijking niet in zijn strijd met de beginselen van non-discriminatie en evenredigheid. Op het eerste oog komt de toepassing van deze drie stappen van de materiële selectiviteitstoepassing overeen met de toepasbare elementen en begrenzingsen uit het dwingende-redenleerstuk inzake de vier vrijheden.

Dat betekent echter niet dat deze twee toepassingen één-op-één werken. De toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU staat namelijk niet toe dat ingeroepen algemene belangen de uitkomst van de staatssteunbeoordeling veranderen vanwege hun overstijgende belang, in tegenstelling tot de beoordeling van een dwingende reden ter rechtvaardiging van een inbreuk. Dat betekent volgens de doel-effectbenadering overigens niet dat de inherente legitieme doelstellingen onbeoordeeld moeten blijven. Juist op basis van de onderliggende belangen moet beoordeeld worden of deze legitiem, non-discriminatoire en evenredig zijn. Echter de benadering van het Hof in *ANGED* is illustratief voor de wijze waarop het delicate evenwicht tussen doel en effect doorbroken kan worden met het inroepen van economische belangen. Uit het arrest *ANGED* volgt nadrukkelijk dat aan het toestaan van dwingende redenen binnen de materiële selectiviteitstoepassing problemen kleven die eigen zijn aan het interne marktrecht. Deze problemen betreffen de moeilijkheid om het zwaartepunt te bepalen van economische en niet-economische uitwerkingen van overheidsmaatregelen. Bovendien zou deze interpretatie de nationale rechter ertoe aanzetten om een veelvoud aan belangen (die eventueel met elkaar kunnen botsen) *strictu sensu* tegen elkaar af te wegen, hetgeen hij niet kan en mag op grond van artikel 107, lid 1, VWEU jo. artikel 108, lid 3, VWEU. Daarmee lijkt de ruime interpretatie die het Hof toekent aan het inroepen van objectieve rechtvaardigingen binnen de drietrappstest in strijd met de bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechter en de Commissie. Een dwingende redenbenadering binnen de materiële selectiviteitstoepassing kan ertoe leiden dat de grens die het Hof gesteld heeft tussen verbodstoepassing en verenigbaarheidsbeoordeling vervaagt, hetgeen niet bijdraagt aan de ontwikkeling van een voorspelbare en werkbare toepassing voor de nationale rechter.

Indien de rechter zich moet uitspreken over de rechtvaardiging van overheidsingrijpen op de markt – waaronder het compenseren van concurrentienadelen (zoals in het geval van *ANGED*) – dan kunnen lidstaten daarmee bovendien het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU en

de *standstill*-clausule van artikel 108, lid 3, VWEU omzeilen.²⁴⁷ Zodra de materiële selectiviteitsbeoordeling op objectieve rechtvaardigingen verder gaat dan de controle op objectieve criteria van een algemene regeling, is het niet uitgesloten dat de nationale rechter ongewild een inbreuk maakt op de exclusieve bevoegdheden van de Commissie en dan handelt hij in strijd met het Unierecht.

3.2.3 *Het rechtvaardigen van inherente beperkingen binnen de materiële selectiviteitstoepassing omwille van legitieme belangen*

Vanuit een brede optiek beslaat het interne marktrecht, naast de vier vrijheden, het vereiste van gelijke mededingingsvoorwaarden.²⁴⁸ Echter, net zoals bij het leerstuk van de dwingende redenen, bestaat er een spanningsveld tussen economisch beleid van de lidstaten en gelijke mededingingsomstandigheden op de interne markt. Om een evenwicht te bieden tussen autonome regulerende bevoegdheden van de lidstaten en de interne markt doelstellingen bestaat er daarom binnen het interne marktrecht het leerstuk van de inherente beperkingen omwille van algemene belangen.²⁴⁹ Bij deze legitieme belangen heeft het Hof de regulerende bevoegdheden van non-gouvernementele organisaties (zoals sportbonden en brancheorganisaties) afgewogen tegen de werking van de interne markt.²⁵⁰ Daartoe heeft het Hof objectieve standaarden geformuleerd zodat de nationale rechter de mogelijkheid heeft om de belangenafweging van overheden te controleren.²⁵¹ In het *Wouters*-arrest oordeelde het Hof dat een samenwerkingsverband tussen accountants en advocaten weliswaar leidde tot een mededingingsbeperking, maar dat deze beperking inherent was aan het doel van het besluit en daarmee niet strijdig was met het kartelverbod van artikel 101, lid 1, VWEU.²⁵² Deze maatregel was gericht op (wettelijk genormeerde) dienstverlening in het algemene belang en moest dragen aan een goede rechtsbedeling.²⁵³ De *Wouters*-exceptie berust op niet-economische, maar ook economische doelstellingen: een goede rechtsbedeling enerzijds

247 Zie HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*. Zie ook hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.2.

248 Zie artikel 120 VWEU waarin bepaald is dat de lidstaten handelen in een openmarkteconomie met vrije mededinging en hun economisch beleid voeren teneinde bij te dragen aan de doelstellingen van de Unie zoals vastgelegd in artikel 3 VEU. Zie Ambtenbrink 2019, p. 891-892.

249 Zie ook Weatherill, 2017, p. 33, 106-107.

250 HvJ EG, 11 april 2000, gevoegde zaken C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, r.o. 47-48; EVA Hof, 16 november 2018, zaak E-8/17, *Kristoffersen*, r.o. 68. Zie hoofdstuk 4.

251 In de zaak *Deliège* oordeelde het Hof dat er geen sprake was van een beperking onder artikel 56 VWEU omdat de selectieregels inherent waren aan het na te streven doel van topsportbeoefening HvJ EG, 11 april 2000, gevoegde zaken C-51/96 en C-191/97, *Deliège*. Zie hoofdstuk 4. Zie Weatherill 2017, p. 99-106.

252 Zie Mulder 2018, p. 125-126.

253 Zie conclusie A-G Léger, 10 juli 1991, C-309/99, *Wouters*, randnummers 185, 186

en het doel van economische efficiëntie anderzijds.²⁵⁴ Het zwaartepunt van de doelstelling is echter niet-economisch. Deze standaard voor het invoeren van een inherent belang vereist vervolgens dat voldaan is aan de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en evenredigheid, vergelijkbaar aan het leerstuk van de dwingende redenen.²⁵⁵

In het arrest *Meca Medina* oordeelde het Hof dat de anti-dopingregelgeving tot een inherente beperking van de mededinging leidde, maar desondanks niet tot een schending van artikel 101, lid 1, VWEU, omdat de beperking legitiem en evenredig was.²⁵⁶

Ook binnen het staatssteunrecht is er een nauwe scheidslijn tussen regulerende bevoegdheden en overheidsinterventie omwille van algemene legitieme belangen te bespeuren. Het was de *Eventech*-zaak die commentatoren aanspoorde om de vraag te stellen of er ook zoiets bestaat als een “inherente voordeel”-doctrine in het staatssteunrecht. Zo heeft Dekker, naar aanleiding van dit arrest, het spanningsveld tussen legitieme belangen en het begrip “selectief voordeel” geschetst.²⁵⁷ In zijn commentaar bij het *Eventech*-arrest merkte hij op dat, vergelijkbaar aan het *Altmark*-arrest, het Hof in deze zaak een onderscheid maakte tussen groepen ondernemingen vanwege een opgelegde openbare dienst.²⁵⁸ Door het gewicht dat het Hof in deze zaak toekende aan de wettelijke vervoerstaken, inherent aan een openbare dienst, introduceerde het Hof volgens Dekker “een inherente voordeel-doctrine die de effectbenadering mogelijk doorkruist.”²⁵⁹ Parret en Van Heezik hebben deze beoordeling onderschreven en beoordeelden de uitspraak van het Hof als het toestaan van “een inherent voordeel voor de taxi’s op grond van een algemeen belangdoelstelling”.²⁶⁰ Echter, omdat deze doelstelling intrinsiek was aan het wettelijke referentiekader, merkte zij ter nuancering terecht op dat ook doelstellingen nu eenmaal meewegen in de beoordeling van effecten van *prima facie* voordelen.²⁶¹

Inderdaad maken legitieme belangen een belangrijk onderdeel uit van de materiële selectiviteitstoepassing. Zo kan een *prima facie* voordeel alleen gerechtvaardigd worden op grond van inherente legitieme belangen. Vergelijkbaar aan het leerstuk van openbare dienstverplichtingen moeten deze belangen legitiem zijn en een algemeen belang dienen en voldoen aan de wettelijke vereisten van non-discriminatie en evenredigheid.²⁶² Zoals

254 Zie ook Mulder 2018, p. 125-126.

255 Albors-Llorens 2021, p. 151-156.

256 HvJ EU, 18 juli 2006, C-519/04 P, *Meca Medina*, r.o. 43. Zie hoofdstuk 4 paragraaf 3.1.

257 Zie Dekker, 2015, p. 117-122.

258 Zie Dekker, 2015, p. 117-122.

259 Zie Dekker 2015, p. 117-122.

260 Parret & Van Heezik 2018, p. 93-100.

261 Parret & Van Heezik 2018, p. 93-100.

262 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 4.4.2.

Dekker terecht heeft opgemerkt, doet deze benadering veel denken aan de uitzonderingspositie van een DAEB-beheerder.²⁶³

Bij de toepassing van de drietrapstest moet een inherente bevoordeling van ondernemingen ook beoordeeld worden op de mogelijke negatieve effecten op de mededinging en het handelsverkeer. Immers, bij het beoordelen van gelijke behandeling moeten de juridische én feitelijke omstandigheden gewogen worden. Dit is niet anders dan de beoordeling van de juridische en economische context van een regulerende bevoegdheid onder de *Wouters- en Meca Medina*-testen.²⁶⁴ In het *Eventech*-arrest overwoog het Hof ook dat er effecten waren op de mededinging, maar dat deze ondergeschikt waren aan de uitoefening van een autonome regulerende bevoegdheid. Daarmee heeft het Hof de beïnvloeding van de mededinging ook ondergeschikt gemaakt aan het onderliggende legitieme belang van een veilig en doeltreffend vervoerscoördinatiebeleid. De benadering van het Hof houdt daarmee in dat binnen de vergelijkingstest feitelijke mededingingsomstandigheden een rol spelen, voor zover zij de discretie van een lidstaat om autonoom beleid uit te voeren niet doorkruisen. De beoordeling van het Hof in *Hansestadt Lübeck* nam overigens uitsluitend de regulerende autonomie in ogenschouw en daarbij werden de mededingingsomstandigheden niet meegewogen als beoordelingsfactor in de vergelijkingstest. Dit valt te betreuren, omdat het Hof in *Eventech* ten minste nog overwoog om binnen de vergelijkingstest ook de effecten van de maatregel op de mededinging in kaart te brengen en zo kon bezien of de markttoetreding voor buitenlandse toetreders beperkt werd.

Beide uitspraken signaleren daarom een knelpunt in de toepassing van de vergelijkingstest voor materiële selectiviteit: er ontbreekt in de huidige belangenafweging van het Hof een evenwicht tussen de feitelijke mededingingsomstandigheden enerzijds en de regulerende bevoegdheden anderzijds. Weliswaar is een autonoom wettelijk kader het uitgangspunt voor de beoordeling op materiële selectiviteit, maar vormt deze – volgens de woorden van A-G Bobek – “niet noodzakelijkerwijs het beslissende argument voor de vaststelling van de vergelijkbaarheid”.²⁶⁵ Uit deze

263 Zie Dekker 2015, p. 117-122.

264 Dit geldt in zekere mate ook voor de *Keck*-exceptie zoals beschreven in hoofdstuk 2, paragraaf 3.1. Deze objectieve standaard is door het Hof ontworpen als afwijking van de toepassing van het begrip maatregelen van gelijke werking op basis van de *Dassonville*-toepassing. Het *Keck*-arrest vormt zo een objectieve standaard op artikel 34 VWEU die lidstaten, die lidstaten een beleidsruimte biedt om vast te stellen of verkoopbepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers op een afgebakend nationaal grondgebied en of zij rechtens en feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en producten uit andere lidstaten. Zie HvJ EG, 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, *Keck et Mithouard*, r.o. 15-17.

265 Zie conclusie A-G Bobek van 14 december 2017 bij zaak C-382/16, *Hornbach-Baumarkt*, randnummer 61 en voetnoot 29.

nuancering valt op te maken dat het wettelijke kader een wegingsfactor is, maar dat de potentie aan buitenlandse toetreders en de beïnvloeding van het economisch verkeer op “een wezenlijk deel van de interne markt” ook beoordelingsfactoren zijn²⁶⁶

Vervolgens moet de belangenafweging ook niet doorschieten naar hoofdzakelijke mededingingsanalyse vergelijkbaar aan het kartelrecht. Zo hebben commentatoren geopperd om de Commissie te verplichten om het referentiegebied voor selectiviteit af te bakenen op grond van het relevante marktbegrip.²⁶⁷ Dit zou echter de verfijning van de doel- effectbenadering van materiële selectiviteit uit *World Duty Free* te niet doen. Uit de arresten *Aer Lingus* en *World Duty Free* volgt namelijk niet dat de relevante markt moet worden afgebakend voor alle daadwerkelijke mededingingsomstandigheden. De begrippen “referentiegebied” en “relevante markt” zijn daarom niet inwisselbaar. Een potentiële versterking van de positie van een begunstigde onderneming ten aanzien van andere marktdeelnemers volstaat daarom op grond van artikel 107, lid 1, VWEU om ongelijke behandeling aan te nemen.²⁶⁸ Daarbij hoeft het Hof niet de uiteindelijke daadwerkelijke economische effecten mee te wegen, zoals bijv. lagere prijzen voor de eindgebruikers van lager belaste diensten, omdat deze geen enkele rechtvaardiging vormen op het staatssteunverbod.²⁶⁹

Artikel 107, lid 1, VWEU stelt volgens het Hof – in tegenstelling tot artikel 101, lid 1, VWEU – nadrukkelijk grenzen aan het invoeren van objectieve rechtvaardigingen van een zuiver economische aard.²⁷⁰ Zo heeft de materiële reikwijdte van artikel 107, lid 1, VWEU, overeenkomsten, maar bovenal ook verschillen met artikelen 101 VWEU. Een duidelijke overeenkomst is dat zowel een inbreuk op de artikelen 101, lid 1, VWEU als een selectief voordeel tot een doel- of effectbeperking van de mededinging kan leiden. Een andere overeenkomst is dat ook de effectbenadering van artikel

266 HvJ EU, 21 december 2016, C-164/15 P en C-165/15 P, *Ryan Air en Aer Lingus*, r.o. 99-103. Zie voor het begrip een wezenlijk deel van de interne markt HvJ EG, 18 maart 1997, C-343/95, *Diego Cali*. In dit arrest oordeelde het Hof dat de haven van Genua een wezenlijk deel vormde van de interne markt. Zie conclusie A-G Bobek van 14 december 2017 bij zaak C-382/16, *Hornbach-Baumarkt*, randnummer 62-63.

267 Zie Romariz 2014, p. 39-50.

268 Zie Hancher 2021, p. 79-80.

269 Zo heeft het Hof geoordeeld dat zogeheten doorberekeningsverweer (financiële voordelen die via de steunontvanger uiteindelijk ten goede komen van de eindconsument) mogelijk gebruikelijk zijn om schendingen van artikel 101, lid 1, VWEU objectief te rechtvaardigen maar geen plaats hebben in de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Zie HvJ EU, 21 december 2016, C-164/15 P en C-165/15 P, *Ryan Air en Aer Lingus*, r.o. 99-103.

270 Zie Van Cleynenbreugel, 2014b, p. 1421-1425.

101, lid 1, VWEU ruimte biedt voor het invoeren van objectieve rechtvaardigingen op selectieve praktijken binnen de reikwijdte van het verbod.²⁷¹

Het verschil is dat inherente economische voordelen voor de consument niet meegewogen mogen worden binnen de materiële selectiviteitstoepassing. Deze voordelen mogen volgens het Hof wel als objectieve rechtvaardiging ingeroepen worden op grond van artikel 101, lid 1, VWEU en als verenigbaarheidsgrond volgens artikel 101, lid 3, VWEU.²⁷² Dergelijke objectieve rechtvaardigingen moeten betrekking hebben op niet-economische belangen, consumentenbescherming of efficiëntieverweren.²⁷³ Bovendien staat de *Wouters* – exceptie een inherente mededingingsbeperking toe zolang deze bijdraagt aan efficiëntie binnen een gereguleerde economische sector en een daadwerkelijke verbetering van dienstverlening aan de consument. De uitspraak van het Hof in *Aer Lingus* laat zien dat het staatssteunverbod niet zo ver gaat.²⁷⁴

Het toestaan van dergelijke belangenverweren binnen de materiële selectiviteitstoepassing zou in strijd zijn met het objectieve verbod van artikel 107, lid 1, VWEU. De objectieve rechtvaardigingen die het Hof heeft toegestaan in *Hansestadt Lübeck* (luchthavenbeleid) en *Eventech* (een efficiënt en veilig vervoerssysteem) begeven zich namelijk op het snijvlak van een verbodstoepassing en een verenigbaarheidstoepassing, net zoals het geval is bij de *Wouters*- en *Meca Medina*-toepassingen. Een dergelijke materiële belangenafweging tussen een inherente rechtvaardigingsgrond en de daadwerkelijke gevolgen voor de marktpositie van een bevoordeelde onderneming zou de vergelijkingstest, en daarmee het toepassingsbereik van het staatssteunverbod, ondermijnen. In tegenstelling tot de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU laat artikel 107, lid 1 VWEU helemaal geen ruimte voor de uitruil van een inherent voordeel tegen de daadwerkelijke effecten voor de markt (en consument). Het staatssteunverbod gaat namelijk uit van een potentiële versterking van de marktpositie, terwijl een beoordeling onder de Verdragsuitzonderingen van artikel 107, lid 2 en 3, VWEU en artikel 106, lid 2, VWEU een belangenafweging tussen algemene belangen en de daadwerkelijke gevolgen voor de mededinging mogelijk maakt.²⁷⁵

Vanuit dat onderscheid zou bij het toestaan van een “inherente voordeel”-doctrine ook het probleem voordoen dat de nationale rechter, net zoals bij

271 Zie bijvoorbeeld HvJ EU, 13 oktober 2011, *Pierre Fabre* en de objectieve rechtvaardiging van selectieve distributieovereenkomsten.

272 Dergelijke objectieve rechtvaardigingen moeten betrekking hebben op niet-economische belangen, consumentenbescherming of efficiëntieverweren, Zie ook Van Cleynenbreugel, 2014b, p. 1421-1425.

273 Overigens is hier ook ruimte voor niet-economische belangen. Zie Van Rompuy 2013, p. 30, 77, 110.

274 HvJ EU, 21 december 2016, C-164/15 P en C-165/15 P, *Ryan Air en Aer Lingus*, r.o. 99-103.

275 Ottervanger 2015, p. 3-5; Zie Ottervanger & Aalbers 2018, p. 789.

de beoordeling op dwingende redenen, gevraagd kan worden om voorbij te gaan aan zijn rol bij de handhaving van het staatssteunverbod artikel 107, lid 1, VWEU jo, artikel 108, lid 3, VWEU. De nationale rechter moet zich realiseren dat bij een belangenafweging tussen beleidsmaatregelen, zoals in het geval van prijsregulering in *Hansestadt Lübeck*, hij in wezen een *strictu sensu* beoordeling moet verrichten, die mogelijk de exclusieve bevoegdheden van de Commissie op het gebied van publieke handhaving en de exclusieve bevoegdheid om de verenigbaarheid te beoordelen doorkruist.

Overigens speelt deze discussie ook binnen het kartelrecht. Zo heeft de toepassing van een objectieve rechtvaardiging binnen het kartelverbod het probleem opgeworpen dat het onderscheid tussen de bepalingen van artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 101, lid 3, VWEU conceptueel zijn vervaagd.²⁷⁶ De mogelijkheid om binnen de effectbenadering van artikel 101, lid 1, VWEU de positieve en negatieve gevolgen van mededingingsbeperkingen af te wegen, lijkt daarmee het onderscheid tussen verbod en verenigbaarheid onduidelijk te maken.²⁷⁷ Dit geldt ook voor de *Wouters*-exceptie, die inhoudelijk in grote mate overeenkomt met de verenigbaarheidstest van artikel 101, lid 3, VWEU. Beide toepassingen omvatten dezelfde doelstellingen op het gebied van efficiëntie en een verbeterde positie van consumenten. Wegens deze conceptuele overlap heeft de Commissie zich in meerdere instanties bezorgd uitgelaten over het risico dat de *Wouters*-toepassing ertoe kan bijdragen dat het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU wordt uitgehold.²⁷⁸ Om bij te dragen aan rechtszekerheid heeft het Hof daarom de Commissie in deze lijn gevolgd en extra strenge voorwaarden aan zelfregulering van branchesectoren opgelegd aan nationale rechters waardoor het inroepen van *Wouters*-exceptie als toepassingsmogelijkheid een relatief zeldzame aangelegenheid is geworden.²⁷⁹

3.2.4 Tussenconclusie

Vergelijkbaar aan het leerstuk van de dwingende redenen bestaat er een spanningsveld tussen ingeroepen redenen van horizontaal economisch beleid door de lidstaten en gelijke mededingingsomstandigheden op de interne markt. De invulling van de vergelijkingstest door het Hof ten aanzien van inherente beperkingen houdt in dat feitelijke mededingingsomstandigheden enkel een rol spelen, voor zover zij de discretie van een lidstaat om autonoom beleid uit te voeren niet in de weg staan. De uitleg van de autonome wettelijke bevoegdheden in *Eventech* en *Hansestadt Lübeck* heeft dan ook de vraag opgeroepen of er zoiets bestaat als een inherent

276 Van Cleynenbreugel 2014b, p. 1430-1433; Brook 2019, p. 121,155.

277 Zie Mortelmans, 'Botsende algemene belangen en de werking van de interne markt' 2004, p. 240-252.

278 Zie van den Gronden 2015, p. 522.

279 Zie ook Hatzopoulos 2013, p. 469.

voordeel dat door een inherent belang gerechtvaardigd kan worden en daarmee uitgezonderd kan worden van de werking van artikel 107, lid 1, VWEU. Zo komt de “openbare dienst”-benadering van het Hof in *Eventech* overeen met de ratio van de afwijkende toepassingsstandaard in *Wouters*, omdat volgens het Hof in deze zaken een overstijgend algemeen belang een afwijking van normale marktvoorwaarden in beginsel rechtvaardigt. In de beoordeling door het Hof in *Hansestadt Lübeck* kende het Hof veel belang toe aan regulerende autonomie, zonder dat de feitelijke mededingingsomstandigheden meegewogen werden.

Het toestaan van dergelijke belangenverweren binnen de materiële selectiviteitstoepassing doet af aan de objectiviteit van het verbod van artikel 107, lid 1, VWEU. De objectieve rechtvaardigingen die het Hof heeft toegestaan in *Hansestadt Lübeck* begeven zich namelijk op het grensvlak van een verbodstoepassing en een verenigbaarheidstoepassing, net zoals het geval is bij de *Wouters*-toepassing. Het invoeren van een “inherent voordeel” zou, net zoals bij de beoordeling op dwingende redenen, voorbijgaan aan de bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechter en de Commissie. De nationale rechter zou in een verenigbaarheidsbeoordeling treden die is voorbehouden aan de Commissie. Daarbij dient hij zich onthouden van het beoordelen van een objectieve-rechtvaardiging wanneer deze berust op een *stricto sensu* belangenafweging tussen sturende beleidsmaatregelen en de mogelijke verenigbaarheidsgronden. De vraag is daarom of een het invoeren van dergelijke rechtvaardigingsgronden, hoewel geoorloofd in de rechtspraak van het Hof, in de praktijk wel mogelijk zou blijken.

4 CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN

De gelijke behandeling van ondernemingen in gelijke gevallen vormt het fundament van het staatssteunverbod. De materiële selectiviteitstoepassing is ontwikkeld door het Hof om ondernemingen te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken. Deze toepassing laat ruimte voor de lidstaten om eigen fiscale en economische beleidsdoelstellingen te volgen, zolang deze doelstellingen ook een legitiem belang dienen en een algemene strekking hebben.

Deze autonomie van de lidstaten is evenwel begrensd. Algemene belangen, hoe legitiem ook, kunnen een voorkeursbehandeling namelijk niet rechtvaardigen op grond van de effectbenadering van artikel 107, lid 1, VWEU. Echter, om de effecten te kunnen beoordelen, moeten toch ook de doelstellingen, en daarmee algemene belangen, beoordeeld worden binnen de driestaptest van materiële selectiviteit. Daarom is de beoordeling van materiële selectiviteit een samenspel van doelstellingen en uitwerkingen.

Om flexibele interpretaties van het materiële selectiviteitsbegrip uit te

sluiten en het begrip te uniformeren heeft het Hof met het arrest *World Duty Free* een toepassingstandaard ontwikkeld die de beoordeling van doelstellingen en effecten in evenwicht brengt. Deze “doel-effectbenadering” van de drietrapstest houdt rekening met legitieme doelstellingen van de lidstaten, maar controleert bovenal de uitwerkingen van maatregelen op het binnenlandse én het grensoverschrijdende economisch verkeer.

Met de nadrukkelijke positionering van het gelijkheidsbeginsel binnen de materiële selectiviteitstoepassing heeft het Hof een aanvullende bescherming van het economisch verkeer binnen de interne markt willen bieden. Toch is de werking van het gelijkheidsbeginsel, ondanks, (en mogelijk ook als gevolg van) de beïnvloeding door het interne marktrecht, onvoldoende verfijnd. Als gevolg hiervan ontstaan in de praktijk knelpunten inherent aan de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten. Zo bevindt de rechtspraak van het Hof zich ten opzichte van horizontaal economisch beleid in een experimentele fase, waarin het Hof de behandeling van ondernemingen vooral beoordeelt op basis van de nationale wettelijke doelstellingen en onvoldoende op basis van de potentiële beperkingen van het economisch verkeer. Bovendien weegt het Hof bij de beoordeling van marktregulering door de lidstaten ingeroepen dwingende redenen en legitieme belangen mee in haar beoordeling op materiële selectiviteit. Daarbij kennen de interpretaties door het Hof veel gewicht toe aan regionale en nationale autonomie en mogelijk te weinig aan de sectorale uitwerkingen van marktregulering. Met name bij het toepassen van de vergelijkingstest en de aansluitende beoordeling op ingeroepen objectieve rechtvaardigingen biedt de beoordeling van het Hof geen leidraad die ook toegepast kan worden door nationale overheden en nationale rechters. Dat is uiteraard geen rechtstreekse kritiek aan het Hof, dat niet *erga omnes* oordeelt en regels opstelt. Evenwel blijkt uit de geanalyseerde casusposities dat de Commissie en het Hof van Justitie van de EU inmiddels te maken krijgen met samenlopende of botsende interne marktexcepties, en geneigd zijn om dwingende redenen voorrang te geven en inherente beperkingen wegens legitieme belangen toe te staan. Daardoor lijkt het alsof het Hof afwijkingen toestaat in de verbodsfase, die normaal slechts in de verenigbaarheidsfase aan de orde kunnen komen. Een dergelijke houding plaatst de nationale rechter in een moeilijke – zo niet onmogelijke positie: enerzijds dient deze laatste objectieve rechtvaardigingen te erkennen, maar anderzijds zou het beoordelen van het bestaan van die rechtvaardigingen leiden tot een indeplaatsstelling door de rechter van de Commissie die de exclusieve bevoegdheid heeft om te bepalen of een maatregel staatssteun uitmaakt of niet.

Het lijkt daarom volgens auteur dezes nuttig dat het Hof bij de verfijning van de objectieve rechtvaardigingsleer bovenal het precaire evenwicht tussen de verbodstoepassing en de verenigbaarheidstoepassing uitdrukkelijker zou bewaken en benadrukken. De ruimte die het Hof door middel van algemene belangenafwegingen toekent aan objectieve rechtvaardigingen in

de vorm van dwingende redenen en inherente beperkingen, kan de nationale rechter er namelijk onbewust toe aanzetten dat hij in strijd met artikel 107, lid 1, VWEU jo. artikel 108, lid 3, VWEU algemene belangen *stricto sensu* tegen elkaar afweegt. Als de nationale rechter zich bij de beoordeling op staatssteun moet uitspreken over de rechtvaardiging van sturend overheidsingrijpen op de markt – zoals het compenseren van concurrentienadelen (in het geval van de *ANGED*-zaken) dan kunnen lidstaten daarmee bovendien het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU en de *standstill*-clausule van artikel 108, lid 3, VWEU omzeilen. Dit geldt ook voor de “openbare dienst-benadering van het Hof in *Eventech* die overeenkomt met afwijkende belangenafwegingen in *Wouters*, op grond waarvan een overstijgend algemeen belang een afwijking van normale marktvoorwaarden rechtvaardigt (dat geldt eveneens voor de *Altmark*-toepassing zie hoofdstuk 3). Beide belangenafwegingen moeten exclusief gereserveerd blijven voor de verenigbaarheidsfase, waar zij in eerste instantie beter thuishoren.

De onverkorte doorwerking van interne marktexcepties in de materiële selectiviteitstoepassing zou tot gevolg hebben dat de taak van de nationale rechter om de belangen van derden te bewaken bij de werking van het staatssteunverbod ernstig bemoeilijkt wordt. Bovendien tast een dergelijke werkwijze de bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechter en de Commissie aan. Het te uitgebreid erkennen van dwingende redenen maakt het voor de nationale rechter – binnen de omvang van het geschil – immers moeilijk om het zwaartepunt tussen economische en niet-economische uitwerkingen van overheidsmaatregelen te bepalen. De vraag kan daarom terecht gesteld worden of dit wel de bedoeling is geweest van de betrokken rechtspraak om volledig in de richting van een omvangrijke materiële toetsing uit te gaan. Het Hof, dat steeds in beperkte mate in individuele zaken oordeelt, kan moeilijk verweten worden een dergelijk algemeen afwegingskader op poten te hebben gezet. Niettemin toont de hierboven geanalyseerde rechtspraak aan dat een dergelijke evolutie niet volledig uit te sluiten valt. Om daarom toekomstige problemen van toepassing door de nationale rechter te vermijden, lijkt het opportuun om op zijn minst bewust te zijn van de moeilijkheden die een dergelijke benadering met zich brengt. De bevindingen in dit hoofdstuk maken bovenal duidelijk dat het toestaan van objectieve rechtvaardigingen in de verbodsfase veel nieuwe vragen oproepen, die wellicht best door de Europese Commissie aangepakt dienen te worden. Het lijkt auteur dezes immers niet meer dan logisch dat die instelling zich de vraag stelt hoe lidstaten, wanneer zij maatregelen nemen en aanmelding overwegen, algemene belangenafwegingen dienen te betrekken in het licht van de rechtspraak van het Hof. Een leidraad die dit verheldert en de rol van de nationale rechter verduidelijkt, zou in deze welkom zijn, steeds onder voorbehoud van verdere verduidelijkingen die het Hof zelf zou aanbrengen in deze context. Het slothoofdstuk van dit proefschrift geeft meer concrete suggesties en aanbevelingen, al te meer omdat blijkt dat vergelijkbare belangenafwegingsproblemen zich voordoen

in de verbodsfase bij openbare dienstverplichtingen (hoofdstuk 2) en tijdens de verenigbaarheidsfase (hoofdstuk 3). Meer aandacht voor en het coherent invoegen van algemene belangenafwegingen in het staatssteunkader lijkt bijgevolg een nuttige en zelfs nodige evolutie te zijn.

Het *Altmark*-arrest van het Hof van Justitie: het toepassingskader voor de nationale rechter om diensten van algemeen economisch belang in de verbodsfase op staatssteun te beoordelen

1 INLEIDING

In hoofdstuk 1 werd uiteengezet hoe een belangenafweging een objectieve rechtvaardiging mogelijk maakt en daarmee maatregelen uitzondert van het staatssteunrecht. In het kader van de materiële selectiviteitstest zijn knelpunten van bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten bij deze belangenafweging gesignaleerd.

In dit hoofdstuk wordt de aandacht gevestigd op de diensten van algemeen economisch belang (hierna: DAEB). Net zoals de legitieme belangen die een afwijking op het begrip “materiële selectiviteit” rechtvaardigen, komen DAEB volgens het staatssteunrecht eveneens in aanmerking voor een afwijkende behandeling. Deze openbare diensten vragen op grond van de artikelen 106, lid 2, VWEU, artikel 14 VWEU en protocol nr. 26 bij het VWEU om een bijzondere behandeling waar het de toepassing van de staatssteunregels betreft. Zoals in de inleiding van dit proefschrift (paragraaf 2.2.2) is uiteengezet valt het beheer van een DAEB volgens artikel 106, lid 2, VWEU “onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.”¹ Anders dan bij de vrij verkeersbepalingen en de artikelen 101 en 102 VWEU is de nationale rechter niet bevoegd om eventuele objectieve rechtvaardigingen voor staatssteun rechtstreeks op basis van artikel 106, lid 2, VWEU te billijken.² De nationale rechter mag niet in de bevoegdheid treden van

1 Artikel 106, lid 2, VWEU luidt: “De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.” Artikel 14 VWEU heeft hieraan toegevoegd dat zowel de lidstaten als de instellingen van de Unie – vanuit hun onderscheidende bevoegdheden – bijdragen aan het functioneren van DAEB op grond van de Verdragen, in het bijzonder de artikelen 93, 106 en 107 VWEU.

2 Zie hoofdstuk 3. Zie voor de rol van de nationale rechter bij de toepassing van DAEB en de artikelen 101 en 102 VWEU artikel 6 van Verordening 1/2003/EG en HvJ EU, 6 oktober 2015, C-23/14, *Post Danmark t Konkurrencerådet*, r.o. 31,47. Zie conclusie A-G Cruz Villalón van 30 april 2013 voor zaak C-518/11, *UPC Nederland t Gemeente Hilversum*, randnummers 46-48. Zie ook Wils 2020, p. 15-18; Komninos 2008, p. 7-12.

de Commissie om staatssteun voor DAEB op grond van artikel 106, lid 2, VWEU verenigbaar te verklaren met de interne markt.³

Het bijzondere karakter van de DAEB – en de bevoegdheidsverdeling die de Unie en de lidstaten respectievelijk hebben ten opzichte van deze diensten – komt nadrukkelijk terug in de verbodsfase van de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. De staatssteuntoepassing kent een afwijkende behandeling toe aan DAEB, die evenwel niet mag leiden tot een voorkeursbehandeling van ondernemingen die een DAEB beheren. Indachtig het bijzondere belang van DAEB onder de Verdragen heeft het Hof in het *Altmark*-arrest voor afwijkingsmogelijkheid op het begrip “voordeel” onder artikel 107, lid 1, VWEU toegestaan. In de eerdere jurisprudentie van het Hof bestond er geen ruimte om op grond van algemene belangen een uitzondering te formuleren op het voordeeltbegrip.⁴ De *Altmark*-toepassing vormt een afwijking op het voordeeltbegrip omdat de beoordeling van compensaties niet beoordeeld wordt op marktconformiteit volgens het beginsel van een particuliere marktinvesteerder.⁵ Als er voldaan wordt aan vier cumulatieve voorwaarden is er volgens het Hof geen voordeel en daarmee geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. In plaats van een voordeel is volgens de *Altmark*-rechtspraak sprake

3 Zie hoofdstuk 5. Staatssteun die onder het DAEB-Vrijstellingsbesluit valt kan overigens door de overheden van de lidstaten aangemerkt worden als verenigbaar. In een geschil voor de nationale rechter kan deze verenigbaarheidsstoepassing door de nationale rechter op rechtmatigheid gecontroleerd worden. De Commissie heeft op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit de lidstaten gemachtigd, als uitzondering op de meldingsplicht van artikel 108, lid 3, VWEU, om binnen hun bevoegdheden verschillende categorieën van steun direct te implementeren.

4 Voor de wijziging van de uitspraken van het Hof in *Ferring* en *Altmark* viel elke vorm van financiering van DAEB onder het normale toetsingskader van artikel 107, lid 1, VWEU (de staatssteunbenadering). Hier maakte het Hof in beginsel geen onderscheid tussen een “normale steunmaatregel” en het bijzondere karakter van een DAEB-compensatie. Dit bijzondere karakter werd pas getoetst in de verenigbaarheidsfase van een maatregel, waar de Commissie op basis van artikel 106, lid 2, VWEU een algemeen belang afwoog tegen de belangen van de interne markt. In het *Ferring*-arrest heeft het Hof weliswaar een compensatiebenadering geaccepteerd, maar de invulling hiervan aan de nationale rechter gelaten. In het *Altmark*-arrest heeft het Hof deze compensatiebenadering geconcretiseerd. Zie HvJ EG, 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*, r.o. 18, 32,33; Zie conclusie A-G Tizzano van 8 mei 2001 voor zaak, C-53/00, *Ferring*, randnummer 27-32, 54, 63, 68, 79, 84 HvJ EG, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*, r.o. 27,29,36, 53,56. Zie Hessel 2006, p. 479-498.

5 Kavanagh 2017, p. 65-85; Cyndecka 2016. Conclusie A-G Wahl, 17 januari 2019 voor zaak C-706/17, *Achema t VKEKK*, randnummer 85.

van een compensatie aan een DAEB-beheerder en wordt deze financiële transactie onder normale marktomstandigheden verricht.⁶

Compensaties die voldoen aan de *Altmark*-voorwaarden hoeven vervolgens niet aangemeld te worden bij de Commissie om volgens artikel 108, lid 3, VWEU jo. artikel 106, lid 2, VWEU beoordeeld te worden op verenigbaarheid met de interne markt. De uitspraak van het Hof is een aanzet geweest van het Hof om de nationale rechter te voorzien van een maatstaf voor feitelijke controle op DAEB-compensaties in het kader van private handhaving.⁷ Bovendien heeft de rechtspraak van het Hof *ex ante* toezichtcriteria uiteengezet voor de compensatiebenadering die gelden voor de overheden van de lidstaten.⁸

Anno 2024 volgt uit een overzicht van prejudiciële procedures en beroepszaken dat de toepassing van dit arrest evenwel nog steeds ingewikkeld en enigszins omslachtig is voor nationale actoren, waaronder de nationale rechter.⁹ De oorzaak van het ingewikkelde karakter van de *Altmark*-voorwaarden ligt in de diversiteit van de DAEB-omschrijvingen door de lidstaten zelf en de geringe beperkingen die het Unierecht hieraan stelt. Eveneens zijn deze beperkingen niet duidelijk afgebakend en variëren zij per economische sector. Zodoende laten DAEB als algemene belangen-categorie zich naar hun aard en opzet moeilijk juridisch inkaderen in een objectief staatssteunbegrip dat in beginsel geen ruimte toekent aan de lidstaten om algemene belangen mee te wegen. De compensatiebenadering beoogt weliswaar staatssteun op zijn effecten te beoordelen en niet op zijn doelstellingen, maar vraagt ook van de nationale rechter als feitenrechter, en

-
- 6 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*. De vier voorwaarden luiden als volgt:
1) Een onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van een openbare dienstverplichting. Deze verplichting is duidelijk omschreven als een DAEB;
2) De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en transparante wijze worden vastgesteld;
3) De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichting geheel of gedeeltelijk te dekken. Hierbij mag rekening gehouden met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitvoering van de DAEB;
4) De onderneming die de DAEB gaat beheren moet gekozen worden door middel van een openbare aanbesteding tegen de laagste kosten voor de gemeenschap. Alternatief kan de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten (inclusief een redelijke winst) die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt.
- 7 Sinnavee 2003, p. 351-363; Renzuli 2008, p. 399-432. Zie ook Corhaut et al 2017, p. 275-325. Szyszczak 2017, p. 395-407.
- 8 Van Buiren 2014, p. 61-66; Sauter 2015, p. 138-153.
- 9 Onderzoeksrapport Commissie, "Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts", Bureau voor publicaties EU, Luxemburg, 2019, p. 84, 86; *Korkein hallinto-oikeus* (Hoogste bestuursrechter Finland), 16 februari 2018, *Jokilaaksojen pelastuslaitoksen* No 4003/3/16, ECLI:FI:KHO:2018:28. Zie Annex III: landenrapport Finland.

ook van de Commissie, om toch wel rekening te houden met de bijzondere aard van DAEB, op grond van artikel 106, lid 2, VWEU.¹⁰

In de praktijk ervaren nationale rechters moeilijkheden bij het controleren van de *Altmark*-voorwaarden in het kader van de staatssteunhandhaving.¹¹ Ondanks de mogelijkheden van zelfstandige toepassing, twijfelen nationale rechters of zij voldoende uitgerust zijn om het *Altmark*-arrest feitelijk toe te passen.¹² Zo had het Belgische Grondwettelijk Hof, ondanks de aanwijzingen van het Hof in de zaak *Libert*, moeite met de controle op de feitelijke toepassing van de voorwaarden.¹³ De rechtbank Den Haag kwam zelfs tot de slotsom dat de Commissie beter uitgerust is om na te gaan of aan de *Altmark*-voorwaarden is voldaan, dan de nationale rechter zelf.¹⁴ Ondanks de mogelijkheden voor directe toepassing leunen de nationale rechters op hun hulplijnen: het Hof en de Commissie.¹⁵ Uiteraard is hier vanuit het oogpunt van loyale samenwerking niets mis mee, maar deze ontwikkeling is wel opmerkelijk omdat het Hof de *Altmark*-toepassing specifiek heeft ontwikkeld om de nationale rechter bij te staan.¹⁶ In situaties waarin de nationale rechter niet kiest voor het inzetten van een hulplijn, komt het in sommige gevallen zelfs voor dat de nationale rechter juist tot de slotsom komt dat een eigenstandige interpretatie van *Altmark*-voorwaarden de voorkeur had boven het stellen van een prejudiciële vraag of een interpretatie door de Commissie.¹⁷ Zo oordeelde het *Bundesverwaltungsgericht* dat enkel aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden getoetst hoeft te worden bij

10 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 5.2.4.

11 Rapport Commissie, Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts, Final study, European Union, 2019 (<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf>), p. 8, 86, 92. Zie ook Annex 3 inzake de landenrapporten van Finland, Litouwen, p. 125, 311.

12 Zie Hoogerechtshof van Tsjechië, 25 juni 2014, *Městský soud v Praze* ECLI:CZ:NS:2014:23.CDO.1341.2012.1; 23 Cdo 1341/2012-1.

13 Grondwettelijk Hof, 18 december 2013, *Eric Libert t Vlaamse regering*, nr. 145/2013, 2014/200307, r.o. 89, 90, Belgisch Staatsblad [2015]. Zie ook Hoofdstuk 5, paragraaf 4.3.

14 Rechtbank Den Haag, 28 mei 2014, *Zuid-Hollands Landschap t Gedeputeerde Staten provincie Zuid-Holland*, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726, par. 5.3.

15 Zie rapport Commissie, "Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts", European Union, 2019, p. 8. Zie ook Annex 3 bij dit rapport, country reports, p. 334. Zie ook Langer, J et al 2016, p. 19-20. Zie ook het arrest van het Hoogerechtshof van Tsjechië, 25 juni 2014, *Městský soud v Praze* ECLI:CZ:NS:2014:23.CDO.1341.2012.1; 23 Cdo 1341/2012-1

16 Vanuit het perspectief van rechtsbescherming op grond van het Unierecht is dit mogelijk problematisch omdat namelijk alleen de nationale rechter bevoegd is om inhoudelijk te toetsen aan de *Altmark*-voorwaarden. Zie HvJ EG, 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, r.o. 68.

17 Rapport Commissie, "Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts", European Union, 2019 (<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf>), Annex III, p. 311. Zie ook 5.2.3 van dit hoofdstuk.

het beoordelen van staatssteun in de verbodsfase.¹⁸ In enkele gevallen van *ex post* onderzoek kwamen Commissie en Hof eveneens tot de conclusie dat nationale rechters de *Altmark*-voorwaarden niet daadwerkelijk toegepast hadden.¹⁹

In dit hoofdstuk wordt zodoende onderzocht hoe de nationale rechter op basis van het Unierecht de *Altmark*-voorwaarden dient toe te passen. Aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU wordt een leidraad voor nationale rechters geformuleerd voor de concrete invulling van deze voorwaarden. Allereerst worden daartoe in paragraaf 2 de kernelementen van DAEB op basis van het Unierecht kort beschreven. Vervolgens wordt de compensatiebenadering uit het arrest *Altmark* in herinnering gebracht in paragraaf 3. In paragraaf 4 worden de begrippen uit het *Altmark*-arrest nader uitgelegd aan de hand van interpretatie door het Hof van Justitie tijdens prejudiciële procedures. Paragraaf 5 plaatst deze conceptuele interpretaties in de context van de beroepsprocedure. In de procedure volgens artikel 263 VWEU controleert het Hof van Justitie van de EU de toepassing van *Altmark*-voorwaarden door de lidstaten en de Commissie. In paragraaf 6 worden deze bevindingen toegepast op de verplichtingen van het *Altmark* – arrest voor de nationale rechter. Hierbij wordt het toepassingskader van het Hof van Justitie van de EU vergeleken met de bevoegdheden en verplichtingen van de nationale rechter onder Unierecht. Aan de hand van deze vergelijking, wordt een antwoord gegeven op de vraag of de toepassing van het *Altmark* – arrest door het Hof van Justitie van de Europese Unie een leidraad biedt voor de nationale rechter.

2 DE KERNELEMENTEN VAN EEN DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG

DAEB worden in het Werkingsverdrag (VWEU) genoemd in de artikelen 14 VWEU en 106, lid 2, VWEU en protocol nr. 26 bij het VWEU. Voorts wordt de toegang tot DAEB in artikel 36 van het Handvest van de Grondrechten erkent vanwege het belang van sociale samenhang. Uit deze constitutionele Verdragsbepalingen, noch uit secundaire Uniewetgeving, volgt een alomvattende definitie van DAEB.²⁰ Dit is een bewuste keuze geweest van de Verdragsluitende partijen: DAEB kunnen per lidstaten verschillen. In diverse mededelingen heeft de Commissie DAEB omschreven als “marktdiensten waarvoor lidstaten, krachtens een criterium van algemeen belang,

18 Zie ook paragraaf 5.2.4. BVerwG, 16 december 2010, zaak 3 C 44.09, *OVG Rheinland-Pfalz* ECLI:DE:BVerwG:2010:1612210U3C44.09.0.

19 Consiglio di Stato, arrest van 3 maart 2010 (nr. 1405/2010), *Simet*. Zie ook HvJ EU, 9 maart 2017, C-232/16 P, *Simet t Commissie*, r.o. 47. Zie ook paragraaf 5.4.1.

20 Zie ook Hessel et al 2011, p. 207.

openbare dienstverplichtingen laten gelden.”²¹ Het gaat volgens de Commissie om “economische activiteiten die het algemeen belang dienen en die de markt, zonder openbare dienstverplichting, anders niet (of niet onder dezelfde voorwaarden) had verricht.”²²

DAEB komen in diverse openbare sectoren voor. Algemene kenmerken van DAEB zijn: kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling en algemene toegang van grote groepen burgers tot deze diensten.²³ Voorbeelden in de rechtspraak en de besluitpraktijk van de Commissie zijn: openbaar vervoersdiensten²⁴, natuurbeheer²⁵, publieke omroepen²⁶, de verhuur van sociale woningbouw²⁷, de aanleg van breedband op het platteland²⁸, kinderopvang en ouderenzorg.²⁹ Het Unierecht biedt lidstaten de ruimte om DAEB naar eigen inzicht te omschrijven, zolang deze omschrijving geen “kennelijke fout” oplevert.³⁰

Er is sprake van een kennelijke fout (gemaakt door de lidstaat) als de omschrijving niet voldoet aan de algemene kenmerken van een openbare dienst of wanneer er een economische activiteit als DAEB wordt aangewezen om de staatssteunregels te omzeilen.³¹ Daarom stelt het Unierecht een aantal randvoorwaarden aan DAEB-omschrijvingen. Een DAEB moet namelijk een aantal belangrijke bestanddelen bevatten. Allereerst moet deze openbare dienst ten goede komen aan alle gebruikers op een bepaald grondgebied. Ten tweede moet de DAEB een verplichting inhouden voor een onderneming en moet deze universeel van aard zijn. Ten derde moet deze openbare dienst bijdragen aan een ononderbroken toegang. Deze

21 Mededeling van de Commissie, 12 december 2002, paragraaf 17.

22 Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang”, Werkdocument Commissie, 29 april 2013, SWD (2013) 53 final/2, p. 22. De begrippen “DAEB” en “openbare dienstverplichting” worden soms als inwisselbare begrippen door het Hof uitgelegd. In beginsel benadrukt het begrip DAEB het algemeen belang van de economische activiteit. De openbare dienstverplichting ziet op het verplichte karakter van de DAEB; Zie ook Gerecht EU, 11 juli 2018, zaak T-186/15, *CSTP Azienda della Mobilità t Commissie*, r.o. 125.

23 Protocol nr. 26 bij het Verdrag van Lissabon over DAEB en artikel 36 van het Handvest van de Grondrechten van de EU; Zie hiervoor artikel 2, sub c van het DAEB-Vrijstellingsbesluit, *PbEU* (2012), p. 3-10.

24 HvJ EU, 6 oktober 2015, C-303/13 P, *Commissie t Jørgen Andersen*.

25 Gerecht, 12 september 2013, T-347/09, *Duitsland t Commissie (Duitse natuurgebieden)*.

26 Gerecht, 11 maart 2009, T-354/05, *Télévision Française*.

27 HvJ EU, 1 oktober 2009, C-567/07, *Minister van Wijken, Wonen en Integratie t. Sint Servaatius*.

28 Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*.

29 Zie het DAEB-Vrijstellingsbesluit, *PbEU* 2012, L 7/3b.

30 HvJ EU, 22 september 2011, C-148/09, *België t Deutsche Post*; HvJ EU, 29 april 2004, C-372/97, *Italië t Commissie*; HvJ EG, 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*.

31 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C - 66/16 P t/m C - 69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o. 64.

voorwaarde betreft de continuïteit van de openbare dienst. Ten vierde moet de openbare dienst gelijke tarieven en kwaliteitsvoorwaarden beiden aan de eindgebruikers.³² Hierbij is economische rentabiliteit in beginsel niet van belang.³³ Deze voorwaarde houdt een gelijke toegang tot de openbare diensten in.³⁴ Tot slot mag een DAEB geen afbreuk doen aan materiële Uniebelangen, waaronder mededinging en de werking van de interne markt.³⁵ Een DAEB mag daarom de mededinging en het handelsverkeer niet onevenredig schaden.³⁶

Bovenstaande vier kernbestanddelen universaliteit, continuïteit en gelijkheid en evenredigheid zijn door het Hof bevestigd.³⁷ Daarnaast accepteert het Hof ook elementen van solidariteit en kostenefficiëntie als kenmerken van een openbare dienst.³⁸ Het Verdrag van Lissabon heeft deze kernbestanddelen nader ingevuld. Artikel 14 VWEU vult de Uniebelangen aan. DAEB moeten bijdragen aan de gemeenschappelijke waarden van de EU *ex* artikel 2 VEU. Artikel 14 VWEU benadrukt dat de Europese Unie en de lidstaten gezamenlijk zorg dienen te dragen dat DAEB functioneren en gefinancierd worden op basis van de Uniebeginselen, waaronder de beginselen van evenredigheid en non-discriminatie.³⁹ Het doel van artikel 14 VWEU is dat de algemene belangen van lidstaten in evenwicht worden gebracht met de werking van de interne markt en in het bijzonder de mededinging- en staatssteunregels. Eveneens zouden DAEB kunnen bijdragen aan sociale samenhang.⁴⁰

De centrale bepaling inzake DAEB en het mededingingsrecht betreft artikel 106, lid 2, VWEU:

“De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie,

32 HvJ EU, 20 april 2010, C-265/08, *Federutility t Autorità per l'energia*.

33 HvJ EU, 23 december 2015, C-293/14, *Gebhart Hiebler (Oostenrijkse schoorsteenvegers)*, r.o. 42; HvJ EG, 19 mei 1993, C-320/91, *Corbeau*.

34 HvJ EU, 6 oktober 2015, C-508/14, *Český Telekomunikační t T-Mobile*, r.o. 39 en 40.

35 HvJ EU, 23 december 2015, C-293/14, *Gebhart Hiebler (Oostenrijkse schoorsteenvegers)*, r.o. 53.

36 HvJ EU, 20 april 2010, C-265/08, *Federutility t Autorità per l'energia*; Conclusie HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o. 64; Zie ook Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad País Vasco*, randnummer 48.

37 HvJ EU, 20 april 2010, C-265/08, *Federutility t Autorità per l'energia*; HvJ EU, 7 september 2016, C-121/15, *ANODE t Premier Ministre*; Conclusie van A-G Mengozzi, 12 april 2016, C-121/15, *ANODE t Premier Ministre*.

38 HvJ EU, 11 december 2014, C-113/13, *ANPAS t San Lorenzo*; HvJ EU, 7 december 2013, C-518/11 *UPC Nederland t Hilversum*.

39 HvJ EU, 23 december 2015, C-293/14, *Gebhart Hiebler (Oostenrijkse schoorsteenvegers)*, r.o. 53; Zie ook Conclusie A-G Wathelet van 7 september 2017 bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad País Vasco*, randnummer 37.

40 Dawson & De Witte 2012, p. 41-70; Dawson & De Witte 2014, p. 964-990.

vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels (eerste volzin), voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.” (tweede volzin). De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.”

In *BRT t Sabam* heeft het Hof het begrip “DAEB-omschrijving”, en daarmee aan artikel 106, lid 2, eerste volzin, VWEU, rechtstreekse werking toegekend, ten opzichte van alle Verdragsbepalingen.⁴¹ Voor zover de toepassing van het Unierecht het uitvoeren van de DAEB-taak, in rechte of in feite, verhindert, biedt artikel 106, lid 2, VWEU een uitzonderingsgrond voor de lidstaten. Deze “voor zover”-bepaling, in de tweede volzin van artikel 106, lid 2, VWEU, vereist een beoordeling op verenigbaarheid op grond van het evenredigheidsbeginsel, waarbij het algemene belang wordt afgewogen tegen de uitwerkingen op de mededinging en het handelsverkeer.⁴²

Omdat een DAEB zich door bovengenoemde kernelementen onderscheidt van andere economische activiteiten, kan een inbreuk op mededingings- en staatssteunregels – overigens alleen gerechtvaardigd zijn wanneer deze regels de vervulling van een DAEB verhinderen.⁴³ Wanneer het de toepassing van artikel 107, lid 1 jo. artikel 106, lid 2, tweede volzin, VWEU betreft is alleen de Commissie bevoegd om staatssteun voor DAEB rechtstreeks op grond van het Verdrag verenigbaar te verklaren met de interne markt.⁴⁴

3 DE *ALTMARK*-TOEPASSING: EEN COMPENSATIE VOOR HET VERRICHTEN VAN EEN DAEB IS GEEN STAATSSTEUN

3.1 De keuze van het Hof voor een compensatiebenadering voor DAEB in *Altmark*

In het *Altmark*-arrest gaf het Hof de nationale rechter zeer concrete en bindende aanwijzingen om een compensatie te beoordelen op staatssteun. Op voorwaarde dat een compensatie voor een DAEB slechts een tegenprestatie

41 HvJ EG, 30 januari 1974, C-127/73, *BRT t SABAM*, r.o. 19-23. In r.o. 22 oordeelde het Hof: “Dat het derhalve tot de taak van de nationale rechter behoort om na te gaan of een onderneming, die zich op grond van artikel 90, lid 2, op een derogatie aan de Verdragsregels beroept, inderdaad door de lidstaat met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang is belast”. Zie eveneens Jones & Suffrin, p. 641-642.

42 Sauter 2015, p.125; Jones & Suffrin 2014, p. 641-642; Krajewski *et al* 2009, p. 66.

43 Sauter 2015, p.125; HvJ EU, 7 september 2016, C-121/15, *ANODE t Premier Ministre*, r.o. 39-44; HvJ EU, 20 april 2010, C-265/08, *Federutility*, r.o. 32; Gerecht EU, 25 maart 2015, T-556/08, *Slovenska post*, r.o. 388,394; HvJ EG, 19 mei 1993, C-230/91, *Corbeau t Regie des Postes*, r.o. 13-14, 16-19; HvJ EG, 10 december 1991, C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, r.o.27.

44 HvJ EU, 3 maart 2021, C-434/19 en C-435/19, *Poste Italiane t Riscossione Sicilia*, r.o. 73.

vormt voor het uitvoeren van een openbare dienstverplichting ontvangt de vervoerder geen staatssteun. Met de wijzing van dit arrest koos het Hof definitief voor een zogeheten “compensatiebenadering.”⁴⁵

Deze uitspraak heeft de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU drastisch gewijzigd. Voor de uitspraak van het Hof in *Altmark* viel elke vorm van financiering van DAEB onder het normale toetsingskader van artikel 107, lid 1, VWEU (de staatssteunbenadering).⁴⁶ Bij de staatssteunbenadering maakte het Hof in beginsel geen onderscheid tussen een “normale steunmaatregel” en het bijzondere karakter van een DAEB-compensatie. Dit bijzondere karakter werd pas getoetst in de verenigbaarheidsfase van een maatregel, waar de Commissie op basis van artikel 106, lid 2, VWEU het algemene belang afwoog tegen de belangen van de interne markt.⁴⁷

In zijn conclusie voor het *Altmark*-arrest plaatste A-G Léger (gelet op het spanningsveld tussen de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase) grote kanttekeningen bij de toepassing van een speciaal staatssteunregime voor DAEB. Hij waarschuwde het Hof voor het probleem dat een onderscheid tussen steunmaatregelen die een algemeen belang dienen en steunmaatregelen voor openbare diensten conceptueel moeilijk te maken is. Hoewel een compensatiesysteem volgens hem wel in de vervoersector zou werken, uitte Léger zijn twijfels over de toepassing van een compensatiebenadering op andere economische sectoren, zoals bijvoorbeeld de publieke omroepen. De flexibele interpretatie van het objectieve staatssteunbegrip zou volgens hem tot rechtsonzekerheid leiden en nationale rechters een effectieve toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU jo. 108, lid 3, VWEU beletten.⁴⁸

In de uitspraak van het Hof in *Altmark* gaat het Hof niet inhoudelijk in op deze kanttekening van A-G Léger. Het Hof geeft niet bijzonder veel toelichting voor de keuze voor een compensatiebenadering.⁴⁹

Het hoofdgeding draaide om het besluit van het Regierungspräsidium Magdeburg om een vergunning te verlenen aan busvervoerder Altmark

45 Zie Klasse 2013, p. 35-52; Szyszczak et al 2013, p. 303-329; Von Danwitz 2009, p. 117-128; Nicolaidis, 2017a, p. 96-106; Van Buijen et al 2014, p. 61-66; Hancher & Evans 2006, p.153-159. 2006, p.153-159. Zie ook Schotanus 2005, p. 200-205; Lynskey 2007, p. 157. Zie Nicolaidis 2015b. Zie de conclusie van A-G Wahl van 10 november 2016 voor zaak C-660/15 P, *Viasat*, randnummer 24.

46 In het *Ferring*-arrest heeft het Hof weliswaar de compensatiebenadering geaccepteerd, maar de invulling hiervan aan de nationale rechter gelaten (HvJ EG, 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*). Zie Louis & Vallery 2004, p.53-74; Sinnaeve 2003, p. 351-363; Renzuli 2008, p. 399-432.

47 Sauter 2015, p. 125-144.

48 Conclusie A-G Léger bij zaak C-280/00, 19 maart 2002, *Altmark Trans*, 86 en 89. Conclusie A-G Léger bij zaak C-280/00, 14 januari 2003, randnummer 86.

49 Zie Nicolaidis 2017a, p. 96-106; Sauter 2015, p. 138-153; Schotanus 2005, p. 200-205; Louis & Vallery 2004, p.53-74; Sinnaeve 2003, p. 351-363.

voor het exploiteren van een lijndienst. Om de exploitatie te dekken, ontving Altmark al jarenlang subsidies van Magdeburg. Altmark heeft (na een procedure in eerste aanleg) hoger beroep ingesteld bij het *Bundesverwaltungsgericht*. Altmark voerde aan dat de exploitatie van de lijndienst onrendabel was en dat overheidssubsidies daarom noodzakelijk waren voor de continuïteit van de openbare dienst.⁵⁰ Het *Bundesverwaltungsgericht* stelde het Hof vervolgens prejudiciële vragen over het vergunningsstelsel en de exploitatiesubsidies. Het *Bundesverwaltungsgericht* vroeg het Hof of deze maatregelen in strijd waren met artikel 107, lid 1, VWEU⁵¹

De *Altmark*-test moest volgens het Hof de nationale rechter in staat stellen om te controleren of een onderneming, belast met een openbare dienstverplichting, in vergelijking tot zijn concurrenten, in een meer gunstige mededingingspositie wordt geplaatst.⁵² Als de DAEB-beheerder slechts een vergoeding zou krijgen voor daadwerkelijk verleende diensten was er geen sprake van een economisch voordeel en was daarmee niet voldaan aan artikel 107, lid 1, VWEU.

Aan de hand van vier cumulatieve voorwaarden dient de nationale rechter na te gaan of er sprake is van een compensatie voor een DAEB.⁵³ De vier voorwaarden luiden als volgt:

- 1) Een onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van een openbare dienstverplichting. Deze verplichting is duidelijk omschreven als een DAEB;
- 2) De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en transparante wijze worden vastgesteld;
- 3) De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichting geheel of gedeeltelijk te dekken. Hierbij mag rekening gehouden met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitvoering van de DAEB;

50 HvJ EG, 24 juni 2003, C 280/00, *Altmark Trans*, r.o. 27.

51 De prejudiciële vragen zagen eveneens op de toepassing van artikel 93 VWEU en verordening 1191/69/EG (thans de PSO-Verordening). Het Hof besloot dat de vraag van het *Bundesverwaltungsgericht* allereerst beantwoord moest worden op basis artikel 93 VWEU en de PSO-verordening. Het Hof oordeelde dat artikel 93 VWEU een *lex specialis* vormt op artikel 107, lid 1, VWEU. Het Hof oordeelde vervolgens dat de PSO-verordening een *lex specialis* vormt op artikel 93 VWEU. Daarom paste het Hof eerst deze verordening toe. Wanneer de speciale regels voor de vervoerssector niet van toepassing zouden zijn, zou het Hof het algemene staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU toepassen. Het Hof oordeelde, dat in geval de PSO-Verordening niet van toepassing zou zijn, de subsidies op basis van het *Altmark*-arrest moeten worden beoordeeld. In dat geval hoeft artikel 93 VWEU niet meer toegepast te worden HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, r.o. 37, 61-64, 87.

52 *Idem*, r.o. 87.

53 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*.

- 4) De onderneming die de DAEB gaat beheren moet gekozen worden door middel van een openbare aanbesteding tegen de laagste kosten voor de gemeenschap. Alternatief kan de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten (inclusief een redelijke winst) die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt (benchmarking).

De compensatiebenadering biedt wel degelijk ruimte voor het speciale karakter van een DAEB binnen de verbodstoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Deze benadering ziet op de vraag of er sprake is van een economisch voordeel dat een onderneming onder normale marktomstandigheden niet zou hebben gekregen of een zuivere compensatie voor het uitvoeren van een DAEB.⁵⁴ Wanneer niet voldaan is aan alle *Altmark*-voorwaarden kan de steun alsnog verenigbaar worden verklaard, hetzij op basis van een vrijstellingsmogelijkheid, ofwel op basis van artikel 106, lid 2, VWEU.⁵⁵

4 CONCEPTUELE INVULLING VAN DE *ALTMARK*-VOORWAARDEN DOOR HET HOF VAN JUSTITIE IN DE PREJUDICIËLE PROCEDURE

4.1 Inleiding

De toepassing van de zeer specifieke *Altmark*-voorwaarden heeft bij nationale rechters de nodige uitleggingsvragen doen rijzen. Via de prejudiciële procedure heeft het Hof de interpretatie van de *Altmark*-voorwaarden verduidelijkt.

Het Hof heeft benadrukt dat de nationale rechter uiteindelijk de aangewezen instantie is om deze voorwaarden inhoudelijk toe te passen.⁵⁶ Het Hof acht zichzelf “niet bevoegd om een feitelijke toepassing van de

54 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, r.o. 84, HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o. 66.

55 Er bestaan twee DAEB-vrijstellingsmogelijkheden. De DAEB-de-minimisvrijstellingsverordening (Verordening nr. 2023/2832/EU van de Commissie van 13 december 2023 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU*(2023) L 2023/2832 (hierna: “DAEB-de-minimisvrijstellingsverordening”)) stelt steun over een periode van drie tot maximaal € 750.000 vrij van melding. Het DAEB-Vrijstellingsbesluit stelt compensaties die wel voldoen aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden, maar niet aan de laatste *Altmark*-voorwaarde vrij van melding op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. Zie Sauter 2012, p. 29-32. Daarnaast kan een lidstaat steun die alleen voldoet aan de eerste *Altmark*-voorwaarde melden op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. De Commissie besluit in dat geval over de verenigbaarheid van de steun.

56 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*; HvJ EG, 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, r.o. 69.

Altmark-voorwaarden te verrichten.”⁵⁷ Daarom heeft het Hof geoordeeld dat zowel in het kader van een prejudiciële procedure als in een beroep tot nietigverklaring op basis van artikel 263 VWEU het Hof van Justitie van de Europese Unie zich beperkt tot het controleren van een kennelijke foute toepassing.⁵⁸ Binnen de context van de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten heeft het Hof een exclusieve bevoegdheid om artikel 107, lid 1, VWEU uit te leggen, maar past het Hof een marginale toetsing toe ten aanzien van de *Altmark*-toepassing, zoals het Hof dit ook doet bij verenigbaarheidscriteria op grond van de artikelen 106, lid 2, VWEU en 107, lid 2 en 3, VWEU.⁵⁹

Om de nationale rechter richtsnoeren te bieden heeft het Hof diverse concepten, zoals “normale economische activiteiten”, “aanwijzingsbesluit”, “objectieve en transparante parameters”, “overcompensatie”, “redelijke winst” en “een gemiddeld goed beheerde onderneming” nader ingevuld.⁶⁰ Deze begrippen en hun doelstellingen, zijn essentieel voor de toepassing van het arrest *Altmark* voor het Hof van Justitie van de Europese Unie en de nationale rechter.

4.2 De eerste *Altmark*-voorwaarde: een DAEB onderscheidt zich door een daadwerkelijk algemeen belang

4.2.1 Een onderneming wordt belast met een duidelijk omschreven DAEB

De eerste *Altmark*-voorwaarde veronderstelt dat een onderneming belast wordt met een duidelijk omschreven openbare dienstverplichting. Het Hof heeft deze voorwaarde uitgelegd conform artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin.⁶¹ De term “openbare dienstverplichting” ziet toe op het verplichte

57 Alleen de nationale rechter kan beoordelen of “de *Altmark*-voorwaarden op nationale maatregelen of situaties toe zijn te passen, aangezien dit tot de uitsluitende bevoegdheid van de nationale rechter behoort”. HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 94.

58 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 88; HvJ EU, 20 december 2017, C-66/16 C-69/16, *Comunidad Autónoma del País Vasco t Commissie*, r.o. 67-76.

59 Flynn & Gilliams 2021, p. 1143-1145.

60 en door de Commissie en in het zogeheten Almunia-pakket geconcretiseerd (DAEB-Mededeling, *PbEU* (2012) C8, p. 4-14; DAEB-Vrijstellingsbesluit, *PbEU* (2012), L7, p. 3-10; DAEB-Kaderregeling *PbEU* (2012) C8, p. 15-22).

61 Artikel 106, lid 2, VWEU luidt: “De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.”

karakter van de DAEB, maar wordt door het Hof vaak ook gebruikt voor het aanduiden van een DAEB.⁶²

In verschillende procedures heeft het Hof voorbeelden gegeven van situaties waarin economische activiteiten zich niet onderscheiden door een duidelijk omschreven algemeen belang. Als er *prima facie* sprake is van economische activiteiten die normaal gesproken door marktpartijen verricht worden, is een openbare dienstverplichting volgens het Hof een ongeschikt instrument. Zo kunnen havenwerkzaamheden, tandartspraktijken en landbouwactiviteiten zich niet onderscheiden door een algemeen belang wanneer deze toereikend door de markt uitgevoerd worden.⁶³ In het *Oostenrijkse tandartsen*-arrest oordeelde het Hof ondubbelzinnig dat tandartspraktijken normale economische activiteiten zijn die zich niet door een algemeen belang onderscheiden. In het arrest *Enirisorse* oordeelde het Hof dat het exploiteren van een haven zich niet onderscheidt door een algemeen belang.⁶⁴ Ook het ophalen van afval in de landbouwsector is een normale economische activiteit en vormt geenszins een algemeen belang, oordeelde het Hof in *GEMO* en *Duitsland t Commissie*.⁶⁵ Uit deze rechtspraak van het Hof kan worden opgemaakt dat het Hof controleert wat het beoogde doel is van een DAEB-aanwijzing. Wanneer dit het bevoordelen is van overheidsbedrijven zonder dat een algemeen belang door de lidstaat wordt aangetoond en er sprake is van compensatie van normale bedrijfskosten merkt het Hof een DAEB-omschrijving door de lidstaten aan als kennelijke fout.⁶⁶

Het Hof heeft naast kennelijk foute DAEB-omschrijvingen, ook de *prima facie* rechtmatigheid DAEB-omschrijvingen bevestigd. In het feitencomplex van de zaak *Eric Libert* besloot het Grondwettelijk Hof om prejudiciële vragen te stellen over een compensatiemechanisme voor sociale huisvesting.⁶⁷ Ten aanzien van de eerste *Altmark*-voorwaarde stelde het Hof vast dat sociale huisvesting door het Hof eerder in de zaak *Sint Servatius* sociale

62 Zie paragraaf 2 voor de definitie van “openbare dienstverplichting.”

63 Zie de zaken HvJ EG, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse*; HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Oostenrijkse tandartsen*, HvJ EU, C-446/14 P, 18 februari 2016, *Duitsland t Commissie* (ZT Rheinland-Pfalz).

64 HvJ EG, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse*.

65 HvJ EG, 20 november 2003, C-126/01, *GEMO*; HvJ EU, C-446/14 P, 18 februari 2016, *Duitsland t Commissie* (Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz).

66 HvJ EG, 20 november 2003, C-126/01, *GEMO*.

67 In casu heeft de Vlaamse overheid aan bouwbedrijven een “sociale last” opgelegd om sociale huisvesting aan te bieden voor sociaal kansarme groepen. Deze sociale last bestaat ten eerste uit een financiële bijdrage, te betalen door de bouwbedrijven uit de regio. In ruil hiervoor stelt de Vlaamse regering subsidies beschikbaar voor gerealiseerde sociale huurwoningen (het zogeheten “compensatiemechanisme”). Ten tweede bestaat deze sociale last uit een verplichting voor bouwheren om vast te stellen bij kandidaat-huurders en kandidaat-kopers of zij een “voldoende band” kunnen aan tonen met de gemeente van vestiging (de zogeheten “bindingseis”). Zie van Harten & Fröger 2013, p. 265-273. Zie De Cock, p. 277-280.

huisvesting als een dwingende reden van algemeen belang was aange-merkt. Het Hof verbond aan deze Unierechtelijke kwalificatie de mogelijkheid om ook sociale huisvesting als DAEB te omschrijven en dat daarmee op het eerste oog was voldaan aan de eerste *Altmark*-voorwaarde.⁶⁸

Overheden moeten door middel van een aanwijzingsbesluit duidelijk maken welke activiteiten als DAEB gaan worden uitgevoerd. In dit besluit moet daarom duidelijk omschreven zijn: 1) wat het algemene belang is; 2) waarom een openbare dienst wordt aangewezen; 3) wie de DAEB gaat uitvoeren; 4) waar de DAEB wordt uitgevoerd; 5) wanneer de DAEB wordt aangewezen en; 5) hoe de DAEB wordt uitgevoerd. In het arrest *Enirisorse* heeft het Hof benadrukt dat een algemene wettelijke bepaling – noch een nationaal- en/of Unierechtelijke wettelijke verplichting-niet volstaat als aanwijzingsbesluit.⁶⁹ Het Hof stelde vast dat er door de Italiaanse overheid geen daadwerkelijk en duidelijk omschreven besluit was genomen om de havenbedrijven met een DAEB te belasten.

Afhankelijk van de aard en inhoud van de DAEB behoren lidstaten ook de geografische markt van de DAEB vast te leggen, om zo mededingingsvervalsingen op andere markten te voorkomen.⁷⁰

Eveneens moet het besluit weergeven hoe lang de onderneming met een DAEB belast is. Duidelijk is dat dit een termijn moet zijn die redelijk in verhouding staat tot de aard van de openbare dienst. Zo heeft het Hof in het arrest *Traghetti del Mediterraneo* geoordeeld dat een termijn van twintig jaar in elk geval de mededinging kan vervalsen.⁷¹ Het aanwijzingsbesluit moet bovenal een uitwerking geven aan de tweede en derde *Altmark*-voorwaarde. Het besluit moet daarom de kostenparameters die gebruikt worden voor de berekening van de compensatie weergeven, alsmede een bepaling tegen overcompensatie inhouden.

4.3 De tweede *Altmark*-voorwaarde: Objectieve en transparante parameters

4.3.1 *Berekeningscriteria voor een noodzakelijke compensatie*

Het Hof heeft in het arrest *Enirorse* het begrip “objectieve en transparante parameters” uiteengezet. Het betreft hier berekeningscriteria op basis

68 HvJ EU, 1 oktober 2009, C-567/07, *Minister van Wijken, Wonen en Integratie t. Sint Serva-tius*, r.o. 29-31.

69 HvJ EG, 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, *Enirisorse*. Zie ook HvJ EU, 27 januari 2022, C-238/20, *Sātiņi-S t Dabas aizsardzības pārvalde*, r.o. 48.

70 HvJ EU, 7 mei 2009, C-504/07, *Antrop t Carris*. r.o. 23-28.

71 HvJ EU, 10 juni 2010, C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, r.o. 43-44.

waarvan de compensatie vooraf op objectieve en doorzichtige wijze kan worden vastgesteld.⁷² Het Hof heeft helder gemaakt dat alleen de noodzakelijke netto-kosten in aanmerking komen voor compensatie. Het moet gaan om kosten die direct betrekking hebben op een duidelijk omschreven openbare dienst.⁷³ Zo oordeelde het Hof in *Libert* dat in een Vlaamse subsidieregeling voor sociale woningbouw *prima facie* geen duidelijke scheiding was aangebracht in de kostentoerekening voor sociale woningbouwprojecten en andere economische bouwactiviteiten.⁷⁴ Het Hof oordeelde dat het aanwijzingsbesluit kennelijk objectieve criteria ontbeerde, omdat de uitvoering van de sociale last niet berekend was op basis van de reële kosten.

Naast een duidelijke toebedeling van de netto-kosten spelen ook andere parameters een rol bij het berekenen en controleren van een compensatie. De volgende kostenparameters zijn relevant: de netto-kosten, de opbrengsten en een redelijke winst per specifieke openbare dienstverplichting.⁷⁵

In het *Oostenrijkse Tandartsenarrest* heeft het Hof duidelijk gemaakt dat “de kosten die een onderneming normaliter in het kader van haar lopend beheer of van haar normale activiteiten had moeten dragen” (zoals de BTW-afdracht van tandartsdiensten) niet in aanmerking komen voor compensatie.⁷⁶ Het Hof heeft bepaald dat alleen de extra kosten, die een openbare dienst met zich meebrengt, gecompenseerd mogen worden.⁷⁷ Dit mogen variabele kosten zijn, maar mag ook een evenredige vergoeding zijn van de vaste kosten.⁷⁸ Hoewel de nationale rechter zelf na mag gaan of een berekeningsmethode van de overheid berust op transparante en objectieve parameters, moet deze in elk geval controleren of de compensatie gebaseerd is op de extra netto kosten die daadwerkelijk verbonden zijn aan de DAEB.⁷⁹ Het Hof heeft deze kosten omschreven als de netto-kosten die “buiten commerciële normen” vallen en die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de DAEB.⁸⁰

De tweede parameter voor berekening betreft de opbrengsten. Het Hof heeft geoordeeld dat wanneer opbrengsten als parameter gebruikt worden, deze wel afgezet moeten worden tegen de uiteindelijke kosten. In de zaak *Enirirorse* kwamen opbrengsten van de Italiaanse havenbelasting niet

72 HvJ EG, gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, *Enirisore*, r.o. 35.

73 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 86-88.

74 *Idem*.

75 Zie de conclusie van AG Bot van 12 juni 2014 voor zaak HvJ EU, 9 oktober 2014, C-222/13, *TDC t Erhvervsstyrelsen*, randnummers 77-86, 109-112.

76 HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Oostenrijkse tandartsen*, r.o. 55.

77 HvJ EG, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*, r.o. 56.

78 HvJ EG, 3 juli 2003, C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, *Chronopost I*.

79 HvJ EU, 22 oktober 2015, C-185/14, *Easypay*.

80 HvJ EU, 6 oktober 2015, C-508/14, *Český telekomunikační t T-Mobile Tsjechië*. r.o 38-39.

overeen met de kosten die daadwerkelijk gemaakt zijn voor het verlenen van hun laad- en losdiensten. Het Hof oordeelde dat de opbrengsten van de havenbelasting, boven op eerder gevoerde tarieven, niet noodzakelijk waren om de activiteiten “op een voor de marktdeelnemers aanvaardbaar niveau te houden.”⁸¹

Tot slot kunnen overheden een redelijke winst opnemen als berekeningsparameter voor de compensatie. Er is lang gespeculeerd over de vraag wat het begrip “redelijke winst” nu daadwerkelijk moet inhouden.⁸² In het arrest *Český telekomunikační t T-Mobile* heeft het Hof een redelijke winst omschreven als een “een rendement op eigen kapitaal dat zou worden verlangd door een met de aanbieder van de universele dienst vergelijkbare onderneming, die afweegt of zij de dienst van algemeen economisch belang al dan niet moet verrichten gedurende de hele periode waarvoor zij met het beheer van die dienst zou worden belast, rekening houdende met de omvang van het risico.”⁸³ Onder een “redelijke winst” wordt verstaan een rendement op kapitaal dat een gemiddeld goed beheerde onderneming zou vragen bij het verrichten van een DAEB. Daarbij wordt rekening gehouden met de duur van de openbare dienstverplichting en de grootte van het risico voor de onderneming die de DAEB verricht.

4.3.2 Controleparameters voor een compensatie

De eerste parameter voor controle op de hoogte van de compensatie is het hanteren van een gescheiden boekhouding voor de DAEB-beheerder. In de zaak *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* gaf het Hof daarom nader inzicht in het doel van de tweede *Altmark* voorwaarde.⁸⁴ In deze zaak maakte het Hof duidelijk dat vooraf vastgestelde parameters als doel hebben dat een financiële vergoeding niet hoger wordt vastgesteld dan nodig is om de kosten van uitvoering van die verplichtingen te dekken. Omdat in dit geval een gescheiden boekhouding tussen de kosten voor de DAEB en kosten voor normale economische activiteiten ontbrak, oordeelde het Hof dat de kostenparameters onvoldoende gespecificeerd waren. Hierdoor was er mogelijk sprake van kruissubsidiëring.⁸⁵

81 HvJ EG, 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, *Enirisorse*.

82 Zie Van Buijten et al 2014, p. 61 – 66; Sinnaeve 2012, p. 347-367.

83 HvJ EU, 6 oktober 2015, C-508/14, *Český telekomunikační t T-Mobile*. Een rendement op kapitaal wordt door de Commissie uitgelegd als ‘de interne opbrengstvoet’ die de onderneming voor de looptijd van het project op het door haar geïnvesteerde kapitaal behaalt. Zie hiervoor de DAEB-Mededeling, *PbEU* (2012).

84 HvJ EU, 10 juni 2010, zaak C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*.

85 Inmiddels verwijst het Hof in de rechtspraak naar de DAEB-mededeling en de transparantierichtlijn 2006/111/EG, waarin de verplichting tot het hanteren van een gescheiden boekhouding als verplichting genoemd wordt; Mededeling van de Commissie over de toepassing van de staatssteunregels en DAEB (“DAEB-Mededeling”), *PbEU* (2012); Transparantierichtlijn 2006/111/EG, *PbEU* (2006).

Naast een gescheiden boekhouding moet een DAEB-aanwijzingsbesluit ook parameters bevatten voor herziening of aanpassing van de DAEB-compensatie. Als door gewijzigde marktomstandigheden afgeweken wordt van vooraf vastgestelde voorwaarden voor aanpassing, dan moet een lidstaat verifiëren of er niet een te hoge compensatie betaald wordt. Daarom impliceert deze parameter dat aan voorwaarden voor aanpassing een terugbetalingsregeling verbonden is.⁸⁶

4.4 De derde *Altmark*-voorwaarde: controle op overcompensatie inclusief een redelijke winst

De belangrijkste bepaling van het arrest *Altmark* is de derde voorwaarde.⁸⁷ Deze voorwaarde verplicht lidstaten om overcompensatie uit te sluiten. Het verbod op overcompensatie houdt in dat de vergoeding niet hoger mag zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken. Hierbij moet zowel rekening worden gehouden met de opbrengsten als een redelijke winst (zie voor dit begrip paragraaf 4.3.2.). Het Hof heeft in het arrest *Altmark* benadrukt dat deze voorwaarde onmisbaar is om vast te stellen of er sprake is van een compensatie of van een voordeel. Wanneer er sprake is van een overcompensatie, dan is er automatisch sprake van een potentiële vervalsing van de mededinging. Bij het toepassen van de derde voorwaarde moet de lidstaat daarom nagaan of de financiële bijdrage hoger is dan de extra netto-kosten die verbonden zijn aan de openbare dienstverplichting.⁸⁸ De lidstaat moet mechanismen creëren die overcompensatie tegen gaan. Het is volgens Unierecht de taak van de nationale rechter om feitelijk te controleren of een aanwijzingsbesluit een terugbetalingsregeling bevat.⁸⁹ Wanneer een DAEB-beheerder te veel compensatie ontvangt, moet dit bedrag teruggevorderd worden op basis van de derde *Altmark*-voorwaarde.⁹⁰

Het *Laboratoires Boiron*-arrest geeft nader inzicht in de rol die de nationale rechter dient te vervullen bij de controle op overcompensatie. Het Hof oordeelde dat nationale procesregels de toepassing van het *Altmark*-arrest niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken, zeker niet als een derde partij verzoekt om een overcompensatie te laten terugvorderen.⁹¹ Het Hof raadde de nationale rechter aan om de concurrent, die stelt dat er sprake is van overcompensatie, te laten bewijzen dat er daadwerkelijk sprake is van over-

86 HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk*.

87 HvJ EG, 24 juni 2003, C 280/00, *Altmark Trans*.

88 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*.

89 HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk*.

90 HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk*.

91 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*.

compensatie.⁹² Als de concurrent hier echter niet in slaagt, omdat de informatie hierover niet toegankelijk is, dan kan de nationale rechter-gelet op het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel – binnen zijn bevoegdheid – “gebruikmaken van alle procedurele middelen die hem door het nationale recht ter beschikking worden gesteld, waaronder het bevelen van de noodzakelijke maatregelen van instructie, door één der partijen of door een derde.”⁹³ In het geval van het Franse *Cour de Cassation* bestond er een rechterlijke bevoegdheid om ambtshalve één der procespartijen (of een derde) te bevelen om een bewijsstuk van overcompensatie te overleggen, om zodoende overcompensatie vast te stellen.⁹⁴ De uitoefening van deze bevoegdheid moet in de context geplaatst worden van de nationale procesautonomie die is afgebakend door de Unierechtelijke beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.⁹⁵ Zo maken de Nederlandse bestuursrechter en de Nederlandse civiele rechter niet altijd gebruik van hun bevoegdheden tot onderzoek ter zitting, zijn zij in de praktijk lijdelijk en vullen zelf ambtshalve weinig aan op de partijen.⁹⁶

Het Hof heeft het standpunt ingenomen dat de nationale rechter, gelet op de doeltreffendheid van de *Altmark*-voorwaarden, wel verplicht is om een bepaalde standaard van bewijslast te hanteren ten aanzien van het invoeren van de *Altmark*-voorwaarden.⁹⁷ Het Hof heeft in *Achmea* geoordeeld dat in geval van een geschil voor de nationale rechter over feitelijkheden of technische aspecten, de nationale rechter-gelet op doeltreffendheid en gelijkwaardigheid – volgens Unierecht verplicht is tot een feitelijke toetsing van *Altmark*-voorwaarden “die ziet op het controleren van een kennelijke fout”.⁹⁸ De omvang van de toetsing moet volgens het Hof berusten op de minimumvoorwaarden voor toetsing, zoals het Hof van Justitie van de EU deze hanteert in de beroepsprocedure (zie paragraaf 5.2 en paragraaf 5.2.6 voor een overzicht van deze minimumvoorwaarden).⁹⁹

92 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*.

93 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*, r.o. 50, 55-57.

94 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*.

95 Zie. Conclusie A-G Stix-Hackl, 7 november 2002, *Enirisorse t Ministero delle Finanze*, randnummer 174; HvJ EU, 4 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel*; Zie Girerd 2002, p. 86. Zie De Cock 2023, p.174-180.

96 Zie Metselaar 2016, p. 15, 75-82,117, 158, 234, 553. Van den Brink & Den Ouden 2020, p. 289-293. Zie ook De Cock 2023, p. 266-267.

97 HvJ EU, 15 mei 2019, C-706/17, *Achema t VKEKK*, r.o. 107-108, 118-120, Zie conclusie A-G Wahl, 17 januari 2019 bij zaak C-706/17, *Achema t VKEKK*, randnummers 75, 79, 81, 97.

98 *Idem*.

99 HvJ EU, 3 maart 2021, C-434/19 en C-435/19, *Poste Italiane t Riscossione Sicilia*, r.o. 59, 73. Zie ook HvJ EU, 15 mei 2019, C-706/17, *Achema t VKEKK*, 107. Zie conclusie A-G Wahl, 17 januari 2019 bij zaak C-706/17, *Achema t VKEKK*, randnummers 75-78. Het gaat hier om de zogenoemde minimumvoorwaarden uit het *Pais Vasco*-arrest (zie paragraaf 5.2.4 en 5.2.6). Zie conclusie van advocaat-generaal Wathelet bij de zaak Comunidad Autónoma del País Vasco e.a./Commissie (C-66/16 P-C-69/16 P, C-70/16 P en C-81/16 P, EU:C:2017:654, punt 112).

In *Eric Libert* oordeelde het Hof eveneens dat de nationale rechter bij een vermoeden van overcompensatie feitelijk moet controleren of de overheid een doeltreffend mechanisme hiertegen heeft gecreëerd.¹⁰⁰ Als de nationale rechter dus van oordeel is dat een effectief toezichtmechanisme op overcompensatie ontbreekt, dan moet de nationale rechter direct overgaan tot terugvordering.¹⁰¹ De aanwezigheid van een terugbetalingsregeling is hier het minimumcriterium, zo volgt uit deze uitspraak van het Hof.¹⁰²

4.5 De vierde *Altmark*-voorwaarde: aanbesteding of benchmarking

4.5.1 Een (openbare) aanbestedingsprocedure tegen de laagste kosten

Het Hof gaat op twee manieren na of een DAEB-beheerder geselecteerd wordt aan de hand van kostenefficiëntie. Het Hof gaat allereerst na of één van de procedures op basis van de Europese aanbestedingsrichtlijnen is gevolgd door een aanbestedende dienst.¹⁰³ Daarbij moet een procedure gevolgd worden waarbij de mededinging in de sector niet vervalst wordt. In dat geval kan het gaan om een openbare aanbesteding, het vergeven van een concessie of het vestigen van een alleenrecht.¹⁰⁴ Het Hof is bij de beoordeling van de vierde *Altmark*-voorwaarde doorgaans afhankelijk van de omvang van het geschil tussen de partijen in een nationale procedure. Wanneer geen aanbestedingsprocedure is gevolgd, kunnen lidstaten een DAEB-beheerder selecteren op basis van de kostenanalyse van een “gemiddeld goed beheerde onderneming” (ook wel “benchmarking” genoemd). Beide selectiemethoden hebben tot doel om een efficiënte besteding van de DAEB-compensatie te verzekeren.¹⁰⁵

Belangrijk is dat de vierde *Altmark*-voorwaarde vereist dat een onderneming door middel van een aanbestedingsprocedure geselecteerd moet worden “tegen de laagste prijs voor de gemeenschap”. Wanneer dat niet mogelijk is, dient als benchmark een gemiddelde goed beheerde onderneming gebruikt

100 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 99-102.

101 HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk (SNCM)*, r.o. 45-48.

102 Zie Conclusie van A-G Wathelet van 21 mei 2015 bij zaak C-303/13 P, *Commissie t Andersen*, randnummers 25-26, 40, 44,52. Zie voor een toepassing HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk (SNCM)*.

103 Zie Artikelen 67 en 74-77 van Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014; Artikel 19 van Concessierichtlijn 2014/23/EU van 26 februari 2014.

104 Zie HvJ EU, 22 oktober 2015, C-185/14, *Easypay*; HvJ EU, 17 december 2015, gevoegde zaken C-25/14 en C-26/14, *UNIS t Ministre du Travail*; HvJ EU, 28 januari 2016, C-50/14, *CASTA t ANPAS*.

105 Müller 2009, p. 43; HvJ EU, 3 juli 2003, gevoegde zaken C-83/01 P, C-93/01 P & C-94/01 P, *Chronopost t Commissie (Chronopost I)*.

te worden bij de selectie van een onderneming als DAEB-beheerder.¹⁰⁶ In het arrest *Altmark* heeft het Hof uitgemaakt dat een aanbesteding tegen de laagste prijs één van de methoden is om te garanderen dat de DAEB tegen de laagste kosten voor de gemeenschap wordt gecompenseerd. Het Hof heeft in *Enirisorse* overigens ook ruimte geboden voor andere methoden dan een openbare aanbestedingsprocedure, zoals onderhandelingen met marktpartijen, zolang er maar een passende vergoeding wordt afgesproken voor het verrichten van de DAEB.¹⁰⁷

In prejudiciële procedures laat het Hof het doorgaans over aan de nationale rechter om te beoordelen of voldaan is aan de vierde *Altmark*-voorwaarde.¹⁰⁸ In *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* oordeelde het Hof dat de toepassing van deze voorwaarde alleen feitelijk kan worden vastgesteld en niet *in abstracto*.¹⁰⁹ Deze verplichting tot een feitelijke controle geldt volgens het Hof in het bijzonder voor de vierde *Altmark*-voorwaarde, wanneer het in een nationale procedure voor de nationale rechter evident is (op grond van de gegevens verstrekt door de procespartijen) dat een DAEB-beheerder niet gekozen is volgens een aanbestedingsprocedure.¹¹⁰ De nationale rechter kan dan nagaan of er als alternatief wel gekozen is voor een benchmarkingprocedure.¹¹¹

4.5.2 Benchmarking

In plaats van een aanbestedingsprocedure kunnen lidstaten er ook voor kiezen om een DAEB-beheerder te selecteren op basis van de kostenbenchmark van een gemiddeld goed beheerde onderneming. Het begrip “gemiddeld goed beheerde onderneming” is nauw verbonden aan de parameter van een redelijke winst (paragraaf 4.3.4.).

Selectie door middel van benchmarking komt daarmee grotendeels overeen met de *market economy investor test*.¹¹² Het grote verschil is dat de benchmarktest alleen van toepassing is op soortgelijke ondernemingen in, doorgaans onrendabele, openbare dienstsectoren.¹¹³ De overheid moet op

106 Als de compensatie wordt vastgesteld op basis van benchmarking, dient er een vergelijking met andere efficiënte ondernemingen op de relevante markt gemaakt worden. Dit kan bijvoorbeeld worden bepaald aan de hand van een onafhankelijk onderzoek naar wat de (bedrijfseconomische) kosten op de markt van het betreffende bedrijf redelijkerwijs zouden zijn.

107 HvJ EG, 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, *Enirisorse*.

108 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*.

109 HvJ EG, 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, r.o. 67-68 ; HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 94.

110 HvJ EU, 15 mei 2019, C-706/17, *Achema t VKEKK*, r.o. 119-121.

111 Zie conclusie A-G Wahl, 17 januari 2019 bij Zaak C-706/17, *Achema t VKEKK*, randnummer 85.

112 Zie Cyndecka 2016. Zie conclusie A-G Wahl, 17 januari 2019 bij Zaak C-706/17, *Achema t VKEKK*, randnummer 85.

113 Zie HvJ EU, 1 juli 2008, gevoegde zaken C-341/06 P en C-342/06 P, *Chronopost t UFEX*.

basis van deze benchmark een onderneming selecteren aan de hand van de kosten die een efficiënte onderneming zou maken in een vergelijkbaar marktsegment. Relevante selectiecriteria zijn hier de continuïteit en de kostendekking van de openbare dienst. De overheid handelt dan ook niet als een particuliere marktdeelnemer, maar als een overheid die een openbare dienst zo efficiënt mogelijk laat uitvoeren. Daarbij mogen de mededingingsomstandigheden niet onevenredig geschaad worden.¹¹⁴ In de praktijk is benchmarking vooral toepasselijk in netwerksectoren, zoals de postsector, maar ook in de vervoersector.¹¹⁵

4.6 Tussenconclusie I: Conceptuele invulling *Altmark*-voorwaarden door het Hof voor de nationale rechter in prejudiciële procedures

Met de uitgebreide *Altmark*-rechtspraak heeft het Hof een poging gedaan om het technische karakter van de *Altmark*-voorwaarden conceptueel te verduidelijken en te verfijnen. De eerste *Altmark*-voorwaarde komt in de rechtspraak van het Hof in grote mate overeen met de werking van artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin. De DAEB moet verplicht zijn, voorafgaand duidelijk omschreven en zich door een daadwerkelijk algemeen belang onderscheiden van normale economische activiteiten. De voorwaarden voor de compensatie moeten duidelijk worden vastgelegd in een aanwijzingsbesluit. De vereisten van een aanwijzingsbesluit zijn door het Hof nader uitgewerkt in de tweede *Altmark*-voorwaarde. Op basis van deze voorwaarde mogen alleen de noodzakelijke netto-kosten gecompenseerd worden voor het uitvoeren van een DAEB. De derde *Altmark*-voorwaarde is de belangrijkste voorwaarde: als een DAEB-beheerder een overcompensatie ontvangt, is er sprake van een voordeel dat de marktpositie van deze onderneming versterkt ten koste van andere ondernemingen. Daarom moeten overheden een effectief mechanisme tegen overcompensatie creëren. De beste manier is een terugbetalingsregeling op te nemen in het aanwijzingsbesluit. Tot slot heeft het Hof de vierde *Altmark*-voorwaarde uitgelegd op grond als een selectiemethode op grond een openbare aanbesteding tegen de laagste kosten en alternatief op grond van benchmarking naar kostenefficiëntie.

Het Hof heeft in de rechtspraak aan de nationale rechter aanwijzingen gegeven om kennelijke foute toepassingen te controleren zonder evenwel de *Altmark*-voorwaarden volledig voor de nationale rechter “in te vullen”. Concrete toepassing behoort “tot de uitsluitende bevoegdheid van de nationale rechter.”¹¹⁶ In de prejudiciële procedure heeft het Hof nationale rechters geïnstrueerd om de eerste en tweede *Altmark*-voorwaarde concreet toe te

114 Gerecht EU, 15 december 2009, T-156/04, *EDF*.

115 Zie de *Chronopost*-arresten (zie paragraaf 4.6 en de voetnoten 52 en 53). Zie ook Gerecht EU, 16 maart 2003, T 157/01, *Danske Busvognmænd (Combus)*.

116 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*.

passen. Bij de toepassing van de derde en vierde *Altmark*-voorwaarde heeft de nationale rechter een discretie en kan hij controleren of er in het aanwijzingsbesluit een effectieve regeling is opgenomen tegen overcompensatie.

5 DE VERFIJNING VAN DE TOEPASSING VAN ALTMARK DOOR HET HOF IN DE BEROEPSPROCEDURE

5.1 De bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten, de Commissie en het Hof bij de toepassing van het *Altmark*-arrest

Evenals de overheden van de lidstaten kan de Commissie een kennelijke beoordelingsfout maken bij het toepassen van het *Altmark*-arrest. Het Gerecht moet bij beroepen tot nietigverklaring controleren of de Commissie een dergelijke kennelijke beoordelingsfout op grond van feitelijke, economische en juridische omstandigheden heeft gemaakt.¹¹⁷ Dit geldt ook voor het Hof in hoger beroep.¹¹⁸

In tegenstelling tot de prejudiciële procedure hoeft het Hof veel minder terughoudendheid te betrachten bij het beoordelen van beroepen tot nietigverklaring. De procedure van artikel 263 VWEU vereist een feitelijke controle op de toepassing van het *Altmark*-arrest door de Commissie. Het Gerecht en het Hof zijn weliswaar ook in deze procedure beperkt tot het controleren van een kennelijke beoordelingsfout, maar dat betekent in de praktijk niet dat zij de *Altmark*-voorwaarden niet feitelijk kunnen toepassen. Zo heeft het Gerecht in de zaak *SNCM* geoordeeld dat de kennelijke fouttoets de Commissie toestaat om de omschrijving van een DAEB te controleren.¹¹⁹ De beroepsprocedures voor het Hof nemen daarom zeer uitvoerige feitelijke en economische analyses van DAEB-compensaties als voorwerp. In de praktijk heeft het Hof de Commissie, juist door haar deskundigheid, wel de nodige ruimte geboden om inhoudelijk na te gaan of aan het *Altmark*-arrest is voldaan, om zo te kunnen vaststellen of er sprake is van staatssteun op basis van artikel 107, lid 1, VWEU.¹²⁰ In de beroepszaken en hogere beroepszaken zijn respectievelijk het Gerecht en het Hof naast toepassing van de *Altmark*-voorwaarden ook in veel gevallen overgegaan tot een verdere interpretatie van het *Altmark*-arrest. Gedurende de onderzoeksperiode van dit proefschrift is het aantal hogere voorzieningen tegen uitspraken van het Gerecht over Commissiebesluiten behoorlijk

117 HvJ EU, 2 september 2010, C-399/08 P, *Commissie t Deutsche Post*; HvJ EU, 20 december 2017, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*.

118 HvJ EU, 20 december 2017, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*; HvJ EU, 26 April 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*.

119 Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

120 Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*; Klasse 2013, p. 36; Nicolaidis 2015b.

toegenomen. In deze zaken moet het Hof zowel de doelstellingen van het *Altmark* arrest consistent als eenduidig uitleggen, alsook de toepassing van dit arrest door het Gerecht controleren. Dit heeft gezorgd voor een aantal nieuwe rechtsregels over de toepassing van het *Altmark*-arrest.

5.2 De eerste *Altmark*-voorwaarde: de onderscheidende kenmerken van een DAEB

5.2.1 *Is een openbare dienstverplichting voor een economische activiteit daadwerkelijk een DAEB?*

Het Gerecht en het Hof hebben de eerste *Altmark*-voorwaarde uitgelegd in het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten enerzijds en de Commissie anderzijds.¹²¹ De beleidsruimte die lidstaten hebben op grond van artikel 14 VWEU om economische activiteiten als DAEB te kwalificeren staat bij deze uitlegging centraal. Bij gebrek aan geharmoniseerde Uniewetgeving is de Commissie namelijk niet bevoegd om de omvang van openbare dienstverplichtingen te beoordelen.¹²² De Commissie mag daarom geen inhoudelijk oordeel vellen over de politieke en budgettaire keuzes van lidstaten om ondernemingen een DAEB te laten beheren. In navolging van het arrest *Enirisorse* heeft het Hof geoordeeld dat de beleidsruimte van lidstaten niet onbegrensd is. Zij mogen niet strijdig te handelen met het Unierecht en in het bijzonder de staatssteun en- mededingingsregels. DAEB mogen niet als interventiemiddel gebruikt worden om de mededingingsomstandigheden in een bepaalde sector te vervalsen.¹²³ Uit de arresten *BUPA* en *SNCM* volgt dat de Commissie, bij het onderzoek of voldaan is aan het eerste *Altmark*-criterium, mag controleren of de openbare dienst noodzakelijk en evenredig was.¹²⁴ De Commissie mag in dat kader toetsen of er sprake is van een reële behoefte van een openbare dienst.¹²⁵ Bij de aanwijzing van de openbare dienst moet de overheid aantonen dat deze dienst ontoereikend onder normale marktvoorwaarden kan worden uitgevoerd.¹²⁶ Hierop kan de Commissie de economische analyses van de lidstaten volledig doorlichten. Het Gerecht, en later het Hof, heeft in het arrest *Pais Vasco* geconcludeerd dat ook het Hof van Justitie van de Europese Unie alle relevante gegevens mag toetsen, inclusief de economische en feitelijke gegevens

121 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

122 Gerecht EU, 26 november 2015, T-462/13, *País Vasco t Commissie*. Deze uitspraak is bovendien door het Hof bevestigd in HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*.

123 HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Wolfgang Heiser (Oostenrijkse tandartsen)*, r.o. 53.

124 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht, 1 maart 2017, T-454/13, *SNCM t Commissie*.

125 Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

126 *Idem*, r.o. 94.

waarop een Commissiebesluit berust.¹²⁷ Rechterlijke toetsing moet daarom gebeuren aan de hand van een aantal minimumcriteria nagaan of de DAEB-omschrijving een kennelijke fout betreft.

Deze minimumcriteria betreffen:

- 1) een aanwijzingsbesluit waarin de DAEB verplicht wordt (5.2.2);
- 2) geen strijdigheid met geharmoniseerde Uniewetgeving (5.2.3);
- 3) geen strijdigheid met het VEU en VWEU en beginselen van Unierecht (5.2.4);
- 4) een algemeen legitiem belang dat zich onderscheid van normale marktactiviteiten (5.2.5).

Bovengenoemde minimumcriteria worden in de onderstaande paragrafen uiteengezet.

5.2.2 *Uit een aanwijzingsbesluit moet het verplichte karakter van de DAEB volgen*

Het eerste onderdeel dat het Hof van Justitie van de Europese Unie controleert is het vereiste dat een onderneming door middel van een aanwijzingsbesluit daadwerkelijk belast is met een DAEB.¹²⁸ Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat ook de voorwaarden voor aanpassing (voorafgaand) in het aanwijzingsbesluit moeten zijn opgenomen en niet *ad hoc* mogen worden vastgelegd.¹²⁹

Nationale regelgeving die sectoren met openbare dienstenverplichtingen liberaliseert, blijkt daarmee een onvoldoende rechtsbasis voor een DAEB-aanwijzing.¹³⁰ Desalniettemin kan een wetgevingsbepaling wel degelijk meerdere marktdeelnemers belasten met een openbare dienstverplichting als deze voldoende gespecificeerd is.¹³¹

127 Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*; Gerecht EU, 26 november 2015, T-462/13, *Comunidad País Vasco t Commissie*; HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*.

128 HvJ EU 20 december, C-70/16 P, *Galicië t Commissie*; Zie Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie* en HvJ EU, 20 December 2017, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*. De begrippen DAEB en openbare dienst zijn synoniemen, zo stelde het Gerecht in r.o. 60; Zie ook Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad País Vasco*, voetnoot 58.

129 HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk (SNCM)*. Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*, r.o. 63, HvJ EG, 29 april 2004, C-372/97, *Italië t Commissie*, r.o. 67.

130 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o. 100-102; HvJ EU, 20 december, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*; Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*.

131 HvJ EU, 26 April 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*; Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht EU, 15 december 2016, T-37/15, *Abertis Telecom Terrestre t Commissie*.

In de arresten *Pais Vasco* en *Cellnex* heeft het Hof verder duidelijk gemaakt dat de aanwezigheid van een marktfalen niet gelijkstaat aan een DAEB-aanwijzing. Het bestaan van een marktfalen ziet namelijk om economische omstandigheden terwijl het aanwijzingsbesluit een officiële juridische aanwijzing moet zijn van de openbare dienstverplichting.¹³²

5.2.3 Wordt de DAEB verricht in een geharmoniseerde sector?

In het geval van geliberaliseerde, openbare diensten mag de Commissie inhoudelijk beoordelen of een economische activiteit een DAEB is.¹³³ In geliberaliseerde sectoren zijn inmiddels diverse universele dienstverplichtingen geharmoniseerd: waaronder telecom, post en energie.¹³⁴ In *Pais Vasco t Commissie* was er geen sprake van een geharmoniseerde Unieregeling op het gebied digitale televisie¹³⁵ Daarom was de Commissie volgens het Gerecht en het Hof niet bevoegd om zich uit te spreken over de inhoud van de openbare dienst. In *Orange t Commissie* oordeelde het Hof dat de telecomsector in de Unie geliberaliseerd was en stond daarom een inhoudelijke controle van de DAEB door de Commissie toe.¹³⁶ In de praktijk staat het Gerecht echter toe dat de Commissie, ondanks de beperking van een kennelijke fout- toets, feitelijk kan controleren in openbare dienstsectoren die niet volledig geharmoniseerd zijn, waaronder de vervoersector.¹³⁷

5.2.4 Is de DAEB strijdig met (beginselen van) Unierecht?

Ten aanzien van liberalisatie van openbare diensten dient het Hof van Justitie van de Europese Unie altijd na te gaan of deze strijdig zijn met het Unierecht, en dan in het bijzonder de beginselen van Unierecht.¹³⁸ Ook als is er geen sprake van harmonisatie, dan is de Commissie nog steeds bevoegd om te toetsen aan de beginselen van universaliteit, evenredigheid, gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie. De wettelijke basis hiervoor is artikel 14 VWEU en het protocol nr. 26 bij het VWEU.

Een belangrijk voorbeeld waar een lidstaat een DAEB vestigde in strijd met

132 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*; HvJ EU, 26 April 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*.

133 Gerecht EU, 16 juli 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*, r.o. 104.

134 Zie voor een overzicht Sauter 2015, p. 180-212.

135 HvJ EU, 20 December 2017, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*; Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*.

136 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*. Commissiebesluit van 25 april 2014, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*, C(2012) 2557 final, *PbEU* (2012) L 236, blz. 1-34, paragraaf 176.

137 Gerecht EU, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

138 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o.64; Zie ook Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P & C-69P, *Comunidad País Vasco*.

geschreven en ongeschreven beginselen van Unierecht is de zaak *Zweckverband Rheinland Pfalz* (hierna: *ZT t Commissie*).¹³⁹ De Commissie besloot dat de DAEB-omschrijving in strijd was met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁴⁰ De Commissie beoordeelde de aanwijzing van op het ophalen van slachtafval als een kennelijke fout. Hiertegen voerde Duitsland aan dat het *Bundesverwaltungsgericht* (hierna: BVerwG)-inmiddels had geoordeeld dat het ophalen van slachtafval voldeed aan de eerste *Altmark*-voorwaarde.¹⁴¹ Het BVerwG werd door de Duitse overheden overtuigd dat de maatregel als doel had de volksgezondheid te bevorderen. De Commissie merkte in haar besluit op dat het BVerwG hier miskend heeft dat het compensatiestelsel in strijd was met het evenredigheidsbeginsel – hetgeen door het Gerecht en het Hof bevestigd is.¹⁴²

Het Gerecht heeft ook in de zaken *BUPA*, *Castelnou* en *SNCM* geoordeeld dat een DAEB-omschrijving moet voldoen aan het evenredigheidsbeginsel.¹⁴³ In het *BUPA*-arrest was het Gerecht voorzichtig door te oordelen dat de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel beperkt moet zijn.¹⁴⁴ Het Gerecht heeft geoordeeld dat bij de beoordeling van de economische en feitelijke omstandigheden het Gerecht alleen mag nagaan of een DAEB kennelijk ongeschikt is ten opzichte van het nagestreefde doel, dat wil zeggen dat de DAEB niet aantoonbaar bijdraagt aan een “reële behoefte van algemeen belang”¹⁴⁵

Naast de toepassing van het evenredigheidsbeginsel, controleert het Gerecht ook of een DAEB-aanwijzingsbesluit niet leidt tot discriminatie. Zo oordeelde het Gerecht in de arresten *Pais Vasco* en *Spanje t Commissie* dat Spaanse wetgeving geen openbare dienstverplichting inhield omdat deze maatregel een onderscheid maakte tussen ondernemingen die zich feitelijk en juridisch in een vergelijkbare situatie bevonden.¹⁴⁶ Daarmee

139 Commissiebesluit van 25 april 2014, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*, C(2012) 2557 final, *PbEU* (2012) par. 176.

140 *Idem*.

141 BVerwG, 16 december 2010, zaak 3 C 44.09, *OVG Rheinland-Pfalz*, ECLI:DE:BVerwG:2010:1612210U3C44.09.0.

142 Gerecht EU, 16 juli 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*; HvJ EU, C-446/14 P, 18 februari 2016, *Duitsland t Commissie (Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz)*. Zie voor een toepassing van het “polluter pays beginsel” als uitwerking van het evenredigheidsbeginsel artikel 191, lid 1, VWEU en secundair EU-recht (Verordening nr. 1069/2009/EU). Zie ook HvJ EU, C-487/06 P, 22 december 2008, *British Aggregates*. Zie De Sadeleer 2012, p. 405-419. Zie ook de Conclusie van A-G Mengozzi bij zaak 279/08 P, 22 december 2010, *Commissie t Nederland*, voetnoot 46.

143 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht, 3 december 2014, T-57/11, *Castelnou*, r.o. 150-152; Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

144 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o.269.

145 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o. 131, 270. Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

146 Gerecht EU, 26 november, T-462/13, *Comunidad Pais Vasco t Commissie*; Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*.

bood het exploitatiestel van de DAEB geen eerlijk concurrentie (en toegangsvoorwaarden) op de telecommunicatiemarkten. Het Hof heeft dit oordeel bekrachtigd en daarbij overwogen “dat de bevoegdheid van een lidstaat om een DAEB aan te wijzen beperkt wordt door verplichtingen op basis van algemene beginselen van het recht van de Unie en het evenredigheidsbeginsel.”¹⁴⁷

In aanvulling op het beginsel van non-discriminatie maakt tot slot het transparantiebeginsel deel uit van de controle op basis van het *Altmark*-arrest. Een belangrijke materiële voorwaarde is natuurlijk het vereiste financiële transparantie zodat gecontroleerd kan worden of bepaalde economische nevenactiviteiten onderdeel uitmaken van een DAEB-omschrijving (zie ook paragraaf 5.3).¹⁴⁸ Maar daarboven vereist het Hof ook dat lidstaten op transparante wijze een DAEB aanwijzen en organiseren en dat de minimumvoorwaarden voor toepassing geen louter formele verplichtingen zijn.¹⁴⁹ De transparantiecontrole op grond van de eerste *Altmark*-voorwaarde vereist zodoende dat “de rechtszekerheid vergroot wordt voor de lidstaten, de DAEB-beheerders, hun mogelijke concurrenten en de consumenten die toegang (willen) verkrijgen tot de openbare dienst”.¹⁵⁰

5.2.5 *Is er sprake van een algemeen legitiem belang dat zich van normale activiteiten onderscheidt?*

Als er geen geharmoniseerde EU-regelgeving bestaat over universele dienstverplichtingen toetst het Hof van Justitie van de EU of een economische activiteit die als DAEB is aangewezen, zich wel onderscheidt door een algemeen belang. In het arrest *Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNCM)* heeft het Gerecht geoordeeld dat een openbare dienst moet voldoen aan een reële behoefte onder consumenten.¹⁵¹ In navolging van een formele onderzoeksprocedure heeft de Commissie een aanvullende compensatie voor passagiersvervoer aan vervoerder SNCM onderzocht. De Commissie stelde namelijk in de eerste plaats vast dat de aanvullende dienst niet noodzakelijk was om in een reële behoefte van een DAEB te voorzien en evenmin evenredig was aan deze behoefte. Het Gerecht en het

147 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*; Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad País Vasco*, randnummer 48, 111-118.

148 Gerecht EU, 15 oktober 2018, T-79/16, *Vereniging Gelijkberechtigting Grondbezitters t Commissie (VGG)*, r.o. 118,129.

149 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o. 71-73.

150 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o. 73. Zie ook Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad País Vasco*, randnummer 115.

151 Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

Hof hebben deze toepassing van de eerste *Altmark*-voorwaarde in stand gelaten.¹⁵²

Naast een reële behoefte spreekt het Gerecht ook van een algemeen belang dat universeel en verplicht van aard is. In dat geval vertrouwt het Gerecht op de rechtspraak van het Hof over de omschrijving van een DAEB op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. Het Gerecht volgt hier een economische benadering, waarin de structuur en werking van de markt worden afgewogen tegenover maatschappelijke belangen.¹⁵³ Economische activiteiten mogen niet als DAEB ingeroepen worden om de staatssteun- en mededingingsregels te omzeilen.¹⁵⁴ Alleen als deze economische activiteiten specifieke kenmerken bezitten kunnen zij als universeel worden aangemerkt.¹⁵⁵ Een dienst is universeel wanneer deze onder gelijke voorwaarden toegankelijk is voor alle verbruikers over een hele betrokken grondgebied.¹⁵⁶ Universaliteit betekent volgens het Gerecht en het Hof dat een groot gedeelte van de bevolking toegang heeft tot een openbare dienst, die wegens het algemene belang, niet onder normale marktomstandigheden kan worden aangeboden.¹⁵⁷

In het arrest *BUPA* oordeelde het Gerecht dat er een duidelijke verplichting was voor particuliere zorgverzekeraars om een DAEB te beheren, ondanks het feit dat de openbare dienst in strikte zin niet universeel van aard was.¹⁵⁸ Voor het Gerecht heeft BUPA Ireland aangevoerd dat de DAEB een universeel karakter ontbeerde. BUPA voerde aan dat het Ierse particuliere ziektekostenverzekeringstelsel niet alleen betrekking had op ziektekosten die vallen onder het basispakket, maar ook op zogeheten luxe diensten (verzekeringdiensten met een aanvullende dekking voor particulieren). Het Gerecht merkte op dat universaliteit niet vereist dat de gehele bevolking in de praktijk gebruik maakt van een dienst. Omdat de Ierse zorgverzekeraars elke particulier moest accepteren, en uniforme tarieven moest vragen voor de verzekeringspremies droeg de DAEB juist bij aan een legitiem doel: solidariteit tussen verschillende bevolkingsgroepen. Daarom oordeelde het Gerecht dat de DAEB een passende maatregel is om een universele toegang tot ziektekostenverzekeringen te verzekeren. In dat kader merkte het Gerecht op dat dergelijke diensten tegen gelijke en niet-discriminerende

152 Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*; HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk (SNCM)*.

153 Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, *Colt Télécommunications France*.

154 Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*, r.o. 62.

155 Gerecht EU, 16 juli 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*, r.o.106, 122.

156 HvJ EU, 20 april 2010, C-265/08, *Federutility t Autorità per l'energia*.

157 Gerecht EU, 16 september 2013, zaken T-79/10, T-258/10, T-325/10, *Colt, Orange en Iliad t Commissie*; HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*. Gerecht EU, 18 januari 2017, T-92/11 RENV, *Jørgen Andersen t Commissie*; Gerecht EU, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

158 Zie ook Hoofdstuk 3, paragraaf 4.2.1.

tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden inzake kwaliteit voor alle klanten moeten worden aangeboden.¹⁵⁹

In haar rechtspraak heeft het Gerecht een geschiktheidstoets ontwikkeld om een DAEB te onderscheiden van een normale economische activiteit. Deze toets wordt door het Gerecht toegepast maar is niet door het Hof overgenomen in hogere voorzieningen. Het betreft hier de toets of een DAEB-aanwijzing een geschikt middel is om een marktfalen tegen te gaan.¹⁶⁰ Een DAEB mag aangewezen worden in een situatie waarin van “de werking van de markt geen bevredigende aanbieding van diensten kan worden verwacht”, overwoog het Hof in het arrest *Enirisorse*.¹⁶¹ Aan de hand van zowel een beleidsmatige als een economische analyse dienen lidstaten aan te voeren dat de ontoereikendheid van de markt door een overheidscompensatie gecorrigeerd kan worden.¹⁶²

De voorwaarde van een marktfalen is door het Gerecht aanvankelijk omschreven als een “inherente beoordelingsmaatstaf voor de redelijkheid van een compensatie.”¹⁶³ Een DAEB kan alleen aangewezen worden als de lidstaat aannemelijk maakt dat een DAEB niet door marktpartijen (kan) worden aangeboden tegen bepaalde objectieve voorwaarden.¹⁶⁴

Het Gerecht heeft in het *Colt*-arrest het begrip marktfalen als voorwaarde expliciet verbonden aan het kwalificeren van een DAEB.¹⁶⁵ Binnen de economische theorie zijn er verschillende vormen van marktfalen aangeduid.¹⁶⁶ Het Gerecht hoeft hier echter geen economische analyse te verrichten, maar controleert slechts aan de hand van de feiten of een lidstaat een DAEB als instrument gebruikt om marktimperfecties te corrigeren. In het arrest *Colt* oordeelde het Gerecht dat de Franse overheid op basis van een marktanalyse had vastgesteld dat geen enkele marktpartij initiatief toonde om een hoogwaardig breedbandnetwerk aan te leggen.¹⁶⁷ Deze marktanalyse voldeed aan “het vereiste van marktfalen als een intrinsieke voorwaarde

159 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*.

160 Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*, Gerecht EU, 26 november, T-462/13, *Comunidad Pais Vasco t Commissie*; HvJ EU, 20 december, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*.

161 HvJ EG, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse*, r.o. 154.

162 HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Wolfgang Heiser (Oostenrijkse tandartsen)*. Conclusie van A-G Tizzano, 28 oktober 2004, overwegingen 47-50.

163 Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, *Colt Télécommunications France*.

164 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht EU, 16 september 2013, gevoegde zaken T-79/10, T-258/10, T-325/10, *Colt*; Zie ook beschikking HvJ EU, C-621/13 P, 11 februari 2015, *Orange*, r.o. 168.

165 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, *Colt Télécommunications France*, Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*, Gerecht EU, 26 november, T-462/13, *Comunidad Pais Vasco t Commissie*.

166 Actieplan Staatssteun 2005 COM (2005) 107 final; Fiedziuk 2013, p. 21.

167 Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, *Colt Télécommunication.t Commissie*, r.o. 146-178.

voor DAEB-compensatie”, zo oordeelde het Gerecht.¹⁶⁸ Het Gerecht heeft het begrip marktfalen als een economische gedragsregel en geoordeeld dat dit begrip niet een afdwingbare norm betreft, maar dat de omschrijving tot de beleidsruimte van de lidstaten behoort.¹⁶⁹

In het *Andersen*-arrest heeft het Gerecht deze voorwaarde versoepeld en een alternatief richtsnoer voor marktfalen aangeboden. Het Gerecht oordeelde dat een lidstaat overigens niet *per se* een marktfalen hoeft aan te tonen; een gebrek aan particulier initiatief bij het volbrengen van een legitiem belang volstaat ook.¹⁷⁰ Het Gerecht oordeelde dat de overheid een DAEB mag aanwijzen in de omstandigheid dat marktpartijen in een bepaalde economische sector geen zelfstandig particulier initiatief nemen om een dienst met een “legitiem belang” aan te bieden.¹⁷¹ Een nationale overheid moet zich er dan wel van vergewissen dat een economische activiteit met een inherent algemeen belang ontoereikend door marktpartijen wordt verricht.

De mededingingsomstandigheden moet derhalve ontoereikend zijn naar maatschappelijke maatstaven.¹⁷² Het is aan de lidstaten om te bepalen welke doelstellingen van sociaal of economisch beleid een DAEB-compensatie rechtvaardigen, zolang zij aantoonbaar kunnen maken dat marktpartijen niet zelfstandig of toereikend deze diensten aanbieden.¹⁷³ In elk geval moet de lidstaat die een DAEB aanwijst, voldoende motiveren dat de mededingingsomstandigheden op de markt verstoord zijn.

Het Hof heeft deze benadering inmiddels ook overgenomen ten opzichte van openbare diensten. In de arresten *Spanje en Pais Vasco t Commissie* oordeelde het Hof, in navolging van het Gerecht, dat het volstaat voor een lidstaat om vast te stellen dat marktpartijen niet bereid zijn aanvullende kosten te dragen voor de exploitatie van openbare diensten.¹⁷⁴ Het Hof oordeelde dat een officiële aanwijzing van een DAEB niet vereist dat er een marktfalen

168 In de zaken *Colt* en *BUPA* accepteerde het Gerecht de aanwezigheid van een marktfalen omdat de Commissie de economische analyse van de lidstaten had bevestigd. Gerecht EU, 16 september 2013, gevoegde zaken T-79/10, *Colt Télécommunications*, r.o. 154.

169 Zie Gerecht EU, 18 januari 2017, T-92/11 RENV, *Jørgen Andersen t Commissie* en Gerecht EU, 9 juni 2016, T-162/13 *Magic Mountain Kletterhallen t Commissie*.

170 Gerecht EU, 18 januari 2017, T-92/11 RENV, *Jørgen Andersen t Commissie*, 69-70. Zie ook HvJ EU, 6 oktober 2015, C-303/13 P, *Commissie t Jørgen Andersen*.

171 Gerecht EU, 18 januari 2017, T-92/11 RENV, *Jørgen Andersen t Commissie*, r.o. 69.

172 Gerecht EU, 16 september 2013, gevoegde zaken T-79/10, *Colt*, r.o.159; Gerecht, 1 maart 2017, T-454/13, *SNCM t Commissie*.

173 Gerecht EU, 16 september 2013, zaken T-79/10, T-258/10, T-325/10, *Colt, Orange en Iliad t Commissie*; Zie specifiek Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, *Colt Télécommunications France*. Zie ook Gerecht EU, 15 december 2009, T-156/04, *EDF t Commissie*; Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

174 Het Gerecht nam daarom de aanwezigheid van een marktfalen aan, temeer omdat de Commissie dit punt ook niet betwiste. Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*, r.o. 62.

bestaat.¹⁷⁵ De omstandigheid dat er sprake is van marktfalen kan echter wel meewegen in de beantwoording van de vraag of er sprake is van een algemeen belang dat zich onderscheidt van normale marktactiviteiten. Deze analyse viel volgens het Hof binnen de ruime beleidsruimte die lidstaten hebben om een DAEB aan te wijzen.¹⁷⁶ In navolging van het oordeel van het Gerecht, oordeelde het Hof dat het bestaan van een marktfalen niet zonder meer een rechtvaardiging oplevert.¹⁷⁷

Een DAEB-compensatie kan weliswaar gerechtvaardigd worden door markttekortkomingen, maar een dergelijke maatregel mag niet evenwel geen “onnodige concurrentieverstoring veroorzaken.”¹⁷⁸ Daarom oordeelden het Gerecht en het Hof in *Cellnex* dat, in de situatie waarin een onderneming voor kosten wordt gecompenseerd, die hij normaal gesproken zelf had moeten dragen, een marktfalen juist aantoonde dat een DAEB-beheerder nooit onder normale marktomstandigheden kan opereren.¹⁷⁹ Tot de kosten die een onderneming zelf moet dragen, vallen volgens het Hof ook de extra kosten die ondernemingen moeten dragen wegens “de wettelijke, regelgevende of conventionele verplichtingen die van toepassing op een economische activiteit zijn.”¹⁸⁰ Bovendien oordeelde het Hof in zowel *Pais Vasco* als *Cellnex* dat het Hof van Justitie van de EU als Unierechter niet het nationale recht mag beoordelen, en op grond van het Unierecht niet feitelijk kan controleren of er wel of geen marktfalen is.¹⁸¹

De uitkomst van deze extensieve rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is dat een marktfalen dus een wegingsfactor kan zijn voor een toepassing van de eerste *Altmark*-voorwaarde, maar niet een intrinsieke of onvoorwaardelijke voorwaarde inhoudt, zoals het Gerecht eerder in haar *Colt*-rechtspraak voorlopig had geconstateerd. Daarmee heeft het Hof de lidstaten weliswaar een ruime beleidsruimte geboden voor het omschrijven van een DAEB, maar waakt het er ook voor dat een beroep op het begrip marktfalen een verstoring van mededingingsomstandigheden *per se* kan rechtvaardigen.

5.2.6 Tussenconclusie II: De reikwijdte van de eerste *Altmark*-voorwaarde komt overeen met artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin

De toepassing van het *Altmark*-arrest in beroepszaken door het Gerecht en

175 HvJ EU, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Pais Vasco*, r.o. 75.

176 HvJ EU, 26 April 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*, r.o. 45-46.

177 Zie Gerecht EU, 15 december 2016, T-37/15, *Abertis Telecom Terrestre t Commissie*. In de procedure voor het Gerecht heette *Cellnex* nog *Abertis Telecom*.

178 Gerecht EU, 15 december 2016, T-37/15, *Abertis Telecom Terrestre t Commissie*, r.o. 239.

179 HvJ EU, 26 april 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*.

180 *Idem*, r.o. 112-113.

181 HvJ EU, 26 april 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*, r.o. 46; HvJ EU, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Pais Vasco*, r.o. 75.

het Hof berust op een aantal “minimumcriteria”, die in wezen vier concrete maatstaven vormen voor het toepassen van de *Altmark*-voorwaarden. De toepassing van deze minimumvoorwaarden biedt een controle op de DAEB-omschrijving volgens artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin. Op grond van deze *Pais Vasco*-criteria controleert het Hof van Justitie van de EU- of de DAEB-verplichting: 1) daadwerkelijk is aangewezen; 2) al dan niet in strijd is met geharmoniseerd Unierecht en/of bepalingen uit het VEU en het VWEU; 3) strijdig is met de beginselen van het Unierecht, in het bijzonder de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en evenredigheid en transparantie en; 4) een algemeen legitiem belang dat zich onderscheidt van normale marktactiviteiten. De geschiktheid van een DAEB-aanwijzing kan beoordeeld worden op grond van een ontoereikendheid van de markt, waarbij de lidstaten een beleidsruimte hebben om dit aan te tonen door middel van een marktfalen of door middel van een objectieve rechtvaardiging vanwege een legitiem belang. Het Hof van Justitie kan op wel de geschiktheid van een legitiem belang beoordelen op grond van het Unierecht, maar kan een marktfalen niet feitelijk op zijn (nationaalrechtelijke) merites beoordelen.

Bovenstaande vier minimumcriteria, zoals gehanteerd door het Gerecht en Hof, hebben primair betrekking op de aanwijzing van een DAEB. In de volgende paragrafen worden de uitwerkingen door Hof en Gerecht van de tweede-, derde-, en vierde-*Altmark*-voorwaarden uiteengezet.

5.3 De tweede *Altmark*-voorwaarde: Toetsing van objectieve en transparante parameters

5.3.1 *Controle op berekeningsparameters*

Overheden hebben op basis van de rechtspraak van het Gerecht en het Hof een beoordelingsmarge bij het berekenen van de kosten die gecompenseerd dienen te worden.¹⁸² Hierbij mogen de lidstaten alle daadwerkelijke netto kosten compenseren die verbonden zijn aan een DAEB. Deze kostenparameters moeten voorafgaand zijn vastgelegd in het aanwijzingsbesluit.¹⁸³ Voorbeelden van toepasselijke parameters kunnen zijn: het aantal klanten, het aantal individuele diensten, loonkosten, materialen en vaste kosten.¹⁸⁴ Wanneer lidstaten vergeten het nodige toets- en rekenwerk te verrichten

182 Gerecht EU, 22 oktober 2008, *TV2/Danmark I*; Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*.

183 HvJ EU, 1 juli 2008, C-341/06 P en C-342/06 P, *Chronopost*; Gerecht EU, 11 juli 2018, T-186/15, *CSTP Azienda della Mobilità t Commissie*; Gerecht EU, 11 juli 2018, T-185/15, *Buonotourist t Commissie*.

184 Werkdocument Commissie: “Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang”, e, 29 april 2013, SWD(2013) 53 final/2, p. 72.

en niet vooraf duidelijk maken welke kosten voor welke activiteiten vergoed zullen worden, heeft een lidstaat de compensatie kennelijk onjuist berekend.¹⁸⁵ Wanneer een maatregel een tijdelijk karakter ontbeert, is er sprake van een kennelijke fout.¹⁸⁶ Dit is eveneens het geval als een DAEB-beheerder zelfstandig de tarieven voor de openbare dienst mag vastleggen.¹⁸⁷ Niet een DAEB-beheerder, maar alleen de overheid die de DAEB aanwijst, stelt de berekeningsparameters vast en hieraan verbonden controlemechanismen. In VVG oordeelde het Gerecht dat een gescheiden boekhouding tussen DAEB- en niet-DAEB-activiteiten bij het bij uitstek geschikte instrument is om transparantie aan te tonen.¹⁸⁸

5.3.2 Het doel van de tweede Altmark-voorwaarde: het objectiveren van noodzakelijke kosten

In het arrest *Commissie t. Deutsche Post* maakte het Hof duidelijk dat de economische activiteiten waarop een DAEB betrekking heeft zo nauwkeurig mogelijk moeten worden omschreven door de lidstaat.¹⁸⁹ De tweede *Altmark*-voorwaarde heeft specifiek als doel dat een lidstaat inzichtelijk maakt op basis van welke objectieve criteria een compensatie wordt berekend. Deze voorwaarde heeft uitdrukkelijk niet als doel dat een compensatie efficiënt besteed wordt, oordeelde het Gerecht in het arrest *Viasat*.¹⁹⁰ Het Hof heeft deze uitspraak bevestigd in hoger beroep.¹⁹¹ De Commissie mag daarom niet de tweede en de vierde *Altmark*-voorwaarde aan elkaar gelijk stellen.¹⁹² Eerder betreft deze tweede voorwaarde een gedeeltelijke toets aan de noodzakelijkheid van de compensatie.¹⁹³

Wanneer een overheid onjuiste economische parameters heeft gebruikt, kunnen de mededinging en de markttoegang beperkt worden.¹⁹⁴ Eveneens

185 HvJ EG, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse*; Gerecht EU, 29 november 2018, T-720/16, *ARFEA t Commissie*, r.o. 77, 104-105; Zie Hessel 2006, p. 479-498.

186 HvJ EU, 22 oktober 2015, C-185/14, *Easypay*, r.o. 54. Zie ook de conclusie van A-G Colomer, 20 oktober 2009, C-265/08, *Federutility*, r.o. 70.

187 Gerecht EU, 16 maart 2003, T 157/01, *Danske Busvognmænd (Combus)*; Gerecht EU, 11 juli 2018, zaak T-186/15, *CSTP Azienda della Mobilità t Commissie*.

188 Gerecht EU, 15 oktober 2018, T-79/16, *Vereniging Gelijkberechtigting Grondbezitters t Commissie (VGG)*, r.o.113, 119, 135, 137, 139.

189 HvJ EU, 2 september 2010, C-399/08 P, *Commissie t Deutsche Post*.

190 Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting*.

191 HvJ EU, 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat t Commissie*.

192 Het Gerecht merkte daarbij op dat de Commissie dit wel had vastgesteld in de zogeheten DAEB-Kaderregeling, maar dat dit richtsnoer alleen de Commissie bindt en niet de lidstaten. Zie Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*.

193 Zie ook Gerecht EU, 16 juli 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*. Deze benadering volgt ook uit de eerste toepassing van de tweede *Altmark* voorwaarde door het Hof van Justitie in de zaken HvJ EG, 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, *Enirisorse I* en HvJ EG, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse II*.

194 HvJ EG, 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*.

moeten de kosten berekend worden over een voorafgaand vastgestelde periode.¹⁹⁵ Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft geoordeeld dat de Commissie moet vergelijken of de parameters ook gebruikt zouden worden door ondernemingen in een situatie waar volledige mededinging heerst.¹⁹⁶ Zo oordeelde het Gerecht in het arrest *TV2 Danmark I* dat een DAEB-compensatie niet alleen onrendabele kosten hoeft te dekken, maar ook winstgevende inkomsten mag bevatten.¹⁹⁷

Het is evenwel niet gemakkelijk te bepalen wat “normale marktomstandigheden” zijn in openbare dienstsectoren. De besluitpraktijk van de Commissie en de rechtspraak laten zien dat marktomstandigheden in publieke sectoren naar loop van tijd kunnen veranderen. Dit geldt bijvoorbeeld voor DAEB die uitgevoerd worden door openbare bedrijven die later geprivatiseerd worden.¹⁹⁸ In *Orange t Commissie* overwoog het Hof, in navolging van A-G Wahl, dat een DAEB-beheerder zich juist door zijn openbare taak in een bijzondere marktpositie bevindt.¹⁹⁹ Deze positie is bepaald door de voorwaarden van die overheid aan de DAEB stelt. Daarom is het volgens het Hof moeilijk voor de Commissie om te controleren of er sprake is van normale marktvoorwaarden.²⁰⁰ Duidelijk moet zijn wat de economische factoren zijn op het moment van aanwijzing van een DAEB. Zo kan de toetreding van concurrenten tot de markt en de factor van prijsstabilisatie ertoe leiden dat een overheid de parameters voor een DAEB moet aanpassen.²⁰¹ In de zaak *SNCM* oordeelde het Gerecht dat de Commissie op juiste gronden had beoordeeld dat de economische parameters (gelet op de snel veranderende omstandigheden van de passagiersvervoermarkt) niet geschikt waren omdat zij resulteerden in het uitschakelen van de mededinging.²⁰² Daarom moeten de parameters voor een DAEB-compensatie altijd tijdelijk en aanpasbaar zijn.²⁰³

195 Gerecht EU, 16 december 2010, T-231/06, *NOS t Commissie*.

196 HvJ EG, 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, *België en Forum 187 t Commissie*. In het arrest *Combus* had de Deense overheid bijvoorbeeld verzaakt om voor een vervoersdienst het aantal passagiers en de opbrengst van vervoerstickets als parameters te gebruiken, terwijl dit wel gebruikelijk is in de vervoerssector (Gerecht EU, 16 maart 2003, T-157/01, *Danske Busvoognmænd (Combus)*).

197 Gerecht EU, 22 oktober 2008, Gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, *TV2 Danmark I*.

198 HvJ EU, 4 september 2014, gevoegde zaken C-533/12 P en C-536/12 P, *SNCM t Corsica Ferries en Commissie*; Gerecht EU, 26 februari 2016, T-135/12, *Frankrijk t Commissie (Orange)*.

199 Conclusie A-G Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o.47. HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o.27-30.

200 *Idem*.

201 Zie ook HvJ EU, 6 oktober 2015, C-303/13 P, *Commissie t Jørgen Andersen*.

202 Gerecht, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

203 Conclusie van A-G Colomer, 20 oktober 2009, C-265/08, *Federutility*. Gerecht EU, 29 november 2018, T-720/16, *ARFEA t Commissie*.

5.4 De derde *Altmark*-voorwaarde: controlemechanismen tegen overcompensatie

5.4.1 *Controlemechanismen om overcompensatie tegen te gaan*

De derde *Altmark*-voorwaarde ziet op de vraag of er sprake is van een vergoeding van de noodzakelijke netto-kosten, danwel een overcompensatie. Een overcompensatie staat gelijk aan een economisch voordeel. Lidstaten moeten effectieve mechanismen tegen overcompensatie creëren-zoals een terugbetalingsregeling-om dit verbod op overcompensatie te handhaven.²⁰⁴ De derde *Altmark*-voorwaarde ziet naast controle op een voordeel ook op de beïnvloeding van de mededinging.²⁰⁵ Als een lidstaat toestaat dat een DAEB-beheerder een onevenredige vergoeding ontvangt, wordt de DAEB-beheerder in een gunstigere mededingingspositie geplaatst vergeleken met zijn concurrenten.²⁰⁶ Daarom moeten lidstaten *ex post* toezicht houden op de compensatie. Ook moeten zij in het aanwijzingsbesluit een mechanisme opnemen dat een periodieke herziening van de kostenparameters mogelijk maakt.²⁰⁷ Het Gerecht heeft voor bepaalde openbare sectoren ruimte geboden om reserves op te bouwen, zonder dat er sprake is van overcompensatie.²⁰⁸ Zolang uit de parameters van de berekening volgt dat een evenredig percentage van de compensatie bestemd is voor financiële reserves hoeft dit niet te leiden tot overcompensatie. Het Gerecht heeft in meerdere instanties geoordeeld dat een gebrek aan overheidstoezicht op de compensatie mogelijk leidt tot barrières voor de markttoegang in de openbare dienstsector.²⁰⁹ Daarbij heeft het Gerecht geoordeeld dat, zonder een effectief toezichtmechanisme, de Commissie mag aannemen dat er sprake is van een versterking van de concurrentiepositie van de DAEB-beheerder ten opzichte van zijn concurrenten.²¹⁰

Een mechanisme tegen overcompensatie dat door de Commissie is ontwikkeld in de besluitpraktijk, en door het Hof in *Commissie t Jørgen Andersen* is bevestigd, is de zogeheten terugbetalingsregeling.²¹¹ Dit is een clausule in

204 Gerecht EU, 16 december 2010, T-231/06, *NOS t Commissie*, r.o. 242-247.

205 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 47; HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*.

206 HvJ EG, 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*; HvJ EU, 17 juli 2008, *Essent Netwerk Noord*, C-206/06, r.o. 86.

207 Gerecht EU, 16 juli 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*, r.o. 157,171, 184.

208 Gerecht EU, 22 oktober 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, *TV2 Danmark I*, r.o. 223; Gerecht EU, 16 december 2010, T-231/06, *NOS t Commissie*, r.o.12, 238-240.

209 Gerecht EU, 22 oktober 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, *TV2 Danmark I*.

210 Gerecht EU, 12 september 2013, T-347/09, *Duitsland t Commissie (Duitse natuurgebieden)*. Gerecht EU, 16 december 2010, gevoegde zaken T-231/06 en T-237/06, *NOS t Commissie*.

211 HvJ EU, 6 oktober 2015, C-303/13 P, *Commissie t Jørgen Andersen*.

het aanwijzingsbesluit waarin de jaarlijkse hoogte van de compensatie en de redelijke winst vermeld worden. Als de plafonds overschreden worden dient de lidstaat over te gaan tot terugvordering.²¹²

In het arrest *Simet* gaf het Hof van Justitie van de Europese Unie een aantal instructies aan overheden en nationale rechters om de derde *Altmark*-voorwaarde toe te passen.²¹³ Zowel het Gerecht als het Hof adviseerden dat de nationale rechter slechts nagaat of er doeltreffende controlemechanismen op overcompensatie zijn opgenomen in het aanwijzingsbesluit. De rechter hoeft hierbij niet zelfstandig toets- en rekenwerk te verrichten om de volledige hoogte van de compensatie vast te stellen.²¹⁴ In deze zaak had de Italiaanse nationale rechter de hoogte van de compensatie nagerekend, terwijl dit in beginsel een taak is voor de overheid die de DAEB aanwijst.²¹⁵

Indien een terugbetalingsregeling ontbreekt, kan de nationale rechter volgens het Gerecht in *Hotel Cipriani* eenvoudig vaststellen dat er sprake is van een beperking van de mededinging.²¹⁶ In deze zaak maakte het Gerecht duidelijk dat de derde *Altmark*-voorwaarde als doel heeft dat er daadwerkelijke mededinging in openbare dienstsectoren blijft bestaan.²¹⁷ De uitvoering van een compensatie hoeft volgens het Gerecht dus niet zozeer onder gelijke concurrentievoorwaarden te gebeuren.²¹⁸ Belangrijker is dat het toezicht op de hoogte van de compensatie doeltreffend is. Als er sprake is van overcompensatie zonder doeltreffende controlemechanismen, dan is er eveneens sprake van een economisch voordeel dat de mededinging vervalst.²¹⁹ In dat geval is er naar alle waarschijnlijkheid sprake van onrechtmatige staatssteun volgens artikel 107, lid 1, jo. artikel 108, lid 3, VWEU.

5.4.2 Een “structureel nadeel” als rechtvaardiging voor een overcompensatie?

In de *Combus en Duitsland t Commissie*-arresten, heeft het Gerecht een exceptie op de derde *Altmark*-voorwaarde aangenomen.²²⁰ In deze arresten

212 Gerecht EU, 29 augustus, T-366/13 R, *Frankrijk t Commissie*; Gerecht EU, T-454/13, 3 oktober 2010, *SNCM t Commissie*; HvJ EU, 21 januari 2014, C-574/13 P, *Frankrijk t Commissie (SNCM)*.

213 Gerecht EU, 3 maart 2016, T-15/14, *Simet t Commissie*; HvJ EU, 9 maart 2017, C-232/16 P, *Simet t Commissie*, r.o. 47.

214 Gerecht EU, 3 maart 2016, T-15/14, *Simet t Commissie*.

215 Gerecht EU, 3 maart 2016, T-15/14, *Simet t Commissie*, r.o. 35-36, 54, 145-146.

216 Gerecht, 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00, *Hotel Cipriani t Commissie*.

217 Gerecht, 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00, *Hotel Cipriani t Commissie*.

218 Gerecht, 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00, *Hotel Cipriani t Commissie*, r.o.184.

219 Müller 2009, p. 43.

220 Gerecht EU, 16 maart 2003, T 157/01, *Danske Busvognmænd (Combus)*. Gerecht EU, 14 juli 2016, T-143/12, *Duitsland t Commissie (Deutsche Post)*.

heeft het Gerecht toegestaan dat lidstaten een DAEB-beheerder eenmalig compenseren om “een structureel nadeel” op te heffen. In de *Combust* en *Deutsche Post*-arresten oordeelde het Gerecht dat geprivatiseerde overheidsbedrijven (belast met een DAEB-taak) niet gebonden waren aan hoge overheidspensioenen, (die overeengekomen waren vóór privatisering). Deze exceptie houdt in dat overheden eenmalig de DAEB-beheerders wettelijk mogen ontheffen van de betaling van hoge overheidspensioenen. Vervolgens ontvangen werknemers een compensatie van de overheid die het verschil tussen marktconforme- en de voormalige overheidspensioenen dekt. Het Gerecht moest in het *Combust*-arrest beantwoorden of er hier sprake was van een overcompensatie. Het Gerecht introduceerde in deze zaak de controversiële rechtsregel van een “structureel nadeel”.²²¹ In dat geval is er volgens het Gerecht geen overcompensatie omdat het opheffen van dat nadeel de concurrentievoorwaarden op de markt herstelt door een voormalig overheidsbedrijf in een gelijke positie te plaatsen. Deze rechtsregel werd na *Combust* niet toegepast door het Hof van Justitie van de EU. In *Deutsche Post* gaf de Commissie aan dat het zich niet gebonden achtte aan de *Combust*-exceptie.²²² Bezien vanuit het *Altmark*-arrest is er volgens de Commissie eerder sprake van een eenzijdige aanpassing van de mededingingsomstandigheden door de staat die leidt tot overcompensatie.²²³

In de zaak *Orange t Commissie* heeft het Hof, in navolging van het Gerecht, in een hogere voorziening de structureel nadeel-exceptie verworpen.²²⁴ In *Orange t Commissie* volgt het Hof de conclusie van A-G Wahl die de structureel nadeel-exceptie omschrijft als “een ongeschikte rechtsregel en een onvoldoende ontwikkelde toepassing.”²²⁵ De zaak *Orange* draait om de toepassing van het *Altmark*-arrest door de Commissie in een besluit over de compensatie van France Télécom voor het overnemen van overheidspensioenen na de privatisering van dit bedrijf.²²⁶ De Commissie heeft besloten dat deze compensatiemaatregel tot verboden overcompensatie leidde.²²⁷ In de beroepszaak die *Orange* (namens rechtsvoorganger France Télécom) heeft aangespannen tegen dit besluit, bepleitte *Orange* dat er sprake was van een *Altmark*-compensatie voor een structureel nadeel die noodzakelijk was om transitie van niet-marktconforme voorwaarden (hoge overheidspensioenkosten) naar marktconforme voorwaarden (private pensioensregelingen) mogelijk te maken. Het Gerecht heeft dit beroep verworpen.²²⁸ In

221 Zie ook Nicolaidis 2013; Von Bonin & Rodenhausen 2014, p. 600-605; Hessel 2004, p. 405-412.

222 Gerecht EU, 14 juli 2016, T-143/12, *Duitsland t Commissie (Deutsche Post)*, r.o. 140.

223 *Idem*, r.o. 108.

224 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

225 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o.40-45. Conclusie A-G Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o. 49-51.

226 Besluit 2012/540/EU *France Télécom*.

227 Besluit 2012/540/EU *France Télécom*.

228 Gerecht EU, 6 februari 2015, T-385/12, *Orange t Commissie*.

hoger beroep tegen dit arrest voerde Orange aan dat de maatregel onder normale marktomstandigheden werd uitgevoerd en conform de zogeheten *Combus*-regel een compensatie van een structureel nadeel mogelijk maakt.

Het Hof verwierp dit beroep en oordeelde dat het inroepen van een structureel nadeel voorbij gaat aan de doelstellingen van het *Altmark*-arrest. Als een onderneming zich op basis van wetgeving in een bijzondere positie bevindt, kan volgens het Hof de Commissie niet beoordelen of het opheffen van dit nadeel tot normale marktvoorwaarden of een verbetering van concurrentieverhoudingen leidt.²²⁹ Dit is ook niet de taak van de Commissie, voegde het Hof hier aan toe.²³⁰ Het Hof oordeelde dat de Commissie moet vaststellen of er sprake is van een daadwerkelijke DAEB en of een compensatie noodzakelijk is.²³¹ Omdat DAEB-beheerders zich doorgaans wettelijk in een bijzondere positie bevinden en niet onder gelijke marktomstandigheden opereren als concurrenten, zou de structurele nadeel-exceptie het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU uithollen.²³² Daarmee zou volgens het Hof de structureel nadeel-exceptie in strijd zijn met de beginselen van het *Altmark*-arrest.²³³

Het begrip staatssteun van artikel 107, lid 1, VWEU biedt volgens het Hof nadrukkelijk geen enkele ruimte om de redenen of de doelstellingen van overheidsingrepen op de markt te wegen. De toepassing van het *Altmark*-arrest ziet volledig toe op de gevolgen van een maatregel.²³⁴ Om dit vast te kunnen stellen moest volgens het Hof de Commissie nagaan of een DAEB-beheerder in een gunstigere financiële positie dan haar concurrenten wordt geplaatst, danwel of een de DAEB-beheerder een voordeel heeft verkregen dat het niet onder normale marktomstandigheden zou hebben gekregen.²³⁵ Het Hof concludeerde dat Frankrijk voor France Télécom een bijzondere marktpositie had geschapen, terwijl concurrenten niet in aanmerking kwamen voor lastenverlichting in de vorm van compensaties voor hoge pensioenen. Het Hof oordeelde daarom dat het toekennen van een extra compensatie de mededingingsomstandigheden in een economische sector probeerde aan te passen. Orange kon tijdens de transitie van een door de staat gestuurde markt naar een concurrerende markt zich gemakkelijker ontwikkelen voor concurrentie op nieuwe opengestelde markten in andere

229 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o. 27-28. Conclusie A-G Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

230 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

231 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, 28-32.

232 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, 61, 62, 66. Zie ook conclusie A-G Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, randnummer 47.

233 Zie ook Conclusie AG Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, randnummer 34-35.

234 Conclusie A-G Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, randnummer 35; Zie ook HvJ EU, 8 december 2011, C-81/10 P, *France Télécom t Commissie*.

235 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*, r.o. 66-68.

lidstaten. Daarmee oordeelde het Hof dat de maatregel France Télécom bevoordeelde en staatssteun inhield volgens artikel 107, lid 1, VWEU. Het Hof oordeelde dat eventuele structurele mededingingsnadelen voor DAEB-beheerders niet binnen artikel 107, lid 1, VWEU mogen worden meegewogen, noch de daadwerkelijke effecten van compensaties op de mededinging. Dat kan alleen binnen de Verdragsexcepties.²³⁶

5.5 De vierde *Altmark*-voorwaarde: Selectie op basis van kostenefficiëntie

5.5.1 *Aanbesteding*

De toepassing van de vierde *Altmark*-voorwaarde is doorgaans allereerst een feitelijke controle of er een correcte aanbestedingsprocedure is verricht. In veel zaken heeft een overheid niet gekozen voor een aanbestedingsprocedure.²³⁷ Wanneer er wel een overheidsopdracht in de markt wordt gezet, dan moet deze opdracht wel daadwerkelijke mededinging genereren.²³⁸ In de zaak *SNCM* had Corsica wel een aanbestedingsprocedure gehouden, maar was de overheidsopdracht zo omschreven dat slechts de bestaande concessiehouder de openbare dienst tegen de laagste prijs kon verrichten. Omdat de overheidsopdracht zo was omschreven dat deze niet bijdroeg tot een daadwerkelijke behoefte van algemeen belang, noch tot een vrije mededinging, mocht de Commissie besluiten dat de compensatie onevenredig was en niet voldeed aan de vierde *Altmark*-voorwaarde.²³⁹ Het Gerecht oordeelde daarom dat de daadwerkelijke naleving van de vierde *Altmark*-voorwaarde door de Commissie gecontroleerd mag worden op basis van het evenredigheidsbeginsel, in het geval er twijfels bestaan over de geschiktheid van een openbare dienst.²⁴⁰ Dat de Corsicaanse overheid een aanbestedingsprocedure had gehouden betekende volgens het Gerecht niet dat daarmee voldaan was aan het *Altmark*-arrest. Het arrest *SNCM* is een voorbeeld van een semi-gereguleerde economische sector waarop van oudsher gevestigde marktspelers belast zijn met zijn een DAEB en de overheid exclusief in zee wil gaan met één uitvoerder vanwege een his-

236 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

237 Nicolaides 2017a.

238 HvJ EU, 1 juli 2008, C-341/06 P en C-342/06 P, *Chronopost*; Gerecht EU, 16 juli 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting*.

239 Gerecht EU, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*, r.o. 258-262.

240 *Idem*.

torische band.²⁴¹ Naast de vervoersmarkt is het ook in de zorgmarkt niet ongebruikelijk dat een DAEB-beheerder geselecteerd is zonder dat een correcte aanbesteding of kostenbenchmark heeft plaatsgevonden.²⁴² Een ander voorbeeld is de publieke omroepsector, waar aanbesteding niet een geschikt selectie-instrument is, en deze omroepen de traditionele uitvoerders zijn van een openbare dienst.²⁴³

5.5.2 Efficiëntiebenchmark?

In de *Chronopost*-arresten heeft het Hof duidelijk gemaakt dat lidstaten de keuze hebben tussen aanbesteding of benchmarking. In dat laatste geval dient er een vergelijking met andere efficiënte ondernemingen op de relevante markt gemaakt worden. In het arrest *Chronopost I* kwam het Hof tot de slotsom dat de DAEB-beheerder niet vergeleken kon worden met particuliere ondernemingen buiten de postsector.²⁴⁴ Als er geen andere ondernemingen actief zijn in de sector waarin de DAEB zal worden uitgevoerd dan kan de DAEB-beheerder volgens het Hof bepaald worden op grond van een hypothetische marktvergelijking op grond van de kosten die een “gemiddeld goed beheerde onderneming zou maken.”²⁴⁵ In het *Chronopost II*-arrest maakte het Hof duidelijk dat de test van een “gemiddeld goed beheerde onderneming” in grote mate overeenkomt met het beginsel van een particuliere investeerder in de markteconomie.²⁴⁶ In dat geval moet rekening gehouden worden met de bedrijfseconomische kosten en de redelijke winst die voor een die in een openbare dienstsector redelijkerwijs nodig zouden zijn.²⁴⁷ Eveneens moeten hier “de lasten en baten van een onderneming die haar bedrijf uitoefent in een omgeving waarin vrije mededinging heerst”, beoordeeld worden.²⁴⁸ De DAEB-beheerder moet op basis van de benchmarkmethode met de “noodzakelijke middelen” worden uitgerust om de continuïteit van de openbare dienst te verzekeren.²⁴⁹

241 Het beste voorbeeld zijn hier de zaken Gerecht EU T-565/08 (*Corsica Ferries t SNCM*), 11 september 2012, en de gevoegde zaken C-533/12 P en C-536/12 P, HvJ EU, 4 september 2014 (*SNCM t Corsica Ferries*) waar DAEB-beheerder een DAEB-taak, aangewezen voor 25 jaar, misbruikt door de mededinging gedurende twee decennia te vervalsen. Zie voor een uitgebreide bespreking van het begrip “incumbent” Commissiebesluit van 2013/435/EU van 2 mei 2013, *SNCM, PbEU*(2013) L 220/20.

242 Zie Hancher & Sauter 2010, p. 326-334.

243 Verschuur & ten Hove 2011, p. 87-94.

244 HvJ EG, 3 juli 2003, C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, *Chronopost I*.

245 Dit kan bijvoorbeeld worden bepaald aan de hand van een onafhankelijk onderzoek naar wat de (bedrijfseconomische) kosten in een openbare dienstsector redelijkerwijs zouden zijn.

246 HvJ EU, 1 juli 2008, gevoegde zaken C-341/06 P en C-342/06 P, *Chronopost II*.

247 DAEB-Mededeling 2012, par.61; DAEB-Gids 2013, par. 131-136.

248 HvJ EG, 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, *België en Forum 187 t Commissie*.

249 HvJ EG, 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*.

Afhankelijk van de economische sector moet een overheid dus als benchmark voor een gemiddeld goed beheerder nemen het winstpercentage dat een particuliere marktinvesteerder zou verwachten. Het Hof bevestigde in het SNCM-arrest dat – wanneer het volstrekt onmogelijk is de situatie van een DAEB-beheerder te vergelijken met die van een particuliere onderneming – de “normale marktvoorwaarden” moeten worden beoordeeld aan de hand van de beschikbare objectieve en verifieerbare elementen.²⁵⁰ In wezen past het Hof hier het beginsel van de private marktinvesteerder toe op de hoedanigheid van een publieke marktdeelnemer; namelijk de DAEB-beheerder.

In de zaak *TV2 Danmark II* voerde openbare omroep TV2 Danmark voor het Gerecht aan dat er op basis van Unierecht geen objectieve wijze bestaat om een efficiënte besteding van de openbare diensten vast te stellen.²⁵¹ Het is voor TV2 Danmark moeilijk op de Deense markt een correcte benchmarking te vinden; wel vergelijkt TV2 haar productiviteit met publieke omroep uit andere lidstaten. Het Gerecht wees TV2 erop dat publieke én commerciële omroepen vergelijkbare uitgaven hebben aan producties, aankoop van goederen en diensten en IE-rechten. Het Gerecht oordeelde dat Denemarken TV2 niet geselecteerd heeft op basis van een correcte benchmark. De productiviteitsvergelijking tussen de buitenlandse omroepen en TV2 volstond volgens het Gerecht niet om aan te tonen dat TV2 geselecteerd is op basis van de kosten die een gemiddeld goed beheerde onderneming zou maken. Het Gerecht benadrukte dat een *ex post* audit naar de efficiëntie van TV2 niet volstaat. Denemarken had namelijk voorafgaand aan de DAEB-aanwijzing moeten controleren of TV2 de kosten maakte die een gemiddeld goed beheerde onderneming zou maken.

5.5.3 Selectiemethode afhankelijk van de marktomstandigheden

Het Hof van Justitie van de Europese Unie houdt bij het toepassen van de *Altmark*-voorwaarden rekening met de specifieke mededingingsomstandigheden in de economische sectoren waarop DAEB worden aangeboden. Doorgaans zijn er geen identieke marktomstandigheden op de markten waarop DAEB-beheerders met andere ondernemingen concurreren. Bij de toepassing van de vierde *Altmark*-voorwaarde gaat het Hof van Justitie van de EU dan ook niet uit van een gelijke concurrentievoorwaarden tussen de DAEB-beheerder en concurrenten.²⁵² Zodoende heeft het Gerecht een aantal toepassingsvormen gecreëerd om specifieke mededingingsomstandigheden binnen de kennelijke fout-toets mee te wegen.

250 HvJ EU, 4 september 2014, C-533/12 P en C-536/12 P, *Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNCM) t Corsica Ferries*.

251 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*.

252 Gerecht, 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00, *Hotel Cipriani t Commissie*.

Zo heeft het Gerecht in het *CBI*-arrest geoordeeld dat de *Altmark*-voorwaarden, en dan in het bijzonder de vierde *Altmark*-voorwaarde, niet even strikt mogen worden toegepast op DAEB in economische sectoren die niet noodzakelijkerwijze commercieel van aard en aan mededinging onderhevig zijn.²⁵³ Het Gerecht, indachtig de woorden van A-G L  g  r bij het *Altmark*-arrest, merkte op dat het criterium van economische efficiëntie beter geschikt is voor de vervoersector.²⁵⁴ Het Gerecht beoordeelde de Brusselse gezondheidssector als een economische sector met beperkte commerciële oogmerken en een beperkte mededinging.²⁵⁵ Bij het beoordelen van de *Altmark*-voorwaarden wijst het Gerecht erop dat het derde criterium doorslaggevend is om te beoordelen of er een beperking van de mededinging is.²⁵⁶ Het Gerecht oordeelde dat de vierde *Altmark* voorwaarde – en dan in het bijzonder het criterium dat de DAEB tegen de laagte prijs voor de gemeenschap wordt uitgevoerd – niet geschikt is voor een compensatiestelsel voor openbare ziekenhuizen.²⁵⁷ De compensatie is noodzakelijk om ervoor te zorgen dat de ziekenhuiszorg en aanpalende sociale diensten voort blijven bestaan. Daarom besluit het Gerecht rechtstreeks te toetsen aan artikel 106, lid 2, VWEU.²⁵⁸ Daarbij oordeelt het Gerecht dat de compensatie hoger is dan de netto-kosten die verbonden zijn aan het uitvoeren van de DAEB en daarom niet voldoet aan het evenredigheidsbeginsel.

Inmiddels erkent ook het Hof dat de vierde *Altmark*-voorwaarde, “vanwege zijn strikte karakter, in veel gevallen niet vervuld wordt.”²⁵⁹

5.6 Tussenconclusie III: Samenhang *Altmark*-voorwaarden

De toepassing van het *Altmark*-arrest door het Hof van Justitie van de EU laat zien dat er een duidelijke samenhang bestaat tussen de vier *Altmark*-voorwaarden. De eerste *Altmark*-voorwaarde is volgens het Hof vergelijkbaar aan de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin. De aard en inhoud openbare dienstverplichting en het algemeen belang moet duidelijk in een aanwijzingsbesluit zijn opgenomen. De tweede *Altmark*-voorwaarde vereist dat in dit aanwijzingsbesluit duidelijk de parameters voor berekening en controle van de hoogte van de compensatie zijn opgenomen. Van belang is daarom dat de berekeningsparameters overeenkomen met de normale marktomstandigheden in de sector waarin de DAEB verricht wordt. Alleen de noodzakelijke kosten, opbrengsten en redelijke winst

253 Gerecht EU, 7 november 2012, T-137/10, *Coördinatie van Brusselse instellingen voor welzijnswerk en gezondheidszorg (CBI) t Commissie*.

254 *Idem.* r.o. 89.

255 *Idem.* r.o. 89.

256 *Idem.* r.o. 87-88,

257 *Idem.* r.o. 293-294,300.

258 *Idem.* r.o 85-86, 88, 92, 98 290-297.

259 Conclusie van A-G Wahl van 10 november 2016 bij zaak C-660/15 P, *Viasat*, randnummer 29.

kunnen gecompenseerd worden. Een zeer belangrijke controleparameter is een terugbetalingsregeling. Deze parameter stelt de Commissie, maar ook de nationale rechter, in staat om te controleren of er voldaan is aan de derde *Altmark*-voorwaarde. Belangrijk is dat de vaststelling van overcompensatie automatisch leidt tot de conclusie dat een DAEB-beheerder een artificieel voordeel ontvangt. Om te controleren of een onderneming onder normale omstandigheden de DAEB opgedragen krijgt, geldt het selectievereiste van kostenefficiëntie. Zowel bij een aanbestedingsprocedure als bij benchmarking moet de nationale rechter volgens het Hof controleren of een DAEB-beheerder de kosten maakt die een normale marktdeelnemer in de openbare dienstsector zou maken. In de *Chronopost*-zaken heeft het Hof de vierde *Altmark*-voorwaarde uitgelegd als een criterium voor economische efficiëntie. Als een openbare aanbesteding tegen de laagste kosten niet mogelijk is, dan moet een onderneming tegen kostenefficiëntie worden geselecteerd. Dat blijkt volgens het Gerecht niet altijd mogelijk te zijn in openbare sectoren met een beperkte mededinging. Sommige sectoren zijn minder geschikt voor een volledige *Altmark*-toepassing dan andere sectoren, waaronder de particuliere zorgverzekeringsmarkt, openbare ziekenhuizen en sociale en geestelijke gezondheid- en welzijnszorg, zo oordeelt het Gerecht. Daarom heeft het Gerecht ook een mededingingstoets geïntroduceerd ten aanzien van de vierde *Altmark*-voorwaarde in het *CBI*-arrest. In dat geval moet de vierde *Altmark*-voorwaarde niet te strikt geïnterpreteerd worden en is de benchmark van economische efficiëntie niet doorslaggevend voor het aanwijzen van een DAEB. In de *Viasat*-arresten hebben het Gerecht en het Hof hieraan toegevoegd dat voor het opstellen van objectieve en transparante parameters geen efficiëntiebenchmark hoeft te gelden. Hoewel er dus een conceptuele band is tussen de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde, betekent dit niet dat alle kostenparameters gebaseerd moeten zijn op de laagste kosten voor de gemeenschap.

6 DE POST-ALTMARK-JURISPRUDENTIE VAN HET HOF: EEN LEIDRAAD VOOR EEN INHOUDELIJKE BEOORDELING DOOR DE NATIONALE RECHTER?

6.1 Minimumcriteria voor de *Altmark*-toepassing

De nationale rechter is de instantie die alle beschikbare feitelijke en juridische omstandigheden mag controleren bij het toepassen van de *Altmark*-criteria. De rechtspraak van het Gerecht en het Hof biedt een aantal minimumcriteria, die de nationale rechter binden bij de toepassing van het *Altmark*-arrest. De eerste categorie minimumcriteria is in *Pais Vasco*-arresten geformuleerd en nader uitgebreid door het Gerecht en het Hof in recente rechtspraak. Het Gerecht spreekt van minimumcriteria bij de toepassing van de eerste *Altmark*-voorwaarde. Ook de andere drie *Altmark*-voorwaarden hebben minimumvoorwaarden die door het Gerecht en Hof toegepast worden.

| Altmark-voorwaarde | Minimumcriteria |
|---------------------------|---|
| <i>Altmark I</i> | <ol style="list-style-type: none"> 1) een aanwijzingsbesluit waarin de DAEB duidelijk omschreven wordt en verplicht wordt; 2) een DAEB mag niet aangewezen worden op beleidsterreinen die geharmoniseerd zijn; 3) een DAEB mag niet in strijd zijn met geschreven of ongeschreven beginselen van Unierecht; 4) een DAEB onderscheidt zich door een algemeen legitiem belang van normale marktactiviteiten. |
| <i>Altmark II</i> | <ol style="list-style-type: none"> 1) De berekeningsparameters moeten voorafgaand aan de compensatie opgenomen zijn in het aanwijzingsbesluit. Het gaat hier om: <ol style="list-style-type: none"> i) de noodzakelijke netto-kosten; ii) de opbrengsten en iii) een redelijke winst; 2) Deze berekeningsparameters moeten voorafgaand aan de selectie van de DAEB-beheer bekend gemaakt worden aan ondernemingen die meedingen naar de openbare dienstopdracht; 3) De DAEB-beheerder moet een gescheiden boekhouding voeren op basis van de transparantierichtlijn 2006/111/EG. |
| <i>Altmark III</i> | <ol style="list-style-type: none"> 1) De overheid moet een effectief mechanisme tegen overcompensatie bieden; 2) In het aanwijzingsbesluit moet een terugbetalingsregeling opgenomen worden. |
| <i>Altmark IV</i> | <ol style="list-style-type: none"> 1) De DAEB-beheerder wordt geselecteerd op basis van een openbare aanbesteding tegen de laagste prijs voor de gemeenschap, of; 2) De DAEB-beheerder wordt geselecteerd op basis van de benchmark van een gemiddeld goed beheerder onderneming. |

Figuur II: Een overzicht van de minimumvoorden voor de Altmark-toepassing

Deze minimumcriteria kunnen de nationale rechter een leidraad bieden om het *Altmark*-arrest toe te passen. In de volgende paragraaf wordt er per *Altmark*-voorwaarde een leidraad geformuleerd voor concrete toepassing.

6.2 De toepassing van minimumcriteria bij de feitelijke beoordeling volgens de compensatiebenadering

6.2.1 *Leidraad voor de eerste Altmark-voorwaarde: de rechtstreekse werking van artikel 106, lid 2, VWEU*

De belangrijkste leidraad voor de nationale rechter is dat de eerste *Altmark*-voorwaarde gelijk moet worden uitgelegd aan artikel 106, lid 2, eerste volzin, VWEU. Een DAEB-omschrijving heeft rechtstreekse werking en mag niet in strijd met Unierecht worden aangewezen (zie paragraaf 2). Dit houdt in dat de nationale rechter op verzoek van de procespartijen kan controleren of er sprake is van een onderneming die een DAEB beheert of van een “een onderneming, waaraan de staat geen enkele taak heeft opge-

dragen en die slechts particuliere belangen beheert.”²⁶⁰ Dat betekent dat belanghebbenden tegen de DAEB-omschrijving beroep kunnen aantekenen. Het Hof heeft hier twee categorieën belanghebbenden voorzien. Ten eerste betreft dit de belangen van concurrenten wiens mededingingspositie wordt aangetast door DAEB-aanwijzing. Ten tweede spelen ook de belangen van consumenten die recht hebben op een gelijke toegang tot de openbare dienst een rol.²⁶¹ Daarom heeft het Hof in de rechtspraak erkend dat de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin, niet uitsluitend binnen de bevoegdheden van de Commissie valt.²⁶² Ten aanzien van het beheer van de DAEB speelt de nationale rechter ook een belangrijke rol in de rechtsbescherming van de rechtstreekse werkende bepalingen van artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin. Deze is als enige actor in staat om (op basis van nationaalrechtelijke voorschriften en Unierechtelijke randvoorwaarden) de rechtmatigheid van een DAEB-aanwijzing feitelijk te controleren. Onder deze randvoorwaarden valt een *prima facie* beoordeling op de potentiële effecten op de mededinging en het handelsverkeer.

In samenhang met de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU, dient vervolgens de nationale rechter voorlopige maatregelen nemen wanneer de aanwijzing in strijd is met de (constitutionele) kernelementen van artikel 106, lid 2, eerste volzin VWEU, artikel 14 VWEU of protocol nr. 26 bij het VWEU, zoals omschreven in paragraaf 2.

Om te beoordelen of er sprake is van een daadwerkelijke en verplichte DAEB kan de rechter eerst controleren of een DAEB berust op een rechtsbasis in de vorm van een aanwijzingsbesluit. Hiertoe kan de nationale rechter het belangrijkste minimumcriterium inhoudelijk beoordelen. Daartoe moet de vraag beantwoord worden of er sprake is van een algemeen belang of van alledaagse economische activiteiten. Voor de beantwoording van deze vraag kan de nationale rechter – op verzoek van de procespartijen – beoordelen of de overheid voldoende gemotiveerd heeft dat een economische activiteit zich door een algemeen belang onderscheidt van normale economische activiteiten. Dat betekent dat de DAEB moet voldoen aan de kernelementen zoals genoemd in paragraaf 2. De nationale rechter kan hier onderzoeken of de omschrijving van de DAEB voorziet in de continuïteit van een reële behoefte van algemeen belang en of deze onder universele en gelijke voorwaarden wordt aangeboden aan de afnemers van de afnemers van de openbare dienst. Vervolgens kan de nationale rechter controleren of de openbare dienst, zonder compensatie, ontoereikend onder normale marktomstandigheden wordt aangeboden.

260 HvJ EG, 30 januari 1974, zaak C-127/73, *BRT t SABAM*, r.o. 23.

261 HvJ EU, 20 april 2010, C-265/08, *Federutility t Autorità per l'energia*. Zie ook A-G Wathelet bij zijn bespreking over *BRT t Sabam* in zijn Conclusie van 7 september 2017 voor de zaken C 66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad Pais Vasco*, randnummer 98.

262 HvJ EG, 19 oktober 1995, C-19/93 P, *Rendo t Commissie*, r.o 7.

Hierbij kan de vraag gesteld worden of de openbare dienst onder vrije mededinging kan worden uitgevoerd, zonder dat de kernelementen van de openbare dienst noodzakelijkerwijs verloren gaan. Hiertoe biedt de rechtspraak van het Hof de nationale rechter de mogelijkheid om een overheid een marktanalyse te laten overleggen, waaruit blijkt dat er sprake is van een marktfalen of een gebrek aan particulier initiatief. Omdat deze twee methoden geen juridische normen zijn, maar door het Gerecht als economische gedragsregels omschreven zijn, heeft de nationale rechter hier rekening te houden met een beoordelingsruimte van de overheid.²⁶³ In dat geval doen rechters er goed aan om na te gaan of een DAEB-omschrijving niet strijd is met juridisch afdwingbare beginselen van Unierecht. Bij een (doorgaans) gebrek aan geharmoniseerde Unie-wetgeving over de DAEB-sector is een gedetailleerde toetsing in dat geval niet nodig, zolang de nationale rechter de DAEB-omschrijving toetst aan beginselen van non-discriminatie, evenredigheid, gelijkheid en transparantie.²⁶⁴ De kernelementen voor een DAEB die voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU bieden de nationale rechter in deze beoordeling een leidraad om na te gaan of voldaan is aan beginselen van Unierecht. Zo kan de nationale rechter nagaan of een DAEB de volgende kernelementen bevat die allen berusten op algemene beginselen van Unierecht.²⁶⁵

Omdat de nationale rechter op basis van de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU door partijen gevraagd kan worden te controleren of er mogelijk sprake is van onrechtmatige staatssteun, vraagt het Unierecht van de nationale rechter om alle nodige consequenties te verbinden aan een DAEB-omschrijving die mogelijk in strijd is met de kernelementen over DAEB. Dat zou kunnen betekenen dat de nationale rechter over moet gaan tot opschorting van de maatregel, totdat deze is aangemeld en onderzocht door de Commissie, dan wel moet hij een (voorlopige) terugvordering gelasten.²⁶⁶ Artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin, biedt, in aanvulling op de *standstill*-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU, een rechtsinstrument voor private handhaving. In dat geval spreekt de nationale rechter zich niet uit over verenigbaarheid van de maatregel, omdat de eindbeoordeling dan

263 Zie Gerecht EU, 18 januari 2017, T-92/11 RENV, *Jørgen Andersen t Commissie* en Gerecht EU, 9 juni 2016, T-162/13 *Magic Mountain Kletterhallen t Commissie*.

264 Er bestaat een uitputtende lijst van sectorale regelgeving waarin universele dienstverplichtingen geharmoniseerd zijn, met name in netwerksectoren. Zie de Gids van de Commissie DAEB en staatssteun, PbEU(2012), p.24-25. *PbEU*(2012). Zie Sauter 2015, p. 180-212.

265 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*, r.o.64. Zie ook Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidad País Vasco*, randnummer 37.

266 HvJ EU, 18 mei 2017, C-150/16, *Fondul t CEO*, r.o. 42; HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, r.o. 28.

gelaten wordt aan de Commissie, onder toezicht van het Hof.²⁶⁷ De Commissie is vervolgens exclusief bevoegd om te beoordelen of de eventuele staatssteun verenigbaar is met de interne markt op grond van artikel 106, lid 2, VWEU.²⁶⁸ In hoofdstuk 5, paragraaf 3.3. zal overigens een tussenvariant besproken worden (in de vorm van het DAEB-Vrijstellingsbesluit). Op grond van deze secundaire wetgeving is de nationale rechter bevoegd om na te gaan of staatssteun voor DAEB in overeenstemming is met de Unierechtelijke randvoorwaarden die de Commissie gesteld heeft voor vrijstelling van melding van verenigbaar geachte steun.²⁶⁹

6.2.2 Leidraad voor de tweede Altmark-voorwaarde: controle objectiviteit parameters

De toetsing van de eerste Altmark-voorwaarde loopt voor de nationale rechter vrij soepel over in de tweede voorwaarde. Nadat de rechter een beoordeling heeft gedaan over de aard en inhoud van de DAEB moet deze kunnen nagaan of de berekeningsparameters voor compensatie inzichtelijk zijn en geobjectiveerd worden. De nationale rechter moet op grond van een aanwijzingsbesluit kunnen controleren of deze parameters voor de selectie openbaar waren voor alle geïnteresseerde ondernemingen. Ook moet de nationale rechter kunnen controleren of de parameters effectief beogen het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU te omzeilen. Dat betekent niet dat de nationale rechter het werk van de overheid moet overdoen en alle kosten gaat narekenen, volgt uit het arrest *Simet*. De nationale rechter kan op verzoek van één van de procespartijen nagaan of het aanwijzingsbesluit een beoordelingsruimte laat aan de DAEB-beheerder om zelfstandig kosten, tarieven of de redelijke winst te bepalen. In dit het geval is dan is de compensatieberekening in strijd met het Altmark-arrest. Het moet daadwerkelijk gaan om de noodzakelijke netto kosten, opbrengsten en redelijke winst die verbonden is aan de uitvoering van de DAEB.²⁷⁰ Daarom moeten kosten die onder de normale bedrijfsvoering van een onderneming boekhoudkundig gescheiden worden van de kosten die verbonden zijn aan een DAEB.²⁷¹ Het Gerecht en het Hof hebben in de *Viasat*-arresten ondubbelzinnig duidelijk gemaakt dat de parameters niet gebaseerd hoeven te zijn op kostenefficiëntie. Nationale rechters hoeven de mededeling van de Commissie over DAEB en staatssteun op dit punt dan ook niet te volgen.²⁷²

267 HvJ EG, 21 november 1991, C-354/90, *Saumon t Frankrijk*, r.o. 14. Zie ook Conclusie A-G Tizzano bij zaak C-53/00, 8 mei 2001, *Ferring*, randnummer 77.

268 In hoofdstuk 5 wordt uiteengezet dat deze verenigbaarheidstoepassing gedeeltelijk is gedecentraliseerd, op basis van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

269 Zie ook Sauter 2015, p. 176-177. Zie ook hoofdstuk 5, paragraaf 4.3.

270 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

271 Gerecht EU, 15 oktober 2018, T-79/16, *Vereniging Gelijkberechtigting Grondbezitters t Commissie (VGG)*. Zie ook Transparantierichtlijn 2006/111/EG PbEU(2006).

272 HvJ EU, 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat*, r.o. 33-35, 38. Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*, r.o. 92.

6.2.3 *Leidraad voor de derde Altmark-voorwaarde: effectief toezicht op overcompensatie*

De derde *Altmark*-voorwaarde voorziet in een minimumcriterium waaraan de nationale rechter kan toetsen. Er moet een effectief mechanisme bestaan tegen overcompensatie: een terugbetalingsregeling. Deze regeling moet opgenomen zijn in het aanwijzingsbesluit. In dat besluit moeten de voorwaarden staan voor controle op overcompensatie en de voorwaarden voor terugbetaling. De inhoudelijke toepassing van de derde *Altmark*-voorwaarde berust bij de overheid die de DAEB heeft aangewezen. Controle op overcompensatie door de overheid is daarom essentieel. Wanneer deze onvoldoende toezicht uitoeft op de hoogte van de compensatie kan de nationale rechter vaststellen dat niet voldaan is aan de derde *Altmark*-voorwaarde. De leidraad voor het toepassen van deze inhoudelijke component van de derde *Altmark*-voorwaarde ligt verborgen in de hoofddoelstelling van het *Altmark*-arrest: er moet sprake zijn van een doeltreffend toezicht op overcompensatie. Overcompensatie *an sich* hoeft dan ook niet daadwerkelijk vastgesteld te worden door de rechter.²⁷³ Voor de nationale rechter volstaat het dat bewezen wordt dat een overheid onvoldoende juridisch afdwingbare toezichtmechanismen heeft ingevoerd. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als er geen plafond is vastgesteld voor de hoogte van de kosten, opbrengsten of de redelijke winst. Daarnaast is het ontbreken van een gescheiden boekhouding een voldoende indicatie voor de nationale rechter om vast te stellen dat er het toezichtmechanisme onvoldoende effectief is.²⁷⁴

6.2.4 *Leidraad voor de vierde Altmark-voorwaarde: selectie vereist openbaarheid, gelijke behandeling van ondernemingen en objectieve selectiecriteria*

Hoewel de vierde *Altmark*-voorwaarde de overheid twee zeer concrete minimumcriteria biedt om kostenefficiëntie van de compensatie na te streven, biedt de *post-Altmark*-jurisprudentie de nationale rechter geen afdoende leidraad voor concrete toepassing van deze criteria. De oorzaak hiervoor ligt ten eerste in de uitleg van het Hof van Justitie van de Europese Unie van de vierde *Altmark* voorwaarde die nu "selectie tegen de laagste kosten voor de gemeenschap" als criterium neemt. De *Chronopost*-arresten geven inzicht in de beperkingen van deze uitleg. Hier wordt een gemiddeld goed beheerde onderneming gelijkgesteld aan een onderneming die marktconform handelt. De overheid moet een kostenvergoedingsmodel opstellen aan de hand van marktconforme voorwaarden. Als er geen marktconforme benchmark beschikbaar is, moet een andere economische sector als benchmark dienen.

273 Gerecht EU, 3 maart 2016, T-15/14, *Simet t Commissie*; HvJ EU, 9 maart 2017, C-232/16 P, *Simet t Commissie*.

274 Gerecht EU, 15 oktober 2018, T-79/16, *Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters t Commissie* (VGG).

Een dergelijke hypothetische kostenvergelijking lijkt moeilijk te controleren door de nationale rechter. Door een DAEB-aanwijzing bevindt de DAEB-beheerder zich immers in een bijzondere situatie ten opzichte van concurrenten. Het vinden van een vergelijkbare benchmark sluit daarom niet het artificiële karakter van een DAEB-compensatie uit. Als leidraad dient de nationale rechter daarom te controleren of een openbare (niet-discriminerende) selectiemethode daadwerkelijk mededinging kan genereren. Het Gerecht heeft in meerdere instanties overwogen dat de toegankelijkheid en de continuïteit van een DAEB zwaarder weegt dan de kostenefficiëntie van een compensatie.²⁷⁵ Dat geldt hoofdzakelijk voor economische sectoren met een beperkte mededinging, zoals de zorgsector. In dat geval lijken ook andere selectiemethoden open te staan, zolang deze gebaseerd zijn op objectieve, openbare en niet-discriminerende voorwaarden. De selectieprocedure mag bovenal niet beogen, of als gevolg hebben, dat de mededinging potentieel vervalst wordt.

De beperkingen van de uitleg van de vierde *Altmark*-voorwaarde komt vooral terug bij de toepassing van de aanbestedingsprocedure. Het vereiste van een aanbesteding tegen de laagste prijs voor de gemeenschap plaatsvindt, is inmiddels achterhaald. Inmiddels heeft het Hof in zijn aanbestedingsjurisprudentie bevestigd dat voor het uitvoeren van overheidsopdrachten niet meer de laagste prijs voor de gemeenschap een vereiste is, maar dat ook sociale prestaties van bedrijven als criteria mogen gelden voor een aanbesteding.²⁷⁶ Ook in de *Altmark*-jurisprudentie, onder meer het arrest *Enirisorse*, heeft het Hof reeds andere selectiemethoden dan het criterium van de laagste kosten voor de gemeenschap toegelaten.²⁷⁷

Het criterium van de laagste kosten voor de gemeenschap is daarom niet meer geschikt als om als rechtsregel toe te passen. Daarmee is het onderdeel van het efficiëntiecriterium uit *Altmark* aan modernisering toe. Op basis van de conforme uitleg van de aanbestedingsrichtlijnen dient de nationale rechter thans nagaan of een selectieprocedure op basis van de aanbestedingsrichtlijnen voldoet aan objectieve criteria.²⁷⁸ In dat geval kan de nationale rechter op basis van de rechtstreeks werkende bepalingen van de aanbestedingsrichtlijnen verplicht zijn om deze criteria te controleren. Allereerst moet hij nagaan wat voor selectieprocedure gekozen is en of er sprake

275 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, Gerecht EU, 7 november 2012, T-137/10, *CBI t Commissie*.

276 HvJ EU, 18 september 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei t Stadt Dortmund*; HvJ EU, 17 november 2015, C-115/14, *Regiopost t Stadt Landau*; HvJ EU, 25 oktober 2018, zaak C-260/17, *Anodiki Services t GNA*.

277 Zie HvJ EG, 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, *Enirisorse I* en HvJ EG, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse II*.

278 Artikelen 67 en 74-77 van Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU *PbEU* 2014; Artikel 19 van Concessierichtlijn 2014/23/EU *PbEU* 2014. De richtlijnen breiden het sociale regime van artikel 26 van Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG aanzienlijk uit.

is van een overheidsopdracht voor goederen of diensten die boven de Europese aanbestedingsdrempels komen.²⁷⁹ Hierbij kan de rechter controleren of de DAEB door een aanbestedende dienst in eigen beheer kan worden verricht.²⁸⁰ Vervolgens moet de rechter nagaan welke objectieve criteria voor selectie en gunning van de DAEB door de overheid zijn geformuleerd. De selectievoorwaarden zien op de geschiktheid van de DAEB-beheerder.²⁸¹ Hier kan de overheid de financiële en economische draagkracht van een onderneming controleren, maar ook sociaal-maatschappelijke eisen stellen aan de onderneming. De gunningsvoorwaarden bieden de overheid meer ruimte dan alleen het gunnen van de aanbesteding op basis van de laagste kosten of kostenefficiëntie. Dit kan op basis van de aanbestedingsrichtlijnen een gunningscriterium zijn maar ook de beste prijs-kwaliteitverhouding of gunning op basis van sociaal-maatschappelijke voorwaarden is mogelijk.²⁸²

7 CONCLUSIE

In de toepassing en uitlegging van de *Altmark*-voorwaarden vullen het Gerecht en het Hof elkaar nauw aan. Het Hof heeft de toepassing van het *Altmark*-arrest van twee kanten belicht. Tijdens de prejudiciële procedure heeft het Hof de doelstellingen van *Altmark* nader uitgelegd. In de beroepszaken heeft het Hof van Justitie van de EU minimumvoorwaarden voor toepassing aangebracht. Het Hof heeft het technische karakter van de *Altmark*-voorwaarden conceptueel verduidelijkt en verfijnd (tussenconclusie I). Door middel van de prejudiciële procedure heeft het Hof nationale rechters geïnstrueerd om de eerste en tweede *Altmark*-voorwaarden concreet toe te passen. De eerste voorwaarde werd daarbij in het licht van artikel 106, lid 2 VWEU geïnterpreteerd (tussenconclusie II). Het Hof is, vanuit haar institutionele rol, terughoudend geweest om de derde en vierde voorwaarde toe te passen in prejudiciële procedures en wil – gelet op de procedurele autonomie van de nationale rechter – niet de autonome en discretionaire rol van de nationale rechter aantasten. Het Hof heeft de nationale rechter nadrukkelijk aangewezen als instantie die feitelijke en economische gegevens inhoudelijk en in samenhang kan controleren op basis van het Unierecht (tussenconclusie II). In beroepen tot nietigverklaring heeft het

279 Op basis van verordening 1336/2013/EU *PbEU* 2013 zijn de drempelbedragen € 209.000 voor diensten van algemeen belang en 750.000 voor sociale diensten van algemeen belang.

280 Aan deze zogeheten “in-house”-aangebestedingsconstructie zijn strenge vereisten verbonden wat betreft het toezicht van de aanbestedende dienst op de uitvoering van een dienst van algemeen belang. Zie HvJ EU, 19 juni 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar t Eurest* en Rechtbank Leeuwarden, 27 januari 2010, *SITA t gemeente Leeuwarden*, ECLI:NL:RBLLE:2010:BL0852.

281 Zie artikel 58 van Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014.

282 Zie artikelen 67 en 74-77 van Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014. Zie ook HvJ EU, 17 november 2015, C-115/14, *Regiopost t Stadt Landau*.

Hof van Justitie van de EU de samenhang tussen de *Altmark*-voorwaarden handen en voeten gegeven (tussenconclusie III). In dat kader hebben zij minimumcriteria opgesteld voor de toepassing van het *Altmark*-arrest (tussenconclusie III en figuur II). Op basis van deze minimumcriteria kan nationale rechter het *Altmark*-arrest toepassen in nationale procedures. Op grond van deze minimumcriteria kan de nationale rechter conform het Unierecht een afdoende leidraad bieden om DAEB-compensatie te toetsen aan de verplichtingen van het *Altmark*-arrest. Ten aanzien van de eerste *Altmark*-voorwaarde kan de nationale rechter aansluiting vinden bij de rechtstreekse werking van de DAEB-omschrijving op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin. Deze voorwaarde vereist dat de nationale rechter algemene belangen kan identificeren aan de hand van de kernelementen van universaliteit, continuïteit, non-discriminatie, gelijke behandeling, evenredigheid en transparantie. De tweede *Altmark* voorwaarde vereist een geschiktheids-toets voor de overheden van de lidstaten-die feitelijk gecontroleerd kan worden door de nationale rechter. Deze moet op basis van het aanwijzingsbesluit kunnen vaststellen of de objectieve voorwaarden voor het uitvoeren van een DAEB transparant zijn. Kostenefficiëntie speelt hier in beginsel geen rol. De derde *Altmark*-voorwaarde is de belangrijkste voorwaarde om een compensatie al dan niet als economisch voordeel te kwalificeren. De nationale rechter moet op grond van het Unierecht feitelijk controleren of in het aanwijzingsbesluit door een overheid een terugbetalingsregeling voor overcompensatie is opgenomen. De bewijslast ligt hier bij de partijen die in een geschil voor de nationale rechter aanvoeren dat niet voldaan is aan de derde *Altmark*-voorwaarde. Tot slot bieden de minimumcriteria voor de vierde *Altmark*-voorwaarde de nationale rechter geen afdoende leidraad. Het vereiste van een openbare aanbesteding tegen de laagste kosten van de gemeenschap komt niet meer overeen met de ruimere mogelijkheden die overheden hebben op basis van de thans geldende aanbestedingsrichtlijnen. Als leidraad kunnen rechters – binnen de bevoegdheidsverdeling tussen Unierechtelijke en nationale actoren – en volgens de beginselen van procedurele autonomie, evenredigheid, gelijkheid en transparantie, controleren of de DAEB-beheerder is geselecteerd op basis van objectieve en transparante criteria die niet het effect (of doel) hebben de mededinging te vervalsen. Invulling van deze leidraad vraagt om een belangenafweging tussen de aard en inhoud van de DAEB en de potentiële beperkingen van de mededingingsomstandigheden.

De controle op de naleving van de minimumcriteria van de *Altmark*-voorwaarden gaat daarmee verder dan een formele controle per voorwaarde, maar vraagt om een samenhangende benadering waarbij de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU en die van artikel 106, lid 2, VWEU met elkaar in evenwicht worden gebracht. De vraag is of deze belangenafweging plaats moet vinden in de verbodsfase. De compensatiebenadering beoogt weliswaar staatssteun op zijn effecten te beoordelen en niet op zijn doelstellingen, maar vraagt desondanks van de nationale rechter als feitenrechter,

en ook van de Commissie, om toch wel rekening te houden met de bijzondere aard van een DAEB, op grond van artikel 106, lid 2, VWEU. Opnieuw lijkt het daarom niet uit te sluiten dat de toepassing van de verfijnde voorwaarden door de nationale rechter botst op de grenzen van de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten zoals vooropgesteld in het staatssteunrecht. Daarom wordt in hoofdstuk 3 ten principale onderzocht of de bovengenoemde leidraad voor toepassing van de minimumcriteria – gelet op de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten – kan passen binnen de objectiviteit van het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU en of verdere verfijningen daartoe mogelijk of nuttig kunnen zijn.

De algemene belangenafwegingen op grond van het *Altmark*-arrest: op zoek naar een materieel en institutioneel evenwicht tussen verbod en verenigbaarheid

1 INLEIDING

In hoofdstuk 2 is de verfijning van de compensatiebenadering uit het *Altmark*-arrest door Hof van Justitie uiteengezet. Op grond van het *Altmark*-arrest kunnen steunverlenende overheden compensaties voor DAEB onderscheiden van staatssteun en kunnen nationale rechters in een nationale procedure deze feitelijk controleren.¹ In hoofdstuk 2 zijn de toepassingsproblemen per individuele voorwaarde geïdentificeerd.² De *Altmark*-voorwaarden moeten in samenhang toegepast worden, maar vragen om een duidelijke leidraad voor toepassing en controle die, gelet op het aantal prejudiciële procedures en beroepszaken, thans niet afdoende is (zie conclusie hoofdstuk 2). Om de praktische toepassing van de *Altmark*-voorwaarden op het niveau van de lidstaten te bevorderen is daarom in hoofdstuk 2 een leidraad geformuleerd zodat de nationale rechter de *Altmark*-voorwaarden feitelijk kan controleren. Deze leidraad berust op de randvoorwaarden die het Unierecht stelt aan DAEB en zijn terug te leiden op de beginselen van rechtstreekse werking, transparantie, gelijke behandeling en evenredigheid.

Desondanks is deze leidraad slechts een gedeeltelijke oplossing voor de praktische toepassing van de *Altmark*-voorwaarden. In dit hoofdstuk wordt namelijk uiteengezet dat de toepassing van het *Altmark*-arrest tot fundamentele toepassingsproblemen en knelpunten aanleiding geeft. Het betreft hier de theoretische onvolmaaktheid van de compensatiebenadering ten opzichte van de werking van de artikelen 107, lid 1, en 106, lid 2, VWEU. Die onvolmaaktheid komt voort uit de afwegingen die het Hof in het *Altmark*-arrest gemaakt heeft tussen principiële tegenstrijdige doelstellingen. Enerzijds heeft het Hof een objectieve en uniforme toepassingsstandaard voor het begrip “voordeel” willen ontwikkelen. Anderzijds heeft het Hof ruimte willen bieden voor de lidstaten om DAEB in openbare dienstsectoren – binnen de objectieve begripsbepaling van artikel 107, lid 1, VWEU – afwijkend te behandelen.³

De uitkomst van deze belangenafweging heeft tot gevolg dat de *Altmark*-voorwaarden, door hun strikte karakter, echter doorgaans niet vervuld

1 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*.

2 Zie hoofdstuk 1.

3 Sinnavee 2003, p. 351-364, Travers 2003, p. 387-392.

kunnen worden.⁴ Bovendien kan deze uitkomst variëren per openbare dienstsector.⁵ Als gevolg hiervan speelt artikel 106, lid 2, VWEU nog steeds een centrale rol bij het beoordelen van een DAEB-compensatie.⁶

In dit hoofdstuk wordt de compensatiebenadering voor DAEB onderzocht als een algemene belangenafweging tussen de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU en die van artikel 106, lid 2, VWEU. Deze algemene belangenafweging wordt geplaatst in de context van de bevoegdheidsverdeling tussen de relevante Unie-instellingen (Hof van Justitie van de EU en de Commissie) en de aanvullende rechtsbescherming die de nationale rechter op grond van het Unierecht verricht.

In dit hoofdstuk wordt nader geanalyseerd of het bijzondere karakter van DAEB en de hieraan verbonden compensatiebenadering het mogelijk maken om algemene belangen te wegen in het kader van de objectieve verbodsbepaling van artikel 107, lid 1, VWEU. Bij deze benadering hebben lidstaten een beleidsruimte om invulling te geven aan het bijzondere karakter van DAEB, maar dient de uitvoering van deze diensten desondanks wel onder normale marktvoorwaarden tot stand te komen, hetgeen in de praktijk niet altijd mogelijk is.⁷ Het resultaat is dat de compensatiebenadering in essentie een algemene belangenafweging vraagt van steunverlenende overheden en nationale rechters die verder gaat dan de reikwijdte van artikel 107, lid 1, VWEU en die eigenlijk gereserveerd moet zijn voor de verenigbaarheidsfase.

De centrale onderzoekshypothese in dit hoofdstuk is daarom dat het *Altmark*-arrest niet beschouwd kan worden als een voldoende duidelijke toepassingsstandaard die past binnen de objectiviteit van het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU. Daartoe worden allereerst in paragraaf twee verschillende doelstellingen en belangen van de compensatiebenadering uit het *Altmark*-arrest in kaart gebracht. In deze paragraaf wordt omschreven hoe het Hof tot een compromis is gekomen bij het wegen van onderscheidende belangen. Vervolgens geeft paragraaf 3 inzicht in het *Altmark*-arrest als een objectieve toepassingstandaard “behoudens de afwijkingen waar de Verdragen in voorzien” en de wijze waarop het Unierecht deze toepassingsstandaard van nieuwe basislijnen heeft voorzien.⁸ In het bijzonder komen hier aanvullende standaarden voor rechtszekerheid, zoals opgesteld door de Commissie, aan de orde.

4 Nicolaidis 2017b, p. 146-153

5 Zie paragraaf 4.2 van dit hoofdstuk.

6 Zie paragraaf 4 van dit hoofdstuk.

7 Nicolaidis 2017b, p. 146-153.

8 Artikel 107, lid 1, VWEU luidt: “Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, 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, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”

Paragraaf 4 zet vervolgens uiteen welke technieken het Gerecht en het Hof in de *post-Altmark*-jurisprudentie toepassen om een coherente en samenhangende uitleg tussen de doelstellingen van het *Altmark*-arrest te bereiken. In navolging van de tussenconclusie in paragraaf 4.5 worden in paragraaf 5 vier onderscheidende knelpunten geïdentificeerd die blijven kleven aan de compensatiebenadering van het Hof in *Altmark*. In deze paragraaf wordt onderzocht of de huidige "one size fits all"-benadering voldoende rechtszekerheid biedt, ofwel plaats moet maken voor een nieuwe benadering. Hierbij wordt bijzondere aandacht besteed aan de rol die de nationale rechter speelt als enige rechtelijke instantie die naar Unierecht volgens het Hof van Justitie alle *Altmark*-voorwaarden feitelijk mag controleren. Tot slot volgt in paragraaf 6 de conclusie op de onderzoeksvraag en worden enkele aanbevelingen gedaan voor een herschikking van DAEB binnen het staatssteunrecht.

2 DE BELANGENAFWEGING DOOR HET HOF IN HET *ALTMARK*-ARREST

2.1 Inleiding

Voorafgaand aan de wijzing van het *Altmark*-arrest werd het Hof door verschillende A-G's voor een tweesprong geplaatst. Ofwel moest het Hof kiezen voor een staatssteunbenadering, ofwel moest het een compensatiebenadering accepteren en concretiseren.⁹

Die keuze had betrekking op een aantal theoretische en praktische vraagstukken. Uit de voorgeschiedenis van het *Altmark*-arrest volgt dat het Hof hierbij verschillende belangen moest meewegen. Deze belangen kunnen onderverdeeld worden in belangen die betrekking hebben op de theoretische zuiverheid van het staatssteunbegrip enerzijds, en de belangen die betrekking hebben op de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten anderzijds. Tot slot heeft het Hof de praktische uitwerkingen van deze belangen ook toegepast op de vervoersector, waar ook sectorspecifieke belangen een rol speelden. Deze belangen worden in de volgende paragrafen kort uiteengezet.

2.2 De theoretische zuiverheid van het staatssteunbegrip

Het Hof heeft als taak de objectiviteit van het begrip staatssteun te bewaken door middel van een uniforme uitleg van de staatssteunbegrippen. Pre-judiciële procedures, zoals de procedure in *Altmark*, dienen ertoe om de nationale rechter te ondersteunen door uitleg te geven over de toepassing van het Unierecht.

9 De Cecco 2013, p. 34-37; Rapp-Jung 2004, p. 205-216 Sinnaeve 2003, p. 351-364. Drijber 2007, p.262; Hessel 2004, p. 118.

Met de prejudiciële vragen van het Duitse *Bundesverwaltungsgericht* wilde deze nationale rechter weten of een exclusief subsidie-en vergunningstelsel voor openbaar busvervoer beoordeeld moest worden op basis van het Unierecht, in het bijzonder artikel 107, lid 1, VWEU en 93 VWEU.¹⁰ In dit geval zette het Hof uiteen waarom een “compensatiebenadering” de voorkeur had boven een “staatssteunbenadering.”¹¹ Dit vraagstuk werd intensief gevoerd tussen de A-G’s Jacobs (conclusie voor de zaak *GEMO*), Tizzano (conclusie voor de zaak *Ferring*) en Léger (conclusies voor de zaak *Altmark*) en had betrekking op de verhouding tussen de artikelen 107-108 VWEU en artikel 106, lid 2, VWEU.¹²

A-G Tizzano benaderde een compensatie als een mogelijkheid om een rechtvaardiging te bieden voor “de oneigenlijke lasten” die openbare dienstverleners moeten dragen voor het uitoefenen van hun dienstverplichting.¹³ Deze benadering gaat uit van een “bruto-en een netto staatssteunbegrip”.¹⁴ Dit betekent dat wanneer slechts de nadelige extra lasten vergoed worden, er op de keper genomen “geen echt voordeel” bestaat.¹⁵ Er is dan “schijnbaar geen voordeel.”¹⁶ Het Hof heeft in *Ferring* aan deze benadering toegevoegd die inhoudt dat het aan de nationale rechter is om te bepalen of elke compensatie evenredig is aan de doelstelling van een algemeen belang.¹⁷

Jacobs’ benadering voorzag in een zogeheten “*quid pro quo*”.¹⁸ Compensaties voor openbare diensten vormen volgens hem een zuivere financiële vergoeding voor geleverde diensten. Volgens deze benadering blijft een voordeel uit en is artikel 107, lid 1, VWEU niet van toepassing. Het Hof heeft in *GEMO* deze benadering nadrukkelijk niet overgenomen. Het Hof oordeelde namelijk dat het begrip staatssteun geen rekening houdt met “de redenen of doeleinden van de overheidsinterventie, doch naar de gevolgen ervan ziet.”¹⁹

10 De vragen hadden ook betrekking op verordening 1191/69, *PbEU* (1969) L 156/1. Deze verordening staat ook bekend als de Public Service Obligations (PSO). Deze verordening is inmiddels vervangen door verordening 2016/2338/EU van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1370/2007 inzake de openstelling van de markt voor het binnenlands personenvervoer per spoor.

11 HvJ EG, 24 juni 2003, C 280/00, *Altmark Trans*, r.o. 73, 77, 86.

12 Conclusie A-G Jacobs bij zaak C-126/01, 30 april 2002, *Ministre de l’Économie, des Finances et de l’Industrie t GEMO*, Conclusie A-G Tizzano bij zaak C-53/00, 8 mei 2001, *Ferring*, Conclusies A-G Léger bij zaak C-280/00, 19 maart 2002 (conclusie 1) en 14 januari 2003 (aanvullende conclusie 2), *Altmark Trans*.

13 Conclusie A-G Tizzano, bij zaak C-53/00, 8 mei 2001, *Ferring*, randnummers 53, 59, 67.

14 Zie Conclusie A-G Léger bij zaak C-280/00, 14 januari 2003, *Altmark*, randnummers 31, 33.

15 *Idem*.

16 *Idem*.

17 HvJ EG, 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*.

18 De Cecco 2013, p. 35-36; Schotanus 2005, p. 201.

19 HvJ EG, 20 november 2003, zaak C-126/01, *Ministère de l’Économie, des Finances et de l’Industrie t GEMO*, r.o. 34.

A-G Léger heeft zowel de *quid pro quo*-benadering als de compensatiebenadering van het Hof uit *Ferring* verworpen, omdat deze benaderingen volgens hem in strijd zijn met de objectiviteit van het begrip staatssteun. Ten aanzien van de *quid pro quo*-benadering heeft A-G Léger gewaarschuwd dat deze benadering slechts één kenmerk van een maatregel beoordeelt en voorbij gaat aan andere factoren, zoals het doel en de oorzaken van een maatregel. A-G Léger was van mening dat de benadering van A-G Jacobs geen rekening houdt met het daadwerkelijke of potentiële effect van een maatregel op de mededinging. Daarmee zou het onderscheid tussen “steun en geen steun” vervagen en het begrip staatssteun flexibel en onvoorspelbaar worden.²⁰

Ten aanzien van de benadering van A-G Tizzano en het Hof in *Ferring* was A-G Léger van mening dat hier de toepassing van het staatssteunverbod en de Verdragsuitzondering van artikel 106, lid 2, VWEU met elkaar verward worden. Fiscale, sociale of algemene doelstellingen van een steunmaatregel kunnen niet uitsluiten dat er sprake kan zijn van staatssteun.²¹ Léger bepleitte dat artikel 107, lid 1, VWEU geen onderscheid mag maken naar doelstellingen, omdat het effect van de maatregel doorslaggevend is voor de vraag of er sprake is van staatssteun.

AG Léger waarschuwde dat steunmaatregelen in beginsel altijd een algemeen belang moeten dienen.²² Deze algemene belangen moeten pas in de verenigbaarheidsfase door de Commissie beoordeeld worden op hun effecten op de interne markt.

Het creëren van een speciaal DAEB-regime, als toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, zou volgens hem een objectief staatssteunbegrip uithollen. Ten eerste zouden steunmaatregelen voor openbare diensten conceptueel moeilijk af te bakenen zijn ten opzichte van andere steunmaatregelen met een algemeen belang. Ten tweede zou de specifieke compensatiemethode van *Altmark* niet uniform van toepassing kunnen zijn op elke openbare sector. A-G Léger was van mening dat de compensatiemethode was ontworpen voor de vervoersector en slecht toepasbaar was op andere economische sectoren, zoals bijvoorbeeld de publieke omroepen. De flexibele interpretatie van een objectief staatssteunbegrip zou volgens hem tot rechtsonzekerheid leiden en nationale rechters een effectieve toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU jo. 108, lid 3, VWEU verhinderen.²³

Naast het belang van een objectief staatssteunbegrip maakte Léger zich

20 Conclusies A-G Léger bij zaak C-280/00, 19 maart 2002, *Altmark Trans*, 86 en 89. Conclusie A-G Léger bij zaak C-280/00, 14 januari 2003, randnummer 86.

21 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*, randnummers 22-23.

22 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*. Randnummers 34-37.

23 *Idem*, randnummer 86.

sterk voor een duidelijke ordening tussen de verbodsbepaling en de aanwezigheid van rechtvaardigingsgronden. Hij stelde duidelijk dat de “communautaire wetgever” met de artikelen 106, lid 2, en 93 VWEU verenigbaarheidsgronden heeft gecreëerd. Bovendien hebben deze artikelen nooit beoogd een compensatie voor een openbare dienst op te voeren als een *per se* uitzondering op artikel 107, lid 1, VWEU. Daarom moet volgens Léger de rechtvaardigingstoets niet verricht worden binnen de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, maar slechts bij de beoordeling of staatssteun verenigbaar is met de interne markt. Léger voerde duidelijk aan dat een compensatiebenadering daarmee indruist tegen de bedoeling van de staatssteunregels door de grondleggers van de Verdragen.

In zijn conclusie raadde A-G Léger het Hof aan om eerst na te gaan of de verbodsbepaling van artikel 107, lid 1, VWEU van toepassing was. Vervolgens zou het Hof kunnen beoordelen of deze steunmaatregel, namelijk een subsidie, verenigbaar was met de interne markt, op basis van artikel 93 VWEU, of artikel 106, lid 2, VWEU. Het Hof nam echter (op verzoek van de lidstaten) de *quid pro quo*-benadering van A-G Jacobs in *GEMO* over en voegde hier vier cumulatieve voorwaarden aan toe.²⁴ Dit is opmerkelijk omdat het Hof in *GEMO* nog deze benadering verworpen had en heeft vervolgens geleid tot zeer veel prejudiciële procedures en beroepsprocedures waarin steeds de spanning terugkomt tussen het staatssteunbegrip en de objectieve rechtvaardiging die inherent is aan het DAEB-begrip.²⁵

2.3 Belangen die berusten op de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten

Naast de theoretische zuiverheid van een compensatiebenadering heeft het Hof ook de belangen van de actoren, die betrokken zijn bij de uitvoering van openbare diensten, en het toezicht hierop, moeten beoordelen. Deze belangen zien op de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en lidstaten bij het uitvoeren van DAEB zoals uiteengezet in hoofdstuk 2, paragrafen 1 en 2.

De uitoefening van deze bevoegdheid kent weinig begrenzingsen, zolang de DAEB niet in strijd is met de staatssteunregels en de Unierechtelijke kernelementen van DAEB zoals uiteengezet in hoofdstuk 1.²⁶

In het bijzonder heeft het Hof in *Altmark* de nationale rechter een feitelijk toepassingskader willen bieden om de financiering van openbare diensten op transparantie te kunnen controleren.²⁷ Hier moest het Hof de onderscheidende rollen van de nationale rechter en de Commissie bij de

24 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, r.o. 73, 88-95.

25 Zie hoofdstuk 2.

26 Zie tevens Hoofdstuk 1, paragraaf 8.

27 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, r.o. 59.

handhaving van het de rechtmatigheid van staatssteun beoordelen. Het Hof wilde aansluiten bij haar vaste rechtspraak die verzekert dat de Commissie – en niet nationale rechter – bevoegd is om rechtstreeks de eventuele verenigbaarheid van steun met de interne markt te beoordelen.²⁸ Tevens moest het Hof in overweging nemen dat de Commissie terughoudend moet optreden bij de controle op omschrijving en uitvoering van DAEB door de lidstaten. Op basis van de *BRT*-rechtspraak is de nationale rechter namelijk exclusief bevoegd de DAEB-omschrijving te controleren op rechtmatigheid met artikel 107, lid 1, jo. artikel 106, lid 2, VWEU.²⁹ In *BRT t Sabam* heeft het Hof namelijk aan de DAEB-omschrijving, zoals omschreven in artikel 106, lid 2, eerste volzin, VWEU, rechtstreekse werking toegekend, ten opzichte van alle Verdragsbepalingen.³⁰ De Commissie is ertoe gehouden om DAEB-omschrijven op een kennelijke fout te beoordelen.

Het Hof heeft in *Altmark* deze bevoegdheidsverdeling eveneens moeten afzetten tegen de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om een economische analyse te verrichten op basis van de artikelen 107 en 108 VWEU. Daarbij had het Hof ook rekening te houden met de specifieke eigenschappen van de economische criteria die volgen uit de rechtspraak van artikel 106, lid 2, VWEU. Het betrof hier de belangen die spelen bij het bewaren van het uitvoeren van een DAEB onder economische evenwichtige omstandigheden.³¹ Bij het bewaken van dit evenwicht heeft het Hof doorgaans de kernelementen van de DAEB (zoals continuïteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid) belangrijker geacht dan een volledige mededinging of een efficiënte besteding.³² Echter, de uitspraak van het Hof in *Altmark*-arrest week hiervan af en stelde het belang van een efficiënte besteding van een compensatie centraal. Het Hof nam daarbij de begrenzingen en kernelementen van het begrip DAEB niet in beschouwing en heeft eveneens niet aan artikel 106, lid 2, VWEU getoetst, noch aan de beginselen die ten grondslag liggen aan deze bepaling.

Het Hof heeft in het feitencomplex de vervoersspecificiteit als bijzonder belang aangemerkt door de vier *Altmark*-voorwaarden grotendeels te baseren op de compensatiemethode voor passagiersvervoer volgens

28 HvJ EG, 21 november 1991, C-354/90, *Saumon t Frankrijk*; Conclusie A-G Tizzano bij zaak C-53/00, 8 mei 2001, *Ferring*.

29 HvJ EG, 30 januari 1974, C-127/73, *BRT t SABAM*.

30 Zie ook Hoofdstuk 1, paragraaf 7.2.1.

31 Conclusie A-G Tizzano bij zaak C-53/00, 8 mei 2001, *Ferring*, punten 77 en 79. Sauter, 2013, p. 20. In *SEP I* heeft het Hof overigens maar eenmalig geoordeeld dat een lidstaat (hypothetische) alternatieve maatregelen anders dan een DAEB had moeten onderzoeken; Zie HvJ EG, 23 oktober 1997, C-157/94, *Commissie t Nederland, (SEP I)*, r.o. 58.

32 Zie HvJ EG, 19 mei 1993, C-230/91, *Corbeau t Regie des Postes*, r.o. 21; HvJ EG, 25 juni 1988, C-203/96, *Dusseldorp t Minister van Volkshuisvesting Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*. Deze uitgangspunten stonden eveneens vermeld in artikel 16 EG, de voorloper van het huidige artikel 14 VWEU.

secundaire vervoerswetgeving.³³ Deze wetgeving nam als uitgangspunt dat een vervoerder, die een openbare dienstverplichting op zich neemt, een economisch nadeel ondervindt. Daarom komt de vervoerder in aanmerking voor een lastenverlichting door middel van een compensatie van de nettokosten.³⁴ Daartoe moet in een besluit de openbare dienst en de factoren voor de berekening van compensatie (zoals de prijs, periode, hoogte van de compensatie en de tarieven etc.) zijn opgenomen.³⁵ Deze compensatie moest eveneens efficiënt besteed worden.³⁶ Het Hof vulde vervolgens in haar operationele oordeel hier de “*quid pro quo*” benadering van A-G Jacobs aan toe.³⁷

Het Hof oordeelde vervolgens dat de nationale rechter ook bij de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU-rekening moet houden met deze compensatiemethode. Het Hof incorporeerde zo, binnen de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, een compensatiemethode die, volgens A-G Léger, door de Commissie als verenigbaarheidsgrond ontworpen was voor de openbaar vervoerssector.³⁸

Door zowel de financiële als algemene belangen van een lokale of regionale gemeenschap af te wegen tegen de noodzakelijkheid van overheidssubsidie voor de continuïteit en toegankelijkheid van een openbare dienst, heeft het Hof met het *Altmark*-arrest nadrukkelijk een beleidsruimte geschapen voor lidstaten, met name op lokaal en regionaal niveau.³⁹ Het Hof had, conform het voorafgaande arrest *GEMO*, kunnen oordelen dat een subsidie voor het verrichten van diensten altijd een schending oplevert van artikel 107, lid 1, VWEU omdat op basis van vaste rechtspraak een subsidie *de facto* de marktpositie van de ontvanger (potentieel) versterkt.⁴⁰ Vervolgens had het Hof als stelregel kunnen duiden dat dergelijke voordelen vervolgens op verenigbaarheid getoetst kunnen worden (met de vermelding dat voor DAEB buiten de vervoerssector artikel 106, lid 2, VWEU het verenigbaarheidskader vormt).⁴¹

33 PSO-verordening.

34 Artikel 10 Verordening 1191/69, *PbEU* (1969) L 156/1.

35 Artikelen 6, 10, en 11 Verordening 1191/69, *PbEU* (1969) L 156/1.

36 Artikel 12 Verordening 1191/69, *PbEU* (1969) L 156/1.

37 Conclusie A-G Jacobs, 30 april 2002, C-126/01, *GEMO*.

38 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*, randnummers 46, 79-81.

39 Szyszczak 2017, p. 395-407.

40 HvJ EG, 2 februari 1988, gevoegde zaken 67, 68 en 70/85, *Van der Kooy*; HvJ EG, 21 maart 1990, C-142/87 *Tubemeuse*. HvJ EG, 20 november 2003, zaak C-126/01, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie t GEMO*.

41 En voor de vervoerssector de vrijstellingsmogelijkheden in de PSO-Verordening met als “vangnet” voor verenigbaarheid het primaire recht: artikel 93 VWEU.

3 UNIERECHTELIJKE TOEPASSINGSTANDAARDEN VOOR DAEB-COMPENSATIES

3.1 Het *Altmark*-arrest biedt een afwijkende toepassingsstandaard in de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU

Uit de vorige paragrafen volgt dat het *Altmark*-arrest een voorbeeld is van een hernieuwd beoordelingskader, dat als toepassingsstandaard artikel 107, lid 1, VWEU nader moet invullen. Zo brengt het Hof vaker in haar jurisprudentie objectieve toepassingsstandaarden aan om conceptuele onduidelijkheden weg te nemen en de praktische werking van een Verdragsbepaling te bevorderen.⁴² Een dergelijke objectieve standaard heeft doorgaans betrekking op het toepassingsbereik van een verbodsbepaling of vrijheid uit het VWEU.

De noodzaak om een objectieve standaard te scheppen, ligt doorgaans in uitwerkingen van materiële Verdragsbepalingen die onvoorzien waren door de Uniewetgever in de oorspronkelijke Verdragen.⁴³ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij tegenstrijdige belangen en doelstellingen uit de Verdragen.⁴⁴ De mogelijkheid bestaat dan dat het Hof naar een verzoening streeft tussen deze doelstellingen. Hierbij geeft het Hof voorrang aan bepaalde belangen. In het economisch publiekrecht betekent dit dat een objectieve standaard een ordenend instrument is om te bepalen of overheidsmaatregelen leiden tot een gerechtvaardigde afwijking van normale marktomstandigheden (zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.2). Vanuit zowel praktisch als theoretisch oogpunt kan het Hof in dat geval kiezen voor duidelijke scheidslijnen op het gebied van: 1) de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en lidstaten; 2) de corrigerende werking op bestaande regels en; 3) de discretie die nationale rechters hebben om de standaard toe te passen. Dit moet uiteindelijk bijdragen aan een duidelijke, voorspelbare en afdwingbare juridische normstelling en daarmee uiteindelijk de rechtszekerheid.⁴⁵

Het economisch publiekrecht kent vele voorbeelden van objectieve standaarden: dwingende redenen, verkoopmodaliteiten, inherente excepties, nevenrestricties, compensaties; al deze rechtsfiguren vormen een standaard voor toepassing ten aanzien van bepaalde belangen. Het meest voor de

42 Mortelmans 2004, p. 240-252; Von Danwitz 2009, p. 117-128; Sauter 2015, p. 138-143.

43 In het arrest van het HvJ EG van 12 juli 1962, zaak 9/61, *Nederland t Hoge Autoriteit EGKS* (Jurispr. 1962, blz. 43) oordeelde het Hof bijv. dat de Verdragen er niet aan in de weg staan dat de Commissie bij wijze van uitzondering (en als oplossing voor onvoorziene omstandigheden) een grondslag vindt in de doelstellingen van diezelfde Verdragen om steunmaatregelen goed te keuren, danwel uit te zonderen van het staatssteunverbod. Zie ook Gerecht EG, 24 oktober 1997, T-244/94, *Wirtschaftsvereinigung Stahl t Commissie*, r.o. 34 en 57.

44 Mortelmans 2004, p. 240-252.

45 De Vries & Gerbrandy 2015, p. 516-521; Mortelmans 2004, p.240-252.

hand liggende voorbeeld is de *Keck*-exceptie. Deze objectieve standaard is door het Hof ontworpen als afwijking van de toepassing van het begrip maatregelen van gelijke werking. Door de zeer brede interpretatie van het begrip maatregelen van gelijke werking op basis van de *Dassonville*-toepassing, had het Hof niet kunnen voorzien dat er in toenemende mate rechtsonzekerheid zou ontstaan over verkoopmodaliteiten.⁴⁶ Om deze rechtszekerheid te vergroten, en bovendien een verdere aanwas aan prejudiciële vragen te voorkomen, heeft het Hof in *Keck* expliciet gekozen voor een objectieve standaard op artikel 34 VWEU.⁴⁷

De *Altmark*-toepassing is door het Hof ontwikkeld om tegemoet te komen aan praktische bezwaren. De praktische bezwaren van de lidstaten bestonden erin dat openbare diensten, met DAEB als bijzondere rechtsfiguur, een afwijkende behandeling onder artikel 107, lid 1, VWEU verdienden. Ook het Hof zelf ondervond praktische problemen in de vorm van een aanhoudende stroom prejudiciële vragen over de interpretatie van een compensatiebenadering.⁴⁸ Door de langdurige discussie, tussen de A-G's onderling en de toename aan interpretatievragen van de nationale rechters heeft het Hof in *Altmark* de knoop over de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU en DAEB voor eens en altijd willen doorhakken. Vergelijkbaar aan de procedurele uitkomst in *Keck*, beoogde het Hof hier rechtszekerheid te bieden en een daarnaast een verdere aanwas van prejudiciële vragen te voorkomen.⁴⁹

Daarmee heeft het Hof de, tot op dat moment geldende, *Ferring*-toepassingsstandaard voor de compensatiebenadering herordend. De *Ferring*-toepassing was materieel vergelijkbaar aan de *Wouters*-toepassing en voorzag de nationale rechter in een grote mate van discretie, om op basis van artikel 106, lid 2, VWEU te controleren of een DAEB-omschrijving een daadwerkelijk algemeen belang beoogde dat evenredig en niet-discriminerend was. Het *Altmark*-arrest heeft deze discretie herzien en vervangen met haar vier cumulatieve voorwaarden. Dit compromis moest de nationale rechter de beoordelingsruimte bieden om een standaard op artikel 107, lid 1, VWEU toe te passen, zonder de bevoegdheid van de Commissie om steun te beoordelen op verenigbaarheid, te overschrijden.

Reeds ten tijde van de Verklaring van de Europese Raad in Nice, heeft de Europese Raad het Hof gevraagd om de lidstaten rechtszekerheid te geven en economische levensvatbaarheid te verzekeren ten aanzien van de diensten

46 HvJ EG, 11 juli 1974, C-8/74, *Dassonville*.

47 HvJ EG, 24 november 1993, C-267/91, *Keck en Mithouard*, r.o. 14.

48 HvJ EG, 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*; HvJ EG, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*.

49 HvJ EG, 24 november 1993, C-267/91, *Keck et Mithouard*.

van algemeen belang.⁵⁰ Daarbij zetten de Europese Raad en de Commissie als basislijn uit dat een DAEB-compensatie staatssteun inhoudt, maar evenwel verenigbaar met interne markt moet kunnen zijn.

Met de *Ferring*- en *Altmark*-jurisprudentie heeft het Hof deze basislijn nadrukkelijk verlaten. Echter, na de definitieve keuze voor een compensatiebenadering in het *Altmark*-arrest heeft het Hof mogelijk nog niet voorzien dat de lidstaten, in hun hoedanigheid als “Herren der Verträge”, het DAEB-begrip aansluitend zouden herordenen. Deze hernieuwing werd reeds geïntroduceerd ten tijde van de Conventie van Laken, waar de lidstaten aan DAEB een bijzondere rol wilden toekennen in de Verdragen.⁵¹

Daarom is in 2004 de toegang tot DAEB als grondrecht opgenomen in het Ontwerpverdrag voor een Grondwet en onder titel IV over solidariteit geplaatst.⁵² Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, hebben DAEB deze constitutionele status behouden in artikel 14 VWEU en het Protocol nr. 26 over DAEB.⁵³

Artikel 14 VWEU stelt dat deze diensten passen binnen de gemeenschappelijke waarden van de Unie en bovendien een belangrijke rol spelen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang. Op basis van artikel 2 VEU jo. artikel 3, lid 3, VEU gaat het hier om een gelijke behandeling, non-discriminatie, rechtvaardigheid, solidariteit en de rechten van minderheden. Artikel 3, lid 3, VEU specificeert solidariteit als “solidariteit tussen generaties” en rechtvaardigheid als “sociale rechtvaardigheid”.

Meer specifiek respecteert artikel 1 van het Protocol nr. 26 deze waarden bij de uitvoering van DAEB. Eveneens respecteert de Unie op basis van deze bepaling de diversiteit van deze diensten volgens de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. Het is aan de lidstaten om een DAEB in te richten naar de behoeften van gebruikers, zolang zij voldoen aan een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker.

50 Verslag van de Commissie aan de Europese raad van Laken van 17 oktober 2001 over diensten van algemeen belang [COM] (2001) 598 def, punt 5. De Europese Raad vraagt het Hof daarom om rechtszekerheid te bieden alle toepassingen van “de regels van de interne markt en mededingingsrecht”, en “in het bijzonder de verenigbaarheid van overheidssteun”.

51 Verslag van de Commissie aan de Europese Raad van Laken “Diensten van algemeen belang: Mededeling van de Commissie van september 2000”, *PbEU* (2004) C 17/ 4.

52 Artikel II – 96 luidt: “De Unie erkent en eerbiedigt overeenkomstig de Grondwet de toegang tot diensten van algemeen economisch belang zoals die in de nationale wetgevingen en praktijken is geregeld, teneinde de sociale en territoriale samenhang van de Unie te bevorderen.”

53 Dawson & De Witte 2012, p.41-70; De Cecco 2013, p. 42-47.

Bovenstaande constitutionele belangen hebben hoofdzakelijk een niet-economisch oogmerk.⁵⁴ Zij sluiten evenwel de werking van artikel 107, lid 1, VWEU niet uit, zoals nadrukkelijk vermeld wordt in artikel 14 VWEU.⁵⁵ De lidstaten moeten namelijk eveneens voldoen aan alle economische en financiële voorwaarden die voortvloeien uit het Unierecht. Daarbij moeten DAEB ook bijdragen aan de economische doelstellingen van de Unie ten aanzien van de interne markt en een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen (artikel 3, lid 3, VEU).⁵⁶

3.2 Nadere Unierechtelijke regelgeving van de Commissie over DAEB en staatssteun

Objectieve standaarden worden doorgaans door het Hof ontworpen voor de nationale rechter. Deze standaarden moeten echter ook door toegepast kunnen worden door de Commissie bij de handhaving van het economisch publiekrecht. Daarbij ontwikkelt de Commissie ook voorkeuren en hangt de ontwikkeling van een standaard ook af van de besluitpraktijk van de Commissie. Bovendien ontwikkelt deze standaard zich verder door de interactie tussen de Commissie, lidstaten en de nationale rechters.⁵⁷ En als een regel onverwacht verkeerd lijkt uit te pakken, kan de handhavende instantie ertoe verleid worden om zijn interpretatie te veranderen of de rechtsregel te vermijden.⁵⁸

De Commissie heeft overigens het Hof verzocht juist niet een compensatiebenadering als nieuwe rechtsnorm aan te wijzen.⁵⁹ Net als A-G Léger maakte de Commissie bezwaren tegen de conceptuele noodzaak om af te wijken van de staatssteunbenadering in het *Altmark*-arrest.⁶⁰ Desondanks, kon de Commissie het *Altmark*-arrest, als nieuwe toepassingsstandaard voor artikel 107, lid 1, VWEU, én de problematiek rond de toepassing

54 De Cecco 2013, p. 163.

55 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P-C-69/16, *Comunidad Autónoma del País Vasco t Commissie*.

56 Zie Mededeling van de Commissie van 23 maart 2011, “De hervorming van de EU-staatssteunregels voor diensten van algemeen economisch belang”, COM (2011) 146 definitief. Zie ook Hessel 2017, p. 356-365.

57 Zie Corhaut *et al* 2017, p. 298; Szyszczak 2017, p. 395-407.

58 Zie Farnsworth 2007, p. 163-172. Ter illustratie dient de *Wouters*-exceptie. In tegenstelling tot de *Keck*-regel ziet de Commissie beperkte praktische meerwaarde in de toepassing van deze standaard, juist omdat de *Wouters*-standaard veel discretie toekent aan de nationale rechter. Zie van den Gronden 2015, p. 522-533. Desondanks spelen er nog steeds prejudiciële vragen rondom de *Wouters*-toepassing. Zie Hofzaken C-128/21 *Lietuvos notarų rūmai t Lietuvos Respublikos konkurencijos* en C-144/19 P *Lupin t Commissie*.

59 Pleitnota Commissie bij zaak C-280/00, *Altmark Trans*, documentnummer Ares (2018)6591219.

60 HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, r.o. 42, 74, 78.

van artikel 107, lid 1, VWEU jo. Artikel 106, lid 2, VWEU niet negeren.⁶¹ Voorafgaand aan het *Altmark*-arrest was de Commissie reeds bezig om een rechtskader te ontwerpen voor DAEB en staatssteun. Zo had de Commissie bij de Conferentie van Laken al aangekondigd bijzondere staatssteunregels voor DAEB aan te willen nemen, in de vorm van een groepsvrijstelling voor lokale en sociale DAEB.⁶² De Commissie wilde hiermee tegemoet te komen aan de belangen van de lidstaten, maar ook de objectiviteit van het begrip staatssteun beschermen.⁶³

Hoewel het Hof met de wijziging van het *Altmark*-arrest het voortouw nam in de ordening van de compensatiebenadering, heeft de Commissie zowel ordenende als sturende initiatieven verricht ten opzichte van deze toepassingsstandaard. Om de werking van de *Altmark*-toepassing binnen artikel 107, lid 1, VWEU, in samenhang met artikel 14 VWEU, te verduidelijken heeft de Commissie het voornemen om een Groepsvrijstelling aan te nemen omgezet in een pakket van maatregelen. In november 2005 werd het "Monti-Kroes"-pakket over staatssteun en DAEB aangenomen. Dit pakket bestond onder meer uit: (1) een Vrijstellingsbeschikking met vrijgestelde categorieën DAEB; (2) een Kaderregeling voor melding en; (3) een aanpassing van de Transparantierichtlijn.⁶⁴ Het doel van de "Monti-Kroes"-pakketten was ruimte bieden aan lokale en sociale DAEB, maar eveneens na *Altmark* het effectieve toezicht op staatssteun aan DAEB-beheerders te verbeteren.⁶⁵

Ten eerste heeft de Commissie om de praktische uitvoerbaarheid van de compensatiebenadering uit *Altmark* te garanderen het "Monti-Kroes"-pakket van 2005 de toepassingsstandaard voorzien van nieuwe basislijnen.⁶⁶ Om rechtszekerheid te verschaffen over de werking van artikel 106, lid 2, VWEU, heeft de Commissie de verhouding tussen aanmeldingsplichtige steun voor DAEB en steun die op basis van 106, lid 2, VWEU vrijgesteld is van de melding verhelderd.⁶⁷ Wanneer een steunmaatregel namelijk aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden voldoet (omschrijving en aanwij-

61 Rapp-Jung 2004, p. 205-216.

62 Verslag van de Commissie aan de Europese Raad van Laken 'Diensten van algemeen belang: Mededeling van de Commissie', *PbEU* (2004) C 17/ 4; Zie Van den Tweel, 2010, p. 288.

63 Verslag van de Commissie aan de Europese Raad van Laken "Diensten van algemeen belang: Mededeling van de Commissie", *PbEU* (2004) C 17/ 4, punt 3.

64 Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, EG op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare diensten, *PbEU* 2005, L 312/67; Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare diensten, *PbEU* 2005, C 297/4 en richtlijn 2005/81/EG van 28 november 2005, *PbEU* 2005, L 312/47.

65 Hancher & Evans 2006, p.153-159.

66 Hessel 2006, p.478.

67 De gewijzigde Transparantierichtlijn 2006/111/EG, *PbEU* 2006, L 318/17, is nog steeds van toepassing.

zing DAEB per besluit; objectieve en transparante toewijzing kosten; een effectief mechanisme tegen overcompensatie), maar niet aan de laatste *Altmark*-voorwaarde (selectie van een DAEB-beheerder door middel van een aanbestedingsprocedure of door middel van benchmarking) stelde de DAEB-Vrijstellingsbeschikking compensaties van rechtswege vrij van aanmelding. In 2012 heeft de Commissie dit DAEB-pakket hernieuwd en uitgebreid met de “Almunia-pakketten”.⁶⁸ Met name het hernieuwde DAEB-Vrijstellingsbesluit voorziet in een praktische toepassing door lidstaten en kan voor de nationale rechter ingeroepen worden.⁶⁹ Dit besluit stelt de compensatie van een DAEB vrij van melding zolang voldaan is aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden. Als voldaan wordt aan de specifieke voorwaarden van het Vrijstellingsbesluit, die verschillen per economische sector, is staatssteun verenigbaar op grond van artikel 106, lid 2, VWEU en daarom van rechtswege vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting van artikel 108, lid 3, VWEU.⁷⁰

Ten tweede heeft de Commissie, naast de nieuwe basislijnen voor vrijgestelde en aanmeldingsplichtige steun, in 2012 het DAEB-Vrijstellingsbesluit aangevuld met nieuwe vrijgestelde steuncategorieën en daarbij de aanmeldingsdrempels verruimd of afgeschaft.⁷¹ Deze categorieën zijn vooral een invulling van de constitutionele bepalingen in artikel 3 lid 3 en artikel 14 VWEU en hebben betrekking op sociale samenhang, solidariteit en burgerschap. Voorbeelden van steuncategorieën die in zijn geheel vrijgesteld zijn van melding betreffen bijvoorbeeld de zorgsector, kinderopvang en sociale woningbouw.

Daarnaast heeft de Commissie ook de werking van de *Altmark*-voorwaarden (en de hieraan verbonden begrippen) nader uitgewerkt in een mededeling.⁷² De Commissie heeft de omschrijving van het begrip DAEB ingekaderd in de economische theorie van een marktfaalen.⁷³ De pakketten nemen daarom als uitgangspunt dat vraag en aanbod onder concurrerende

68 Het zogeheten Commissie- of Almunia-pakket bestaat uit: (1) de mededeling van de Commissie over de toepassing van de staatssteunregels voor DAEB, *PbEU* 2012, C 8/4 (hierna: de mededeling); (2) de mededeling van de Commissie inzake de goedkeuring van een de-minimisverordening voor DAEB, *PbEU* 2012, C 8/23, gewijzigd door Verordening nr. 2023/2832/EU van de Commissie van 13 december 2023, *PbEU* 2023 L 2023/2832 (hierna: “DAEB-de-minimisvrijstellingsverordening”); (3) het besluit van de Commissie van 20 december 2011 over de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU op staatssteun in de vorm van compensatie voor het beheer van diensten van een DAEB, *PbEU* 2012, L 7/3b (hierna: het DAEB-vrijstellingsbesluit); (4) de EU-kaderregeling inzake staatssteun voor DAEB, *PbEU* 2012, C 8/15 (hierna: de DAEB-kaderregeling).

69 Zie ook paragraaf 5.5.

70 Zie Knook 2013, p.191-196; Hessel & Aalbers 2012, p. 398-406.

71 DAEB-Vrijstellingsbesluit, *PbEU* 2012, L 7/3b.

72 Zie DAEB-Mededeling, *PbEU* 2012.

73 Verouden & Werner; 2013, p. 440, 463-464.

marktomstandigheden onvoldoende op elkaar zijn afgestemd.⁷⁴ Wanneer de belangen van aanbieders en gebruikers uit balans zijn, en dit het gevolg is van een marktfaal, heeft de samenleving er volgens de Commissie baat bij dat deze een compensatie verleent aan een DAEB-beheerder. Eveneens heeft de Commissie ingekleurd hoe een DAEB efficiënt kan worden uitgevoerd op basis van de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde.⁷⁵

Tot slot heeft de Commissie een leidraad gegeven over de onderlinge samenhang van de vier *Altmark*-voorwaarden in de vorm van een gids voor toepassing.⁷⁶ Op deze wijze heeft de Commissie een juridische invulling willen geven aan de "economische en financiële voorwaarden", zoals vermeld in artikel 14 VWEU, die de financiering van DAEB begrenzen.⁷⁷ Bovendien heeft de Commissie door middel van deze richtsnoeren een juridisch toetsingskader willen ontwerpen dat ook door het Hof van Justitie van de EU gecontroleerd kan worden.

In de volgende paragraaf wordt onderzocht in welke mate het *Altmark*-arrest, zoals geformuleerd door het Hof en aangevuld door de lidstaten en de Commissie ook daadwerkelijk als objectieve standaard kan worden toegepast door de hoogste Unierechter.

4 DE INTERPRETATIES VAN HET *ALTMARK*-ARREST ALS OBJECTIEVE STANDAARD DOOR HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EU

4.1 Inleiding

Op grond van de doelstellingen van het *Altmark*-arrest, alsmede de hierboven geschetste aanvullende belangen, leidraden en objectieve standaarden, hebben de Commissie en het Hof van Justitie van de EU de rechtmatigheid van DAEB-compensatie aan de *Altmark*-toepassing onderworpen. In deze paragraaf worden de verschillende belangenafwegingen binnen de doelstellingen van het *Altmark*-arrest beschreven. In paragraaf 4.2 wordt de flexibele benadering van *Altmark*-arrest door het Gerecht geschetst die ruimte biedt om de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU mee te wegen in de compensatiebenadering. In paragraaf 4.3 wordt de strikte

74 Zie Mededeling van de Commissie over de toepassing van de staatssteunregels voor DAEB, *PbEU* 2012.

75 Mededeling van de Commissie over de toepassing van de staatssteunregels voor DAEB, *PbEU* 2012. Zie ook Gerecht EU, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*.

76 Zie Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang", Werkdocument Europese Commissie, 29 april 2013, SWD (2013) 53 final/2.

77 Verslag van de Commissie aan de Europese Raad van Laken "Diensten van algemeen belang: Mededeling van de Commissie van september 2000", *PbEU* (2004) C 17/ 4, punt 3.

benadering door het Gerecht en het Hof uiteengezet. Deze benadering verwerpt enige belangenafweging in de *Altmark*-toepassing en reserveert de reikwijdte van artikel 106, lid 2, VWEU exclusief voor de verenigbaarheidsfase. Bovendien herstelt deze benadering het *quid-pro-quo*-uitgangspunt van het *Altmark*-arrest. Tot slot worden in paragraaf 4.4 kort uiteengezet in welke mate een belangenafweging nog mogelijk is binnen de strikte toepassing van het *Altmark*-arrest.

4.2 Flexibele interpretatievormen van het *Altmark*-arrest

4.2.1 Teleologische interpretatie van de *Altmark*-voorwaarden

Een teleologische interpretatie van het *Altmark*-arrest houdt in dat een DAEB-compensatie wezenlijk moet voldoen aan de doelstellingen van het *Altmark*-arrest.⁷⁸ Deze teleologische interpretatie van *Altmark* is door het Gerecht ontwikkeld in de zaak *BUPA*. Dit arrest draaide om een DAEB, die in strikte zin niet universeel van aard was, maar wel noodzakelijk was voor de werking van de Ierse particuliere zorgverzekeringsmarkt.⁷⁹ De Ierse overheid had wetgeving aangenomen dat een zogeheten risicovereveningssysteem (hierna: RES) voor ziektekostenverzekeringen mogelijk maakte op deze markt. Alle particuliere zorgverzekeraars actief op deze markt, werden verplicht om eenieder (ongeacht leeftijd, geslacht of gezondheidsrisicoprofiel) te aanvaarden op grond van uniforme premies. Zorgverzekeraars met een overschot aan patiënten met een laag risicoprofiel betaalden vervolgens een bijdrage aan de Ierse overheid. Deze keerde vervolgens een bijdrage uit aan de verzekeraars met een hoofdzakelijk ongunstiger risicoprofielen in hun portefeuille.

De Commissie besloot dat het risicovereveningssysteem een compensatie voor een DAEB inhield en dat er geen sprake was van staatssteun volgens artikel 107, lid 1, VWEU, hoofdzakelijk omdat er geen op grond van de *Altmark*-test geen sprake was van een voordeel. In de beroepszaak die door *BUPA* tegen dit besluit aanhangig maakt bij het Gerecht, oordeel het Gerecht dat Ierland met het RES “een dwingend doel van sociale samenhang en solidariteit tussen de generaties nastreefde.”⁸⁰ Omdat lidstaten op sociaal beleid en gezondheidszorg volgens artikel 167 VWEU bevoegd zijn dit doel na te streven, koos het Gerecht ervoor om de *Altmark*-voorwaarden niet te strikt te interpreteren.⁸¹

78 Zie Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o. 160.

79 Zie Sluijs & Arnon 2008, p.206-213.

80 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o. 204.

81 *Idem*, r.o. 164, 167. Sauter 2009, p. 269-286.

Allereerst ging het Gerecht soepel om met de eerste *Altmark*-voorwaarde. Hoewel er geen concreet overheidsbesluit was, leidde het Gerecht uit de nationale wetgeving af dat de particuliere zorgverzekeraars belast waren met een DAEB.⁸²

Wat de derde en de vierde voorwaarde betreft, oordeelde het Gerecht dat het RES geheel van een andere orde was dan het compensatiesysteem in de zin van *Altmark*. Om na te gaan of de compensatie toch voldeed aan het doel van het *Altmark*-arrest, paste het Gerecht het evenredigheidsbeginsel van artikel 106, lid 2, VWEU toe ten opzichte van de derde en vierde voorwaarde. Het Gerecht oordeelde dat compensatie de ziektekosten evenredig verdeelde tussen particuliere zorgaanbieders. Daarmee was de compensatie noodzakelijk voor het economische en financiële evenwicht van de DAEB. Deze maatregel leidde evenwel tot een kruissubsidiëring tussen de verschillende zorgpremies, maar het Gerecht achtte dit essentieel voor het economisch evenwicht van de DAEB.⁸³

Ten opzichte van eventuele belemmeringen van de markttoegang was de maatregel noodzakelijk omdat potentiële toetreders tot de Ierse particuliere zorgmarkt tijdelijk vrijgesteld werden van de DAEB-verplichting. Pas na drie jaar waren nieuwe zorgverzekeraars verplicht om actief deel te nemen aan het vereveningssysteem. Daarom oordeelde het Gerecht dat Ierland geen toegangsdrempel had gecreëerd ten aanzien van potentiële nieuwe marktdeelnemers op de particuliere zorgverzekeringsmarkt.⁸⁴

Na de toepassing van het evenredigheidsbeginsel oordeelde het Gerecht dat de compensatie overeenkomt met het doel en de geest van de derde voorwaarde.⁸⁵ Het Gerecht kwam tot deze conclusie ondanks de vaststelling dat de hoogte van compensatie niet voorafgaand aan de uitvoering van het RES was berekend.⁸⁶ Eveneens waren de ondernemingen geselecteerd omdat zij actief waren in de particuliere zorgverzekeringssector en niet vanwege hun efficiëntie.

Desalniettemin was de deelname van de zorgverzekeraars aan het RES volgens het Gerecht een inherent vereiste voor het welslagen van het doel van de DAEB: het bereiken van solidariteit tussen de burgers met een hoog risicoprofiel en diegenen met een laag risicoprofiel. Het Gerecht oordeelde daarom dat het RES "noodzakelijk is voor uniforme tarieven en eveneens de mededinging tussen de particuliere zorgverzekeraars voor alle leeftijds-

82 Zie ook hoofdstuk 1, paragraaf 6.2.2.

83 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o. 273-274.

84 *Idem*, r.o. 301.

85 *Idem*, r.o. 160.

86 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*.

categorieën te stimuleren.⁸⁷ Het Gerecht oordeelde dat compensatie zowel geschikt was om het doel van inkomenssolidariteit te bereiken, alsmede noodzakelijk om de particuliere zorgverzekeraars aan het wettelijke sociale zekerheidsstelsel te laten participeren.⁸⁸

4.2.2 De “sectorspecifieke interpretatie” van de *Altmark*-voorwaarden

Het Gerecht heeft een flexibele en sectorspecifieke interpretatie van het *Altmark*-arrest toegestaan in de sociale gezondheidssector in België. Het betreft hier het arrest *CBI t Commissie*.⁸⁹

Deze zaak draaide om de compensaties die het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest heeft verleend aan openbare ziekenhuizen voor het uitvoeren van een DAEB. Deze DAEB besloeg ziekenhuiszorg, maar ook het aanbieden van sociale welzijnsdiensten aan patiënten ten aanzien van arbeidsintegratie en sociale bijstand.

Het Gerecht oordeelde in het *CBI*-arrest dat de *Altmark*-voorwaarden minder strikt mogen worden toegepast naargelang de specifieke kenmerken van de betrokken sector dat toelaten.⁹⁰ De achterliggende gedachte is, volgens het Gerecht, dat de mate van mededinging in economische sectoren kan verschillen.⁹¹ Het Gerecht vergeleek hier “het doel en de geest” van het feitencomplex in *Altmark* met de “niet-commerciële openbare dienst” in de Brusselse ziekenhuissector.⁹²

Het Gerecht overwoog dat in *Altmark* er sprake was van een economische activiteit die inherent aan mededinging onderhevig was, namelijk vervoer.⁹³ Het Gerecht oordeelde dat de ziekenhuissector “niet noodzakelijkerwijze een dergelijke commerciële en aan mededinging onderhevige sector is”.⁹⁴ Het Gerecht oordeelde dat lidstaten ten aanzien van sociaal beleid en zorg een ruime bevoegdheid hebben op basis van artikel 168 VWEU.⁹⁵ Daarom hoeft een lidstaat niet per definitie een openbare dienstverrichter te

87 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o. 226.

88 *Idem*, r.o. 239, 266 en 269.

89 Gerecht EU, 7 december 2012, T137/10, *Coördinatie van Brusselse instellingen voor welzijnswerk en gezondheidszorg (CBI)*. In het arrest *TV2 Danmark II* voerde TV2 aan dat het Gerecht ten aanzien van sommige economische sectoren, de *Altmark*-voorwaarden minder strikt kan toepassen, zie Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*.

90 Gerecht EU, 7 december 2012, T137/10, *CBI*, r.o. 85, 86, 89; Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 68.

91 Gerecht EU, 7 december 2012, T-137/10, *CBI*.

92 Gerecht EU, 7 december 2012, T-137/10, *CBI*.

93 Gerecht EU, 7 december 2012, T-137/10, *CBI*.

94 Gerecht EU, 7 december 2012, T-137/10, *CBI*.

95 *Idem*, r.o. 91, 92.

selecteren op basis van economische efficiëntie conform de vierde *Altmark*-voorwaarde.⁹⁶

Met deze uitspraak heeft het Gerecht voor openbare sectoren waar een beperkte mate van mededinging plaatsheeft een *Altmark-light* toepassing mogelijk gemaakt. Hierbij kan gedacht worden aan sectoren die afhankelijk zijn van overheidsinvesteringen en door het onrendabele karakter van openbare dienstverplichtingen weinig mededinging genereren, zoals sociale sectoren. Of beter gezegd: “diensten die zonder universele verplichting onder normale marktvoorwaarden helemaal niet zouden bestaan.”⁹⁷

Op basis van de uitspraak in *CBI* kan het *Altmark*-arrest zo worden geïnterpreteerd dat een openbare dienstverlener niet noodzakelijkerwijs door middel van een openbare aanbesteding tegen de laagste prijs of door middel van een efficiëntie-benchmark hoeft te worden geselecteerd. In dat geval zou een andere openbare, niet-discriminerende en transparante selectiemethode open moeten staan.

Daarentegen stond het Gerecht in *CBI* geen concessies toe aan de werking van de eerste drie *Altmark*-voorwaarden. Deze blijven in elke sector van toepassing. Ook in het geval van een beperkte mededinging is overcompensatie en kruissubsidiëring tussen normale activiteiten van de ziekenhuizen en de openbare diensten verboden.⁹⁸ Wel mogen lidstaten zelf bepalen hoe zij toezicht op de compensatie in de praktijk naleven, zolang elk misbruik van het begrip DAEB maar wordt uitgesloten.⁹⁹

4.3 De strikte benadering van de *Altmark*-voorwaarden

De belangenafwegingen in *BUPA en CBI* hebben in de literatuur de vraag opgeroepen of de *Altmark*-voorwaarden meer open normen vormen in niet-geliberaliseerde sectoren en op beleidsterreinen waar de Unie een beperkte bevoegdheid heeft. Dat geldt met name voor de ruime bevoegdheden van lidstaten in gezondheidszorgsector en bij het uitvoeren van sociaal beleid.¹⁰⁰

In de literatuur werd de afwijking van een strikte interpretatie van *Altmark* door het Gerecht zowel aangemoedigd als afgewezen. Bartosch bekritiseerde de uitspraak vooral omdat deze uitspraak te veel beleidsruimte geeft

96 *Idem*.

97 Zie A-G Mazák in zijn conclusie voor de zaak C124/10 P, 20 oktober 2011, *EDF*, overweging, par. 115. Zie Manunza 2011, p. 431-438.

98 Sauter2015, p. 63.

99 Gerecht EU, 7 december 2012, T-137/10, *CBI*, r.o.191.

100 Szyszczak 2017 p. 395-407; Szyszczak2014, p. 508-518; WSauter2013, p. 457-478; Baquero Cruz, 2013, p. 303-329; Von Danwitz 2009, p. 117-128; Ross 2009, p.127-140; Sauter 2009, p.269-286.

aan de lidstaten.¹⁰¹ Biondi noemde de belangenafweging van het Gerecht in *BUPA* een keurig compromis tussen de ruime beleidsruimte, zoals het Hof voorstond in het *Ferring*-arrest, en de meer rigide benadering van het Hof in *Altmark*.¹⁰² Daarbij sprak hij de hoop uit dat het *BUPA*-arrest de Commissie de flexibiliteit heeft gegeven om de *Altmark*-voorwaarden op alle economische sectoren toe te passen.¹⁰³

In zekere zin moest het Gerecht in de zaken *TV2 Danmark II en Viasat* met een duidelijk antwoord komen op de vraag of de *Altmark*-voorwaarden een belangenafweging toestaan.¹⁰⁴ In deze zaken stelde Denemarken immers dat, conform het arrest *BUPA*, de derde en vierde *Altmark*-voorwaarde ook in de publieke omroepsector “naar doel en geest” – en dus teleologisch – moeten worden toegepast. Daartegenover voerde *Viasat* aan dat de Commissie de compensaties niet verenigbaar had mogen verklaren met de interne markt. *Viasat* betoogde namelijk dat de Commissie bij beoordeling van een steunmaatregel op evenredigheid op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, ook rekening had moeten houden met de *Altmark*-voorwaarden. In essentie voerde *Viasat* aan dat zowel het *Altmark*-arrest, alsmede artikel 106, lid 2, VWEU, ertoe strekken dat een DAEB-beheerder alleen een compensatie mag ontvangen voor de kosten die noodzakelijk zijn voor het uitvoeren van de DAEB. *Viasat* voerde daarom aan dat de *Altmark*-toepassing samenvalt met het evenredigheidscriterium van artikel 106, lid 2, VWEU.¹⁰⁵

Het Gerecht nam deze kans aan om duidelijkheid te scheppen omtrent de weging van belangen binnen de *Altmark*-voorwaarden. Het Gerecht merkte op dat de derde *Altmark*-voorwaarde grotendeels samenvalt met de doelstelling van artikel 106, lid 2, VWEU. Bij het ramen van de daadwerkelijke kosten van een DAEB-compensatie hanteert de Commissie namelijk het evenredigheidscriterium.¹⁰⁶ Echter het Gerecht wees een algemene evenredigheidstoets op basis van de *Altmark*-voorwaarden af.¹⁰⁷ Het Gerecht oordeelde dat de toepassing van het *Altmark*-arrest als doel heeft vast te stellen of er sprake is van een economisch voordeel op basis van artikel 107, lid 1, VWEU, terwijl artikel 106, lid 2, VWEU als doel heeft de verenigbaarheid van een maatregel, die reeds als steun is beoordeeld onder artikel 107, lid 1, VWEU, te beoordelen.¹⁰⁸

101 Bartosch 2008, p.1.

102 Biondi 2008, p. 401-407.

103 *Idem*.

104 Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*.

105 Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*.

106 Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*, r.o. 84, 89.

107 *Idem*, r.o. 84-85. Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 58, 59 en 61.

108 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 61.

De teleologische interpretatie wordt inmiddels als een bijzondere uitzondering (of zelfs een anomalie) gezien door het Hof van Justitie van de EU.¹⁰⁹ De DAEB in *BUPA* was noodzakelijk om de doelstelling van solidariteit onder verschillende generaties te bereiken. Een volledige marktwerking zou hebben geleid tot *cherry-picking*. In dat geval zouden de zorgverzekeraars hun marketingstrategieën richten op consumenten met “gezonde risicoprofielen”.¹¹⁰ De feiten waren in *BUPA* zo uitzonderlijk, oordeelde het Gerecht in *TV2 Danmark II*, dat het Gerecht in die zaak het *Altmark*-arrest conform de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU moest toepassen, om zo de belangen van sociale cohesie en mededinging op de particuliere zorgverzekeraarsmarkt in evenwicht te brengen.¹¹¹

Voor een samenhangende uitleg van de *Altmark*-voorwaarden heeft het Gerecht het van belang geacht om het grijze gebied tussen de *Altmark*-toepassing en de verenigbaarheidstoets van artikel 106, lid 2, VWEU in haar rechtspraak te voorzien van een duidelijke scheidslijn.¹¹² Het Gerecht formuleerde dat het doel van *Altmark* het vaststellen van normale marktvoorwaarden is.¹¹³ Daarmee keerde het Gerecht in wezen weer op de *quid pro quo*-benadering van de *Altmark*-toepassing terug. Een evenredigheidstoets kan volgens het Gerecht alleen toegepast worden om steunmaatregelen voor een DAEB verenigbaar te verklaren op basis van artikel 106, lid 2, VWEU.¹¹⁴ Zo reserveerde het Gerecht de toepassing van het evenredigheidsbeginsel, in de vorm van verenigbaarheid, exclusief voor de Commissie.

In de arresten *TV2 Danmark II* en *Viasat* stond het Gerecht eveneens voor de opgave om juist de flexibele, maar eveneens onvolledig afgebakende, uitleg uit *CBI*, concreet toe te passen op de publieke omroepsector.¹¹⁵ Denemarken voerde aan dat het Gerecht moest meewegen dat Denemarken “in wezen” voldaan heeft aan de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde.

Geconfronteerd met zijn eigen rechtspraak bevestigt het Gerecht de rechtsregel uit *CBI*. Het Gerecht oordeelde dat, ofschoon de *Altmark*-voorwaarden van toepassing zijn op alle economische sectoren, de Unierechter bij toepassing ervan rekening gehouden met de specificiteit van de betrokken sector. Het Gerecht overwoog dat de *Altmark*-criteria zijn afgemeten op het vervoer: “een ontegenzeggelijke aan mededinging onderhevige

109 Zie HvJ EU, 9 november 2017, C-649/15 P, *TV2 Danmark t Commissie*, r.o. 39-40.

110 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*.

111 Zie ook het Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o.106.

112 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*.

113 Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*, r.o. 55-56, 85, 86.

114 *Idem*, r.o. 89, 90.

115 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*.

economische activiteit".¹¹⁶ Daarom dienen deze voorwaarden volgens het Gerecht niet noodzakelijkerwijze even strikt worden toegepast op sectoren waar een beperkte mate van mededinging en commercieel oogmerk.

Echter, de sector voor openbare omroepen waarin TV2 opereert, heeft volgens het Gerecht duidelijk de kenmerken van een commerciële en aan mededinging onderhevige sector. TV2 wordt namelijk gedeeltelijk uit reclame-inkomsten gefinancierd en is actief op de markt van de televisiereclame.¹¹⁷ Daarmee staat een flexibele interpretatie volgens het Gerecht niet open voor de sector voor publieke omroepen.¹¹⁸ De Deense overheid voldeed daarom niet aan de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde. Hoewel het Deense parlement toezicht hield op de parameters voor het budget van TV2, waren deze niet aanpasbaar.¹¹⁹ Daarnaast handelde TV2 niet als een gemiddelde goed beheerde onderneming, oordeelde het Gerecht. TV2 ontving de compensatie namelijk op basis van het aantal tv-producties, en niet aan de hand van de kosten die een normale marktdeelnemer maakt.¹²⁰ Het Gerecht paste hier het begrip "normale marktdeelnemer toe", zonder onderscheid te maken tussen publieke omroepen en private omroepen. Omdat TV2 niet door een aanbesteding was geselecteerd, kon TV2 niet aantonen de compensatie doelmatig, dat wil zeggen tegen de laagste kosten, te gebruiken. Dit was voor het Gerecht een indicatie dat er geen sprake was van een tegenprestatie, maar van een voordeel dat de mededinging vervalst.

Ondanks de gelijkenissen met de uitspraken in de arresten *BUPA* en *CBI* heeft het Gerecht er herhaaldelijk op gewezen dat de *Altmark*-test doelstellingen bevat die overeenkomen met de jurisprudentie op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. Het wegen van verschillende doelstellingen bij de toetsing van de *Altmark*-voorwaarden, moet volgens het Gerecht echter beperkt blijven.¹²¹

Uiteindelijk formuleerde het Gerecht dat het doel van de *Altmark*-voorwaarden "het vaststellen van een voordeel (is) dat een DAEB-beheerder onder normale marktvoorwaarden niet zou ontvangen."¹²² Daaraan voegde het Gerecht toe dat de toepassing van de vierde *Altmark*-voorwaarde praktische moeilijkheden kan opleveren. Daarom mag de steun op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, verenigbaar verklaard worden met de interne markt, zonder dat hierbij een efficiëntietest gehouden hoeft te worden.¹²³

116 Gerecht EU, 7 november 2012, T-137/10, *CBI t Commissie*.

117 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 70.

118 Dit volgt eveneens uit de arresten Gerecht EU, 16 december 2010, T-231/06, *NOS*; Gerecht EU, 1 juli 2010, gevoegde zaken T-568/08 en T-573/08, *Métropole télévision* en *TF1*.

119 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 99.

120 *Idem*, r.o. 127.

121 Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*, r.o., 84.

122 *Idem*.

123 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 116, 100, 131

Bovenal sloot het Gerecht uit dat de vierde *Altmark*-voorwaarde mee mag spelen in het verenigbaar verklaren van steun op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. Naar oordeel van het Gerecht moet deze voorwaarde uitsluiten dat de compensatie inefficiënt wordt uitgevoerd en ziet uitsluitend toe op het vermijden van een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.¹²⁴

In hoger beroep oordeelde het Hof, in de arresten *Viasat* en *Tv2 Danmark II*, dat het Gerecht terecht oordeelde dat de Commissie bij de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU niet verplicht is om rekening te houden met de tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde.¹²⁵ Het Hof van Justitie baseerde zijn oordeel hoofdzakelijk op de conclusie van A-G Wahl.¹²⁶ A-G Wahl stelde vast dat de verhouding tussen artikel 106, lid 2, VWEU en het *Altmark*-arrest onvoldoende duidelijk is geweest in het verleden.¹²⁷ Juist omdat het Hof van Justitie de *Altmark*-voorwaarden zeer strikt toepast, waardoor in de meeste gevallen de voorwaarden niet vervuld worden, speelt artikel 106, lid 2, VWEU volgens het Hof nog een centrale rol.¹²⁸ Op basis van Wahl's heldere conclusie bracht het Hof van Justitie een duidelijke waterscheiding aan tussen de toepassing van het *Altmark*-arrest en de werking van artikel 106, lid 2, VWEU als rechtvaardiging.¹²⁹ Het Hof formuleerde dat de centrale doelstelling van het *Altmark*-arrest er is om te beoordelen of er sprake is van een compensatie of van een economisch voordeel op basis van artikel 107, lid 1, VWEU.

Daarmee reserveerde het Hof de werking van het evenredigheidsbeginsel exclusief voor de verenigbaarheidstoepassing van artikel 106, lid 2, VWEU. Het is volgens het Hof de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om een maatregel die niet aan de *Altmark*-voorwaarden voldoet, verenigbaar te verklaren met de interne markt. Het Hof oordeelde dat de Commissie niet een efficiënte besteding hoeft te controleren aan de hand van de vierde *Altmark*-voorwaarde.

Tot slot heeft het Hof in *TV2 Danmark* en *Viasat* geoordeeld dat de tweede *Altmark*-voorwaarde niet vereist dat objectieve parameters gebaseerd zijn op efficiëntievereisten.¹³⁰ Volgens het Hof, bindt interpretatieve regelgeving, in de vorm van de Commissiepakketten daarom de lidstaten niet.¹³¹ Eveneens heeft het Hof de Commissie verboden om de efficiëntievereisten uit *Altmark* toe te passen binnen de werking van artikel 106, lid 2, VWEU.

124 *Idem.*

125 HvJ EU 8 maart 2017, zaak C-660/15 P, *Viasat Broadcasting UK t Commissie*, randnummer 33-34, 38.

126 Zie de opinie van A-G Wahl van 10 november 2016 bij zaak C-660/15 P, *Viasat*.

127 Conclusie van A-G Wahl bij zaak *Viasat*, randnummer 20.

128 HvJ EU, 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat*.

129 Zie ook Aalbers 2017, p. 132-138.

130 HvJ EU 8 maart 2017, zaak C-660/15 P, *Viasat Broadcasting UK t Commissie*.

131 HvJ EU 8 maart 2017, zaak C-660/15 P, *Viasat Broadcasting UK t Commissie*.

De verenigbaarheidstoepassing van artikel 106, lid 2, VWEU heeft een ruimer toepassingsbereik dan *Altmark*. Onder deze bepaling mag de Commissie controleren of een DAEB “onder economisch aanvaardbare omstandigheden” kan worden uitgevoerd door de DAEB-beheerder. Het Hof oordeelde dat dit anders het begrip “economisch aanvaardbare omstandigheden” te eng zou maken, en daarmee de evenredigheidstoepassing van artikel 106, lid 2, VWEU zou beperken.¹³²

4.4 Een samenhangende benadering van de *Altmark*-voorwaarden

De waterscheiding die het Hof in *Viasat* heeft aangebracht tussen de werking van artikel 106, lid 2, VWEU en het *Altmark*-arrest lijkt op het eerste oog een goede ingreep voor het hanteren van twee verschillende toepassingen: de beoordeling of er sprake is van een inbreuk op basis van artikel 107, lid 1, VWEU en beoordeling of deze inbreuk op basis van artikel 106, lid 2, VWEU kan worden gerechtvaardigd.¹³³ Echter, in tegenstelling tot de flexibele interpretaties van het Gerecht, oordeelde het Hof dat elke vorm van een belangenafweging, op basis van evenredigheid, verbannen moet worden uit de *Altmark*-toepassing. Deze scheidslijn is desondanks te scherp getrokken, omdat de aard en inhoud van het begrip DAEB, en de brede discretie die lidstaten hebben om deze te omschrijven, nu eenmaal belangenafweging in de *Altmark*-toepassing noodzakelijk maakt. Een dergelijke belangenafweging, op basis van het evenredigheidsbeginsel, staat daarmee niet gelijk aan een beoordeling op verenigbaarheid. Eerder kan deze belangenafweging bijdragen aan het vaststellen van een *prima facie* beperking van het Unierecht.

De Commissie heeft het belang van een samenhangende benadering benadrukt ten overstaande van het Hof in de zaak *Pais Vasco*. Deze benadering weegt de verschillende doelstellingen van het *Altmark*-arrest tegen elkaar af. Het Hof oordeelde in deze zaak, in navolging van A-G Wathelet, dat de minimumvoorwaarden, binnen de toepassing van de eerste *Altmark*-voorwaarde, de Unierechtelijke begrenzingen vormen op de ruime beoordelingsruimte die lidstaten hebben bij een DAEB-aanwijzing. Evenzeer vormen deze minimumcriteria geen louter formele verplichtingen, maar kan de Commissie ze toetsen aan de algemene rechtsbeginselen van de Unie, waaronder de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, transparantie, rechtszekerheid en evenredigheid.¹³⁴

132 Conclusie van A-G Wahl bij zaak *Viasat*, randnummer 42.

133 Zie ook HvJ EU, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Pais Vasco*, r.o 55.

134 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 6.2.4. Ook voegde A-G Wathelet hier aan toe dat de notie van een DAEB vereist dat de Commissie rekening houdt met de belangen van concurrenten en consumenten.

Dat een belangenafweging door het Gerecht soms onvermijdelijk blijft om de samenhang van de *Altmark*-voorwaarden te bewaken, volgt uit het arrest *SNCM t Commissie*, dat gewezen werd na het *Viasat*-arrest van het Hof. In dat arrest oordeelde het Gerecht dat de toepassing van het *Altmark*-arrest nu eenmaal naar zijn aard een belangenafweging vereist.¹³⁵ In deze zaak had de Corsicaanse overheid, ter aanvulling op een bestaande DAEB, een aanvullende dienst met extra budget toegevoegd aan de openbare dienst. De Commissie besloot dat de aanvullende taak niet voldeed aan een reële behoefte van passagiers en kwam tot het besluit dat een ogenschijnlijk neutrale bepaling als doel te had alle andere mededinging uit te sluiten.¹³⁶ Zo had de Corsicaanse overheid de selectievoorwaarden in de aanbestedingsprocedure zo omschreven dat alleen de zittende DAEB-beheerder, SNCM, als economisch meest voordelige inschrijving uit de bus zou komen bij een aanbesteding.

Om een effectieve belangenafweging tussen het doel van artikel 107, lid 1, VWEU en het uitvoeren van een DAEB te verrichten, paste de Commissie samenhangend de eerste en vierde *Altmark*-voorwaarde toe. Daarbij ging de Commissie na of de toepassing van deze voorwaarden in overeenstemming was met de beginselen van transparantie, evenredigheid, non-discriminatie en gelijke behandeling.¹³⁷

Tegen dit besluit heeft SNCM aangevoerd dat de Commissie de evenredigheidstest van artikel 106, lid 2, VWEU verward heeft met de toepassing van het *Altmark*-arrest. Het Gerecht verwierp dit beroep. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie bij het onderzoek of voldaan was aan het eerste *Altmark*-criterium mocht controleren of de openbare dienst noodzakelijk en evenredig was. De Commissie mag in dat kader toetsen of er sprake is van een reële behoefte van een openbare dienst, die aantoonbaar ontoereikend onder normale marktvoorwaarden kan worden uitgevoerd. Corsica had in dat geval een gebrek aan particulier initiatief moeten aantonen, oordeelde het Gerecht.¹³⁸

Ten aanzien van de samenhang tussen de eerste en de vierde voorwaarde oordeelde het Gerecht dat de toepassing van de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en evenredigheid door de Commissie binnen de *Altmark*-test een effectieve belangenafweging (tussen de werking van artikel 107, lid 1, VWEU en het uitvoeren van een DAEB) mogelijk maakte.¹³⁹

135 Gerecht EU, 1 maart 2017, T-454/13, *SNCM t Commissie*, r.o. 268. Zie Giraud 2017, p. 482-486.

136 Gerecht EU, 1 maart 2017, T-454/13, *SNCM t Commissie*, r.o. 286.

137 Gerecht EU, 1 maart 2017, T-454/13, *SNCM t Commissie*, r.o. 120,124-125.

138 Gerecht EU, 1 maart 2017, T-454/13, *SNCM t Commissie* 206-208.

139 *Idem*.

In casu was er een aanbestedingsprocedure verricht tegen de laagste prijs. Echter het betrof hier niet de laagste prijs voor de gemeenschap, maar voor de DAEB-beheerder zelf.¹⁴⁰ Het Gerecht moest bij de toepassing daarom rekening houden met de onderliggende doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU, die nog steeds verborgen liggen in de *Altmark*-test. De beoordeling van het Gerecht betrof hier een belangafweging tussen de noodzaak en geschiktheid en non-discriminerende werking van een DAEB ten opzichte van de belangen van concurrenten en consumenten. Een formele toepassing had de mededinging en het handelsverkeer niet alleen potentieel belemmerd, maar daadwerkelijk dat resultaat gehad.

Deze illustratie laat zien dat het Gerecht, om recht te doen aan de verschillende doelstellingen van de *Altmark*-voorwaarden, nog steeds een belangenafweging binnen de *Altmark*-voorwaarden verricht, zonder dat het hier de fase van verenigbaarheid betreft. Zonder een onvermijdelijke belangafweging binnen de *Altmark*-toepassing, was de Commissie niet tot het besluit gekomen dat de selectieprocedure tot discriminatie en ongelijke behandeling leidde. Door het algemene belang af te wegen tegen de effecten op de mededinging konden de Commissie en het Gerecht constateren dat, ondanks dat formeel gezien aan alle *Altmark*-voorwaarden leek te zijn voldaan, het effect was dat de DAEB-compensatie markttoegang van concurrenten uitsloot.

Deze belangenafweging berust op de notie van vergelijkbaarheid. Zo oordeelde het Gerecht herhaaldelijk dat *Altmark*-voorwaarden, hoewel zij individueel een verschillend element van een compensatie controleren, in samenhang het algemene doel hebben om te controleren of een compensatie de DAEB-beheerder een voordeel verschaft ten opzichte van zijn concurrenten.¹⁴¹ De rechtspraak van het Gerecht geeft inzicht in de *Altmark*-toepassing door de Commissie, die verder gaat dan een afzonderlijke toetsing aan elke voorwaarde, maar de verschillende doelstellingen in de compensatiebenadering onderwerpt aan een belangenafweging.

Deze samenhangende benadering van de *Altmark*-voorwaarden die de Commissie in de zaak SNCM hanteerde, biedt ook lessen voor de overheden van de lidstaten bij de naleving van de staatssteun. Met het oog op het maken van beleidskeuzes die de rechtmatigheidsbeoordeling bij zowel publieke als private handhaving kunnen doorstaan, moeten overheden niet uit het oog verliezen dat artikel 107, lid 1, VWEU (toegepast op DAEB-compensaties) als doel heeft de mededinging te bewaken.¹⁴² Als een con-

140 *Idem.*

141 Zie Gerecht EU, 29 november 2018, *ARFEA t Commissie*, par. 109; Zie ook Gerecht EU, 24 september 2015, zaak T-674/11, *TV2/Danmark t Commissie*, r.o. 99 en 100.

142 HvJ EU, 6 november 2018, C-622/16 P, *Scuola Elementare Montessori t Commissie*, r.o. 43, 107.

current van een DAEB-beheerder aanmerkelijk in zijn rechtspositie wordt aangetast, dan kan de nationale rechter door een belanghebbende gevraagd worden het algemene belang van een DAEB af te wegen tegen mogelijke schendingen van het staatssteunverbod.¹⁴³ Het spanningsveld tussen de primaire werking van de kernelementen van artikel 106, lid 2, VWEU en de afwijkende *Altmark*-toepassing – en de positie van de nationale rechter – wordt in paragraaf 5.4. verder geanalyseerd.

4.5 Tussenconclusie

Het *Altmark*-arrest is een voorbeeld van een nieuwe rechtsregel, die als toepassingsstandaard een materiële Verdragsbepaling (de artikelen 107, lid 1, VWEU en 106, lid 2, VWEU) nader moest invullen. De verschillende toepassingen van dit arrest door het Gerecht en het Hof in de *post-Altmark*-jurisprudentie laten zien dat deze standaard niet altijd uniform kan worden toegepast per economische sector.

In *BUPA* bood de *Altmark*-toepassing in strikte zin te weinig ruimte om nieuwe niet-economische belangen mee te wegen, waarop het Gerecht de doelstellingen van artikel 168 VWEU meewoog. Daarop besloot het Gerecht om het toepassingskader van *Altmark* te verbreden naar de originele Verdragsdoelstellingen over DAEB in artikel 106, lid 2, VWEU. Het Gerecht was in *CBI* eveneens flexibel, omdat de zorgsector niet te beoordelen was onder normale mededingingsomstandigheden. Daarom liet het Gerecht in de zaak niet-economische doelstellingen van artikel 168 VWEU meewegen en liet het de vierde *Altmark*-voorwaarde buiten toepassing.

Als reactie op deze toepassingen heeft het Hof in *Viasat en TV2 Danmark II* elke flexibele toepassing van *Altmark* uitgesloten. Daarmee blijkt dat het Hof geen aantasting meer wil van het compromis van de belangen uit *Altmark*. Dit is opmerkelijk omdat het Hof zich met de *Viasat*-uitspraak realiseerde dat, wegens het strikte karakter, de *Altmark*-voorwaarden in de praktijk nauwelijks te vervullen zijn. Zodoende heeft artikel 106, lid 2, VWEU volgens het Hof nog steeds een centrale rol te spelen bij de beoordeling van DAEB-compensaties.¹⁴⁴

In de rechtspraak van het Hof staat het behoud van objectief staatssteunbegrip voorop. Zodoende brengt het Hof in *Viasat* een nadrukkelijke waterscheiding aan tussen de doelstellingen van *Altmark* en artikel 106, lid 2, VWEU. Daarbij lijkt het Hof zich niet volledig te realiseren dat deze

143 HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Pais Vasco*, r.o. 45.

144 Zie HvJ EU 8 maart 2017, *Viasat*, r.o. 30; Zie de opinie van A-G Wahl van 10 november 2016 bij zaak C-660/15 P, *Viasat*, randnummer 29.

bepaling alomvattender is dan een verenigbaarheidstoepassing. De doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU blijken namelijk een onontbeerlijk instrument voor de Commissie en het Gerecht om de *Altmark*-toepassing uniform te beoordelen in elke economische sector, getuige met name het arrest *SNCM*. De *post-Altmark*-rechtspraak toont aan dat DAEB-compensaties naar hun aard een belangenafweging vereisen. Dit komt door de centrale rol die artikel 106, lid 2, VWEU inneemt bij het beoordelen van de eerste *Altmark*-voorwaarde en het belang van een onverstoorde mededinging. Het Hof van Justitie van de EU heeft dit belang onderkend in de *post-Altmark*-jurisprudentie, maar desondanks komen zij tot verschillende uitkomsten. Waar het Gerecht in *SNCM* een belangenafweging binnen de *Altmark*-toepassing wel toelaat, is het Hof resoluut in *Viasat* door de Commissie, noch de nationale rechter, toe te staan te controleren of een compensatie daadwerkelijk overeenkomt met de kernbeginselen van evenredigheid, non-discriminatie en gelijke behandeling.

De verschillende benaderingen van het *Altmark*-arrest scheppen onduidelijkheid, en zij stellen de nationale rechter, in de hoedanigheid van Unierechter, voor het blok. Hoewel de *Altmark*-voorwaarden als doel voorstaan om orde te scheppen, afdwingbaar te zijn, en voorspelbare en herkenbare bouwstenen moeten zijn voor een toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, lijken deze verschillende benaderingen deze eigenschappen kennelijk te ontberen. De rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU biedt zodoende de overheden van de lidstaten interpretatieruimte binnen de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU. Gelet op de lijdelijkheid van de nationale rechter bij geschillen over de toepassing van de *Altmark*-voorwaarden is het de vraag of de nationale rechter een belangenafweging door de overheid op grond van een eenduidige en samenhangende toepassing van de *Altmark*-voorwaarden effectief kan controleren in een nationaal geschil.¹⁴⁵ Het is dan de vraag of nationale rechters de “*one size fits all*” interpretatie uit het *Viasat*-arrest kunnen effectueren, nu deze standaard de nationale rechter, overheden en belanghebbenden onvoldoende rechtszekerheid biedt.

Het is daarom te betreuren dat het Hof de zaak van *Viasat* niet heeft aangegrepen om te evalueren of de doelstellingen van *Altmark* überhaupt behaald kunnen worden door lidstaten. Daarmee heeft het Hof toekomstige prejudiciële vragen over objectiviteit van het staatssteunbegrip enerzijds, en de beleidsruimte van lidstaten om bijzondere (openbare) diensten uit te zonderen van dit begrip, naar mening van de auteur dezes niet afgevangen. In de volgende paragrafen zal betoogd worden dat het *Altmark*-arrest berust op een fundamenteel onjuiste toepassing van het Unierecht wegens vier blijvende knelpunten in de toepassing.

145 Metselaar 2016, p. 15, 234, 246-247, 288, 310-315.

| Benadering HvJ EU | Arrest | Belangenafweging tussen... | Uitkomst |
|--------------------------------|-----------------------|---|---|
| Teleologische interpretatie | BUPA | <u>Niet-economische belangen</u> (Solidariteit tussen generaties, toegankelijkheid, continuïteit, de bevoegdheden en doelstellingen op basis van artikel 168 VWEU) & economische belangen (efficiënte besteding, markttoegang en mededinging); Het economische uitvoeringskader uit <i>Altmark</i> (efficiëntie) & het criterium van een "economisch evenwicht" op basis van <u>artikel 106, lid 2, VWEU</u> . | De <i>Altmark</i> -voorwaarden moeten naar doel en geest worden toegepast. De niet-economische doelstellingen op het gebied van volksgezondheid wegen zwaarder dan de efficiënte besteding van de compensatie. |
| Sectorspecifieke interpretatie | CBI TV2 Danmark | <u>De diversiteit van DAEB-sectoren</u> , in het bijzonder op sociaal gebied en zorg <i>ex</i> artikel 168 VWEU en de " <u>economische en financiële voorwaarden</u> " uit het Unierecht, waaronder mededinging en efficiëntie. | De <i>Altmark</i> -voorwaarden moeten sectorspecifiek worden toegepast door te toetsen aan de mate van concurrentie en markttoegang per economische sector. In plaats van de vierde <i>Altmark</i> voorwaarde kan de overheid in sectoren met een beperkte mededinging een onderneming selecteren op basis van het criterium van "economisch aanvaardbare omstandigheden". |
| Strikte interpretatie | Viasat | <u>Beleidsruimte voor de lidstaten</u> om algemene belangen te rechtvaardigen binnen de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU <u>en de exclusieve bevoegdheid van de Commissie</u> om staatssteun voor DAEB verenigbaar te verklaren op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. | De doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU mogen niet als rechtvaardigend worden ingeroepen. Artikel 106 lid, 2, VWEU is een verenigbaarheids-toets, terwijl het <i>Altmark</i> -arrest alleen instrumenteel is om een voordeel op basis van artikel 107, lid 1, VWEU op te sporen. Elke voorwaarde van het <i>Altmark</i> -arrest heeft zijn eigen doelstelling. De algemene doelstelling is om te controleren of een DAEB-beheerder onder normale marktomstandigheden opereert. |
| Samenhangende benadering | SNCM | De <u>reële noodzaak</u> voor de lidstaten om economische activiteiten als DAEB aan te wijzen en; <u>uitwerking</u> van de DAEB-opdracht <u>op de mededinging en de markttoegang</u> . | De <i>Altmark</i> -voorwaarden moeten samenhangend toegepast worden, op basis van de Uniebeginselen van gelijke behandeling, transparantie, non-discriminatie en evenredigheid om te voorkomen dat een DAEB-aanwijzing als effect heeft de mededinging te beperken en het handelsverkeer te beïnvloeden door de markt af te schermen van ander marktdeelnemers (terwijl er geen legitiem belang is dat dit noodzaakt). |

Figuur III: Overzicht tegenstrijdige Altmark-interpretaties tussen het Hof en het Gerecht

5 BLIJVENDE KNELPUNTEN BIJ TOEPASSING VAN DE COMPENSATIEBENADERING

5.1 Inleiding

De analyse van de *post-Altmark*-jurisprudentie geeft inzicht in de aanvullende en afwijkende standaarden die het Hof van Justitie van de EU en de Commissie hebben ontwikkeld voor/met het oog op rechtszekerheid. Omdat deze verschillende standaarden tegenstrijdig zijn met elkaar, biedt de huidige compensatiebenadering onvoldoende rechtszekerheid voor toepassing door de nationale rechter. Deze tegenstrijdige uitkomsten berusten op blijvende en fundamentele knelpunten voor toepassing. Ten eerste overlapt de compensatiebenadering, als afwijking op artikel 107, lid 1, VWEU, met de werking en doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU. Omdat de compensatiebenadering de bijzondere rechtspositie van de DAEB-beheerder centraal neemt, werkt deze eerder als een rechtvaardiging dan als een objectieve standaard voor het verrichten van diensten onder normale marktomstandigheden. Daarmee ondergraaft het *Altmark*-arrest het objectieve karakter van het voordeeltbegrip (paragraaf 5.2). Ten tweede staat de strikte interpretatie van de *Altmark*-voorwaarden de centrale rol en werking van artikel 106, lid 2, VWEU in de weg. Dat de compensatiebenadering als afwijking voor DAEB op het normale voordeeltbegrip wordt toegepast binnen de werking van het staatssteunverbod, en niet in de verenigbaarheidsfase, lijkt fundamenteel in strijd met te zijn het primaire Unierecht (paragraaf 5.3) Tot slot wordt in paragraaf 5.4 benadrukt dat het *Altmark*-arrest als toepassingsstandaard een objectief karakter ontbeert en de discretie om een belangenafweging te verrichten, die de nationale rechter heeft op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, beperkt.

5.2 Het *Altmark*-arrest is een afwijking van het voordeeltbegrip van 107, lid 1, VWEU

5.2.1 *De Altmark-toepassing is ongeschikt voor het beoordelen van normale marktomstandigheden*

Het belangrijkste knelpunt in de *Altmark*-toepassing betreft de premisse van het Hof dat een DAEB-compensatie op basis van de *Altmark*-voorwaarden onder normale marktomstandigheden wordt verleend en vervolgens ook onder normale marktomstandigheden wordt uitgevoerd. Het Hof is in haar *post-Altmark*-jurisprudentie niet afgeweken van het vertrekpunt dat een DAEB-beheerder op basis van de *Altmark*-voorwaarden geen voordeel ontvangt, omdat de overheidsinterventie zou berusten op normale marktomstandigheden. Daarbij heeft het Hof in het *Altmark*-arrest onvoldoende in overweging genomen dat de overheid juist bijzondere randvoorwaarden verbindt aan de financiering en uitvoering van DAEB volgens artikel 106, lid 2, VWEU.

Het probleem hierbij is dat, juist door de bijzondere positie die toegekend wordt aan DAEB-beheerder(s) (en het feit dat de overheid hierdoor de marktvoorwaarden creëert) een compensatiestelsel niet vergelijkbaar is aan normale marktomstandigheden. Doorgaans zijn aan het beheer namelijk vormen van exclusiviteit, ofwel bijzondere rechten verbonden.¹⁴⁶ Zelfs als een gehele marktsector wordt afgesloten ten faveure van een DAEB, vormen bijzondere rechten mogelijke beperkingen op normale mededingingsomstandigheden of beperken zij (tijdelijk) de markttoegang.¹⁴⁷ In elk geval verkrijgen DAEB-beheerders een bijzondere positie, op een afgebakend grondgebied, voor een bepaalde tijd.¹⁴⁸ En ook al zijn normale marktomstandigheden vaak verre van perfect, overheidsinterventie op de markt, door de inzet van staatsmiddelen, past de marktomstandigheden artificieel aan.¹⁴⁹ Het voordeel dat een onderneming in dat geval ontvangt, is het verschil tussen de normale kosten van de bedrijfsvoering en de verlaging van deze kosten na overheidsinterventie op de markt.¹⁵⁰

In het *Orange t Commissie*-arrest oordeelde het Hof dat een DAEB-beheerder zich juist door zijn openbare taak in een bijzondere marktpositie bevindt (onder voorwaarden opgelegd door de overheid).¹⁵¹ In het *Altmark*-arrest heeft het Hof echter een compensatiemethode voor DAEB ontwikkeld die lastenverlichting voor een economisch nadeel als uitgangspunt neemt.¹⁵² Wanneer er een bijzondere marktpositie aan een onderneming wordt toegekend, is het volgens het Hof zeer moeilijk voor de Commissie om te beoordelen of er sprake is van normale marktvoorwaarden en of er ook een eventueel nadeel bestaat voor de DAEB-beheerder.¹⁵³ Daarom heeft het Hof in het *Orange t Commissie*-arrest ook de mogelijkheid om een onderneming te compenseren voor een structureel nadeel principieel beëindigd.¹⁵⁴

In zijn conclusie voor de zaak *Orange t Commissie* heeft A-G Wahl duidelijk gemaakt dat het toekennen van een compensatie op basis van sectorspecifieke regelgeving een artificieel karakter creëert, in plaats van normale marktvoorwaarden verzekert.¹⁵⁵ Deze opinie had evenwel betrekking op het ontkrachten van de noodzaak voor een compensatie voor een "structureel

146 Zie bijvoorbeeld artikel 4 van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

147 Zie HvJ EU, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Pais Vasco*; Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*. Zie voor exclusieve en bijzondere rechten en staatssteun Ølykke 2017, p. 164-180; Buendia Sierra 1999.

148 HvJ EU, 7 mei 2009, C 504/07, *Antrop t Carris*; Gerecht EU, 29 november 2018, T-720/16, *ARFEA t Commissie*.

149 Burke, 2018, p. 25, 32-33, 36-40.

150 Nicolaidis 2017a, p. 148.

151 HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

152 Artikel 10 Verordening 1191/69, *PbEG* (1969).

153 HvJ EU 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*; Zie hoofdstuk 1.

154 Zie ook hoofdstuk 2, paragraaf 6.4.3.

155 Zie de opinie van A-G Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*.

nadeel” en niet op de algemene compensatiebenadering.¹⁵⁶ Desalniettemin kan zijn benadering universeel toegepast worden op alle compensaties voor publieke diensten, of deze nu op een DAEB-taak betrekking hebben of niet.

Een DAEB-beheerder bevindt zich namelijk, juist door de toegekende compensatie, in een bijzondere marktpositie, die weliswaar verplicht en tijdelijk van aard is, maar bovenal niet te vergelijken is met de marktpositie van haar eventuele concurrenten. Zonder openbare dienstverplichtingen zouden veel DAEB-beheerders, die actief zijn in onrendabele economische sectoren, mogelijk niet eens bestaan.¹⁵⁷ Dit heeft het Hof weliswaar onderkend in haar rechtspraak, maar zij heeft hier geen afdoende consequenties aan verbonden. Desondanks heeft het Hof aan de *Viasat*-norm willen vasthouden door de compensatiebenadering uit *Altmark* gelijk te stellen aan het verrichten van een transactie onder normale marktomstandigheden.

In het *Cellnex*-arrest heeft het Hof deze conclusie toch enigszins afgezwakt. In dat arrest was het Hof namelijk gevraagd de verhouding tussen een noodzakelijk marktfalen en het overcompensatie-begrip te verduidelijken. Het Hof oordeelde in deze zaak dat, juist omdat door de aanwezigheid van een marktfalen, een DAEB-beheerder nooit onder normale marktomstandigheden kan opereren.¹⁵⁸ Het Hof volgde hier de lijn van het arrest *Orange t Commissie* en oordeelde dat de compensatie van “extra juridische, contractuele en regulerende lasten”, opgelegd door de staat, niet aangemerkt kon worden als een transactie onder normale marktomstandigheden.¹⁵⁹ Hoewel er volgens het Hof in de *Cellnex*-zaak geen DAEB was opgelegd, is deze benadering van “normale marktomstandigheden” tegenstrijdig aan de originele benadering van het Hof in *Altmark*.¹⁶⁰ En de benadering van het Hof in het *Cellnex*-arrest staat niet op zichzelf.

In het *Hongarije t Commissie*-arrest oordeelde het Hof dat een DAEB op grond van artikel 106, lid 2, VWEU, wegens tekortkomingen op de markt, aan een beheerder kan worden opgelegd, op voorwaarde dat deze dienst niet reeds op bevredigende wijze onder normale marktomstandigheden wordt verricht.¹⁶¹ Het gaat hier om voorwaarden van algemeen belang zoals prijs, kwaliteit, continuïteit en toegang tot de dienst.¹⁶² Indien een dienst met een algemeen belang dus reeds onder normale marktomstandigheden wordt aangeboden, is een DAEB-aanwijzing in strijd met het Unierecht.¹⁶³ En hoewel het Hof in de zaak *Hongarije t Commissie* de verhouding

156 Zie ook hoofdstuk 1, paragraaf 5.4.2.

157 Zie Conclusie A-G Mazák van 20 oktober 2011 bij zaak C124/10 P, *EDF*.

158 HvJ EU, 26 april 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*.

159 HvJ EU, 26 april 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*, r.o. 112-113.

160 Zie HvJ EU, 26 april 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*, r.o. 112,115. HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, r.o. 84-87, 91.

161 HvJ EU, 7 november 2018, C-171/17, *Commissie t Hongarije*, r.o. 51-57.

162 Opinie A-G Bot van 14 juni 2018 bij zaak C-171/17, *Hongarije t Commissie*, randnummer 65.

163 Zie Opinie A-G Bot van 14 juni 2018 bij zaak C-171/17, *Hongarije t Commissie*, randnummer 65,76.

tussen het vrij verkeer van diensten en DAEB moest beoordelen, heeft A-G Bot in zijn opinie bij deze zaak duidelijk gesteld dat de criteria voor DAEB op basis van het vrij verkeer van diensten én de staatssteunregels niet van elkaar mogen afwijken, juist omdat “het begrip DAEB uniek is.”¹⁶⁴ Deze mening was de Commissie in de zaak *Hongarije t Commissie* eveneens toegegaan. De Commissie merkte namelijk op dat “het niet opportuun zou zijn om een activiteit die al op bevredigende wijze wordt of kan worden verricht door ondernemingen die hun activiteiten onder normale marktomstandigheden uitoefenen, te koppelen aan specifieke verplichtingen van openbare dienstverlening.”¹⁶⁵ Het Hof oordeelde dat een DAEB een rechtsinstrument is ter rechtvaardiging van een beperking van de mededinging. Deze rechtvaardiging kan volgens het Hof alleen toegestaan worden wanneer een bepaalde dienst op een ontoereikende wijze op de markt wordt aangeboden. De overheid kan dus op de markt interveniëren volgens het Hof, juist als diezelfde overheid aantoont dat bepaalde doeleinden, zoals de continuïteit en toegang tot de dienst, niet onder normale marktomstandigheden worden bereikt. Het Hof baseerde zijn oordeel op de DAEB-mededeling van de Commissie, waarin de beleidsruimte en de begrenzingen van een DAEB-aanwijzing, op basis van artikel 106, lid 2, VWEU door de Commissie zijn omschreven.¹⁶⁶

Uit de uitspraak *Hongarije t Commissie* valt daarom op te maken dat de begrippen DAEB en normale marktomstandigheden, op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, inherent tegenstrijdig zijn. Het opleggen van een DAEB moet onder de uniforme uitlegging van het Unierecht daarom per definitie als een uitzonderingspositie gezien worden.

De uitspraken van het Hof in de zaken *Orange*, *Cellnex* en *Hongarije t Commissie* laten zien dat in het geval van een marktwerking met voldoende concurrentie de overheid geen openbare dienstverplichting mag opleggen op basis van het begrip “DAEB” (in het Unierecht). De achterliggende ratio is dat ondernemingen aanwezige algemene belangen in de markt op dat moment zelfstandig aanbieden zonder noodzaak van overheidsinterventie. DAEB onderscheiden zich daarmee juist van normale marktactiviteiten, omdat de overheid omwille van een algemeen belang deze diensten wil coördineren en reguleren. Afgaande op de rechtspraak van het Hof inzake *Orange* en *Cellnex* kunnen deze diensten dan ook niet zuiver een compensatie inhouden en een artificieel voordeel uitsluiten, omdat elke maatregel die ten doel, of als effect heeft, normale lasten te verlichten, een voordeel vormt.¹⁶⁷ Bij de beoordeling van een DAEB op staatssteun zou het voor-

164 Opinie A-G Bot van 14 juni 2018 bij zaak C-171/17, *Hongarije t Commissie*, randnummer 60.

165 Opinie A-G Bot van 14 juni 2018 bij zaak C-171/17, *Hongarije t Commissie*, randnummer 40.

166 HvJ EU, 7 november 2018, C-171/17, *Commissie t Hongarije*, r.o. 56. Zie ook de DAEB-Mededeling 2012, paragraaf 3.3.

167 Zie ook HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Heiser*, r.o. 36; HvJ EU, 27 juni 2017, C74/16, *Congregación de Escuelas Pías*, r.o. 66.

werp van de compensatie, zij het een DAEB of een ander legitiem belang, in beginsel daarom niet uit moeten maken voor de beoordeling van een steunmaatregel.

De inconsistente uitleg van de *Altmark*-uitzondering door het Hof van Justitie van de EU, zoals uiteengezet in paragraaf 4, vindt zijn oorsprong in de “*quid pro quo*” benadering van A-G Jacobs.¹⁶⁸ Deze benadering gaat ook voorbij aan het effect van een maatregel op de mededinging en maakt het onderscheid tussen steun en geen steun flexibel en onvoorspelbaar.¹⁶⁹ In de *Chronopost*-arresten heeft het Hof weliswaar benadrukt dat de toepassing van de vierde *Altmark*-voorwaarde er hoofdzakelijk aan toe kan bijdragen dat voorwaarden voor economisch gedrag de marktwerking zo dicht mogelijk benaderen.¹⁷⁰ Echter, deze arresten tonen eveneens aan dat een dergelijk resultaat niet gelijk staat aan normale marktvoorwaarden. De benchmark van een gemiddeld goed beheerde onderneming is namelijk ontwikkeld voor het beoordelen van marktgedrag in een publieke sector en berust daarbij op overheidsratio en niet op de ratio van een particuliere marktinvesteerder.¹⁷¹

Vervolgens heeft het Hof de compensatiebenadering vervlochten met de test van een particuliere marktdeelnemer in de *Chronopost*-arresten. In twee uitspraken heeft het Hof, op basis van een DAEB in de postsector, geoordeeld dat een DAEB-beheerder aan de hand van marktconforme voorwaarden geselecteerd moet worden. Als dat niet mogelijk is, moet een hypothetische benchmark verricht worden in een soortgelijke economische sector.¹⁷²

Het Hof overwoog dat, om een landelijke postbezorging te garanderen, beheerder La Poste dusdanige investeringen moest verrichten, “die niet louter beantwoorden aan economische criteria”.¹⁷³ Het Hof verbond hieraan de conclusie dat een particuliere onderneming niet voor deze investering zou hebben gekozen.¹⁷⁴ Desondanks handelde La Poste, volgens het Hof, toch als een gemiddeld goed beheerde onderneming. Het Gerecht heeft in het arrest *Transavia* nog eens bevestigd dat het Hof in *Chronopost II*, op basis van de benchmarktest van *Altmark*, onmogelijk normale marktomstandigheden kon vaststellen.¹⁷⁵ De oorzaak hiervan was volgens het Gerecht

168 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*, overweging 81.

169 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*., randnummer 86.

170 Cyndecka 2015, p. 163, 165; De Cecco 2013, p. 144-145.

171 Zie ook Hoofdstuk 1, paragraaf 4.5.2.

172 Zie ook Hoofdstuk 1, paragraaf 5.5.2.

173 HvJ EU, 3 juli 2003, gevoegde zaken C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, *Chronopost t UFEX*, r.o. 36.

174 Zie de Opinie van A-G Sharpston, van 6 december 2007 bijgevoegde zaken C341/06 P en C342/06 P, *Chronopost II*.

175 Gerecht EU, 13 december 2018, T-591/15, *Transavia t Commissie*.

“de onmogelijkheid om een vergelijkende analyse toe te passen” tussen ondernemingen die actief zijn in een door de overheid “gereserveerde sector” en particuliere ondernemingen buiten deze sector.¹⁷⁶ Deze illustratie laat zien waarom deze uitleg van vierde *Altmark*-voorwaarde door het Hof niet de test kan doorstaan van “normale marktomstandigheden.”¹⁷⁷

De gestelde standaard in *Altmark* kan gezien worden als compromis dat te veel belang heeft toegekend aan de “oneigenlijke lasten” die DAEB-beheerders dragen. Hierdoor heeft het Hof in het *Altmark*-arrest onvoldoende het objectieve karakter van artikel 107, lid 1, VWEU in ogenschouw genomen. Daarmee is een DAEB-compensatie, op basis van het *Altmark*-arrest, een instrument voor lidstaten om unilateraal en artificieel in te grijpen ten aanzien van bestaande marktomstandigheden en kan zo’n compensatie een vergelijkbare beperkende uitwerking hebben op de mededinging als andere steuninstrumenten, zoals subsidies, exclusieve vergunningen of preferentieel belastingbeleid.¹⁷⁸

5.2.2 *Het compenseren van een concurrentienadeel en het uitsluiten van een voordeel is tegenstrijdig*

Het feitencomplex van het *Altmark*-arrest, betreffende de onrendabiliteit van openbare vervoersdiensten, heeft het Hof in *Altmark* ertoe bewogen een standaard te ontwikkelen die zowel een voordeel uitsluit, maar eveneens een nadeel neutraliseert. Desondanks kan de compensatie van een concurrentienadeel niet als een normale marktomstandigheid worden aangemerkt (ook niet als het een DAEB betreft).¹⁷⁹ De omstandigheid dat een lidstaat via unilaterale maatregelen de mededingingsvoorwaarden in een bepaalde economische sector probeert aan te passen, is namelijk de enige objectieve standaard voor het beoordelen van een voordeel.¹⁸⁰

Eveneens is het ook de vraag wat voor soort nadeel geneutraliseerd kan worden. Is er sprake van een inherent of generiek nadeel dat zijn oorsprong vindt in ontoereikende mededingingsomstandigheden, zoals een marktfalen? Of is er sprake van een direct nadeel dat een marktdeelnemer ondervindt ten opzichte van andere marktdeelnemers wanneer hij niet gecompenseerd wordt?¹⁸¹ De zienswijze van het Hof in het arrest *Cellnex* toont aan dat een compensatie voor een openbare dienst, niet altijd de minst ingrijpende remedie hoeft te zijn tegen een marktfalen, dat wil zeggen een

176 *Idem*, r.o.124.

177 Gerecht EU, 13 december 2018, T-591/15, *Transavia t Commissie*, r.o. 124.

178 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*.

179 Zie HvJ EU, C-446/14 P, 18 februari 2016, *Duitsland t Commissie (ZT Rheinland-Pfalz)*.

180 HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Heiser*.

181 Conclusie A-G Wahl, 20 december 2017, C-525/16, *MEO t Autoridade da Concorrência*, randnummer 26.

ontoereikendheid van de markt. Wanneer de compensatie de mededinging onevenredig beperkt, kan de overheid door middel van een compensatie mogelijk zelfs bijdragen aan een marktfalen.¹⁸² Een dergelijke problematiek, verdient een evenwichtige belangenafweging, die in beginsel niet thuis hoort in de beoordeling van een objectief voordeelbegrip.

Het Hof heeft daarom in de zaak *Orange* de vorming van een “nadeelbegrip” als spiegelbeeld ten opzichte van een objectief voordeelbegrip ten stelligste afgewezen.¹⁸³ Ook in de bredere toepassing van het mededingingsrecht bestaat er geen stelregel voor het vaststellen van een nadeel binnen de toepassing van een verbodsbepaling.¹⁸⁴ Zo merkte A-G Wahl ten aanzien van de toepassing van artikel 102 VWEU op dat het feit dat een onderneming voor de aankoop van een goed of een dienst een hogere prijs moet betalen in vergelijking tot concurrerende ondernemingen weliswaar als nadeel kan worden aangemerkt, maar dat deze omstandigheid niet noodzakelijk leidt tot een “concurrentienadeel”.¹⁸⁵ Daarbij bestaan er in het mededingingsrecht volgens A-G Wahl geen “duidelijke uitleggingsrichtsnoeren” waaruit een “nadeel bij de mededinging” valt af te leiden.¹⁸⁶

De afwezigheid van standaarden in het mededingingsrecht is hier relevant, omdat er ook geen afdwingbare uitlegging bestaat van een “nadeel” in de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Bovendien kan een eventueel nadeel een inbreuk op normale marktomstandigheden volgens artikel 107, lid 1, VWEU niet rechtvaardigen. Zo wilde Duitsland in de zaak *Georgsmarienhütte* een compensatie binnen de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, rechtvaardigen wegens het bestaan van een concurrentienadeel. Dit nadeel ondervonden Duitse energieproducenten volgens Duitsland ten opzichte van concurrenten in andere lidstaten. Vervolgens begonnen de Duitse ondernemingen die uitgesloten waren van de compensatie een procedure voor de nationale rechter. In de conclusie van A-G Campos Sanchez voor deze zaak komt nadrukkelijk naar voren dat een concurrentienadeel niet een objectief begrip is op basis van artikel 107, lid 1, VWEU.¹⁸⁷ Volgens A-G Campos Sanchez is er sprake van een aantasting van normale marktvoorwaarden, en daarmee een voordeel, “wanneer de financiële

182 HvJ EU, 26 april 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commission*; Gerecht EU, 15 december 2016, T-37/15, *Abertis Telecom Terrestre t Commissie*. Zie voor de verhouding tussen DAEB-aanwijzingen en de veroorzaking van marktfalen door de overheid, Burke 2018, p. 25, 32-40.

183 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 5.4.2.

184 Conclusie A-G Wahl, 20 december 2017, zaak C-525/16, *MEO t Autoridade da Concorrência*, par.25

185 *Idem*.

186 Conclusie A-G Wahl, 20 december 2017, C-525/16, *MEO t Autoridade da Concorrência*, randnummer 81.

187 Opinie A-G Campos Sánchez – Bordona, 27 februari 2018, bij zaak C-135/16, *Georgsmarienhütte t Duitsland*.

situatie van een onderneming verbetert als rechtstreeks gevolg van het overheidsoptreden en niet door de vrije marktwerking." Dit is een brede interpretatie van een voordeel, die recht doet aan de rechtspraak van het Hof in *Orange* en *Cellnex*. Dat betekent dat ook een verlichting van normale financiële lasten, als gevolg van marktvoorschriften opgelegd door de staat, onder het voordeel begrip valt.¹⁸⁸ Het begrip "concurrentienadeel" moet eerder beoordeeld worden binnen de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU waarin het nadeel erin bestaat dat steun niet is aangemeld en de belangen van concurrenten schaadt. De materiële uitleg van dit begrip moet daarom vooral in het kader van de private handhaving, schadevergoeding en de werking van de nationale procesautonomie gezocht worden.¹⁸⁹ In deze omstandigheid is de nationale rechter bovendien altijd gehouden een schadevordering te beoordelen op een "onrechtmatig mededingingsvoordeel voor de begunstigde" en niet op een mededingingsnadeel voor de begunstigde.¹⁹⁰

Deze benadering is door het Hof nadrukkelijk opnieuw omarmd in haar jurisprudentie. Op dit punt lijkt het Hof weer dichterbij de *pre-Altmark*-jurisprudentie te geraken, met als duidelijk ijkpunt het arrest *GEMO*, waarin het Hof geen enkele afwijking toestond op het voordeelbegrip ten faveure van algemene belangen.¹⁹¹ In tegenstelling tot dat ijkpunt staat het *Altmark*-arrest toe dat aan bepaalde nadelige gevolgen voor DAEB-beheerders een zwaarder gewicht wordt toegekend dan aan die aan de belangen van een objectief staatssteun begrip voor effectieve handhaving.

Door de wijzing van het *Altmark*-arrest is het Hof mogelijkterwijs uit het oog verloren dat praktische belangen nooit de eigenlijke doelstellingen van Verdragsbepalingen mogen neutraliseren.¹⁹² Eerder moet de gestelde afwijkende standaard in *Altmark* beschouwd worden als compromis dat te veel belang heeft toegekend aan het remediëren van de "oneigenlijke lasten" die DAEB-beheerders dragen. Deze toepassingstandaard heeft daarmee een blijvende tegenstrijdigheid gecreëerd tussen de doelstellingen van het staatssteunverbod en de praktische problemen die DAEB-beheerders onderkennen bij de uitvoeren van hun openbare dienstverplichtingen.

188 *Idem*, randnummers 79-80. Zie ook HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Heiser* en HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías*, r.o. 66.

189 Zie bijvoorbeeld *Opinie A-G Wahl*, 13 september 2018, zaak C-387/17, *Presidenza del Consiglio dei Ministri t Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, randnummers 81-95; HvJ EU 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*.

190 *Opinie A-G Wahl*, 13 september 2018, C-387/17, *Presidenza del Consiglio dei Ministri t Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, randnummer 87.

191 HvJ EG, 20 november 2003, C-126/01, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie t GEMO*.

192 Zie naar analogie HvJ EGKS, 18 maart 1980, gevoegde zaken 154, 205, 206, 226-228, 264-278, *Ferriera Valsabbia t Commissie*, r.o. 84.

5.3 De centrale rol en werking van artikel 106, lid 2, VWEU worden ingeperkt door het *Altmark*-arrest

5.3.1 *Artikel 106, lid 2, VWEU speelt een rol bij twee onderscheidende fases van staatssteuncontrole*

Artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin, vereist dat ondernemingen belast met een DAEB onder de regels van de Verdragen vallen, met name de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De tweede volzin stelt dat de ontwikkeling van het handelsverkeer niet mag worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.

Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat er twee verschillende fases zijn op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. De eerste fase vereist dat een DAEB-omschrijving niet in strijd mag zijn met de Verdragsregels. Ten opzichte van de werking van artikel 107, lid 1, VWEU moet gecontroleerd worden op de DAEB-aanwijzing niet kan leiden tot een potentiële beperking van de mededinging, dan wel een negatief effect heeft op het handelsverkeer.¹⁹³ Op basis van de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU en de rechtstreekse werking van de DAEB-omschrijving van artikel 106, lid 2, VWEU kunnen belanghebbenden de rechter verzoeken om te controleren of een DAEB een dergelijke *prima facie* beperking oplevert, en daarmee eveneens een inbreuk maakt op het staatssteunverbod. Wanneer er vervolgens een inbreuk is vastgesteld, kan in de tweede fase de verenigbaarheid op basis van artikel 106, lid 2, VWEU beoordeeld worden.

Deze fases impliceren twee verschillende belangenafwegingen. De eerste fase heeft als doel elke potentiële versterking van de marktpositie van een onderneming door unilaterale overheidsinterventie te verhinderen. Dit is de reden waarom het Hof een rechtstreekse werking heeft toegekend aan de DAEB-omschrijving. Belanghebbenden kunnen in dat geval de DAEB-omschrijving aanvechten omdat deze de mededinging beperkt of de markttoegang van marktdeelnemers beperkt.¹⁹⁴ Deze belangenafweging is met name belangrijk bij de rechtsbescherming die de nationale rechter kan bieden bij de toepassing van het staatssteunverbod aan concurrenten en consumenten (zie Hoofdstuk 5).

De tweede fase heeft als doel een beperking van de mededinging, in de vorm van een grensoverschrijdend economisch voordeel, af te wegen tegen de belangen van het economisch evenwicht en continuïteit van de

193 Zie HvJ EU, 10 juni 2010, C 140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*; HvJ EU, 20 december, C-81/16 P, *Spanje t Commissie*.

194 HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Heiser*, Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*.

openbare dienstverplichting en het handelsverkeer op de interne markt. De tweede fase betreft de verenigbaarheid van staatssteun, waarbij in beginsel de Commissie controleert of op basis van artikel 106, lid 2, VWEU of een DAEB onder economisch evenwichtige voorwaarden wordt verricht.¹⁹⁵ Bij deze afweging is het criterium van “economisch aanvaardbare omstandigheden”, op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, doorslaggevend en niet de mate van efficiëntie van de DAEB-compensatie.¹⁹⁶

In beide fases moet voldaan worden aan de Uniebeginselen van transparantie, gelijke behandeling, non-discriminatie en evenredigheid.¹⁹⁷

5.3.2 *De Altmark-toepassing vervaagt het onderscheid tussen verbod en rechtvaardiging*

Met wijzing van het *Altmark*-arrest heeft het Hof een toepassingsstandaard gecreëerd, die weliswaar de rechter discretie moest bieden, maar niet intrinsiek de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en evenredigheid vermeldt.¹⁹⁸

De *Altmark*-toepassing vormt echter eveneens een afwijking op het voordeeltbegrip van artikel 107, lid 1, VWEU (zie paragraaf 5.2). Bij een succesvolle toepassing is er geen beperking, en daarmee geen schending van het Verdrag. Daarnaast wijkt deze toepassing ook van af de bepalingen van artikel 106, lid 2, VWEU. Daarbij heeft het Hof in *Altmark* de verhouding tussen de *Altmark*-toepassing en rol en werking van artikel 106, lid 2, VWEU simpelweg niet in overweging genomen. En hoewel het Hof met geen woord repte over de werking van artikel 106, lid 2, VWEU, overlapt de compensatiebenadering zeer duidelijk met de doelstelling van artikel 106, lid 2, VWEU, zoals A-G Wathelet ook heeft onderkend in zijn opinie bij *Pais Vasco*.¹⁹⁹ Echter, in het geval van het *Altmark*-arrest, biedt de standaard slechts een gedeeltelijke toetsing aan de Uniebeginselen.

De uiteindelijke benadering van het Hof in *Altmark* gooit namelijk twee onderscheidende juridische toepassingen op één hoop en voegt vervolgens een blijvende inherente rechtvaardigingsgrond toe aan een objectief staatssteunbegrip. Daarmee heeft het Hof twee toepassingen verward,

195 Zie HvJ EG, 19 mei 1993, C-230/91, *Corbeau t Regie des Postes*; HvJ EG, 25 oktober 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*.

196 Zie HvJ EU 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat*, r.o. 44-46.

197 Zie voor de eerste fase Gerecht EU, 3 december 2014, T 57/11, *Castelnou Energía*; Zie voor de tweede fase Gerecht EU, 25 maart 2015, T-556/08, *Slovenska post*; HvJ EU, 28 februari 2013, C1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (OTOC)*.

198 Het Hof spreekt in de jurisprudentie over de *Altmark*-test als een “standaard”. Zie HvJ EU 8 maart 2017, *Viasat*, r.o. 57.

199 Conclusie A-G Wathelet van 7 september bij de zaken C-66/16 P tot en met C-69P, *Comunidade País Vasco*.

namelijk de toepassing van het staatssteunverbod, en de toepassing van een uitzondering ter rechtvaardiging van een inbreuk op dat verbod. Deze benadering druist rechtstreeks in tegen de bedoelingen van artikel 107, lid 1, VWEU. Deze bepaling gaat uit van een “artificieel voordeel” dat lost staat van een eventuele tegenprestatie. Omdat het Hof in *Altmark* de bestaande beoordelingsystematiek tussen verbod en verdragsuitzondering volledig losliet, vermengde het Hof de werking van een verbodsbepaling en het toepasselijke verenigbaarheidskader volledig met elkaar. Door een afwijking te creëren op de verenigbaarheidstest van artikel 106, lid 2, tweede volzin VWEU, heeft het Hof de werking van deze bepaling ondergraven.

5.3.3 *De primaire werking van artikel 106, lid 2, VWEU noodzaakt een belangenafweging in de Altmark-toepassing*

In *Viasat* moest het Hof voor het eerst uitleggen hoe de *Altmark*-voorwaarden en de voorwaarden van artikel 106, lid 2, VWEU zich tot elkaar verhouden. Dat is opmerkelijk omdat A-G Léger reeds in zijn opinie bij *Altmark* waarschuwde dat de compensatiebenadering conceptueel overlapt met de verenigbaarheidstoepassing. Bovendien was de doorwerking van het evenredigheidsbeginsel van artikel 106, lid 2, VWEU in de *Altmark*-toepassing reeds bij het Hof bekend sinds de wijzing van het *BUPA*-arrest door het Gerecht.

De waterscheiding die het Hof in *Viasat* vervolgens heeft aangebracht tussen de *Altmark*-toepassing en de verenigbaarheidstest verhuult niet dat de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU nog steeds worden ingeroepen door partijen in de *Altmark*-toepassing en daarmee in het kader van de rechtsbescherming – op verzoek van partijen – inhoudelijk kunnen worden gewogen door de rechter.²⁰⁰

Het oordeel van het Hof in *Viasat* dat *Altmark* geen verenigbaarheidstest is, maar toetst of er sprake is van normale marktactiviteiten, kan de overlapping van deze doelstellingen niet voorkomen. Beide toepassingen, die van *Altmark* en die van artikel 106, lid 2, VWEU kennen een bijzonder belang toe aan DAEB. Het Gerecht en het Hof hebben herhaaldelijk geoordeeld dat de eerste *Altmark*-voorwaarde, en artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin, inhoudelijk volledig overeenkomen. Omdat een DAEB-omschrijving rechtstreekse werking heeft, dienen deze bepalingen dezelfde reikwijdte en toepassing te hebben.

Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie zien beide toepassingen op een uitkomst die bijdraagt aan een continuïteit en de economische levensvatbaarheid van een DAEB-compensatie (zie paragraaf 3.2.1). Bij de

200 Zie paragraaf 5.4.

controle van de objectiviteit en transparantie van de parameters van een compensatie houden Gerecht en Hof rekening met de continuïteit en levensvatbaarheid van de DAEB. Zonder een compensatie en een toekenning van een redelijke winst zou de beheerder de DAEB niet uit willen voeren. In sommige gevallen onderzoekt het Gerecht ook binnen de *Altmark*-toepassing of een DAEB onder “economische aanvaardbare omstandigheden” kan worden verricht, hetgeen het criterium is van artikel 106, lid 2, VWEU.²⁰¹ Zo verrichte het Gerecht in *BUPA* en *Castelnou* binnen de *Altmark*-toepassing een belangenafweging tussen dit criterium en de effecten van een DAEB-aanwijzing op de mededinging en de markttoegang.²⁰² Daarenboven heeft het Hof van Justitie van de EU aansluiting gezocht bij de rechtspraak over artikel 106, lid 2, VWEU over de Unierechtelijke begrenzingsen aan een DAEB-compensatie. Aansluitend heeft het Hof van Justitie van de EU een halt toegeroepen aan de economische invulling van het criterium markt-falen in de *Altmark*-toepassing en meer nadruk gelegd op de legitimiteit van DAEB op basis van Verdragsbepalingen uit het VWEU (en het protocol nr. 26 bij het VWEU).²⁰³

Het belangrijkste verschil in de *Altmark*-toepassing en de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU is dat op basis van deze laatste bepaling, een DAEB-compensatie niet economisch rendabel of efficiënt uitgevoerd hoeft te worden.²⁰⁴ De vierde *Altmark*-voorwaarde wijkt dan ook volledig af van het criterium van “economisch aanvaardbare omstandigheden”. Waar de vierde *Altmark*-voorwaarde een selectie op basis van de laagste kosten voor de gemeenschap of op basis van benchmarking vereist, berust de toepassing van het criterium van “economisch aanvaardbare omstandigheden” vooral op een balans tussen de continuïteit en universele toegang tot een DAEB en de uitwerkingen op de mededinging en het handelsverkeer.

Omdat het Gerecht inziet dat de toepassing van de vierde *Altmark*-voorwaarde “praktische moeilijkheden” kan opleveren voor de continuïteit van de openbare dienst, heeft het in haar rechtspraak een flexibele benadering ontworpen, die *de facto* de efficiëntie-voorwaarde buiten toepassing laat.²⁰⁵ Ten aanzien van openbare diensten in bepaalde openbare dienstsectoren, in bijvoorbeeld de sociale zorg- en welzijnssector, kunnen de *Altmark*-voorwaarden zo minder strikt toegepast worden.

201 Zie Gerecht EU, 3 december 2014, T-57/11, *Castelnou Energía*, r.o.149; Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*.

202 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o.131, 273, 278.

203 Gerecht EU, 18 januari 2017, T-92/11 RENV, *Jørgen Andersen t Commissie*. Zie ook HvJ EU, 6 oktober 2015, C-303/13 P, *Commissie t Jørgen Andersen*.

204 HvJ EU, 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat*; Jones & Suffrin, *EU Competition Law*, Oxford, 2014, p. 641-642.

205 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*; Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*, r.o. 100, 116, 131; Gerecht EU, 7 december 2012, T137/10, *CBI*.

Hierbij heeft het Gerecht aansluiting gezocht bij de oude rechtspraak van het Hof over artikel 106, lid 2, VWEU.²⁰⁶ Deze rechtspraak neemt als uitgangspunt niet zozeer een efficiënte besteding, maar het economisch evenwicht tussen commerciële nevenactiviteiten en de DAEB. Dat maakt volgens het Gerecht in *BUPA* niet alleen de beoordelingsruimte van lidstaten ruim bij de omschrijving van een DAEB, maar geeft de lidstaten ook een ruime beoordelingsmarge bij de bepaling van de compensatie van de kosten, zolang voldaan wordt aan de beginselen van non-discriminatie en transparantie.²⁰⁷

Eveneens toont het arrest *SNCM* aan dat de toepassing van de vier *Altmark*-voorwaarden een beoordeling van de *Altmark*-voorwaarden, conform de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU, niet uitsluit. Het Gerecht heeft in deze zaak minder belang gehecht aan het doel van elke afzonderlijke voorwaarde, maar gekeken naar het economische evenwicht van de openbare dienstverplichting. In plaats van alleen de aanwezigheid van een effectief mechanisme op overcompensatie te beoordelen, kijkt het Gerecht in *SNCM* naar de effecten van de DAEB-omschrijving op de mededinging en het handelsverkeer. Uit de doelstellingen van de eerste, tweede en vierde *Altmark*-voorwaarden kon het Gerecht vervolgens afleiden dat de Commissie terecht had besloten dat de openbare dienstomschrijvingen en de hieraan verbonden aanbesteding geen daadwerkelijke concurrentie konden generen.

De samenhangende benadering in het arrest *SNCM* geeft inzicht in de wijze waarop de Commissie de verschillende doelstellingen in de *Altmark*-toepassing afweegt. Deze benadering gaat verder dan een afzonderlijke toetsing aan elke voorwaarde, maar onderwerpt de verschillende doelstellingen van de compensatiebenadering aan een belangenafweging. Het Gerecht past hier de doelstellingen van het *Altmark*-arrest toe, conform de rechtspraak op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. In plaats van een louter formalistische toepassing van de voorwaarden, kiest het Gerecht voor een toepassing van de voorwaarden die voldoet aan de beginselen van subsidiariteit, evenredigheid, transparantie en non-discriminatie. Deze beginselen berusten op de werking van rechtstreekse werking van artikel 106, lid 2, VWEU. Een formalistische controle zou in strijd zou zijn geweest met deze rechtstreekse werking. Het Hof heeft een belangenafweging tussen de verschillende doelstellingen van het *Altmark*-arrest in de arresten *Viasat* en *TV2 Danmark II* uitgesloten en lijkt geen samenhangende beoordeling, maar enigszins formalistische-, voor te staan. Afwijking van dat standpunt lijkt voor het Gerecht als beroepsrechter onvermijdelijk, omdat het anders de besluitpraktijk van de Commissie maar beperkt zou kunnen controleren. De

206 HvJ EG, 19 mei 1993, C-230/91, *Corbeau t Regie des Postes*; HvJ EG, 25 oktober 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*.

207 Gerecht EU, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA*, r.o. 214-216.

samenhangende benadering van de Commissie geeft inzicht in de blijvende werking van de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU die doorsijpelen in de *Altmark*-toepassing. Deze primaire Verdragsbepaling speelt volgens waarneming van A-G Wahl nog steeds een centrale rol bij de beoordeling op staatssteun.

5.4 Het *Altmark*-arrest beperkt de belangenafweging die de nationale rechter mag maken op basis van het Unierecht

In verschillende nationale procedures is door het Hof van Justitie of door de Commissie specifiek richting nationale rechters opgemerkt dat de nationale rechter niet louter formeel, maar feitelijk dient te controleren of aan de *Altmark*-voorwaarden is voldaan.²⁰⁸ De Commissie hecht aan een samenhangende interpretatie van de *Altmark*-voorwaarden, waarin gewicht wordt toegekend aan het bijzondere karakter van de openbare dienst, maar eveneens meegewogen wordt wat de potentiële effecten zijn van een compensatie op de mededinging en de markttoegang (zie paragraaf 4.4.). Op grond van verschillende *Altmark*-benaderingen uit de rechtspraak van Hof van Justitie van de EU (zoals geanalyseerd in paragraaf 4) volgt dat actoren die betrokken zijn bij handhaving een belangenafweging verrichten die overeenkomt met de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU.

De praktische naleving van de *Altmark*-voorwaarden door de nationale rechter sluit zodoende niet uit dat diezelfde rechter in het verlengde van de controle op de DAEB-kwalificatie vervolgens ook de andere *Altmark*-voorwaarden toetst aan potentiële gevolgen voor mededinging en markttoegang. Als de parameters van een compensatie als doel of effect hebben dat zij de mededinging beperken, kan de nationale rechter, op grond van de benadering in het *BUPA*-arrest, aannemen dat de maatregel kennelijk onevenredig is.²⁰⁹ Deze toepassing mag evenwel niet gelijk staan aan een verenigbaarheidstoepassing.

Ook de nationale rechter kan geconfronteerd worden met de keuze voor formele toepassing en een inhoudelijke beoordeling van marktomstandigheden. Analooq aan het feitencomplex in *SNCM* kan de nationale rechter geconfronteerd worden met de vraag of DAEB-activiteiten potentiële uit-

208 Corthaut et al, 2017, p. 298.

209 Zie ook High Court of the Republic of Ireland, 7 maart 2013, [2013] IEHC 103, *BUPA Ireland t Health Insurance Authority*, 2005 532 JR, r.o. 61, 62 te vinden op <http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/07288208E1FA1D8880257B3500589AF7> en; High Court of the Republic of Ireland, 23 november, 2006, [2006] IEHC 431, *BUPA Ireland t Health Insurance Authority*, 2005 532 JR, r.o. 295, te vinden op <http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/0AB5F415208C5E338025728E004726DD>.

werkingen hebben op de mededinging en het handelsverkeer.²¹⁰ Omdat het *Altmark*-arrest beoogde dat een compensatie voldoet aan meerdere kernelementen (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2), zal de nationale rechter in sectoren, waarin sommige van deze doelstellingen niet in evenwicht staan met elkaar, een teleologische of flexibele interpretatie moeten verrichten. Het is dan niet altijd afdoende om per *Altmark*-voorwaarde afzonderlijk te toetsen. Een belangenafweging binnen de *Altmark*-voorwaarden biedt de rechter dan de mogelijkheid om de doelstellingen van het *Altmark*-arrest in evenwicht te brengen en recht toe doen aan de rechtstreekse werking van de DAEB-omschrijving volgens artikel 106, lid 2, VWEU.

Dat betekent dat de nationale rechter de uitwerkingen van selectiemethoden op basis van de eerste, tweede en vierde *Altmark*-voorwaarde kan controleren op evenredigheid, transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling door een bewijslast te hanteren. Het Unierecht vraagt eveneens bewijslast voor partijen die aanvoeren dat er voldaan is aan de derde *Altmark*-voorwaarde. Een louter formele controle op de aanwezigheid van de *Altmark*-voorwaarden in het aanwijzingsbesluit volstaat niet.²¹¹

De nationale rechter zal in elk geval een beoordeling van de *Altmark*-voorwaarden behoren te verrichten die minstens gelijkwaardig en doeltreffend is aan de beoordeling van de Commissie, waarbij de nationale rechter op grond van de bevoegdheidsverdeling daadwerkelijk na mag gaan of er sprake is van een DAEB. Zodoende mag de nationale rechter – binnen de omvang van het geschil – feitelijk aan alle vier de *Altmark*-voorwaarden toetsen, terwijl de Commissie beperkt is tot een “kennelijke fout”-beoordeling.

De rechtstreekse werking van artikel 106, lid 2, eerste volzin, VWEU, stelt de nationale rechter namelijk in staat om hier een aanvullende rechtsbescherming te bieden en – waar nodig – de Commissie te ondersteunen in het feitenonderzoek. Een samenhangende belangenafweging op basis van Uniebeginselen van evenredigheid, transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie stelt de nationale rechter beter in staat om te controleren of een compensatie potentieel het handelsverkeer en de mededinging beperkt.²¹² Wanneer de nationale rechter zich echter zou beperken tot een formalistische controle aan de derde en vierde *Altmark*-voorwaarden, zoals het Hof in *Libert* en *Viasat* toestond, dan kan hij in beginsel niet meer voldoen aan zijn Unierechtelijke verplichtingen. Als de nationale rechter niet zou kunnen controleren of een DAEB compensatie een potentiële uit-

210 Zie bijvoorbeeld ABRvS, 19 december 2007, 200604981/1, *Minister van VROM t Woningstichting Sint Servatius*, ECLI:NL: RVS:2007:BC0537, r.o. 2.17.4; Zie HvJ EU, 1 oktober 2009, C-567/07, *Sint Servatius*, r.o. 48, 56.

211 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*.

212 Zie hoofdstuk 5, paragraaf 4.3 en 4.5.

werking heeft op de mededinging, voldoet hij zelfs mogelijk niet aan het vereiste van het bieden van doeltreffende rechtsbescherming.²¹³

Voor de nationale rechter is het relevant om zich ervan bewust te zijn dat rechtszoekenden op grond van artikel 106, lid 2, VWEU reeds in de verbodsfase om een belangenafweging kunnen verzoeken tussen enerzijds gelijke behandeling van ondernemingen onder normale marktomstandigheden en anderzijds het bijzondere belang van artikel 106, lid 2, VWEU – dat besloten ligt in de kernelementen zoals uiteengezet in hoofdstuk 1, paragraaf 2.²¹⁴ Aangezien het Hof geval per geval de *Altmark*-voorwaarden toepast, zou de Commissie op grond van een uitgebreide besluitpraktijk en toenemende *amicus curiae*-interventies de nationale rechters kunnen bijstaan en een leidraad voor nationale rechters kunnen formuleren. Deze leidraad kan de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter nader invullen en daarmee de nationale rechter behulpzaam zijn om binnen zijn bevoegdheden – in de verbodsfase – te voldoen aan de voorwaarden van de artikelen 106, 107 en 108 VWEU.

6 CONCLUDERENDE OPMERKINGEN EN AANBEVELINGEN

6.1 Het Hof doet er goed aan de rechtsregel uit het *Altmark*-arrest te re-evalueren

De compensatiebenadering – en de verschillende modaliteiten in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van EU – hebben de beoordeling van DAEB in de verbodsfase niet vereenvoudigd voor de nationale rechter als feitenrechter op het nationale niveau.²¹⁵ De analyse van verschillende benaderingen van het Hof van Justitie van de EU (de teleologische benadering, de flexibele en sectorspecifieke benaderingen, de strikte interpretatie en de samenhangende benadering) lijken een belangenafweging tussen de kernelementen van een DAEB en de randvoorwaarden inzake eerlijke mededingingsomstandigheden en gelijke kansen tot markttoegang te impliceren die handhavende actoren, waaronder de nationale rechter, kunnen verrichten op grond van de Unierechtelijke beginselen van evenredigheid, gelijkheid, non-discriminatie en transparantie. Deze belangenafweging mag niet zover gaan als een verenigbaarheidsbeoordeling. De strikte benadering van het Hof in *Viasat* slaat piketpalen tussen de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase van staatssteun, maar doet niet afdoende recht aan de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Unie. De nationale rechter

213 HvJ EU, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*, r.o. 55-57; Zie ook HvJ EU, 11 November 2015, C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, r.o. 40, 41.

214 Primair: universaliteit, continuïteit, gelijkheid, evenredigheid. Secundair: solidariteit en kostenefficiëntie.

215 Zie ook hoofdstuk 2, paragraaf 1.

mag niet louter formeel mag toetsen aan de *Altmark*-voorwaarden, maar deze ook niet mag onderwerpen aan de beoordeling op Unierechtelijke beginselen waaronder evenredigheid, gelijkheid, non-discriminatie en transparantie (ondanks de verscheidenheid van DAEB – omschrijvingen en de rechtstreekse werking hiervan op grond van artikel 106, lid 2, VWEU). Daarom kan de nationale rechter niet op een gelijkwaardige en doeltreffende wijze het staatssteunverbod handhaven. Dit is opmerkelijk omdat het Hof van Justitie juist de nationale rechter als feitenrechter een rol heeft toegekend in de private staatssteunhandhaving. In de tussentijd heeft de Commissie ook moeite met de publieke handhaving, omdat deze actor gezien de bevoegdheidsverdeling beperkt is tot een “kennelijke foutbeoordeling.” Alleen door een brede interpretatie van de bevoegdheden van de Commissie heeft deze actor een samenhangende belangenafweging weten te formuleren, die de nationale rechter enige richting geeft om de belangen van artikel 106, lid 2, VWEU en artikel 107, lid 1, VWEU met elkaar in evenwicht te brengen. De strikte interpretatie van het *Altmark*-arrest voorkomt echter niet dat het spanningsveld tussen een objectieve verbodsnorm (artikel 107, lid 1, VWEU) en een uitzonderingsgrond volgens de Verdragen (artikel 106, lid 2, VWEU) blijvende knelpunten oplevert.

Ten eerste kan de beoogde kerndoelstelling van het *Altmark*-arrest (d.w.z.: een compensatie vormt onder de cumulatieve voorwaarden een transactie onder normale marktomstandigheden) door de bijzondere aard van de DAEB – en de mate van overheidsinterventie – niet behaald worden. Daarmee is de afwijking op het MEO-begrip niet objectief (knelpunt 1). Ten tweede streeft de *Altmark*-toepassing tegenstrijdige doelstellingen na. Zo moet een compensatie een voordeel uitsluiten, maar ook een concurrentienadeel kunnen neutraliseren. Deze “*quid pro quo*”-benadering past niet in het voordeeltbegrip, dat nauw verbonden is aan het begrip “beperking van de mededinging.” Een compensatie kan ook onder de *Altmark*-voorwaarden de marktpositie van een bijzondere onderneming op een afgezonderde markt potentieel versterken (knelpunt 2). De *Altmark*-toepassing vervaagt daarmee het onderscheid tussen verbod en rechtvaardiging, waardoor de bevoegdheid die de lidstaten hebben om DAEB te omschrijven en onder “economisch aanvaardbare omstandigheden” te laten functioneren, volgens de artikelen 106, lid 2, VWEU, artikel 14 VWEU en het protocol nr. 26 bij het VWEU, ingevuld wordt door een toepassingsstandaard die deze beleidsruimte onvoldoende laat meewegen. De primaire werking van artikel 106, lid 2, VWEU – en het hieraan verbonden criterium van “economisch aanvaardbare omstandigheden” – wordt daarmee door een afwijkende toepassingsstandaard beperkt (knelpunt 3). Dit beperkt eveneens de belangenafweging die de nationale rechter (op verzoek van partijen en binnen de omvang van het geschil) kan verrichten op grond van het primaire Verdragsrecht, alsmede de Uniebeginselen van evenredigheid, gelijkheid, non-discriminatie en transparantie (knelpunt 4).

De conclusie van dit hoofdstuk is daarom dat het *Altmark*-arrest een tegenstrijdige en dubbelzinnige rechtsregel is die verschillende toepassingsmodaliteiten bezit en bovenal niet uniform afdwingbaar is door handhavende instanties. Als afwijking op artikel 107, lid 1, VWEU ontbeert deze rechtsregel rechtszekerheid. De conclusie is daarom dat het *Altmark*-arrest geen rechtszekerheid kan bieden in procedures voor de nationale rechter. Het Hof doet er goed aan, omwille van deze rechtszekerheid, en vanwege de bestaande knelpunten, de huidige compensatiebenadering opnieuw tegen het licht te houden.

Dit zou kunnen leiden tot de niet ondenkbare beslissing om het *Altmark*-arrest als rechtsregel te beëindigen. Een dergelijk beslissing heeft natuurlijk verschillende rechtsgevolgen. De keuze om het *Altmark*-arrest te beëindigen zou kunnen leiden tot een terugkeer naar de staatssteunbenadering. Dit betekent echter niet noodzakelijk dat elke DAEB weer moet worden aangemeld op basis van artikel 108, lid 3, VWEU. Ook betekent dit niet dat de minimumcriteria die het Hof geformuleerd heeft de *Altmark*-jurisprudentie hun betekenis verliezen. Daarom wordt in de volgende paragraaf een overstapmogelijkheid geschetst, teneinde de nationale rechter in staat te stellen zijn werk te doen.

6.2 Van verheldering van het verbod naar verfijning van de vrijstellingsmogelijkheid

Vanuit theoretisch oogpunt zou een terugkeer naar de staatssteunbenadering de meest zuivere keuze zijn. De algemene belangenafweging die de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU jo. artikel 106, lid 2, VWEU in essentie beheerst, moet gereserveerd worden voor verenigbaarheidsfase. Dit betekent echter niet dat de wijziging van *Altmark*-en de voorafgaande discussies tussen de A-G's en het Hof-zonder effect is geweest. Zoals in paragraaf 3 is omschreven, heeft de Commissie de werking van de compensatiebenadering een praktische invulling gegeven en verbonden aan de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU. De meeste praktische invulling voor lidstaten betreft het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

Het DAEB-Vrijstellingsbesluit stelt steunmaatregelen voor DAEB voorwaardelijk vrij van melding op basis van artikel 108, lid 3, VWEU jo. artikel 107, lid 1, VWEU, jo. 106, lid 2, tweede volzin, VWEU. Deze steunmaatregelen moeten voldoen aan procedurele en materiële rechtvaardigingsgronden. De materiële rechtvaardigingsgronden betreffen de eerste drie *Altmark*-voorwaarden. Deze komen in beginsel overeen met de criteria uit artikel 106, lid 2, VWEU, maar ontberen een duidelijke inbedding van algemene beginselen van Unierecht (zie hoofdstuk 5).²¹⁶

216 Gerecht EU, 6 april 2017, T-219/14, *Regione autonoma de Sardegna t Commissie, r.o.* 152-154,165, 102.

Het Hof heeft in *Viasat* benadrukt dat de Commissie aan deze voorwaarden geen “*quid pro quo*-benadering” mag toekennen, binnen de verenigbaarheidstoepassing.²¹⁷ Dat betekent dat de tweede *Altmark*-voorwaarde niet vereist dat een besteding doelmatig moet zijn.²¹⁸ Het Hof is duidelijk geweest door te oordelen dat efficiëntiebepalingen, opgenomen in het *Almunia*-pakket, de lidstaten niet binden.²¹⁹ Daarmee mag de vierde *Altmark*-voorwaarde ook niet toegepast worden binnen de werking van artikel 106, lid 2, VWEU.²²⁰

Bovenstaande uitleg laat zien dat een vrijstellingsmogelijkheid, op voorwaarde dat dit instrument berust op de verenigbaarheidscriteria van artikel 106, lid 2 VWEU, behouden kan blijven. Vanuit theoretisch oogpunt moet de vrijstellingsgrond overeenkomen met de kernelementen die het begrip DAEB beheersen. Vanuit praktisch oogpunt kan deze vrijstelling, in samenhang gelezen met de rechtstreekse werking een DAEB-omschrijving voor de nationale rechter ingeroepen worden. Een vereiste is daarom wel dat in een verfijnde DAEB-Vrijstelling het criterium van “economisch aanvaardbare omstandigheden” de efficiëntiebepalingen vervangt. Dit criterium kan alleen gecontroleerd worden aan de hand van de beginselen van transparantie, gelijke behandeling, non-discriminatie, evenredigheid en doeltreffendheid. Op basis van materiële bepalingen, die op deze beginselen berusten, kan vervolgens gecontroleerd worden of de vrijstelling van toepassing is, ofwel dat de maatregel aangemeld had moeten worden krachtens artikel 108, lid 3, VWEU.

Daarmee lijkt, vanuit theoretisch oogpunt, een instandhouding, en een verfijning van een groepsvrijstelling voor DAEB, de beste optie om rechtszekerheid en transparantie te geven aan het onderscheid tussen een verbodsbepaling en een verenigbaarheidsbepaling. Hoofdstuk 5 analyseert hoe deze verfijning bereikt kan worden door de Commissie en welke rol de lidstaten spelen bij de handhaving van een verfijnd DAEB-Vrijstellingsbesluit.

Vanuit een praktisch oogpunt kunnen lidstaten steunmaatregelen uitvoeren, zonder goedkeuring van de Commissie af te wachten. Hier komen beleidsdoelstellingen van de lidstaten samen met handhavingsdoelstellingen van de Commissie. Laat deze aanbeveling nu net zijn wat A-G Léger in zijn conclusies voor het *Altmark*-arrest het Hof reeds adviseerde.²²¹

217 HvJ EU, 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat*.

218 HvJ EU, 8 maart 2017, C-660/15, *Viasat*.

219 Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, *TV2 Danmark II*; HvJ EU 8 maart 2017, zaak C-660/15 P, *Viasat Broadcasting UK t Commissie*.

220 HvJ EU 8 maart 2017, *Viasat*, r.o. 38, 44 en 46; Gerecht 24 september 2015, *Viasat*, r.o. 103. Zie Conclusie van A-G Wahl van 10 november 2016 bij zaak C-660/15 P, *Viasat*, randnummer 42.

221 Conclusie A-G Léger, 14 januari 2003, C-280/00, *Altmark*, randnummers 71-73.

De beoordeling van de maatschappelijke functie van sport in de verbods- en verenigbaarheidsfase op grond van artikel 165 VWEU

1 INLEIDING

Sportactiviteiten vormen een bijzondere categorie aan activiteiten vanwege het maatschappelijke belang dat het Unierecht aan deze activiteiten verbindt. Dit maatschappelijke belang kan betrekking hebben op een combinatie economische en sociale activiteiten en wordt door het interne marktrecht begrensd.¹ Vergelijkbaar aan de legitieme belangen die afgewogen worden in de materiële selectiviteitstest (hoofdstuk 1) en de diensten van algemeen economisch belang (hoofdstukken 2 en 3) valt de maatschappelijke functie van sport onder de beleidsruimte van de lidstaten waar het overheidsmaatregelen betreft die sport bevorderen, reguleren en financieren.

Het Unierecht erkent de beginselen van gelijke en universele toegang tot sport(competities) in artikel 165 VWEU en het kent lidstaten een discretionaire bevoegdheid toe. Deze Verdragsbepaling merkt de maatschappelijke functie van sport aan als Uniebelang en kent aan de Unie een coördinerende bevoegdheid toe in dat verband. Overeenkomend met artikel 106, lid 2, VWEU hebben lidstaten volgens artikel 165 VWEU een discretionaire bevoegdheid om het maatschappelijke belang van sport mee te wegen.² Deze bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Unie laat echter onverlet dat de Europese Commissie exclusief bevoegd is om het belang van artikel 165 VWEU te verzoenen met de voorwaarden en verplichtingen onder de artikelen 107 – 109 VWEU. De Unie garandeert door middel van de gebodsnorm van artikel 107, lid 1, VWEU een gelijke behandeling van sportondernemingen – ofwel *financial fair play* – op de interne markt.³

De staatssteunregels zijn – net zoals de mededingings- en vrij verkeersregels – van toepassing op sportondernemingen die actief zijn in het economisch verkeer. Inmiddels heeft de Commissie een uitvoerige besluitpraktijk opgebouwd over de toepassing van de staatssteunregels op overheidsmaatregelen die het gemeenschappelijke belang van sport volgens artikel 165 VWEU bevorderen. Omdat de Europese dimensie van sport een aaneenschakeling van sociale-maatschappelijke doelstellingen

1 Weatherill 2018, p. 155-156.

2 Hoofdstukken 2 en 3.

3 Zie voor de werking van het beginsel van gelijke behandeling hoofdstuk 1, par. 1. Zie Serby 2016, p. 37-51.

omvat, biedt de besluitpraktijk van de Commissie over *financial fair play* een interessante *case study* ten aanzien van de afwegingen op grond algemene belangdoelstellingen op het gebied van sport als onderdeel van de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Bovendien biedt een analyse van de werking van artikel 165 VWEU in de staatssteuncontext van artikel 107 VWEU ook verdere verdieping in de wijze waarop de Commissie en het Hof van Justitie van de EU omgaan met een inherent spanningsveld tussen gelijke (financiële) behandeling van professionele sportondernemingen en de verscheidenheid van de algemene sportbelangen op de interne markt.

Concreet stelt dit hoofdstuk de vraag in welke mate het Unierecht de lidstaten in staat stelt om artikel 165 VWEU als uitzondering in roepen op het staatssteunverbod. Ter beantwoording van deze vraag wordt onderzocht in welke mate het doel van artikel 165 VWEU wordt meegewogen in de analyse van artikel 107, lid 1, VWEU. Paragraaf 2 beschrijft allereerst de Europese dimensie van sport met zijn economische en maatschappelijke doelstellingen en werkingssfeer. In paragraaf 3 wordt vervolgens onderzocht wat de eigenlijke speelruimte is voor een lidstaat om steun te verlenen voor sportdoeleinden op grond van de besluitpraktijk van de Commissie. In dat kader wordt vervolgens in paragraaf 4 onderzocht of de besluitpraktijk van de Commissie over de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU op sportzaken afwijkt van de standaardtoepassing van het staatssteunbegrip door het Hof. Hiertoe worden vijf algemene belangenafwegingen kritisch geanalyseerd die de Commissie als leidraad toepast bij de beoordeling van maatregelen op staatssteun:

- 1) de aanwezigheid van een zuiver sportief belang;
- 2) de contextuele beoordeling van marktomstandigheden op grond van het voordeelcriterium;
- 3) de mate waardoor de mededinging merkbaar beperkt wordt;
- 4) de mate waardoor het handelsverkeer significant beïnvloed wordt en;
- 5) de wijze waarop artikel 165 VWEU, inzake de Europese dimensie van sport, economische voordelen uitzondert van het staatssteunrecht.

In paragraaf 5 worden vervolgens de bredere implicaties van het handhavingsbeleid van de Commissie in kaart gebracht, door vier knelpunten in de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU te plaatsen in de bredere context van het Unierecht.

2 DE EUROPESE DIMENSIE VAN SPORT IN HET UNIERECHT

2.1 Het Unierecht is van toepassing op economische sportactiviteiten

De bevordering van de Europese dimensie van sport valt onder de doelstellingen van een sociale markteconomie in de Europese Unie, zoals

uiteengezet in artikel 3, lid 3, VEU.⁴ De Europese dimensie van sport kent zowel een economische als een sociale maatschappelijke dimensie.⁵ De zuiver sportieve aard en de economische aard van activiteiten zijn doorgaans niet eenvoudig te scheiden.⁶ In *Walrave en Koch* oordeelde het Hof dat het Unierecht van toepassing is op sportactiviteiten in zoverre zij een economische activiteit inhouden.⁷ In het *Bosman*-arrest bepaalde het Hof dat sporters diensten verrichten wanneer zij, als werknemer of in een andere hoedanigheid, arbeid in loondienst verrichten.⁸ Bovendien oordeelde het Hof in *Bosman* dat wanneer een voetbalclub slechts “verwaarloosbare” economische activiteiten verricht (in vergelijking tot andere clubs) er nog steeds sprake is van economische activiteiten.⁹

In *Deliège* oordeelde het Hof dat ook amateursporters economische activiteiten kunnen verrichten, omdat zij in aanmerking komen voor sponsoring en vergoeding van televisierechten.¹⁰ Het Hof oordeelde dat een sportieve activiteit een economische dimensie heeft wanneer de activiteit een competitiedoel of sportideaal overstijgt.¹¹ De economische dimensie van de sportactiviteit mag niet marginaal zijn, maar moet zich als “wezenlijk bestandsdeel duidelijk onderscheiden van het zuiver sportieve gedeelte.”¹² Sport heeft in dat geval een “eigen economisch belang” en zijn derhalve de regels van de interne markt en mededinging van toepassing.¹³ Het economische belang kan bijvoorbeeld bestaan uit het aanbieden van televisie-uitzendingen of reclamediensten.¹⁴

Daarbij geldt de vuistregel: hoe belangrijker de maatschappelijke waarde van het sportevenement, hoe groter de economische belangen worden.¹⁵ Zo heeft het Hof in het arrest *UEFA t Commissie* geoordeeld dat de uitzendrechten van het EK-eindtoernooi exclusief verkocht mochten worden wegens het “aanzienlijke belang voor de samenleving” van het toernooi dat zich kenmerkt door haar “populariteit bij het grote publiek”.¹⁶

4 Mededeling van de Commissie over de ontwikkeling van de Europese dimensie van sport, 18 januari 2011, COM(2011) 12 definitief.

5 Europese Commissie, Helsinki Rapport over de maatschappelijke functie van sport, 1999, COM(1999) 644 final. Zie ook Weatherill, 2007, p. 163-165.

6 HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*.

7 HvJ EG, 12 december 1974, *Walrave en Koch t UCI*.

8 HvJ EG, 15 december 1995, C-415/93, *Bosman*.

9 HvJ EG, 15 december 1995, C-415/93, *Bosman*; Zie Weatherill 2018, p. 103.

10 HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*.

11 HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, r.o.43. Zuiver sportieve regels betreffen bijvoorbeeld de lengte van een wedstrijdbad of het bestraffen van spelers met een gele of rode kaart.

12 HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, r.o. 54.

13 Zie Weatherill 2018, p. 79-80, 118-122.

14 HvJ EU, 18 juli 2013, C-201/11 P, *UEFA t Commissie*.

15 HvJ EU, 16 maart 2010, C-325/08, *Olympique Lyonnais t Newcastle UFC*.

16 HvJ EU, 18 juli 2013, C-201/11 P, *UEFA t Commissie*, r.o. 10, 41, 50, 112. Parafrazering door auteur dezes.

In welke mate een sportieve regel ook economische activiteiten betreft, hangt af van het doel en de uitwerking van deze regel.¹⁷ In het feitencomplex van *Deliège* werden de selectiecriteria van de Belgische Judobond voor de deelname aan internationale toernooien niet door het Hof gezien als een beperking van de vrijheid van diensten.¹⁸ Volgens het Hof was er sprake van sportieve regels die inherent waren aan het goede verloop van sportcompetities.¹⁹ De sportieve regels waren niet zuiver sportief en hadden economisch effecten, *ipso facto* voor sponsoring van judoka's. Desondanks waren zij inherent aan het reguleren van toegang tot sportcompetities.²⁰

In *Meca-Medina* kwam het Hof tot de conclusie dat de sportieve regels voor het bestrijden van dopinggebruik als uitwerking hadden dat zij de mededinging kunnen beperken.²¹ In tegenstelling tot het Gerecht, was het Hof niet van mening dat de dopingregels zuiver sportief van aard waren, maar dat zij wel degelijk een economische activiteit inhielden.²² Hoewel deze regels in beginsel sportief zijn, sorteren zij wel degelijk economische effecten, bijvoorbeeld omdat een sport zich als "dopingvrij" kan adverteren.²³ Het Hof merkte op dat de sportieve en economische aard moeilijk te scheiden is bij het beoordelen van topsportmaatregelen en dat een sportieve regel niet automatisch buiten de werkingssfeer van het Unierecht valt.²⁴

2.2 De Europese dimensie houdt rekening met de maatschappelijke functie van sport

Sport neemt vooral sinds het *Bosman*-arrest een speciale plek in binnen het Unierecht.²⁵ Op basis van de doelstellingen van de interne markt heeft het Hof van Justitie in *Bosman* kantlijnen aangebracht tussen de maatschappelijke dimensie en de economische dimensie van sport.²⁶ Het Hof heeft sportieve en economische argumenten gewogen en het transfersysteem voor professionele voetballers getoetst aan het vrij verkeer van werknemers.²⁷

17 EVA-Hof, 16 November 2018, Case E-8/17, *Kristoffersen t Norges Skiforbund*, r.o. 68-69, 114-115.

18 HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, r.o. 69.

19 HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, r.o. 67; HvJ EU, 13 juni 2019, C-22/18, *TopFit & Daniele Biffi t Deutscher Leichtathletikverband*, r.o. 60.

20 Weatherill 2018, p.119-120.

21 HvJ EG, 18 juli 2006, C-519/04 P *Meca-Medina*, r.o. 33; HvJ EU, 13 juni 2019, C-22/18, *TopFit & Daniele Biffi t Deutscher Leichtathletikverband*, r.o. 53.

22 Zie Gerecht EG, 30 september 2004, T-313/02, *Meca-Medina t Commissie*; HvJ EG, 18 juli 2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, r.o. 32-33.

23 Zie Weatherill 2018, p. 132-133.

24 HvJ EG, 18 juli 2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, r.o. 26.

25 De eerste zaak was HvJ EG, 12 december 1974, *Walrave en Koch t UCI*.

26 Zie Van den Bogaert, 2005, p. 25-26, 69, 213-220; Van den Bogaert 2015, p. 174-178.

27 HvJ EU, 15 december 1995, C-415/93, *Bosman*.

In *Bosman* oordeelde het Hof dat belemmeringen van het vrij verkeer van werknemers verboden zijn, tenzij deze objectief gerechtvaardigd kunnen worden door middel van een dwingende reden van algemeen belang.²⁸ In het *Bosman*-arrest neemt het Hof twee voorbeelden van dergelijke dwingende redenen met een maatschappelijke dimensie: evenwicht in competities door gelijke kansen voor clubs en het bevorderen van een jeugdopleiding.²⁹ De beoordeling op dwingende redenen van een sportmaatregel houdt een algemene belangenafweging in waarbij een legitiem belang wordt beoordeeld ten aanzien de vraag of het vrij verkeer onevenredig beperkt wordt. In het *Bosman* arrest kwam het Hof tot de conclusie dat de aangevochten restricties van de transferregels uiteindelijk niet evenredig waren.³⁰

In *Meca-Medina* kwam het Hof tot een andersoortige benadering bij de beoordeling van een mededingingsinbreuk volgens artikel 101, lid 1, VWEU. Deze redenering van het Hof is vergelijkbaar aan de *Wouters*-uitspraak.³¹ Volgens het Hof kon het legitieme belang van dopingbestrijding (dat gericht is op een eerlijk verloop van sportcompetities, gelijke kansen voor sporters en de gezondheid en integriteit van sporters) een inherente beperking van de mededinging objectief rechtvaardigen.³² In *Meca-Medina* oordeelde het Hof daarom dat de antidoping regelgeving weliswaar tot een beperking van de mededinging leidde, maar evenwel niet een (onevenredige) schending van artikel 101, lid 1, VWEU opleverde. In tegenstelling tot het *Bosman*-arrest redeneerde het Hof dat de objectieve rechtvaardiging reeds bij de beoordeling van de verbods-/gebodsnorm beoordeeld kon worden.³³ Deze uitspraak van het Hof staat een algemene belangenafweging toe ten aanzien van een legitiem belang en maakt het mogelijk dat een mededingingsbeperking, die normaal gesproken tot een schending van artikel 101, lid 1, VWEU zouden leiden, vanwege een legitiem en inherent belang niet tot een inbreuk leidt. Dit legitieme belang moet betrekking hebben op de maatschappelijke functie van sport.³⁴

Volgens de Commissie omvat de maatschappelijke functie van sport alle kenmerken die de toegang tot sportactiviteiten en sportcompetities bevorderen. Deze maatschappelijke functie wordt in de Verklaring van Amsterdam nader uiteengezet.³⁵ De Unie draagt bij aan internationale

28 HvJ EU, 15 december 1995, C-415/93, *Bosman*, r.o. 104. Zie voor de nadere werking van dwingende redenen hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.1.

29 HvJ EU, 15 december 1995, C-415/93, *Bosman*, r.o. 106.

30 Zie Van den Bogaert, 2005, p.371-384.

31 HvJ EG, 19 februari 2002, C-309/99, *Wouters*, r.o.104, 108.

32 HvJ EU, 18 juli 2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, r.o. 43.

33 HvJ EU, 18 juli 2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, r.o. 43.

34 Zie Weatherill 2018, p. 119-120.

35 Verklaring van Amsterdam, 10 november 1997, *PbEU* (1997) C-340/136.

amateursportevenementen, sporteducatie, dopingbestrijding, *fair play* en de aansluiting tussen professionele- en amateurcompetities.

In de Verklaringen van Amsterdam en Nice zet de Europese Raad de sociale functie van sport in grote lijnen uiteen.³⁶ De Unie bevordert solidariteit tussen sporters, een eerlijk verloop van wedstrijden en de bescherming van de belangen van jeugdige sporters en het bevorderen van gelijke toegang tot sportcompetities voor eenieder.³⁷

Met het Grondwettelijk Verdrag hebben de lidstaten beoogd deze sociaal-maatschappelijke functie van sport officieel op te nemen als Unie-bevoegdheid.³⁸ In de aanloop naar het Grondwettelijk Verdrag is er lang gediscussieerd tussen de lidstaten welke rol de Unie moet spelen op het gebied van sport.³⁹ Artikel II-282 bepaalde dat de Unie bijdraagt “tot de bevordering van de Europese inzet op sportgebied, rekening houdend met haar specifieke kenmerken, haar op vrijwilligerswerk berustende structuren en haar sociale en educatieve functie”. Artikel II-282 lid g bepaalde dat de Unie een Europese dimensie van sport moet ontwikkelen “door de eerlijkheid en de openheid van sportcompetities en de samenwerking tussen de verantwoordelijke sportorganisaties te bevorderen en door de fysieke en morele integriteit van sportlieden, met name jonge sporters, te beschermen.”⁴⁰

De Europese conventie heeft deze bepaling zo geformuleerd dat de Europese dimensie van sport hoofdzakelijk beperkt bleef tot het bevorderen van de amateursport, de dwingende redenen uit de *Bosman*-jurisprudentie en samenwerking met de lidstaten en sportbonden op het gebied van eerlijkheid en toegankelijkheid tot professionele sportcompetities.⁴¹

De Verdragsluitende partijen hebben bovenal met artikel II-282 *niet* beoogd om een algemene sportexceptie in het Verdrag op te nemen ten aanzien van rechtstreekse werkende bepalingen.⁴² Ook hebben de Verdragsluitende partijen in beginsel geen zelfstandige horizontale werking willen toekennen

36 Bijlage bij de Europese Raad in Nice, 7-10 december 2000, “Verklaring over de specifieke kenmerken van sport en de maatschappelijke functie daarvan in Europa, waarmee bij de uitvoering van Communautaire beleid rekening moet worden gehouden”, te vinden op <https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2>.

37 Weatherill 2007, p. 146.

38 Van den Bogaert & Vermeersch, p. 829.

39 *Idem.*

40 Artikel II-282 lid g) ontwerp – Europees Grondwettelijk Verdrag.

41 Zie de geconsolideerde verslagen van de Europese Conventie: <http://european-convention.europa.eu/docs/wd5/3112.pdf>; <http://www.consilium.europa.eu/nl/documents-publications/intergovernmentalconferences/2007convention.europa.eu/>

42 Van den Bogaert & Vermeersch 2006, p. 829; Van Rompuy 2016, p. 782. Zie ook Conclusie A-G Sharpston, 16 juli 2009, C-325/08, *Olympique Lyon t Newcastle United*, randnummer 30.

aan artikel II-282.⁴³ De *travaux préparatoires* van het Grondwettelijk Verdrag sluiten daarnaast handelen van de Unie op het gebied van internationale, commerciële sportevenementen nadrukkelijk uit.⁴⁴ De Europese dimensie van sport ziet hoofdzakelijk op amateursport en het bewaken van toegang tot professionele sport.⁴⁵

2.3 De werking van de doelstelling van artikel 165 VWEU in het materiële recht

Nadat het voorstel voor een Europese grondwet werd verworpen, is de tekst van artikel II-282 van het Grondwettelijk Verdrag in stand gebleven in het Verdrag van Lissabon. De Europese dimensie van sport is opgenomen in artikel 165 VWEU. Deze Verdragsbepaling noemt de doelstelling van het Europese sportbeleid. Artikel 165, lid 1, VWEU bepaalt namelijk: "De Unie draagt bij tot de bevordering van de Europese inzet op sportgebied, rekening houdend met haar specifieke kenmerken, haar op vrijwilligerswerk berustende structureren en haar sociale en educatieve functie." Artikel 165, lid 2, VWEU noemt de onderwerpen en wijze waarop de Unie coördinerend optreedt. Het optreden van de Unie is gericht op onderwijsamenwerking, het ontwikkelen van een Europese dimensie van sport door eerlijkheid en openheid van sportcompetities en het bevorderen van samenwerking tussen sportorganisaties en het beschermen van de integriteit van jonge sporters.

Artikel 165 VWEU kent de Unie een ondersteunde, aanvullende en coördinerende bevoegdheid toe op het gebied van sport.⁴⁶ Het hoofdbeleid van sport blijft berusten bij de lidstaten. Het witboek en mededeling van de Commissie over Sport specificeren de coördinerende, ondersteunende en aanvullende rol die de EU vervult op basis van artikel 165 VWEU.⁴⁷ De mededeling beschrijft de specifieke kenmerken van sport als alle kenmerken die sport speciaal maken, zoals bijvoorbeeld de onderlinge afhankelijkheid tussen tegenstanders in een wedstrijd en de toegankelijkheid van open competities.⁴⁸

Omdat de maatschappelijke functie van sport noch juridisch, noch beleids-

43 Siekmann 2012, p. 6796. Zie ook van Van Rompuy 2016, p.782.

44 Zie de geconsolideerde verslagen van de Europese Conventie <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00014.en07.pdf>; Van den Bogaert 2006, p. 270-272.

45 Weatherill 2018, p. 146-148.

46 Weatherill 2018, p. 145-146, 151-158.

47 Witboek van de Commissie over sport, 7 november 2007, COM/2007/0391; Mededeling van de Commissie over de ontwikkeling van de Europese dimensie van sport, 18 januari 2011, COM(2011) 12 definitief.

48 Mededeling van de Commissie over de ontwikkeling van de Europese dimensie van sport, 18 januari 2011, COM(2011) 12 definitief.

matig door de Commissie is afgebakend omvat de Europese dimensie een breed scala van activiteiten op het gebied van sociale cohesie, burgerschap, cultuur, gezondheid, eerlijke mededinging en de balans tussen profsport en amateursport.⁴⁹ Weatherill heeft ten aanzien van deze maatschappelijke doelstellingen opgemerkt dat de Commissie sinds het Helsinki rapport geen duidelijke keuze heeft gemaakt tussen deze algemene belangen.⁵⁰ Omdat de Unie geen rechtstreekse bevoegdheden heeft op het gebied van sport, vermeldt het Witboek daarom nadrukkelijk dat de Commissie de maatschappelijke doelstellingen van sport bewaakt door middel van de toepassing van de interne markt – en mededingingsbepalingen uit het VWEU, waaronder artikel 107, lid 1, VWEU.⁵¹

Weatherill stelt dat aan al deze maatschappelijke deelterreinen van sport ook een economische dimensie te verbinden valt, omdat sportactiviteiten al snel een economisch karakter hebben.⁵² Met de toepassing van de interne markt – en mededingingsregels kan de Commissie zowel stimulerende maatregelen door de lidstaten voor sportactiviteiten bevorderen en de professionele sportsector economisch ordenen.⁵³

Bij de totstandkoming van deze bepaling hebben de Verdragsluitende partijen ook deze keer geen enkele verwijzing opgenomen naar een algemene sportexcectie.⁵⁴ Het Hof heeft voor de interpretatie van artikel 165 VWEU de *travaux préparatoires* van de grondwettelijke conventie gebruikt.⁵⁵ In *Olympique Lyon t Newcastle* heeft het Hof geoordeeld dat artikel 165 VWEU geen inhoudelijke uitwerking heeft op verbodsbepalingen, maar wel een materiële uitwerking heeft op de rechtvaardigingsgronden.⁵⁶ Zo oordeelde het Hof in *Olympique Lyon t Newcastle* dat de toepassing van een rechtvaardigingsgrond op het vrij verkeer vereist dat de doelstellingen van artikel 165 VWEU ook moeten worden meegewogen.⁵⁷

Bij de toepassing van artikel 165 VWEU moeten, in het bijzonder in de rechtvaardigingsfase, alle specifieke kenmerken per sportsector worden onderzocht.⁵⁸ In *FA* heeft het Hof geoordeeld dat een beperking van het vrij verkeer van diensten op het gebied van sportuitzendingen gerechtvaardigd

49 Weatherill 2018, p. 147-148.

50 *Idem*, p.149.

51 Witboek van de Commissie over sport, 7 november 2007, COM/2007/0391.

52 Weatherill 2018, p. 155-156.

53 Weatherill 2018, p. 155. Zie ook Mortelmans 2004, p. 240-252.

54 Siekman 2012, p. 67-96; Parrish & Miettinen 2008, p. 219-222; Mekenkamp 2016, blogpost.

55 HvJ EU, 16 maart 2010, C-325/08, *Olympique Lyon t Newcastle United*.

56 Conclusie A-G Sharpston, 16 juli 2009, C-325/08, *Olympique Lyon t Newcastle United*, r.o. 30. HvJ EU, 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08, *FA Premier League t QC Leisure*.

57 HvJ EU, 16 maart 2010, C-325/08, *Olympique Lyon t Newcastle United*.

58 Conclusie A-G Sharpston, 16 juli 2009, C-325/08, *Olympique Lyon t Newcastle United*, r.o. 30.

kan worden door een “primaair sportief belang” op basis van artikel 165 VWEU.⁵⁹

In het *Biffi*-arrest kende het Hof een bredere werking toe aan artikel 165 VWEU en oordeelde dat deze bepaling “een afspiegeling is van het aanzienlijke maatschappelijke belang van sport in de Unie, met name van amateursport en van de rol die sport speelt bij de integratie in de samenleving in één der lidstaten.”⁶⁰ Het Hof oordeelde dat een nationale rechter bij de beoordeling van zowel een toegangsbeperking tot sport – als bij de beoordeling van rechtvaardigingsgronden – op grond van het non-discriminatiebeginsel van artikel 21, lid 1, VWEU en artikel 165 VWEU moet controleren of de openheid van sportcompetities en de integratie van amateursporters wordt geschaad.⁶¹

3 DE BESLUITPRAKTIJK VAN DE COMMISSIE OVER HET MAATSCHAPPELIJKE BELANG VAN SPORT IN DE VERBODSFASE VAN ARTIKEL 107, LID 1, VWEU

3.1 Inleiding

Staatssteun met een positieve uitwerking op maatschappelijke sportprojecten (“social return”) wordt door de Commissie verenigbaar geacht met de interne markt. De Commissie heeft over de periode 2011 t/m 2019 circa twintig besluiten genomen over de maatschappelijke dimensie van staatssteun voor sport.⁶² Voor sport bestaat echter in het Verdrag geen speciale uitzonderingsgrond op artikel 107, lid 1, VWEU.⁶³ Daarom heeft de Commissie aansluiting gezocht bij de doelstellingen van artikel 165 VWEU. De sociaal-maatschappelijke doelstellingen van deze bepaling worden door de Commissie meegewogen bij de beoordeling van de verenigbaarheid. Echter zij worden eveneens al door de Commissie in ogenschouw genomen bij de staatssteunbeoordeling van artikel 107, lid 1, VWEU die voorafgaat aan de verenigbaarheidsfase. Daarom worden de volgende categorieën uiteengezet

59 HvJ EU, 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08, *FA Premier League t QC Leisure*.

60 HvJ EU, 13 juni 2019, C-22/18, *TopFit & Daniele Biffi t Deutscher Leichtathletikverband*, r.o. 33.

61 *Idem*. Zie Sluijs 2020, p. 195.

62 Zie paragraaf 5. Daarbovenop heeft de EVA-autoriteit ook drie besluiten genomen: Besluit van de toezichtautoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), 23 september 2015, Zaaknummer: 76465, *Sandjefjord*, *PbEU* (2015); Besluit van de toezichtautoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), 7 mei 2015, Zaaknummer: 76897, *Templarheimen I*, *PbEU* (2015); Besluit van de toezichtautoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), 29 januari 2018, Zaaknummer: 81396, *Templarheimen II*, *PbEU* (2018).

63 Besluit van de Commissie, 9 november 2011, *Hungarian Sport infrastructure*, C(2011)7287 final, *PbEU* (2011), par. 83.

waarin de werking van artikel 165 VWEU een rol speelt in de besluitpraktijk van de Commissie:

- 1) De beoordeling op een zuiver sportief niet-economisch belang;
- 2) De beoordeling van marktconformiteit van economische transacties;
- 3) De beoordeling op een merkbare beperking van de mededinging;
- 4) De beoordeling op een significant effect op het handelsverkeer en;
- 5) De toepassing van artikel 165 VWEU als rechtvaardigingsgrond voor verenigbaarheid.

De verenigbaarheid van staatssteun in de sportsector wordt door de Commissie beoordeeld aan de hand van het criterium van “social return” volgens artikel 165 VWEU jo. artikel 107, lid 3, sub-paragrafen c) en d) VWEU.⁶⁴ Dit volgt uit de besluitpraktijk van de Commissie die uiteengezet wordt in de volgende paragraaf.

3.2 De beoordeling van zuiver sportief belangen die zich door sociale doelen onderscheiden van economische activiteiten

3.2.1 *Objectieve invulling van de begrippen “economische activiteiten” en “zuiver sociale activiteiten” door het Hof*

Het begrip “economische activiteit” betreft het aanbieden van goederen en diensten op een markt.⁶⁵ Het Unierecht voorziet in enkele situaties die zuiver sociale oogmerken onderscheiden van economische activiteiten. De sociale aard van een maatregel is niet voldoende om voor een afwijking van het staatssteunbegrip, omdat volgens artikel 107, lid 1, VWEU geen onderscheid gemaakt mag worden naar de doelstellingen van overheidsmaatregelen.⁶⁶

Bepaalde categorieën sociale diensten kunnen evenwel vanwege een sociaal oogmerk en een aantoonbaar niet-economisch effect uitgesloten worden van het begrip economische activiteiten.⁶⁷ De eerste categorie betreft een activiteit die verricht wordt op grond van het solidariteitsbeginsel. Op grond van jurisprudentie van het HvJ EU is er sprake van een (niet – economisch) nationaal solidariteitsstelsel wanneer voldaan is aan de volgende voorwaarden: 1) een zuiver sociaal oogmerk; 2) solidariteit en; 3) een effectief

64 De Commissie hanteert vooralsnog het begrip “social return” of “maatschappelijke return”, zie bijvoorbeeld het besluit inzake de *Belgische voetbalstadions*. Auteur dezes heeft gekozen voor de vertaling “maatschappelijke uitwerking” maar evengoed kan men spreken van “een maatschappelijke teruggave.”

65 HvJ EU 11 juni 2020, gevoegde zaken C-262/18 P en C-271/18 P, *Commissie t Dôvera*, r.o. 69; HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, *Klaus Höfner av Macrotron*, r.o. 21.

66 Zie HvJ EU 17 september 2020, C-212/19, *Compagnie des pêches de Saint-Malo*, r.o. 41.

67 *Idem*. Zie ook HvJ EG, 5 oktober 1999, C-251/97, *Frankrijk t Commissie*, r.o. 35-36.

overheidstoezicht.⁶⁸ De tweede categorie betreft een zuiver sociale activiteit. Het Hof heeft in de *Schwarz en Humbel*-arresten bijvoorbeeld onderwijs als zuiver sociale activiteit aangemerkt.⁶⁹ In deze arresten heeft het Hof geoordeeld dat wanneer staatsmiddelen hoofdzakelijk het onderwijs bekostigen er sprake is van een zuiver sociaal oogmerk en artikel 107, lid 1, VWEU niet van toepassing is. Zowel socialezekerheidsstelsels als onderwijsstelsels zijn door de Commissie ook omschreven als sociale (niet – economische) diensten van algemeen belang, in het bijzonder vanwege de kenmerken van solidariteit en overheidsregulering en op voorwaarde dat een winstoogmerk afwezig is bij deze diensten.⁷⁰

3.2.2 De besluitpraktijk van de Commissie ten aanzien van zuiver sociale activiteiten ten aanzien van sport

De Commissie heeft in de besluitpraktijk over staatssteun en sport een leidraad geformuleerd voor sportieve belangen die hoofdzakelijk een sociaal oogmerk hebben. Deze leidraad is gebaseerd op het Commissiebesluit over de Franse trainingscentra voor professionele jeugdsporters.⁷¹ In dat besluit heeft de Commissie een Frans compensatiestelsel voor professionele jeugd sportclubs van het staatssteunbegrip uitgesloten vanwege een “doelstelling van algemeen belang.”⁷² Dit algemeen belang ligt in het aanbieden van schoolonderwijs en geavanceerde sporttraining voor jonge atleten. Door enkel de netto-kosten van de professionele jeugdtrainingscentra te subsidiëren beoogde Frankrijk de positie van jonge sporters op de arbeidsmarkt te doen verbeteren en lokale sportfaciliteiten te stimuleren. Het doel van de steun is ingegeven door de doelstellingen van het *Bosman*-arrest.⁷³ Omwille van een “dwingende reden” en gezien de sportieve doelstelling roept Frankrijk, met verwijzing naar het *Bosman*-arrest, een objectieve

68 Zie HvJ EG, 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, *Poucet et Pistre*; HvJ EG, 6 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK Bundesverband*; Zie ook HvJ EU, 3 maart 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*. Er is sprake van nationale solidariteit als voldaan is aan de volgende cumulatieve voorwaarden: 1) een verplicht en universeel stelsel voor verzekerden en aanbieders; 2) een gegarandeerde minimumuitkering onder gelijke voorwaarden; 3) individuele bijdragen zijn niet gerelateerd aan de omvang van de premies, maar evenredig aan inkomen; 4) een stelsel van risicoverevening onder aanbieders en; 5) een afwezigheid van een winstoogmerk (het zogeheten kapitalisatie- of *non-profit*-beginsel). Zie Sauter 2013, p. 457-478.

69 HvJ EU, 11 september 2007, zaken C-76/05 en C-318/05, *Schwartz*, r.o. 37-38. HvJ EG, 27 september 1988, 263/86, *Humbel*.

70 HvJ EG, 6 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK Bundesverband*; HvJ EU, 11 juni 2020, gevoegde zaken C-262/18 P en C-271/18 P, *Commissie t Dôvera*, r.o. 37-38. Zie ook de Mededeling van de Commissie, 26 april 2006, Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie[EC(2006) 516].

71 Besluit van de Commissie, 9 maart 2000, N118/00, *Aide aux clubs sportifs professionnels (Franse trainingscentra)*, PbEU (2001).

72 *Idem*.

73 Duval & Van Rompuy 2016, p. 173.

rechtvaardiging in om steun te verlenen voor professionele jeugdspelers.⁷⁴ De Commissie beschouwde deze doelstellingen als legitiem en als een overheidsprerogatief op het gebied van sportonderwijs.⁷⁵ Omdat het stelsel overcompensatie uitsloot besloot de Commissie dat de opleidingen van professionele sportclubs “buiten het kader van de mededinging vallen.”⁷⁶ Uit de besluitvorming van de Commissie valt op te maken dat Commissie de steun niet wil beoordelen op de potentiële economische uitwerking, maar exclusief op basis van het sociale doel.⁷⁷

Deze leidraad van de Commissie stelt lidstaten in staat om subsidies voor professionele sportclubs op grond van een zuiver sociaal oogmerk een objectief te rechtvaardigen zonder dat er volgens artikel 107, lid 1, VWEU sprake is van staatssteun.⁷⁸ De Commissie past deze leidraad zowel toe op steun op steun voor professionele jeugdsport als op steun voor sportinfrastructuur die commercieel te exploiteren is.

In de meldingszaak *Arena Stadt Jena* onderzocht de Commissie of de verhuur van sportinfrastructuur voor commerciële doeleinden als staatssteun kwalificeerde.⁷⁹ De Commissie was bij deze beoordeling gebonden aan de *Leipzig-Halle* uitspraak van het Hof, waarin het Hof oordeelde dat in het geval openbare infrastructuur economisch geëxploiteerd kan worden er sprake is van een economische activiteit.⁸⁰ De Commissie merkte de bouw van het stadion aan als een economische activiteit, maar desondanks waren de “niet-professionele” huurders (de amateurclubs) volgens de Commissie geen ondernemingen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU omdat zij zuiver sportieve doelstellingen nastreefden. Zodoende was de transactie volgens de Commissie weliswaar niet-marktconform, maar was er geen sprake van een voordeel omdat de staatssteunregels volgens de Commissie alleen van toepassing zijn op professionele voetbalclubs.⁸¹

In de klachtzaak *Deutsche Alpenverein* heeft de Commissie zowel de economische status van amateursport, als het sociale oogmerk van klimsport volgens artikel 107, lid 1, VWEU beoordeeld.⁸² De Deutsche Alpenverein

74 Besluit van de Commissie, 9 maart 2000, N118/00, *Franse trainingscentra*, par. 8.

75 *Idem*, par. 12-14.

76 *Idem*, par. 14.

77 Zie ook: Parlementaire stukken Europees Parlement, schriftelijke vraag E-0537/03 van Erik Meijer (GUE/NGL) aan de Commissie, 26 februari 2003, “Gemeentelijke subsidies aan commerciële voetbalondernemingen als stimulans voor een harde concurrentiestrijd en extreme betalingen”, *PbEU* Nr. 280 E van 21/11/2003.

78 Besluit van de Commissie, 9 maart 2000, N118/00, *Franse trainingscentra*, par.15 en Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, *PbEU* 2014/C 262, paragraaf 28, voetnoot 42.

79 Besluit Commissie, 20 maart 2013, C(2013) 1521, SA.35440, *Multifunktionsarena Stadt Jena*.

80 HvJ EU, 19 december 2012, C-288/11, *Leipzig-Halle*.

81 Besluit Commissie, 20 maart 2013, C(2013) 1521, SA.35440, *Multifunktionsarena Stadt Jena*, par. 12

82 Besluit van de Commissie, 5 december 2012, SA. 33952, *Deutsche Alpenverein*, *PbEU* (2013), par. 40-43.

ontvang van de Duitse overheid subsidies voor de landelijke exploitatie van klimwanden. Duitsland beschouwde dat de klamsport buiten de werkings-sfeer van artikel 107, lid 1, VWEU viel.⁸³ Daartoe heeft Duitsland conform het besluit *Franse trainingscentra* het zuiver sociale belang van sport als rechtvaardigingsgrond ingeroepen voor de subsidies.⁸⁴ Hierop is door concurrent van de Deutsche Alpenverein (*in casu*: MMK) een klacht ingediend bij de Commissie.⁸⁵ Naar aanleiding van deze klacht heeft de Commissie toepasselijkheid van de objectieve rechtvaardigingsgrond – conform het besluit *Franse trainingscentra* – onderzocht. Omdat er geen sprake was van een compensatiemaatregel, besloot de Commissie dat deze rechtvaardigingsgrond niet van toepassing was. Eveneens oordeelde de Commissie dat ook amateursport, waaronder het aanbieden van klimtrainingen, onder het begrip economische activiteiten valt wanneer er diensten worden aangeboden.⁸⁶ Dit besluit vormt een tegenstelling op het besluit *Arena Stadt Jena* omdat de amateurstatus van sport volgens de Commissie in de zaak Deutsche Alpenverein niet uitsloot dat er sprake was van het aanbieden van diensten op een markt.

In aanvulling op deze klachtzaak is klager MMK bij de Commissie een nationale procedure gestart bij het *Oberverwaltungsgericht* van Berlijn. Op verzoek van MMK heeft de Duitse nationale rechter vervolgens geoordeeld dat amateursport als niet-economische activiteit moet worden aangemerkt.⁸⁷ In 2017 heeft het *Oberverwaltungsgericht* dit oordeel, na een interventie door de Commissie als *amicus curiae*, moeten herzien omdat het op dit punt een onjuiste analyse had verricht.⁸⁸ Uit bovenstaande zaken mag afgeleid worden dat een doelstelling van zuiver sociaal belang niet zonder meer een uitzondering mag vormen op het begrip “economische activiteit”.

3.2.3 Tussenconclusie

De besluitpraktijk van de Commissie laat een aantal ruime interpretaties van het begrip “economische activiteit” zien. De *Franse trainingscentra* zaak biedt lidstaten een objectieve rechtvaardiging die ingegeven is door de doelstellingen van het *Bosman* arrest ten aanzien van het bevorderen van een jeugdopleiding. Echter de belangenafweging die een lidstaat op grond van dit besluit moet maken heeft ook overeenkomsten met de compensa-

83 Besluit van de Commissie, 5 december 2012, SA. 33952, *Deutsche Alpenverein*, PbEU (2013). par. 84.

84 50-62.

85 *Idem*, par. 3-15.

86 *Idem*, par. 45-49.

87 Verwaltungsgericht Berlin, 5 juli 2012, OVG 6 S 16.12, *Magic Mountain Kletterhallen t Land Berlin*. Zie <https://www.berlin.de/gerichte/oberverwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2012/pressemitteilung>.

88 Oberverwaltungsgericht Berlin, 18 december 2017, *Magic Mountain Kletterhallen* (schriftelijke opmerkingen Commissie ingebracht op 5 december 2017, document SJ.C(2017) 6722850) te vinden op http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae.html.

tiebenadering van *Altmark* (zoals uiteengezet in de hoofdstukken 2 en 3) aangezien de maatregel gericht is op het uitsluiten van overcompensatie. Het bijzondere aan het besluit is dat de Commissie, in tegenstelling tot het oordeel van het Hof in *Bosman*, de mogelijkheid dat een jeugdopleiding van professionele clubs economische effecten heeft *per se* uitsluit omwille van een dwingende reden.

De Commissie kijkt bij het beoordelen van economische activiteiten vooral naar de status van de ontvanger van de steun en dicht de Commissie aan amateurclubs generiek een zuiver sportieve functie toe, hetgeen in strijd lijkt met de *Deliège* en *Meca Medina* rechtspraak van het Hof. Deze leidraad komt terug in klachtzaak over de *Deutsche Alpenverein* en de aanverwante nationale procedure voor het *Oberverwaltungsgericht* Berlijn. Deze zaken bieden inzicht in de omstandigheid dat amateursport wel degelijk als een economische activiteit kan kwalificeren wanneer amateursportinfrastructuur zich op een concurrerende markt bevindt. Bovendien laat de *Deutsche Alpenverein* zaak zien dat de nationale rechter soms tot andere uitkomsten komt dan de Commissie bij het beoordelen van sociale belangen in de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Omdat de Commissie en de nationale rechter samenwerken in het bewaken van een eenduidige uitleg van artikel 107, lid 1, VWEU heeft de Commissie met een *amicus curiae* succesvol geïntervenieerd in deze nationale procedure.⁸⁹ Echter, de verschillende afwegingen van de Commissie enerzijds en het *Oberverwaltungsgericht* anderzijds zijn wel illustratief voor het lastige afwegingskader inzake zuiver sportieve belangen en het staatssteunbegrip.

3.3 De beoordeling van een niet-marktconform voordeel

3.3.1 De besluitpraktijk van de Commissie in meldingszaken

Maatregelen die, in welke vorm ook, ondernemingen – direct of indirect – kunnen bevoordelen worden door het Hof als een economisch voordeel aangemerkt.⁹⁰ Het economisch voordeel versterkt de concurrentiepositie van de begunstigde onderneming op een artificiële wijze; dat wil zeggen dat onder normale marktvoorwaarden de onderneming dit voordeel niet zou hebben verkregen.⁹¹ Daarom wordt ook van een niet-marktconform voordeel gesproken.⁹²

Het voordeel begrip is doorslaggevend voor de toepassing van artikel

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 57-66.

⁹¹ HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías t Ayuntamiento de Getafe*, r.o. 65.

⁹² Hancher 2021, p. 96-112; Cyndecka 2016, hoofdstuk 3. Nicolaidis 2013, p. 300-304.
Zie ook conclusie van A-G Wathelet, 1 juli 2015, C-357/14 P, *Electrabel*, randnummers 119-120.
Zie HvJ EU, 21 december 2016, C-164/15 P en C-165/15 P, *Ryan Air en Aer Lingus*, r.o. 87.

107, lid 1, VWEU en is bovenal een objectief begrip dat geheel los gezien moet worden van de nagestreefde doelen en de beoogde rechtvaardigingsgronden van de lidstaten.⁹³

De besluitpraktijk van de Commissie heeft zich hoofdzakelijk toegespitst op de marktconformiteit van transacties tussen de overheden en exploitanten en commerciële gebruikers van professionele sportinfrastructuur.⁹⁴ In veel van deze gevallen heeft de Commissie dergelijke transacties in strijd verklaard met het beginsel van de particulier marktinvesteerder (maar deze in de verenigbaarheidsfase wel verenigbaar verklaard met de interne markt).⁹⁵

In één van deze zaken – *Hungary Big Five* – moest de Commissie een fiscale maatregel en een investeringsfonds voor de vijf meest beoefende professionele sporten beoordelen.⁹⁶ Private investeerders in professionele sportinfrastructuur (de zogeheten: sportdonateurs) kwamen in aanmerking voor belastingvrijstelling en professionele sportclubs kregen subsidies voor investeringen. Het doel van de maatregel was een marktfalen, namelijk een gebrek aan private investeringen in de sportinfrastructuur te verhelpen en sportbeoefening onder het Hongaarse publiek te vergroten.⁹⁷

Ten aanzien van de sportdonateurs was de Commissie van mening dat er geen sprake was van een selectief voordeel. De belastingvrijstelling stond namelijk open voor elke onderneming die sportclubs wil sponsoren en hun sponsoring was “van vitaal belang voor het verhelpen van een marktfalen en het opgang brengen van een privatisering van de Hongaarse sportinfrastructuursector.”⁹⁸ Uit deze koppeling van doelstellingen aan effecten door de Commissie mag afgeleid worden dat bij de beoordeling of een maatregel een selectief voordeel toekent, reeds de positieve uitwerkingen op dienstenontvangers meegewogen worden. De Commissie stelde

93 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 61.

94 Zie bijv. Besluit van de Commissie, 18 december 2013, SA 35501, *Euro 2016*. De maatregel komt ten gunste van FC Girondins de Bordeaux, Lille OSC, Olympique Lyon, Olympique Marseille, Toulouse FC, AS Saint – Étienne en RC Lens.

95 Zie Besluit van de Commissie, SA.37109, 20 november 2013, *Vlaamse voetbalstadions*. Zie eveneens Besluit van de Commissie van 22 juli 2016, SA 44438, *Sporting Arena Cork*, C(2016) 4625 final. Zie ook Besluit van de Commissie, 9 maart 2014, SA37342, *Irish Football Association; Ulster Council Gaelic Athletic Association; Irish Rugby Union*. Zie ook Besluit van de Commissie, SA.37373, 14 december 2013, *Renovatie ijsstadion Thialf*, par. 19. Zie ook besluit van de Commissie, SA.36105, 2 oktober 2013, *Fußballstadion Chemnitz*.

96 Besluit van de Commissie, 9 november 2011, SA.31722, *Hungarian Sport infrastructure*, *PbEU* 2011, par. 11.

97 Besluit van de Commissie, 9 november 2011, SA. 31722, *Hungarian Sport infrastructure*, *PbEU* 2011, par. 20. “The idea behind the scheme is to correct a market failure now and planning that the market will be sustainable on its own later”. Parafrazering door auteur dezes.

98 Besluit van de Commissie, 9 November 2011, SA. 31722, *Hungarian Sport infrastructure*, *PbEU* 2011, par. 67.

vast dat er geen sprake is van een voordeel, op voorwaarde dat het vrij verkeer van vestiging en kapitaal niet belemmerd worden.⁹⁹ Deze conditionele benadering van marktconformiteit lijkt niet te stroken met de objectiviteit van het voordeelbegrip.

Daarentegen krijgen de sportclubs via de belastingvrijstelling wel een selectief voordeel. Daartegenover staat dat de sportclubs een tegensprestatie moeten leveren door de sportinfrastructuur open te stellen voor het brede publiek: in het bijzonder voor scholieren, jongeren en amateurcompetities. De Commissie concludeerde dat de maatregel in strijd is met artikel 107, lid 1, VWEU, maar kondigde daarbij direct aan dat, gezien het feit dat de doelstelling aansluit bij de doelen van artikel 165 VWEU, de maatregel in aanmerking komt voor verenigbaarheid met de interne markt. Vervolgens heeft de Commissie de steunmaatregel vanwege het belang van een maatschappelijk effect van steun, mede op grond van artikel 165 VWEU, verenigbaar verklaard (zie paragraaf 3.5).

Conform de leidraad die de Commissie in de *Hongaarse Big Five* zaak formuleerde, heeft de Commissie in de zaken betreffende de multifunctionele stadions van Kopenhagen en Uppsala de investeringen van respectievelijk de gemeente Kopenhagen en de gemeente Uppsala gecontroleerd op marktconformiteit.¹⁰⁰ De Commissie maakte in deze zaken reeds bij de beoordeling van marktconformiteit een afweging tussen het belang van toegankelijke multifunctionele sportinfrastructuur enerzijds en de objectiviteit van het voordeelbegrip anderzijds. Daarbij kent de Commissie de overheden van lidstaten op grond van artikel 165 VWEU een beleidsruimte toe om een maatschappelijke rol te vervullen in het financieren van professionele sportinfrastructuur en steunmaatregelen zo te ontwerpen dat deze bijdragen aan een maatschappelijke uitwerking. *In casu* nam de Commissie als belang in overweging dat de steunmaatregelen bijdragen aan het promoten van Europese sportzaken en culturele diversiteit, marktfalen bij de aanbouw van internationale sportinfrastructuur tegengaan en de lidstaten in staat stellen “een maatschappelijke verantwoordelijkheid jegens het algemene publiek om sport-, cultuur- en muziek-evenementen te realiseren.”¹⁰¹ Wat de Zweedse maatregel betreft besloot de Commissie verder dat er waarschijnlijk sprake was van een selectief voordeel voor de onderneming die het stadion bouwt.¹⁰² Echter, omdat de steun “verenigbaar zal zijn met de interne markt” achtte de Commissie het niet nodig om een definitief oordeel te vormen over vraag of de exploitant staatssteun ontving.¹⁰³ In de

99 Besluit van de Commissie, 9 November 2011, SA. 31722, *Hungarian Sport infrastructure*, PbEU 2011, voetnoot 23.

100 Besluit van de Commissie, 15 mei 2013, SA.33728, *Multiarena in Kopenhagen*, PbEU 2013.

101 *Idem*.

102 Besluit van de Commissie, 2 mei 2013, SA.33618, *Sportarena Uppsala*, PbEU 2013.

103 Besluit van de Commissie, 2 mei 2013, SA.33618, *Sportarena Uppsala*, PbEU 2013.

besluitpraktijk van de Commissie komt het vaker voor dat de Commissie niet toetst aan het voordeelnbegrip, maar al in de verbodstoets aangeeft dat er mogelijk sprake is van een voordeel dat waarschijnlijk – vanwege het maatschappelijke belang van sport – verenigbaar verklaard kan worden.¹⁰⁴ Verschillende lidstaten hebben namelijk aangevoerd dat de steunmaatregelen een “maatschappelijke uitwerking” hadden ten aanzien van een groter sportpubliek, waardoor er technisch gezien geen voordeel zou zijn voor sportondernemingen, maar voor de inwoners van de lidstaten.¹⁰⁵ In sommige gevallen slaat de Commissie de verbodstoepassing zelfs over. Zo heeft de Commissie in het onderzoek naar het Slowaakse nationale voetbalstadion investeringen en exploitatiebijdragen van ruim € 100 miljoen euro niet beoordeeld op marktconformiteit. De Commissie stelde vast dat de steun ten gunste kwam van professionele voetbalclub Slovan Bratislava en als staatssteun moest worden aangemerkt. Vervolgens ging de Commissie over tot een verenigbaarheidsbeoordeling op grond van de maatschappelijke doelstellingen van artikel 165 VWEU.¹⁰⁶

3.3.2 De besluitpraktijk van de Commissie in *ex officio*-onderzoeken

In *ex officio*-onderzoeken naar onrechtmatige staatssteun hebben de lidstaten weliswaar het algemene belang van sport ingeroepen, maar initieel niet de maatschappelijke uitwerking van steun ingeroepen om een voordeel uit te sluiten.¹⁰⁷ Zo beoogden de Nederlandse maatregelen voor professionele voetbalclubs – in vergelijking tot de hierboven beschreven meldingszaken – geen doelstellingen van algemeen belang, maar goedkeuring van de reeds uitgevoerde maatregelen om de professionele voetbalclubs uit de financiële moeilijkheden te redden.¹⁰⁸

De onderzoeken betroffen PSV Eindhoven, Vitesse Arnhem, NEC Nijmegen, MVV Maastricht, Willem II Tilburg en FC Den Bosch.¹⁰⁹ De Commissie onderzocht investeringen in infrastructuur en exploitatiesteun ten bate van ondernemingen in moeilijkheden.¹¹⁰

104 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium*, PbEU 2017.

105 *Idem*.

106 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium*, PbEU 2017.

107 Van Maren 2017, p.155-176.

108 Een onderneming in moeilijkheden is een onderneming die, wegens verliezen, op korte of middellange termijn niet in staat is een faillissement af te wenden Deel. 2.1. punt 9 van de richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun. Zie ook Bourgeois 2021, p.1005-1008.

109 Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, Steunmaatregel SA. 33583, *Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch*, PbEU 2013.

110 Daarbij bracht de Commissie een onderscheid aan tussen instrumenten in de vorm van verkoop, verhuur, lease, verpachting van gronden en gebouwen (de zogeheten grondtransacties) en financiering door middel van leningen en garanties.

Na het vooronderzoek besloot de Commissie dat de gemeenten Den Bosch, Tilburg en Maastricht schulden en/of huurachterstanden aan *hun* BVO onrechtmatig hadden kwijtgescholden.¹¹¹ In alle drie de gevallen verkeerden de professionele voetbalclubs in financiële moeilijkheden. Tussen de gemeente Nijmegen en NEC onderzocht de Commissie een zogeheten afkooptransactie. NEC is via een transactie met de gemeente overeengekomen afstand te doen van het recht tot verwerving van het sportcomplex van NEC in ruil voor een geldbedrag van 2,22 miljoen euro.

De Commissie concludeerde dat alle onderzochte transacties, met uitzondering van die tussen de gemeente Arnhem en Vitesse, niet-marktconforme voordelen betreffen die in strijd zijn met artikel 107, lid 1, VWEU. Juist omdat de gemeenten, uitgezonderd de gemeente Arnhem, volgens de Commissie niet gehandeld hebben als een particuliere schuldeiser c.q. particuliere investeerder was er sprake van een voordeel dat de professionele voetbalclubs onder normale marktomstandigheden niet ontvangen zouden hebben.

Een bijzondere beoordeling van de mogelijke aanwezigheid van een voordeel betreft het *ex officio*-onderzoek van de Commissie naar een grondtransactie tussen de gemeente Eindhoven en PSV. *Grosso modo* speelden dezelfde elementen als bij de andere Nederlandse voetbalclubs. Zo verkeerde PSV in financiële moeilijkheden. In deze omstandigheid ging de gemeente met PSV Eindhoven een “*sale and lease back*” constructie aan voor trainingscomplex de Herdgang. De gemeente kocht de gronden onder het stadion en het trainingscomplex voor ruim 48 miljoen euro. Om deze aankoop te financieren ging de gemeente voor een vergelijkbaar bedrag bij een bank een rentevaste langlopende lening aan. De gronden zijn vervolgens in erfpacht uitgegeven aan PSV in ruil voor een pandrecht over de inkomsten van de seizoenkaarten en de extra onvoorziene inkomsten uit de erfpachtcanon voor 40 jaar.¹¹²

In het inleidingsbesluit oordeelde de Commissie dat de grondtransactie in strijd is met artikel 107, lid 1, VWEU en waarschijnlijk niet verenigbaar verklaard zou kunnen worden.¹¹³ De Commissie is echter teruggekomen op deze aanvankelijke beoordeling, nadat de gemeente Eindhoven aanvoerde dat de zogeheten “*sale-and-lease-back*” overeenkomst geen voordeel – en daarmee geen staatssteun – opleverde. In het eerste besluit oordeelde de

111 Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.40168, *Staatssteun aan Willem II Tilburg*.

112 Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, Steunmaatregel SA. 33583, *Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch, PbEU 2013*, par. 58, 62.

113 Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, Steunmaatregel SA. 33583, *Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch, PbEU (2013) C 116/19*. De gemeente tekende tegen dit besluit beroep aan op basis van artikel 263 VWEU. Het beroep van de gemeente Eindhoven is uiteindelijk aangehouden door het Gerecht en daarna doorgehaald.

Commissie dat de gemeente Eindhoven niet heeft gehandeld als een particuliere investeerder in een markteconomie en dat er sprake was van staatssteun volgens artikel 107, lid 1, VWEU. Door de overeenkomst met PSV aan te gaan, op een tijdstip dat de club zich in financiële moeilijkheden bevond en bij diverse banken en andere investeerders aanklopte, heeft de gemeente volgens de Commissie de financiële lasten voor PSV willen verlagen. Bovendien moest de gemeente bij een bank een rentevaste langlopende lening aangaan om de Herdgang van PSV te kunnen kopen. De gemeente had als oogmerk om de Herdgang aan te kopen en door middel van een lage erfpacht de investering uiteindelijk terug te verdienen zonder PSV op kosten te willen jagen. Daarbij wilde de gemeente een verlies vermijden, maar niet een maximale winstonslag bereiken, hetgeen wel een vereiste is onder het beginsel van de particuliere marktinvesteerder.¹¹⁴ De Commissie oordeelde daarom dat de gemeente een ongunstige financiële transactie was aangegaan met als het doel om PSV te redden. Via de verkoop en de erfpacht kon PSV de hypotheek en andere leningen met een veel hogere rente aflossen, in ruil voor de betrekkelijk lage canon die het de gemeente moest betalen. Opmerkelijk is dat PSV vervolgens spelers voor 18 miljoen euro aankocht na deze transactie.¹¹⁵ De Commissie oordeelde dat er sprake was van een voordeel dat tot staatssteun leidde en kondigde aan dat deze steun naar alle waarschijnlijkheid niet met de interne markt was te verenigen.¹¹⁶

De Commissie wijzigde vervolgens deze eerste beoordeling na het afronden van de formele onderzoeksprocedure en nam een tweede besluit waarin het besloot dat een voordeel niet te bewijzen valt.¹¹⁷ Op basis van de aangeleverde taxatierapporten concludeerde de Commissie dat de gemeente Eindhoven zo heeft gehandeld als een “hypothetische marktdeelnvesteerder” zou hebben gedaan. De gemeente had namelijk niet alleen de waarde van de gronden meegewogen, maar ook het feit dat de grond bestemd kan zijn voor gemengde doeleinden.¹¹⁸ Uit het besluit volgt niet exact wat deze doeleinden zijn, maar wel is duidelijk dat de gronden ook bestemd zijn voor kantoren en woningen.¹¹⁹ De Commissie oordeelde dat het doel was PSV te helpen met een “budgettaire neutrale transactie” die de club geen financieel voordeel zou verschaffen dat zij niet zou hebben verkregen onder normale marktvoorwaarden. Bij gebrek aan betrouwbare marktmaatstaven kwam de Commissie tot het oordeel dat de transactie verdacht veel op een voordeel lijkt, maar dat dit niet te bewijzen valt. Ondanks

114 Hancher 2021, p. 96-112; Cyndecka 2016, hoofdstuk 3. Nicolaidis 2013, p. 300-304.

115 “Wethouder Depla: Reddingsplan PSV is geen staatssteun”, Binnenlands bestuur, 29 juni 2011. <http://www.binnenlandsbestuur.nl/financien/nieuws/depla-reddingsplan-psv-geen-staatsteun>.

116 Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, Steunmaatregel SA. 33583, *Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch, PbEU(2013) C 116/19*, par. 61.

117 Commissiebesluit SA.41613, *Steun aan PSV Eindhoven*.

118 Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, steunmaatregel SA. 41613, *PSV Eindhoven, PbEU 2016*, par. 5.

119 Commissiebesluit SA.41613, *Steun aan PSV Eindhoven*, par. 21.

het feit, dat de gemeente Eindhoven een lening afsloot om PSV's trainingscomplex te kopen en terug te leasen, met als doel deze club in moeilijkheden financieel te accommoderen, was de Commissie van mening dat elke andere particuliere investeerder ook deze transactie was aangegaan tegen dezelfde voorwaarden. Omdat er geen benchmark in de markt voor professionele sportinfrastructuur voorhanden was, nam de Commissie aan dat de leaseconstructie "waarschijnlijk" een marktconform rendement oplevert.¹²⁰ De vaststelling dat de *sale-and-lease-back* overeenkomst tussen de gemeente Eindhoven en PSV "waarschijnlijk marktconform was" lijkt de objectieve standaard voor het vaststellen van een voordeel niet te benaderen, omdat de Commissie op grond van het beginsel van de private investeerder in de markteconomie voldoende aanwijzingen had om te concluderen dat de gemeente niet een transactie was aangegaan die particuliere marktinvesteerders ook zouden verrichten.

In de zaak "*kavel B-32*" kan de Commissie ten aanzien van een grondtransactie tussen de gemeente Madrid en Real Madrid wel voldoende bewijzen dat er sprake was van een voordeel dat de gemeente Madrid had verschaft aan Real Madrid.¹²¹ Na een langslpende bestuursrechtelijke procedure over de overdracht van een kavel voor de uitbreiding van het Santiago Bernabéu stadioncomplex, sloten de gemeente Madrid en Real Madrid een schikking.¹²² De gemeente compenseerde Real Madrid met een andere kavel en liet de tegenprestatie van de bouw van de parkeergarage en diverse belastingschulden vervolgens vervallen. In ruil hiervoor gaf Real Madrid een andere kavel terug die eerder in het beheer was gesteld van de club. Deze landruil-overeenkomst tussen Real Madrid en de gemeente Madrid was de aanleiding voor de Commissie om de formele onderzoeksprocedure in te stellen. De Commissie besloot dat Real Madrid geen belasting heeft betaald over de eigendom van kavel B-32. Daarbij had de gemeente de uitstaande belastingschulden en daadwerkelijke marktwaarde van de kavels mee moeten nemen in de berekening. Daarom was er volgens de Commissie sprake van staatssteun op basis van artikel 107, lid 1, VWEU. Real Madrid heeft echter een actie tot nietigverklaring ingesteld tegen dit besluit van de Commissie (zie paragraaf 4).¹²³

In de zaken rondom de staatsgarantie aan de Spaanse voetbalclubs in de regio Valencia¹²⁴ en de speciale vrijstelling van de vennootschapsbelasting

120 Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, steunmaatregel SA. 41613, *PSV Eindhoven*, PbEU 2016, par. 65.

121 Besluit van de Commissie van 4 juli 2016, SA.33754, *Staatssteun aan Real Madrid*, PbEU 2016.

122 Tribunal Supremo de España, 6 Juni 1997, beroepszaak 1610/1993. Zie Besluit van de Commissie van 4 juli 2016, SA.33754, *Staatssteun aan Real Madrid*. par. 12.

123 Gerecht EU, 22 mei 2019, T-791/16, *Real Madrid t Commissie*.

124 Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.36387, *Staatssteun van Spanje aan Valencia Club de Fútbol, Hércules Club de Fútbol en Elche Club de Fútbol*, PbEU 2017.

voor de professionele Spaanse voetbalclubs met een statutaire non-profitdoelstelling,¹²⁵ hebben de Spaanse autoriteiten – in tegenstelling tot de Nederlandse BVO-gemeenten – de bijzondere status van sport volgens artikel 165 VWEU ingeroepen als objectieve rechtvaardiging op het voordeelbegrip.¹²⁶

Vergelijkbaar aan de Nederlandse voetbalclubs verkeerden de professionele voetbalclubs Valencia, Hercules Alicante en Elche ten tijde van het Commissie-onderzoek eveneens in financiële moeilijkheden.¹²⁷ Hiertoe heeft de regio Valencia deze clubs garanties verschaft. Spanje voerde aan dat volgens het Unierecht een algemene sportexceptie op basis van artikel 165 VWEU, staatssteun objectief kan rechtvaardigen. Daarbij voerden Spanje en de *Liga Nacional de Futbol Profesional* aan dat de sportsector in het algemeen, en voetbal in het bijzonder, een speciale en afwijkende behandeling mag verwachten op basis van artikel 165 VWEU. Ook beheerden de professionele voetbalclubs volgens de Spaanse autoriteiten een DAEB op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. De speciale behandeling van professionele sportclubs stond volgens de Spaanse autoriteiten gelijk aan een openbare dienst, onder artikel 106, lid 2, VWEU – en daarmee een speciale status bij de beoordeling van artikel 107, lid 1, VWEU.

De Commissie merkte op dat professionele voetbalclubs marktconform kunnen en moeten handelen en daarom niet aangewezen hoeven te worden met een DAEB.¹²⁸ De drie garanties vormden volgens de Commissie een voordeel omdat zij in strijd verleend waren met de mededeling inzake garanties en staatssteun.¹²⁹ Zo heeft de regio Valencia 100% van de uitstaande leningen van de genoemde clubs gegarandeerd, terwijl volgens deze mededeling maar 80% is toegestaan.¹³⁰ De Commissie besloot dat de regio Valencia geen vooruitzicht had op een marktconforme terugbetaling van de leningen die verstrekt zijn aan Valencia CF. Daarmee heeft deze voetbalclub volgens de Commissie het financiële risico verlegd naar de

125 Besluit van de Commissie, 7 maart 2014, SA.29769, *Staatssteun voor bepaalde Spaanse professionele sportclubs*, PbEU 2014.

126 Besluit van de Commissie, 7 maart 2014, SA.29769, *Staatssteun voor bepaalde Spaanse professionele sportclubs*, PbEU 2014; Besluit van de Commissie van 4 juli 2016, SA.33754, *Staatssteun aan Real Madrid*, PbEU 2016. Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.36387, *Staatssteun van Spanje aan Valencia Club de Fútbol, Hercules Club de Fútbol en Elche Club de Fútbol*, PbEU 2017.

127 Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.36387, *Staatssteun van Spanje aan Valencia Club de Fútbol, Hercules Club de Fútbol en Elche Club de Fútbol*, PbEU 2017, par. 29-35.

128 Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.36387, *Staatssteun van Spanje aan Valencia Club de Fútbol, Hercules Club de Fútbol en Elche Club de Fútbol*, PbEU 2017, L 55, par. 102.

129 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van staatssteun in de vorm van garanties, 20 juni 2008, PbEU C 155/02 (2008).

130 Deze mededeling is nu aangepast door de mededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, PbEU 2014/C 262/1, par. 108-114.

overheid. Daarom besloot de Commissie dat de clubs geen marktconforme premie betaalden voor de garanties en was er volgens de Commissie sprake van staatssteun aan Valencia en Elche. Naar aanleiding van het negatieve Commissiebesluit heeft Spanje hiertegen verschillende acties tot nietigverklaring ingesteld (zie paragraaf 4).

Ook ten aanzien van een Spaanse belastingvrijstelling voor professionele sportclubs riep Spanje de bijzondere status van artikel 165 VWEU in. Spaanse belastingwetgeving verplichtte professionele sportclubs om de status aan te nemen van een naamloze vennootschap.¹³¹ Professionele sportclubs met een positieve balans werden uitgezonderd van deze verplichting. Het effect van dit beleid was dat slechts vier non-profit ondernemingen in aanmerking kwamen voor deze uitzondering: Athletic Club Bilbao, Club Atlético Osasuna, FC Barcelona en Real Madrid. Dit zijn *de facto* de grootste Spaanse clubs in de *Champions League* en de *Primera Division*. Deze clubs mochten hun non-profit status behouden, hoofdzakelijk wegens het goede financiële beheer. Het resultaat was dat deze clubs slechts 25% – in plaats van 30% – vennootschapsbelasting hoefden te betalen.

Ten aanzien van de Spaanse belastingwetgeving besloot de Commissie dat de ongelijke behandeling van *Primera Division* clubs in strijd is met artikel 107, lid 1, VWEU. Spanje stelde dat de fiscale maatregel niet als staatssteun kwalificeerde omdat deze volgens de Spaanse autoriteiten maatschappelijk verantwoordelijk ondernemerschap beoogde conform de doelstellingen van artikel 165 VWEU. De clubs voerden eveneens aan dat concurrenten in andere Europese voetbalcompetities (gezien hun juridische status als naamloze vennootschappen) niet dezelfde risico's op financieel gebied liepen. Vanwege dit onderscheid voerde Spanje aan dat de Spaanse clubs zich niet in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden ten opzichte van die andere clubs.

De Commissie was niet overtuigd van dit betoog en oordeelde dat mogelijke nadelen niet rechtvaardigden dat de Spaanse voetbalclubs ongelijk behandeld worden volgens het Spaanse belastingstelsel. Daarom was de Commissie van oordeel dat de maatregel een selectief voordeel opleverde en er sprake was van staatssteun volgens artikel 107, lid 1, VWEU.

3.3.3 *Tussenconclusie*

De beoordeling van een voordeel vergt het meeste onderzoek van de Commissie in haar besluitpraktijk. Doorgaans toetst de Commissie investeringen en/of exploitatie van sportinfrastructuur aan marktconformiteit. De Commissie doet dit echter wel met goedkeuring in de verenigbaarheidsfase

131 Besluit van de Commissie, 7 maart 2014, SA.29769, Staatssteun voor bepaalde Spaanse professionele sportclubs, PbEUC 69/2014, par. 115-121.

ingedachte. Zo sloeg de Commissie in de zaken *Stadion Uppsala* en het *Slowaakse voetbalstadion* de stap om een voordeel in staatssteunbeoordeling over om vervolgens de verenigbaarheidsbeoordeling te verrichten. In de zaak *Hungary Big Five* woog de Commissie het doel van sportbevordering op grond van artikel 165 VWEU zelfs (zwaar) mee en redeneerde de Commissie dat een belastingvrijstelling voor sponsorondernemingen een positieve uitwerking heeft op dienstenontvangers.

De beoordeling van de grondtransactie tussen de gemeente Eindhoven en PSV lijkt de objectieve standaard voor het vaststellen van een voordeel niet te benaderen, omdat de Commissie op grond van het beginsel van de private investeerder in de markteconomie voldoende aanwijzingen had om te concluderen dat de gemeente niet een transactie was aangegaan die particuliere marktinvesteerdere ook zouden verrichten. Mogelijk heeft de Commissie de grondtransactie toch beoordeeld in de context van de professionele sportmarkt – temeer de grondtransactie naast een economisch belang ook een sportief belang beoogde na te streven. Desondanks heeft de Commissie de weging van een sportief en maatschappelijk belang in de Spaanse ex officio-onderzoeken niet geaccepteerd bij de beoordeling van een voordeel. Ten aanzien van de Spaanse garanties voor de professionele voetbalclubs uit de regio Valencia en de belastingvoordelen voor Athletic Club Bilbao, Club Atlético Osasuna, FC Barcelona en Real Madrid liet de Commissie zich eveneens niet overtuigen dat artikel 165 VWEU een objectieve rechtvaardiging toestaat op het voordeelcriterium. Omdat professionele sportclubs onder normale marktvoorwaarden hun diensten aanbieden, kan er ook geen sprake zijn van een dienst van algemeen economisch belang.

3.4 De beoordeling op een merkbaarheid van een beperking van de mededinging

De Commissie hanteert in haar besluitpraktijk twee verschillende benaderingen voor het beoordelen van een vervalsing van de mededinging. De eerste benadering gaat uit van een potentiële beperking van de mededinging. Bij het vaststellen van een potentieel effect op de mededinging concludeert de Commissie dat de steun voor professionele sportinfrastructuur lokale of nationale marktverhoudingen kunnen beïnvloeden.¹³² In het besluit *Euro 2016* overwoog de Commissie dat de steun de marktpositie van de professionele voetbalclubs die de EK-stadions beheren potentieel

132 Besluit Commissie, 20 maart 2013, C(2013) 1521, SA.35440, *Multifunktionsarena Stadt Jena*, par. 11. Besluit van de Commissie, 18 december 2013, SA 35501, *Euro 2016*, PbEU 2016, par. 262-263.

versterkt op de markt voor het organiseren van internationale sportevenementen.¹³³

De tweede benadering gaat uit van een merkbaar effect op de mededinging waarbij de Commissie het geografische bereik van een productmarkt analyseert. Hoewel de Commissie in haar besluitpraktijk benadrukt dat het niet nodig is om een relevante markt af te bakenen, verricht de Commissie desondanks toch een merkbaarheidstoets in diverse besluiten, zoals in de *Deutsche Alpenverein*.¹³⁴ De Commissie besloot dat subsidies de marktpositie van de *Deutsche Alpenverein* versterkten ten opzichte van andere marktdeelnemers op de relevante markt voor klimsport in Berlijn.

Criteria voor merkbaarheid hebben vooral betrekking op het geografische bereik van de activiteiten op de mededinging, maar soms ook op de product – en geografische markten, zoals in meldingszaken *Deutsche Alpenverein*, *Tsjechische sportaccommodaties* en de *Kopenhagen en Uppsala arena*-besluiten.¹³⁵ Ook wanneer de doelstelling gericht is op privatisering, ziet de Commissie aanvankelijk alleen een markt voor nationale investeerders, zoals in het *Hungary Big Five*-besluit. In dit besluit oordeelde de Commissie dat de belastingvrijstelling voor Hongaarse sponsorondernemingen – in tegenstelling tot de exploitanten van de sportinfrastructuur – de mededinging niet vervalste, omdat hun bijdragen essentieel waren voor de privatisering van de sportinfrastructuursector en daarmee de maatschappelijke doelstellingen van artikel 165 VWEU.¹³⁶

Voor de Commissie geeft het de doorslag of steunmaatregelen het aanbod van diensten in een afgebakend (deel)gebied in een lidstaat beperken. Als het effect van een maatregel is dat een onderneming exploitatiesteun krijgt en de markt hierdoor niet merkbaar verandert, dan ziet de Commissie slechts een marginaal effect op de mededinging.¹³⁷

3.5 De beoordeling van een effect op het handelsverkeer

De Commissie beoordeelt een effect op het handelsverkeer eveneens vanuit drie benaderingen. Eén benadering weegt het potentiële effect op het handelsverkeer. De andere benadering neemt het daadwerkelijke effect op

133 Besluit van de Commissie, 18 december 2013, SA 35501, *Euro 2016*, PbEU 2016.

134 Besluit van de Commissie, 5 december 2012, SA. 33952, *Deutsche Alpenverein*, PbEU 2013.

135 Besluit van de Commissie, 5 december 2012, SA. 33952, *Deutsche Alpenverein*, PbEU 2013; Besluit van de Commissie, 11 juni 2014, SA.33575, *Tsjechische sportaccommodaties* PbEU 2015; Besluit van de Commissie, 15 mei 2013, SA.33728, *Multiarena in Kopenhagen*; Besluit van de Commissie, 2 mei 2013, SA.33618, *Investerings in de sportarena van Uppsala*, PbEU 2013.

136 Besluit van de Commissie, 9 November 2011, SA. 31722, *Hungarian Sport infrastructure*, PbEU 2011.

137 Besluit van de Commissie, 4 mei 2018, SA.34815, *Jachthaven Scharendijke Zeeland*.

het handelsverkeer in overweging. Tot slot gaat de Commissie bij de derde benadering überhaupt niet in op het effect op het handelsverkeer.

De eerste benadering ziet op een potentieel effect op het handelsverkeer. Ten aanzien van de Nederlandse en Spaanse voetbalclubs nam de Commissie aan dat de steun aan professionele voetbalclubs een effect heeft op het handelsverkeer. Het feit dat sommige clubs, zoals FC Den Bosch en Elche, niet actief waren in Europese voetbalcompetities deed voor de Commissie niets af aan het feit dat er sprake kan zijn van een effect op het handelsverkeer. In de zaak *Deutsche Alpenverein* nam de Commissie namelijk ook een effect op het handelsverkeer aan, omdat op de klmsportmarkt in Berlijn ook een Nederlandse onderneming actief was.

De tweede benadering ziet op een beoordeling van een daadwerkelijk effect op het handelsverkeer volgens de leidraad voor lokale steun.¹³⁸ Deze leidraad berust op *best practices* waarin de Commissie tot het oordeel is gekomen dat er geen effect is op het handelsverkeer.

Een aantal van deze *best practices* gaan over steunmaatregelen voor sportactiviteiten. Ten aanzien van deze steunmaatregelen besluit de Commissie driemaal dat zij “geen – of hoogstens marginale – voorzienbare effecten hebben op grensoverschrijdende investeringen.”¹³⁹ Opmerkelijk is vooral het besluit inzake *Glenmore Lodge* waarin de Commissie outdoor sportactiviteiten in Schotland beoordeelde als “gericht op regionale of hoogstens nationale klanten, waardoor er geen overtuigend bewijs is van grensoverschrijdende investeringen of vestigingen” voor het soort diensten dat door *Glenmore Lodge* wordt aangeboden.¹⁴⁰

Ook het besluit *Sportcamp Nordbayern* geeft een brede interpretatie aan het begrip “lokale steun”.¹⁴¹ De Commissie redeneerde dat een hypothetisch effect op het handelsverkeer niet zomaar mag worden aangenomen, omdat dit effect gesubstantieerd moet worden.¹⁴² De Commissie oordeelde dat de toeristische sportinfrastructuur enkel marginale effecten kunnen hebben op buitenlandse toeristen. Daarom heeft volgens de Commissie de steunmaat-

138 Persbericht Europese Commissie, “Leidraad voor lokale steunmaatregelen van de overheid die zonder voorafgaande goedkeuring van de Commissie kunnen worden toegekend”, 29 april 2015, IP/15/4889.

139 Besluit van de Commissie, 15 augustus 2018, Steunmaatregel SA.37963, *Glenmore Lodge*, PbEU 2015; Besluit van de Commissie, 21 december 2015, Steunmaatregel SA.43983, *BLSV-Sportcamp Nordbayern*, PbEU 2016;

140 Besluit van de Commissie, 15 augustus 2018, Steunmaatregel SA.37963, *Glenmore Lodge*, PbEU 2015.

141 Besluit van de Commissie, 21 december 2015, Steunmaatregel SA.43983, *BLSV-Sportcamp Nordbayern*.

142 Besluit van de Commissie, 21 december 2015, Steunmaatregel SA.43983, *BLSV-Sportcamp Nordbayern*.

regel een lokaal effect en is artikel 107, lid 1, VWEU niet van toepassing. De Commissie nam dit besluit, terwijl het Hof in haar rechtspraak dergelijke toeristische infrastructuur nadrukkelijk niet heeft uitgesloten van een grensoverschrijdend effect.¹⁴³

Een derde benadering valt vervolgens ook op. Uit de besluitpraktijk van de Commissie volgt dat de Commissie niet bij alle steunonderzoeken in de sportsector überhaupt nagaat of er een potentieel effect is. Zo heeft de Commissie in het onderzoek naar het Slowaakse nationale voetbalstadion investeringen van 75 miljoen euro en exploitatiesteun van 27 miljoen euro niet beoordeeld op een effect op het handelsverkeer, ondanks de nabijheid van de Oostenrijkse grens. Zowel een voordeel als een effect op het handelsverkeer werden niet beoordeeld door de Commissie. Vervolgens ging de Commissie over tot een verenigbaarheidsbeoordeling op grond van de doelstellingen van artikel 165 VWEU.¹⁴⁴

3.6 De toepassing van artikel 165 VWEU als rechtvaardiging voor verenigbaarheid

3.6.1 *De toepassing van artikel 165 VWEU als rechtvaardigingsgrond bij het beoordelen van verenigbaarheid op grond van artikel 107, lid 3, VWEU*

Uit de besluitpraktijk van de Commissie volgt dat bij de staatssteunbeoordeling de beleidsdoelstellingen van artikel 165 VWEU incidenteel in overweging worden genomen in de verbodsfase (paragraaf 2). Ten aanzien van de beoordeling van staatssteun in de verenigbaarheidsfase vormt artikel 165 VWEU een nieuw en structureel beoordelingskader voor verenigbare staatssteun voor de sportsector. In sommige besluiten sloeg de Commissie in dat kader (een onderdeel van) de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU over, omdat de steunmaatregelen *prima facie* voldeden aan de doelstellingen van artikel 165 VWEU.¹⁴⁵

Omdat specifieke richtsnoeren in de sportsector ontbraken heeft de Commissie de doelstellingen van artikel 165 VWEU als leidraad genomen voor verenigbare steun. De zaak *Hungary Big Five* illustreert deze ontwikkeling

143 Zie bijvoorbeeld HvJ EU, 21 juli 2016, C-493/14, *Dilly's Wellnesshotel t Finanzamt Linz*.

144 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium, PbEU* 2017.

145 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium, PbEU* 2017; Besluit van de Commissie, 2 mei 2013, SA.33618, *Investeringen in de sportarena van Uppsala, PbEU* 2013.

en diende voor de Commissie als een blauwdruk voor vrijgestelde steun voor sport in de Algemene Groepsvrijstellingsverordening.¹⁴⁶

In deze zaak heeft Commissie overwogen dat artikel 107, lid 3, onder c, VWEU van toepassing was als algemene uitzonderingsgrond. Wanneer de steun bijdraagt aan de economische ontwikkeling in lidstaten kan deze steun verenigbaar verklaard worden, voor zover de steun het handelsverkeer niet dusdanig belemmert dat dit het gemeenschappelijk belang van de Unie schaadt. Om tot een dergelijke beoordeling te komen past de Commissie normaal gesproken de economische beginselen van het Actieplan Staatssteun 2005 toe.¹⁴⁷ Deze beginselen houden in dat de maatregel moet bijdragen aan: het corrigeren van een marktfaal, het bereiken van een stimulerend effect en een evenredigheid tussen doelstelling en uitwerking.

Hoewel de Commissie deze economische beginselen in de afwegingstoets van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU ook toepaste in de Hongaarse zaak, vormde de economische beoordeling niet het zwaartepunt van haar beoordeling. De Commissie startte met het benoemen van het maatschappelijke belang van sport als gemeenschappelijk belang. In dat kader moest de Commissie de specifieke eigenschappen van sport op basis van artikel 165 VWEU beoordelen, omdat de Commissie in de besluitpraktijk van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU de specifieke eigenschappen van sport niet eerder heeft meegewogen. De afwegingstoets van de Commissie tussen sport (als gemeenschappelijk belang) en de effecten op de interne markt komt daarom neer op een "uitruil" van de negatieve effecten en de positieve effecten. Negatieve effecten op het economisch verkeer en positieve effecten in de vorm van maatschappelijke uitwerkingen (Europees) sportbeleid.¹⁴⁸

De Commissie constateerde dat de maatregel bijdroeg aan maatschappelijke doelstellingen omdat, volgens de Commissie, de Hongaarse bevolking de werkelijke begunstigde was van de steunmaatregel. Vervolgens heeft de Commissie deze gezamenlijke uitleg van de artikelen 107, lid 3, sub c en artikel 165 VWEU consistent doorgevoerd in de besluitpraktijk over professionele sport.¹⁴⁹

In deze zaken heeft de Commissie steunmaatregelen verenigbaar

146 Besluit van de Commissie, 9 November 2011, C(2011)7287 final, *Hungarian Sport infrastructure*; Zie artikel 55 AGVV. Zie ook Craven 2014, p. 453-460. Zie ook <http://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-eu-state-aid-and-sport-saga-hungary-s-tax-benefit-scheme-revisited-part-1>.

147 Mededeling van de Commissie over het Actieplan Staatssteun 2005 COM (2005) 107 final.

148 Het besluit spreekt van een "trade-off". Zie par. 84.

149 Het besluit spreekt van "social and equity objectives". Zie ook besluit van de Commissie, SA.36105, 2 oktober 2013, *Fußballstadion Chemnitz*; Besluit van de Commissie, SA.35135, 20 maart 2013, *Multifunktionsarena Stadt Erfurt*, Besluit van de Commissie, 15 mei 2013, SA.33728, *Multiarena in Kopenhagen*; Besluit van de Commissie, 2 mei 2013, SA.33618, *Investerings in de sportarena van Uppsala*, PbEU 2013.

verklaard op grond van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU, maar de materiële beoordeling verricht conform de doelstellingen van artikel 165 VWEU. Steun bij de bouw van sportstadions geldt als een gemeenschappelijk belang en “een maatschappelijke verantwoordelijkheid richting het grotere publiek”.¹⁵⁰ Het gemeenschappelijke belang komt volgens de Commissie tot primair uiting in artikel 165 VWEU: het bevorderen van de Europese dimensie van sport. Secundair werd dit gemeenschappelijke belang volgens de Commissie in verschillende zaken gekenmerkt door de Verdragsdoelstellingen over cultuur (artikel 167 VWEU), volksgezondheid (artikel 168 VWEU) en sociale cohesie (artikel 178 VWEU).¹⁵¹ Ten aanzien van de beoordeling op verenigbaarheid heeft de Commissie aan economische beginselen, zoals marktfalen getoetst, maar heeft daarbij benadrukt dat de lidstaten, zoals Tsjechië, ten aanzien van sportaccommodaties, een beleidsruimte hebben om te sportactiviteiten die bijdragen aan de sportpromotie, cultuur en sociale inclusie te financieren in het algemene belang.¹⁵² Illustratief is het besluit inzake Euro 2016.¹⁵³ Om de organisatie van Euro 2016 in Frankrijk mogelijk te maken is de investeringssteun door de Commissie goedgekeurd op basis van artikel 107, lid 3, sub c VWEU jo. artikel 165 VWEU. De Commissie onderbouwde de goedkeuring met de voorwaarde dat de steun een maatschappelijke uitwerking zal hebben op lokale jeugdsportprojecten. De steun is volgens de Commissie geschikt omdat de steunmaatregel twee legitieme niet-economische Uniedoelstellingen en een economisch legitiem belang nastreeft: algemene toegang tot sport en cultuur en het tegengaan van een erkend marktfalen.

Een soortgelijk verenigbaarheidsbesluit betreft de steunmaatregel aan de Belgische voetbalstadions.¹⁵⁴ Om te beoordelen of de steun verenigbaar was op basis van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU moest de steun een “marktfalen of een andere doelstelling van gemeenschappelijk belang” aanpakken.¹⁵⁵ De Commissie onderzocht primair de geschiktheid van de doelstelling en liet het bestaan van een marktfalen in het midden. Allereerst stelde de Commissie dat op basis van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU de steun ten goede kwam aan een doelstelling van gemeenschappelijk belang: namelijk sport als maatschappelijk belang op basis van artikel 165 VWEU. De maatregel was geschikt volgens de Commissie omdat de steun een “onder-investering

150 Besluit van de Commissie, SA.35135, 20 maart 2013, *Multifunktionsarena Stadt Erfurt*; Besluit van de Commissie, 15 mei 2013, SA.33728, *Multiarena in Kopenhagen*, PbEU 2014; Besluit van de Commissie, 18 december 2013, SA 35501, *Euro 2016*, PbEU 2016.

151 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium*, PbEU 2017.

152 Besluit van de Commissie, 11 juni 2014, SA.33575, *Tsjechische sportaccommodaties*, PbEU 2015.

153 Besluit van de Commissie, 18 december 2013, SA 35501, *Euro 2016*, PbEU 2016.

154 Besluit van de Commissie, 20 november 2013, SA.37109, *Vlaamse voetbalstadions*, PbEU 2014.

155 *Idem*, overweging 29.

in de voetbalsector” aanpakte. Door de steun kunnen de clubs een UEFA-status behouden en blijven meedingen op het niveau van Europese voetbalcompetities (*Champions League*) en daarmee ook als gastheer optreden tijdens toernooien en finales. Tevens droeg de steun volgens de Commissie bij aan de toegang tot sportprojecten voor sociale groepen, waaronder jongeren.

Ten aanzien van de steun aan het nationale voetbalstation van Slowakije heeft de Commissie eveneens besloten dat deze gerechtvaardigd was omdat Slowakije – vanuit een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor het algemene publiek – een sportevenementenbeleid realiseerde. De “sociale significantie” van sport, onder artikel 165 VWEU, rechtvaardigde de steunmaatregel volgens de Commissie.¹⁵⁶ De Commissie besloot dat de steun noodzakelijk was omdat Slowakije “in het verleden negatieve ervaringen heeft gehad met het initiatief van de private sector om internationaal erkende grootschalige sportinfrastructuur te bouwen.”¹⁵⁷ Dit besluit illustreert de beleidsruimte die de Commissie aan lidstaten toekent om af te wijken van normale marktomstandigheden en de wijze waarop artikel 165 VWEU staatssteun legitimeert in de verenigbaarheidsfase. De Commissie geeft in deze zaak geen nadere onderbouwing voor een marktfaalen en spreekt enkel de verwachting uit dat Slovan Bratislava – de beheerder- het stadion efficiënt zal beheren.¹⁵⁸

In de zaken over de herstructureringssteun aan de *Nederlandse voetbalclubs Willem II, MVV, NEC en FC Den Bosch* hebben de Nederlandse gemeenten artikel 165 VWEU niet ingeroepen. Omdat zij ten principale aanvoerden er geen staatssteun verleend is op basis van artikel 107, lid 1, VWEU bood de Commissie Nederland *guidance* aan over verenigbaarheid van herstructureringssteun aan de voetbalclubs.¹⁵⁹ De Commissie zag in dat kader artikel 107, lid 3, sub c, VWEU en de richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun als enige mogelijke verenigbaarheidsgrond.¹⁶⁰ Bij het beoordelen van het begrip “ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid” in de sportsector houdt de Commissie terdege rekening met de maatschappelijke uitwerkingen van artikel 165 VWEU. De Commissie bood de clubs de mogelijkheid om remedies in te dienen. Op basis van deze remedies kon de Commissie de KNVB en de UEFA aanraden om “compen-

156 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium*, C(2017) 3222 final

157 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium*, par. 50.

158 *Idem*.

159 Van alle Nederlandse voetbalclubs heeft alleen FC Den Bosch gepleit voor verenigbaarheid.

160 Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, Steunmaatregel SA. 33583, *Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch, PbEU* (2013) C 116/19, overweging 75.

serende maatregelen” te nemen, waaronder extra uitgaven vanuit de clubs voor maatschappelijke activiteiten en de opleiding van amateurs.¹⁶¹

De Commissie verantwoorde haar keuze om deze “compenserende maatregelen” toe te staan omdat “dit soort maatregelen de clubs die steun hebben ontvangen, dwingen om middelen, die deze anders voor zijn concurrerende activiteiten had kunnen inzetten, naar andere doeleinden om te buigen, en zou bovendien de in artikel 165 VWEU genoemde doeleinden kunnen dienen.”¹⁶²

Tot slot heeft de Commissie besloten dat de belastingvrijstelling voor de Spaanse voetbalclubs *Athletic Club Bilbao*, *Club Atlético Osasuna*, *FC Barcelona en Real Madrid* niet gerechtvaardigd kon worden op basis van artikel 165 VWEU jo. artikel 107, lid 3, VWEU. Artikel 165, lid 2, VWEU moet namelijk zo uitgelegd worden maatregelen namens de Unie bijdragen aan eerlijke en transparante sportcompetities.¹⁶³ De Commissie besloot dan ook dat de doelstelling van de maatregel niet de promotie van sport aanging, maar eerder de preferentiële behandeling van vier professionele voetbalclubs.¹⁶⁴ Daarom droeg de maatregel niet bij aan de Uniedoelstelling van artikel 165 VWEU en was volgens de Commissie artikel 107, lid 3, sub c, VWEU niet van toepassing. De Spaanse voetbalclubs hebben een actie tot nietigverklaring ingesteld tegen dit besluit dat in paragraaf 4 nader besproken zal worden.

3.6.2 *De toepassing van artikel 165 VWEU als rechtvaardigingsgrond voor verenigbaarheid op grond van artikel 106, lid 2, VWEU*

Omdat artikel 165 VWEU voorziet in een beleidsruimte voor lidstaten om sport als algemeen belang te organiseren en te financieren hebben verschillen lidstaten steunmaatregelen voor professionele sport geprobeerd te rechtvaardigen als DAEB op grond van artikel 106, lid 2, VWEU in samenhang met artikel 165 VWEU. Ten aanzien van de steunmaatregel voor de Nürburgring voerde Duitsland bijvoorbeeld aan dat artikel 165 VWEU in

161 De gemeenten in de zaken Willem II, Den Bosch, NEC en MVV voerden primair aan dat er geen schending was van artikel 107, lid 1, VWEU, maar boden wel voldoende remedies om de Commissie te overtuigen om de steun verenigbaar te verklaren met artikelen 107, lid 3, sub c, VWEU jo. artikel 165 VWEU. Willem II, FC Den Bosch en NEC zijn met de KNVB een herstructureringsplan overeengekomen en beloofden het aantal spelers in dienst en de salarissen te beperken. MVV deed hetzelfde maar bood ook nog aan dat de sportinfrastructuur opengesteld werden voor schoolklassen, waardoor de steun eveneens op basis van artikel 165 VWEU werd goedgekeurd.

162 Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, Steunmaatregel SA. 33583, *Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch*, PbEU (2013) C 116/19, par.79.

163 Besluit van de Commissie, 7 maart 2014, SA.29769, *Staatssteun voor bepaalde Spaanse professionele sportclubs*, PbEU 2014, C 69/2014, par.85-87.

164 Idem, par. 89.

samenhang met artikel 106, lid 2, VWEU voorziet in een rechtvaardiging voor professionele racesport en amateurmotorsport. De Commissie heeft conform de besluitpraktijk geoordeeld dat er geen sprake was van een maatschappelijke uitwerking van de sport en dat de steunmaatregel gericht was op toerisme, waardoor de steun niet kon voldoen aan de doelstellingen van artikel 165 VWEU, noch aan die van artikel 106, lid 2, VWEU.¹⁶⁵ In de zaak *Real Madrid (B-32"-grondtransactie)* en de *Deutsche Alpenverein*-zaak heeft de Commissie de lidstaten Spanje en Duitsland erop gewezen dat steunmaatregelen met een Europese dimensie van sport op grond van de artikelen 106, lid 2, VWEU en 165 als DAEB aangemeld kunnen worden.¹⁶⁶ In beide gevallen hebben respectievelijk Spanje en Duitsland deze mogelijkheid echter niet nader onderzocht.

Ten aanzien van de steunmaatregelen aan Valencia, Hercules Alicante en Elche erkende de Commissie dat artikel 165 VWEU een speciale rol heeft, maar voelde de Commissie er niet voor om verenigbaarheid te beoordelen op grond van de artikelen 106, lid 2, VWEU en 165 VWEU. De Commissie was van oordeel dat professioneel voetbal onder normale marktomstandigheden moet functioneren en er geen noodzaak is om een DAEB aan te wijzen (hetgeen bovendien ook niet meer mogelijk was met terugwerkende kracht). Artikel 165, lid 2, VWEU werkt volgens de Commissie een sociaal-maatschappelijke functie uit en vereist de gelijke toegang tot sportcompetities. In tegenstelling tot de uitleg die de Commissie gaf aan Real Madrid bij de beoordeling van verenigbaarheid moet het speciale karakter van artikel 165 VWEU volgens de Commissie niet gelijkgesteld worden aan een DAEB.¹⁶⁷ Omdat er een markt bestaat voor professioneel voetbal is er geen noodzaak om een DAEB aan te wijzen. Bovendien was er geen sprake van een aanwijzing in dit geval. De Commissie verklaarde de steunmaatregelen als onrechtmatige en onverenigbare staatssteun. De Spaanse voetbalclubs uit de regio Valencia hebben dit besluit aangevochten bij het Gerecht (zie paragraaf 4).

165 Nürburgring is tegen het Commissiebesluit in beroep gegaan. Het Gerecht oordeelde dat het Commissiebesluit voldoende gemotiveerd was en heeft het besluit in stand gelaten (Gerecht EU, 19 juni 2019, T-373/15, *Ja zum Nürburgring t Commissie*, r.o. 146, 158-159, 168, 176, 188). In hogere voorziening heeft Het Hof het besluit van de Commissie gedeeltelijk nietig verklaard ten aanzien van de beoordeling op een open, niet-discriminerende en marktconforme selectieprocedure. Voor het overige heeft het Hof het Commissiebesluit in stand gelaten. HvJ EU, 2 september 2021, C-647/19, *Ja zum Nürburgring t Commissie*, dictum, r.o. 105-110.

166 Besluit van de Commissie van 4 juli 2016, SA.33754, *Staatssteun aan Real Madrid*, PbEU 2016/L/358. Het onderdeel "DAEB" is in de gerechtelijke fase vervolgens niet meer aan de orde gekomen. Zie Gerecht EU, 22 mei 2019, T-791/16, *Real Madrid*, r.o. 128. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie bij het beoordelen van de vraag of de land-ruilovereenkomst een voordeel inhield onzorgvuldig handelde. Bij de berekening van de perceelwaarde heeft de Commissie zich hoofdzakelijk gebaseerd op taxatiegegevens van de gemeente Madrid, terwijl de Commissie volgens het Gerecht zelf de waarde van de grondoverdracht had moeten berekenen.

167 Besluit van de Commissie van 4 juli 2016, SA.33754, *Staatssteun aan Real Madrid*, PbEU 2016/L/358.

3.7 Tussenconclusie: nieuwe toepassingsstandaarden voor artikel 107 VWEU

Uit de analyse van circa twintig Commissiebesluiten over de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU valt op te maken dat de Commissie vier methoden hanteert om staatssteun – vanwege het sociaal-maatschappelijke belang van sport – uit te sluiten, alvorens de Commissie overweegt over te gaan tot de verenigbaarheidsfase. Ten eerste gaat de Commissie na of een steunmaatregel een zuiver sociaal oogmerk beoogt en bereikt (*Franse trainingscentra*; de sportdonateurs in Hongarije, amateursporters in *Stadt Jena*). Ten tweede past de Commissie een leidraad voor lokale steun toe in de vorm van een significantietoets (*Stadt Jena, Glenmore Lodge, Sportcamp Bayern, Hungary Big Five en Thialf*). Ten derde gaat de Commissie na wat het daadwerkelijke effect is op de mededinging, waarbij de Commissie de relevante markt afbakent. Tot slot beoordeelt de Commissie, binnen het verbod van artikel 107, lid 1, VWEU, in welke mate de doelstelling op het eerste oog verenigbaar is met de interne markt. Dit komt veelal voor bij de toepassing van de voordeeltets waarbij de Commissie weliswaar aanneemt dat er (mogelijk) sprake is van een voordeel, maar daarbij direct verwijst naar de waarschijnlijke verenigbaarheid op grond van de doelstellingen van artikel 165 VWEU. Deze toets vervaagt vervolgens de daadwerkelijke verenigbaarheidstoepassing.

De besluitpraktijk van de Commissie is inmiddels in een aantal arresten onderworpen geweest aan een rechtmatigheidsbeoordeling door het Gerecht op grond van artikel 107 VWEU. Na deze rechtmatigheidsbeoordeling is gebleken dat de economische invulling van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU inmiddels materieel is overgenomen door artikel 165 VWEU als haast eigenstandige rechtvaardigingsgrond (zie ook paragraaf 6.4.2). De Commissie heeft de Europese dimensie van sport verbreed en ook van toepassing verklaard op professionele sport, terwijl de Verdragssluitende partijen met artikel 165 VWEU slechts coördinatie op het gebied van amateursport beoogd hadden.¹⁶⁸ Hiertegenover staat dat de economische uitleg van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU niet consistent lijkt te worden toegepast door de Commissie op professionele voetbalclubs. Eerder lijkt een verband tussen professionele sport en hieraan verbonden maatschappelijk belang (van sociale, culturele, opvoedkundige aard) steunmaatregelen op grond van artikel 165 VWEU te legitimeren.¹⁶⁹

Deze vier methoden worden in paragraaf 5 getoetst aan de conceptuele

168 Zie voor de beperkingen aan een algemene sportexceptie ook Weatherill 2018, hoofdstukken 3, 4 en 5.

169 In de besluitpraktijk over staatssteun voor sport (- infrastructuur) betreft de Commissie overigens ook op cultuur *ex* artikel 167 VWEU en volksgezondheid *ex* artikel 168 VWEU als legitieme doelstellingen.

standaarden die het Hof gesteld heeft aan het begrip staatssteun. Eveneens worden deze methoden getoetst aan de toepassingsstandaarden die het Hof stelt aan het inroepen van algemene belangen binnen het staatssteunverbod. Daartoe worden allereerst in de volgende paragraaf de rechtmatigheidsbeoordelingen van de in paragraaf 3 beschreven besluitpraktijk door het Hof en het Gerecht geanalyseerd.

4 RECHTMATIGHEIDSBEOORDELING HOF VAN JUSTITIE OVER DE TOEPASSING ARTIKEL 165 VWEU IN DE STAATSTEUNBEOORDELING VAN ARTIKEL 107 VWEU

In de rechtsbeschermingsfase tegen besluiten van de Commissie hebben verschillende steunontvangers met succes voor het Gerecht een beroep tot nietigverklaring ingesteld. Zo oordeelde het Gerecht dat bij de landruilovereenkomst tussen Madrid en Real Madrid dat de Commissie niet voldoende had bewezen dat er sprake was van een voordeel, en daarmee niet bewezen heeft dat er sprake was van staatssteun.¹⁷⁰ In deze zaak draaide het geschil niet om de werking van artikel 165 VWEU in de staatssteunbeoordeling.

In de zaak *Hamr Sport* moest het Gerecht beoordelen of artikel 165 VWEU onderdeel mag uitmaken van het beoordelingskader van de Commissie op verenigbaarheid.¹⁷¹ Een concurrent van de begunstigden voerde tegen een verenigbaarheidsbesluit van de Commissie aan dat de steun de concurrentiepositie van concurrenten op de dienstenmarkt voor sportlessen in Praag aantastte omdat alleen non-profit organisaties steun konden ontvangen. De Commissie voerde voor het Gerecht aan dat de maatregel noodzakelijk en geschikt was, in het bijzonder met betrekking tot de bewustwording van jongeren ten aanzien van sport. De Commissie voegde hieraan toe dat zonder subsidies de sportaccommodaties niet hadden kunnen verwezenlijken naar maatschappelijke vereisten op het gebied van sportbeoefening. Het Gerecht overwoog dat de Commissie op juiste gronden heeft aangenomen dat de maatregel verenigbaar was.¹⁷² Volgens het Gerecht heeft de Commissie de doelstelling van artikel 165 terecht meegewogen binnen het toepassingskader van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie binnen haar discretionaire bevoegdheid was gebleven om, op basis van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU, afwegingen van economische en sociale aard zwaarder te wegen dan de gevolgen voor de mededinging. Het Gerecht wees daarmee het beroep af.

Een soortgelijk beroep werd ingesteld door MMK tegen het besluit inzake

170 Gerecht EU, 22 mei 2019, T-791/16, *Real Madrid*, r.o. 128.

171 Gerecht EU, 12 mei 2016, T-693/14, *Hamr Sport t Commissie*.

172 Gerecht EU, 12 mei 2016, T-693/14, *Hamr Sport t Commissie*, r.o. 70-74.

de *Deutsche Alpenverein*.¹⁷³ Evenals in het arrest *Hamr t Commissie*, voerde een concurrent aan dat de steun onverenigbaar was met artikel 107, lid 3, VWEU, maar met onderbouwing dat de Commissie bij de beoordeling op verenigbaarheid de economische benadering van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU – waaronder een beoordeling op marktfalen – onterecht buiten toepassing had gelaten.¹⁷⁴ Ten gronde oordeelde het Gerecht dat deze economische benadering (die voortvloeit uit het Commissiewerkdocument “Actieplan staatssteun 2005”) als richtsnoer dient bij de beoordeling van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU. Het Gerecht oordeelde dat de economische benadering, waaronder het marktfalen-criterium, niet als enkel als een gedragsnorm geldt en niet als een wettelijke norm.¹⁷⁵ Daarom mocht de Commissie van de economische benadering afwijken en een besluit volledig baseren op objectieve regels uit het Verdrag, te weten artikel 107, lid 3, VWEU en artikel 165 VWEU.¹⁷⁶

Ten aanzien van het argument van MMK dat er geen sprake was van een marktfalen merkte het Gerecht op dat de toepassing van artikel 107, lid 3, VWEU in beginsel niet de aanwezigheid van een marktfalen vereist. Het Gerecht oordeelde vervolgens dat het bestaan van een marktfalen maar één van de openstaande redenen is om overheidsingrijpen te rechtvaardigen.¹⁷⁷ Daarmee oordeelde het Gerecht dat het bewijs van een daadwerkelijk marktfalen geen *conditio sine qua non* is om een doelstelling van algemeen belang te rechtvaardigen. Een legitiem belang op basis van artikel 165 VWEU biedt volgens het Gerecht een voldoende rechtsbasis voor de rechtvaardiging onder artikel 107, lid 3, sub c, VWEU.

De werking van artikel 165 VWEU in de staatssteunbeoordeling stond eveneens centraal bij de beroepen die Hercules Alicante en Valencia tegen het negatieve besluit in beroep hebben ingesteld bij het Gerecht.¹⁷⁸ In 2019 heeft het Gerecht het besluit van de Commissie inzake Hércules Alicante ten gronde beoordeeld en nietig verklaard.¹⁷⁹ Het Gerecht oordeelde dat de Commissie in haar besluit onvoldoende gemotiveerd heeft waarom de garantie van de regio Valencia aan deze voetbalclub een voordeel inhield.¹⁸⁰ Het Gerecht kwam tot de conclusie dat de Commissie nagelaten had om

173 Gerecht EU, 9 juni 2016, T-162/13 *Magic Mountain Kletterhallen t Commissie*.

174 Mededeling van de Commissie over het Actieplan Staatssteun 2005 COM (2005) 107 final.

175 Gerecht EU, 9 juni 2016, T-162/13, *Magic Mountain Kletterhallen t Commissie*, r.o. 57, 61.

176 Gerecht EU, 9 juni 2016, T-162/13, *Magic Mountain Kletterhallen t Commissie*, r.o. 79.

177 Zie ook uitspraak van het Gerecht EU, 6 oktober 2009, T-21/06, *Brandenburg t Commissie*, r.o. 53, 62, 63.

178 Zaken T-766/16R; T-732/16 R; T-901/16; T-134/17, Zaken T-865/16; T-846/16; T-845/16; T-679/16; T-791/16; Gerecht EU, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol t Commissie*; Zaak T-901/16.

179 Gerecht EU, 6 april 2017, T-732/16, *Valencia t Commissie*; Gerecht EU, 15 mei 2018, T-901/16 R, *Elche Club de Fútbol t Commission*.

180 Gerecht EU, 20 maart 2019, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol*.

een voordeel te beoordelen op basis van “de context en het geheel van rechtsregels die op de betrokken materie beheersen”.¹⁸¹ Daarbij nam het Gerecht het argument van Hercules in overweging dat de afwijking van de “Commissiemededeling over marktconformiteit van garanties” toegestaan was omdat de marktconformiteit van de garantie beoordeeld moest worden “in de context van de sportsector, die een bijzondere bescherming geniet op grond van artikel 165 VWEU”.¹⁸² Ten aanzien van deze contextuele beoordeling van de marktconformiteit verweet het Gerecht aansluitend de Commissie dat zij niet alle relevante factoren had meegewogen, waaronder het bestaan van een contragarantie die afgegeven was door de eigenaar van het Hercules stadion.¹⁸³

Het Gerecht heeft dit oordeel herhaald in *Valencia CF t Commissie* en geoordeeld dat de Commissie onvoldoende bewezen heeft dat de garanties niet marktconform waren.¹⁸⁴ Echter, in tegenstelling tot de uitspraak in het arrest *Hercules t Commissie*, nuanceert het Gerecht haar standpunt over de werking van de doelstelling van artikel 165 VWEU in de staatssteunbeoordeling. Bij de kwalificatie van maatregel als staatssteun volgens artikel 107, lid 1, VWEU kan volgens het Gerecht niet van de Commissie verlangd worden dat een onderscheid gemaakt wordt op grond van de redenen of doeleinden van steunmaatregelen.¹⁸⁵ In het bijzonder kan dit volgens het Gerecht ook niet op grond van ingeroepen redenen die voldoen aan de doelstellingen van artikel 165 VWEU.¹⁸⁶ Deze uitspraak voldoet aan de standaardrechtspraak van het Hof, maar geeft desondanks inzicht in de situatie dat het Gerecht bij een gelijk feitencomplex tot twee verschillende (en tegenstrijdige) benaderingen komt:

- i) een objectieve benadering in *Valencia CF t Commissie* die geen algemene belangenafweging in artikel 107, lid 1, VWEU toestaat, en;
- ii) een contextuele benadering in *Hercules t Commissie* die dat op grond van artikel 165 VWEU juist wel vereist.

In 2019 heeft het Gerecht eveneens de beoordeling van de Commissie over het Spaanse belastingstelsel nietig verklaard. Ten aanzien van het beroep van Athletic de Bilbao kwam het Gerecht tot het oordeel dat het doel van de Spaanse belastingwetgeving, de bevordering van sport, irrelevant is bij de beoordeling op grond van artikel 107, lid 1, VWEU.¹⁸⁷ Dat doel, en de effecten van de belastingvrijstelling, zijn volgens het Gerecht overtuigend

181 Gerecht EU, 20 maart 2019, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol* r.o. 61.

182 Gerecht EU, 20 maart 2019, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol*, r.o. 56, 61.

183 Gerecht EU, 20 maart 2019, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol*, r.o. 69, 70, 71, 74.

184 Gerecht EU, 12 maart 2020, T-732/16, *Valencia CF t Commissie*, r.o. 136-138.

185 Gerecht EU, 12 maart 2020, T-732/16, *Valencia CF t Commissie*, r.o. 73-77.

186 Gerecht EU, 12 maart 2020, T-732/16, *Valencia CF t Commissie*, r.o. 74-76.

187 Besluit van de Commissie, 7 maart 2014, SA.29769, *Staatssteun voor bepaalde Spaanse professionele sportclubs*, PbEU 2014, C 69/2014, par. 100.

meegewogen door de Commissie in de verenigbaarheidsbeoordeling.¹⁸⁸ Athletic Bilbao voerde daarnaast aan dat de maatregel alleen Spaanse clubs treft en daarom niet selectief was. Het Gerecht verwierp dit beroep, omdat de Commissie in haar besluit heeft onderzocht in welke mate de vier *Primera Divison* clubs bevoordeeld werden.¹⁸⁹

Ondanks deze beoordeling van het Gerecht, wordt Commissiebesluit in de parallelle zaak *FC Barcelona t Commissie* alsnog nietig verklaard door het Gerecht.¹⁹⁰ In tegenstelling tot Athletic weet FC Barcelona het Gerecht wel te overtuigen dat de belastingvrijstelling niet resulteerde in een voordeel. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie op basis van de beschikbare gegevens onvoldoende bewezen heeft dat de Spaanse professionele sportsector fiscaal anders werd behandeld dan ondernemingen in andere sectoren.¹⁹¹ Het Gerecht oordeelde dat de Commissie had moeten aantonen dat het Spaanse belastingstelsel voordeliger uitpakte voor de sportvennootschappen zonder winstoogmerk, *in casu* de vier *Primera Division* clubs.¹⁹² Ondanks dat op grond van de belastingmaatregel de vier Spaanse clubs als enige ondernemingen in de Spaanse professionele sportsector potentieel konden profiteren, stelde het Gerecht deze omstandigheid niet gelijk aan een preferentieel voordeel.¹⁹³ Dit is opmerkelijk omdat het begrip voordeel uitgaat van de potentiële versterking van de marktpositie. Het Gerecht doorliep bovendien bij haar beoordeling niet de vereiste driestappentest die het Hof ontwikkeld heeft voor de beoordeling van een *a priori* selectief voordeel.¹⁹⁴ Daarmee heeft het Gerecht haar uitspraak niet gebaseerd op de juridische methode van het Hof. De uitspraak van het Gerecht in *FC Barcelona t Commissie* staat helaas niet op zichzelf als afwijkende beoordeling door het Gerecht op het leerstuk van een selectief voordeel (zie hoofdstuk 1, paragraaf 2).

In de door de Commissie ingestelde hogere voorziening tegen deze uitspraak kwam het Hof tot het oordeel dat het Gerecht het voordeeligheidsbegrip niet objectief heeft toegepast.¹⁹⁵ Het Gerecht heeft reeds bij het beoordelen van het voordeel het algemene belang van sport meegewogen. Het Hof wijst er op dat het Gerecht een *prima facie* voordeel op grond van artikel 107, lid 1, VWEU had moeten controleren op grond van de voorwaarden die het Hof in het *World Duty Free* arrest heeft gesteld over materiële selectiviteit (zie hoofdstuk 1).¹⁹⁶ Daarbij had het Gerecht volgens het Hof in overweging

188 Gerecht EU, 26 februari 2019, T-679/16, *Athletic Club de Bilbao* 84-85.

189 *Idem*, r.o. 59-67.

190 Gerecht EU, 26 februari 2019, T-865/16, *FC Barcelona*.

191 Gerecht EU, 26 februari 2019, T-865/16, *FC Barcelona*, r.o. 66.

192 *Idem*, r.o. 55, 59, 62.

193 *Idem*, r.o. 52, 60, 75.

194 Zie hoofdstuk 1.

195 HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*.

196 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 60.

moeten nemen dat het begrip ‘voordeel’ een objectief begrip is dat “inherent is aan de kwalificatie van een maatregel als staatssteun en onafhankelijk is van de motieven van de opstellers van een overheidsmaatregel”.¹⁹⁷ Het Hof benadrukt dat artikel 107, lid 1, VWEU geen onderscheid maakt naar redenen of doeleinden van overheidsmaatregelen.¹⁹⁸

Het onderzoek naar de belastingvrijstelling had gericht moeten zijn op de vraag of de steunregeling een voordeel verschafte aan de professionele voetbalclubs met een non-profit status ten opzichte van hun concurrenten.¹⁹⁹ Het Hof concludeerde dat de Commissie – in tegenstelling tot de uitspraak van het Gerecht – zowel de steunregeling als de individuele steun voor FC Barcelona en de andere begunstigden kon onderzoeken. De Commissie heeft volgens het Hof terecht besloten dat de regeling voornamelijk de professionele voetbalclubs die profiteerden van de belastingvrijstelling bevoordeelde.²⁰⁰

Op grond van deze brede uitleg van het voordeelbegrip vernietigde het Hof de beoordeling van het Gerecht in eerste aanleg. Gelet op de objectiviteit van het voordeelbegrip staat artikel 107, lid 1, VWEU, noch artikel 165 VWEU – in tegenstelling tot de uitspraak van het Gerecht – niet een contextuele beoordeling toe die het specifieke belang van de professionele voetbalsector objectief kan rechtvaardigen.²⁰¹ Het Hof verwijst hier naar het *Meca-Medina*-arrest en overweegt dat een sportieve activiteit de toepassingsvoorwaarden van de artikelen 107 en 108 VWEU niet kan wijzigen.²⁰² Het Hof verwijst specifiek naar de stelregel in *Meca-Medina* waarin het Hof oordeelde dat sportieve activiteiten van economische aard binnen de werkingssfeer van het VWEU vallen en bijgevolg onderwerpen zijn aan de “voorwaarden en verplichtingen van de verschillende bepalingen van het VWEU.”²⁰³ De verwijzing naar deze rechtsregel uit het *Meca-Medina* arrest door het Hof betreft vooral een verwijzing naar de rechtspraak van het Hof – in lijn met het *Deliège* arrest – waarin de voorwaarden van het Unierecht van toepassing zijn verklaard op economische sportactiviteiten (zie paragraaf 2.1).²⁰⁴ Het Hof verwijst nadrukkelijk niet naar de rechtsregel uit het *Meca-Medina* arrest waarin een schending op het Unierecht vanwege een legitiem en inherent sportbelang niet tot een inbreuk leidt (zie paragraaf 2.2). Een dergelijke contextuele uitleg van het voordeelbegrip door het Gerecht – gebaseerd op de doelstellingen van artikel 165 VWEU – heeft het

197 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 61.

198 *Idem*.

199 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 65.

200 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 65, 66, 68, 71, 75-77.

201 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 100.

202 *Idem*. Het Hof verwijst naar r.o. 28 van het *Meca-Medina*-arrest.

203 *Idem*.

204 Zie HvJ EG, 18 juli 2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, r.o. 27-29; HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, r.o. 54.

Hof met het *FC Barcelona*-arrest nadrukkelijk afgewezen ten aanzien van de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU.

5 DE TOEPASSING VAN DE SPORTEXCEPTIE BINNEN HET VERBOD:
KNELPUNTEN IN DE HUIDIGE BESLUITPRAKTIJK

5.1 Het Unierecht stelt grenzen aan de sociale uitzonderingen op economische activiteiten

In paragraaf 3.2 is uiteengezet dat het Unierecht in enkele situaties zuiver sociale oogmerken onderscheidt van economische activiteiten. De eerste categorie betreft een activiteit die verricht wordt op grond van het solidariteitsbeginsel en de tweede betreft een zuiver sociale activiteit.

Het staatssteunrecht is een rechtsgebied waarin deze rechtscategorieën ingeroepen worden door de lidstaten om sociale diensten van algemeen belang uit te zonderen van een economische (en daarmee Unierechtelijke) werkingssfeer. De toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU bevat daarom een Unierechtelijke begrenzing van zuiver sociale oogmerken. Het beste voorbeeld waarin het Hof de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU afwoog ten aanzien van zuivere sociale belangen is het arrest *Congregación Escuelas Pías*.²⁰⁵ In deze zaak moest het Hof beoordelen of een belastingvrijstelling voor een katholieke school betrekking had op economische activiteiten of op zuiver sociale activiteiten. Het Hof oordeelde dat kerken, net als sportverenigingen, economisch actief kunnen zijn, bijvoorbeeld als het gaat om bouwactiviteiten en naschoolse opvangactiviteiten.²⁰⁶ In het arrest *Congregación Escuelas Pías* sloot het Hof niet uit dat verschillende economische activiteiten (zoals maaltijdendiensten en vervoersactiviteiten) verricht werden naast religieuze en educatieve activiteiten. Volgens het Hof kan op deze wijze “kruissubsidiëring” tussen economische activiteiten en niet-economische (zuiver sociale) activiteiten ontstaan en is er in dat geval sprake van staatssteun volgens artikel 107, lid 1, VWEU. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat een hoofdzakelijk sociaal doel, zoals natuurbeheer of naschoolse opvang, simpelweg niet volstaat om een activiteit van zijn economische karakter te ontdoen.²⁰⁷

De achterliggende reden is dat het Hof de werking van de interne markt beschermt door vast te houden aan een brede interpretatie van het begrip

205 HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías t Ayuntamiento de Getafe*.

206 Zie ook conclusie A-G Kokott, 16 februari 2017, zaak C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías t Ayuntamiento de Getafe*, randnummer 32.

207 Zie HvJ EU, 11 december 2014, C-113/13, *Spezzino t San Lorenzo Sociale*, r.o. 62; Gerecht EU, 12 september 2013, T-347/0, *Duitsland t Commissie (Duitse natuurbeheerorganisaties)*; HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías t Ayuntamiento de Getafe*.

economische activiteit.²⁰⁸ Het bredere interne markt- en mededingingsrecht vereist van een zuiver sociale activiteit dat er sprake is van: i) een zuiver sociaal doel; ii) het financiële beheer berust op nationale solidariteit en; iii) dat de activiteit georganiseerd wordt op een niet-economische wijze (namelijk: onder staatstoezicht en zonder marktwerking).²⁰⁹

Met deze Unierechtelijke begrenzings in ogenschouw genomen, staat de toepassing van het begrip “zuiver sociale activiteit” door de Commissie in het *Franse trainingscentra*-besluit op gespannen voet met de interpretatie van het Hof. Omdat in dat besluit de Commissie overheids subsidies met een “hoofdzakelijk sociaal oogmerk” niet als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU kwalificeert staat deze toepassingsleidraad haaks op deze verbodsnorm.²¹⁰ De jurisprudentie van het Hof vereist namelijk dat de staat educatieve activiteiten primair bekostigt, willen zij in aanmerking komen voor het predicaat “zuiver sociaal.”²¹¹ In de casus van de *Franse trainingscentra* bekostigden de clubs normaal gesproken de opleiding van jeugdopleidingen en sprong de staat desgevraagd bij voor de kosten van sportinfrastructuur, door jaarlijks maximaal 2,3 miljoen euro per professionele sportclub te subsidiëren. De omstandigheid dat deze maatregel direct bijdroeg aan professionele trainingsinfrastructuur in de voetbalsector en niet onder gelijke voorwaarden toepassing was op alle sportinfrastructuur en sportopleidingen in Frankrijk, sluit eveneens een beroep op een zuiver sociaal activiteit uit. Analoog aan het feitencomplex in *Congregacion Escuelas Pías*, verrichtten de professionele voetbalclubs dus gewoon economische activiteiten bij de bouw van infrastructuur.

De *Franse trainingscentra*-zaak is overigens geen anomalie in de besluitpraktijk van de Commissie. Deze zaak bevat een toepassingsstandaard voor het beoordelen van steunmaatregelen voor (jeugd)sportactiviteiten. In het besluit over de *Hungary Big Five* voor sport en het *Deutsche Alpenverein* besluit heeft de Commissie als eerste de steunmaatregelen aan de objectieve rechtvaardiging uit de *Franse trainingscentra* – regel onderworpen.

In *Deutsche Alpenverein* heeft de Commissie als eerste reflex gehad om te verkennen welke ruimte een toepassing van het *Franse trainingscentra*-regel

208 Zo stond het Hof in het *Bosman*-arrest niet toe dat professionele voetbalclubs uitgezonderd werden van het begrip economische activiteit enkel omdat zij “verwaarloosbare economische activiteiten zouden verrichten in vergelijking tot andere clubs”, zie Weatherill 2018, p. 103.

209 Zie HvJ EU, 11 juli 2013, C-57/12, *Femarbel t GGC*; HvJ EU, 19 juni 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal t SUCH*, r.o. 40; Sauter 2013a, p. 457-478; Zahn 2014, p. 1521-1538.

210 Parlementaire stukken Europees Parlement, schriftelijke vraag E-0537/03 van Erik Meijer (GUE/NGL) aan de Commissie, 26 februari 2003, “Gemeentelijke subsidies aan commerciële voetbalondernemingen als stimulans voor een harde concurrentiestrijd en extreme betalingen”, *PbEU* 2003, Nr. 280 E van 21/11/2003 blz. 0065 – 0066.

211 HvJ EG, 11 september 2007, C-318/05, *Schwartz*; HvJ EG, 27 september 1988, 263/86, *Humbel*.

biedt, om zo de maatregel buiten de werking van artikel 107, lid 1, VWEU te plaatsen. De Commissie besloot dat het feit dat de Deutsche Alpenverein een nationale sportorganisatie is die ook in andere lidstaten opereert een toepassing van de *Franse trainingscentra*-regel in de weg stond.²¹²

De besluitpraktijk laat zien dat de Commissie het sociale en educatieve doel van artikel 165 VWEU reeds wil meewegen in de vraag of artikel 107, lid 1, VWEU van toepassing is. Zo gebruikt de Commissie de *Franse Trainingscentra* zaak als *best practice* voor het invoeren van een sociale dienst van algemeen belang.²¹³ Bovendien legt de Commissie de rechtspraak van het Hof over zuiver sociale activiteiten op grond van dit besluit foutief uit in de Commissiemededeling over het staatssteunbegrip.²¹⁴ Het sociale karakter van het sportbelang van artikel 165 VWEU biedt namelijk geen objectieve toepassingsstandaard als uitzondering op artikel 107, lid 1, VWEU. De uitleg van de Commissie biedt de lidstaten evenwel de mogelijkheid om een belangenafweging te verrichten tussen het staatssteunbegrip en de doelstelling van artikel 165 VWEU. Deze belangenafweging mag geen plaats hebben in de beoordeling van steunmaatregelen omdat de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU geen ruimte bieden om af te wijken van een verbodsnorm die objectief en ordenend van aard is.²¹⁵ Zodra een toepassingsstandaard afwijkt en ongelijke voorwaarden schept voor een bepaalde economische sector, is deze in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en het legaliteitsbeginsel.²¹⁶ Sociale belangen kunnen pas tegenover economische belangen worden afgewogen in de verenigbaarheidsfase, waar de Commissie de uitwerkingen van maatregelen daadwerkelijk kan afzetten tegen de gevolgen voor de interne markt.

5.2 Bijzondere belangen vormen geen uitzondering op normale marktvoorwaarden

Bij de beoordeling van de garanties aan de voetbalclubs Hercules Alicante en Valencia heeft Spanje de Commissie verzocht om de professionele voetbalsector speciaal te behandelen op basis van artikel 107, lid 1, VWEU jo. 165 VWEU. De Commissie was hiertoe niet bereid omdat de artikelen 106, lid 2, VWEU en 165 VWEU slechts passend zijn bij een beoordeling op verenigbaarheid en niet bij de beoordeling op staatssteun.²¹⁷ De Commissie besloot ten aanzien van de Spaanse voetbalclubs terecht dat markt

212 Besluit van de Commissie, 9 maart 2000, N118/00, *Franse trainingscentra*.

213 Mededeling van de Commissie over diensten van algemeen belang in Europa, PB C 17 van 19.1.2001.

214 Commissie Mededeling over het staatssteunbegrip, punt 28, voetnoot 42.

215 Zie Gerecht EU, 31 mei 2018, T-160/16, *Groningen Seaports t Commissie*, r.o. 100 en 131.

216 Zie Gerecht EU, 31 mei 2018, T-160/16, *Groningen Seaports t Commissie*, r.o. 117.

217 Zie paragraaf 3.5 van dit hoofdstuk.

voor professioneel voetbal onder normale marktomstandigheden functioneert, waardoor er geen noodzaak was voor een speciale behandeling door middel van het aanwijzen van DAEB.

In het arrest *Hercules Alicante t Commissie* heeft het Gerecht echter bij het vaststellen van normale marktomstandigheden wel gehoor gegeven aan het argument van een bijzondere behandeling omwille van een sportief belang.²¹⁸ Het Gerecht gaf aan artikel 107, lid 1, VWEU jo. artikel 165 VWEU een contextuele interpretatie en oordeelde dat het vraagstuk van marktconformiteit “in de context van de sportsector die een bijzondere bescherming geniet op grond van artikel 165 VWEU” bezien moest worden.²¹⁹ Kortom: de Commissie had volgens het Gerecht beter moeten onderzoeken of dergelijke garanties gebruikelijk zijn in de professionele sportsector. Hier valt een vergelijking op met de flexibele interpretaties die het Gerecht, omwille van sectorspecificiteit, heeft toegekend aan de compensatiebenadering van *Altmark* (zie Hoofdstuk 3, paragraaf 4.2.2). Een speciale behandeling van sportondernemingen bij het beoordelen van een voordeel is een misvatting van het Gerecht omdat er een algemeen toepasselijk beoordelingskader bestaat voor een elke onderneming in financiële moeilijkheden, zoals *Hercules Alicante*, dat geen sectoraal onderscheid maakt naar de economische sector (op grond van de reddings- en herstructureringsrichtsnoeren).

De Unierechtelijke dimensie van artikel 165 VWEU biedt professionele sportclubs bovendien geen bijzondere bescherming, zeker niet bij het beoordelen of er sprake is van een inbreuk op Unierecht, zoals het Gerecht heeft erkend in *Valencia CF t Commissie*, maar heeft miskend in *Hercules t Commissie*. Hier gaat ook de vergelijking op met artikel 14 VWEU jo. protocol nr. 26 bij het VWEU waarin een discretionaire bevoegdheid voor DAEB constitutioneel is vastgelegd, zonder dat DAEB uitgesloten wordt van de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU.

De bijzondere bescherming die ontleend kan worden aan artikel 165 VWEU is bestemd voor de toegang van de amateursporter tot sportcompetities.²²⁰ Het Gerecht, zo oordeelde het Hof in *Commissie t. FC Barcelona*, had in *Hercules t Commissie* moeten oordelen dat de lidstaten de beleidsruimte ten aanzien van sport niet zo ver strekt dat zij daarmee de artikelen 107 en 108 VWEU mogen omzeilen.²²¹

De twee uiteenlopende uitspraken van het Gerecht confronteren de Com-

218 Gerecht EU, 20 maart 2019, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol t Commissie*, r.o. 56,61,74.

219 Gerecht EU, 20 maart 2019, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol t Commissie*, r.o. 56,61-62, 71, 74-75.

220 HvJ EU, 13 juni 2019, C-22/18, *TopFit & Daniele Biffi t Deutscher Leichtathletikverband*, r.o. 33-34.

221 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 100, 104.

missie met haar eigen inconsistente toepassingsstandaarden uit de geanalyseerde besluitpraktijk. In verschillende besluiten heeft de Commissie een onderdeel van artikel 107, lid 1, VWEU niet beoordeeld, zoals het bestaan van een voordeel bij de *Slowaakse steunmaatregel voor het nationale stadion* omdat de steun waarschijnlijk toch verenigbaar zal zijn. De belangrijkste inconsistentie is wederom het *Franse trainingscentra*-besluit. Met het *Bosman* arrest als referentiekader besloot de Commissie in deze zaak dat de training van jonge spelers – en daarmee het legitieme algemene belang van jeugdsport – zwaarder weegt dan eventuele beperkingen in de vorm van een economisch voordeel dat mededinging beperkt.²²² De wijze waarop de Commissie deze belangenafweging – binnen de toepassing van een verbodsnorm – verrichtte, komt wat betreft methode overeen met het *Meca-Medina*-arrest. Omdat de Commissie besloot dat de subsidiemaatregel inherent was aan de Europese dimensie van sport en buiten het domein van de mededinging viel was er namelijk geen schending van een verbodsnorm.

Toegepast op de objectieve rechtvaardiging uit het *Franse trainingscentra* besluit kan allereerst opgemaakt worden dat een *Bosman* – achtige “dwingende reden” voor jeugdsport niet is toegestaan om een maatregel uit te sluiten van de economische dimensie van artikel 107, lid 1, VWEU. Dit volgt nadrukkelijk uit het *Bosman* arrest zelf, maar ook uit de arresten *Valencia CF t Commissie* en *Commissie t. FC Barcelona*. Zo gaat de Commissie er in het *Franse trainingscentra* besluit aan voorbij dat de maatregelen voor professionele jeugdspelers economische activiteiten betreffen op de vastgoed- en transfermarkten.²²³

Door vergelijkbaar aan de beoordeling in het *Meca-Medina*-arrest het inherente sportbelang reeds mee te wegen binnen de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, heeft de Commissie met de *Franse trainingscentra* leidraad een speciale belangenafweging doen ontstaan. Deze belangenafweging staat vanwege het inherente sportbelang een beleidsruimte toe om af te wijken van het voordeelbegrip van artikel 107, lid 1, VWEU. Echter de Commissie heeft de compensatie van de Franse overheid buiten de werking van artikel 107, lid 1, VWEU geplaatst zonder de normale marktomstandigheden te onderzoeken. In dit geval heeft de Commissie de professionele en commerciële aard van sport onvoldoende meegewogen en aan de dwingende reden van *Bosman* (jeugdopleiding) een zwaarder gewicht toegekend ten koste van het objectieve begrip “voordeel”. De regel uit de *Franse trainingscentra* zaak voorziet namelijk in de mogelijkheid om een speciale compensatiebenadering, vergelijkbaar aan het *Altmark*-arrest, in te kunnen roepen ten

222 In paragraaf 5.1 wordt beschreven hoe de Commissie steun voor trainingscentra uitsluit van de werking van artikel 107, lid 1, VWEU.

223 Er is volgens de rechtsregels van het Hof uit het *Deliège*-arrest sprake van een normale marktomstandigheid waarbij de jeugdspelers in loondienst staan van de voetbalclubs en diensten verrichten.

gunste van een algemeen belangdoelstelling. Zo compenseert de Franse steunmaatregel volgens de Commissie alleen de netto-kosten van een dienst met een algemeen belang.

Deze compensatietoepassing in haar besluitpraktijk staat daarmee op gespannen voet met de interpretatie van het staatssteunbegrip door het Hof. Het Hof laat zich, in tegenstelling tot de Commissie, thans niet meer verleiden om lidstaten beleidsruimte toe te kennen om algemene belangenafweging in de verbodsfase te laten verrichten, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van het bijzondere belang van DAEB volgens het *Altmark*-arrest.²²⁴ Dit is onwenselijk omdat het niet ondenkbeeldig is dat deze compensatiebenadering voor sportactiviteiten in de toekomst ingeroepen zal worden door lidstaten. Zo staat deze benadering, samen met de *Hungary Big Five* zaak, expliciet opgenomen als "*favourable decision concerning aid to amateur sports and youth teams*" en spreekt de gezamenlijke Verklaring van UEFA en de Commissie over *financial fair play* over een rechtskader voor "specifieke behandeling" van professionele voetbalclubs.²²⁵

Het leidt daarom niet tot een verwondering dat de lidstaten, zoals Spanje, deze ruimte zoeken waar het professioneel voetbal betreft, en het Gerecht effectief bewegen om de Commissie te verplichten tot een "contextuele" interpretatie van artikel 165 VWEU in de beoordeling op een economisch voordeel. Bovendien staat het invoeren van objectieve rechtvaardiging ten aanzien van het voordeelbegrip haaks op de besluiten over de *Spaanse en Nederlandse voetbalclubs* waarin de Commissie besloot dat het financieren van trainingscentra onder normale marktomstandigheden moet worden verricht.²²⁶ Artikel 107, lid 1, VWEU staat nadrukkelijk geen compensatiebenadering toe ten aanzien van professionele sport. Daarom moet de *Franse trainingscentra* regel in de toekomst door de Commissie terzijde worden geschoven, om te voorkomen dat een ondoorzichtige standaard, zoals in het geval van *Altmark*, onduidelijkheid en ongelijkheid creëert.

5.3 Lokale staatssteun is nog steeds staatssteun

Uit de besluitpraktijk van de Commissie valt op te maken dat in veel besluiten de Commissie niet controleert of er een effect op het handelsverkeer bestaat, omdat de steun toch reeds als verenigbaarheid wordt geacht. Zo gaat de Commissie in het besluit over de *Hongaarse sportdonateurs* niet na of de belastingvrijstelling voor sportdonateurs een potentieel effect heeft op

224 HvJ EG, 24 juni 2003, C 280/00, *Altmark Trans*. Zie hoofdstuk 2.

225 Gezamenlijke verklaring van Eurocommissaris Almunia en UEFA-voorzitter Platini, 12 maart 2012; terug te vinden op http://ec.europa.eu/competition/sectors/sports/joint_statement_en.pdf, punt 10.

226 Zie paragrafen 3.2.2 en 5.1 van dit hoofdstuk.

het handelsverkeer. Dit is opmerkelijk omdat de Commissie in haar onderzoeken naar belastingvrijstellingen in de culturele sector lidstaten verplicht heeft om te verzekeren dat dergelijke vrijstellingen voor ondernemingdonateurs effectief openstaan voor alle EU ondernemingen die gevestigd zijn in een lidstaat.²²⁷

De leidraad voor het begrip “lokale steun” is sinds 2015 een standaardbeoordeling voor de Commissie geworden voor het beoordelen van een grensoverschrijdend effect.²²⁸ Inmiddels lijkt de Commissie lokale steun snel goed te keuren en gaat in haar besluitpraktijk zover dat zij de geografische relevante markt afbakt met marktaandeelpercentages om te bepalen of er een lokaal effect is.²²⁹

Een aantal *best practices* in de besluitpraktijk betreft (lokale) steunmaatregelen voor sport. De Commissie is van mening dat maatregelen met een verwaarloosbaar grensoverschrijdend effect buiten de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU vallen.²³⁰ Het begrip “lokale steun” lijkt een *contradictio in terminis*, zeker omdat het Hof in haar rechtspraak op grond van artikel 107, lid 1, VWEU een lokaal bereik van steun doorgaans uitsluit, omwille van theoretische en praktische bezwaren.²³¹ Zelfs een katholieke school die in centraal Spanje economische activiteiten verricht, ontsnapt daarom volgens de toepassingsstandaard van het Hof niet aan brede bereik van een “effect op het handelsverkeer.”²³² Met de zaken *Sportcamp Bayern* en *Glenmore Lodge* lijkt de Commissie een bepaalde significantietest ontwikkeld te hebben die niet strookt met de rechtspraak van het Hof. Desondanks is de leidraad door de Commissie overgenomen in de mededeling over het staatssteunbegrip.²³³

Het begrip “marginaal effect op het handelsverkeer” staat evenwel te veel open voor interpretaties van de lidstaten en ontbeert een objectieve en gekwantificeerde significantietoets, zoals bijvoorbeeld in de *de-mini-*

227 Zie besluit van de Commissie, 12 december 2017, steunmaatregel SA.49411 en besluit van de Commissie, 20 maart 2017, steunmaatregel SA.34357. Zie ook deze verklaring van de Commissie, 4 oktober 2017, Statement 17/3714.

228 Interview Gert-Jan Koopman, DG Mededinging, Tijdschrift voor staatssteun. 2019-1, p. 20-23.

229 Besluit van de Commissie, 19 september 2016, SA.38920, C(2016) 5054 final, *SCMT, PbEU* (2017); Besluit van de Commissie, 27 april 2017, SA.37316, *Komunala Izola Marina*, C 291/1 PbEU (2017).

230 Interview Gert-Jan Koopmans, DG Mededinging, april 2019, Tijdschrift voor staatssteun p. 20-23.

231 HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania t Ayuntamiento de Getafe*, r.o. 79-86; HvJ EU, 29 juli 2019, C-659/17, *INPS t Azienda Napoletana Mobilita*, r.o. 30; Dekker 2015, p.170.

232 HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania t Ayuntamiento de Getafe*, r.o. 79-86.

233 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, *PbEU* 2014/C 262/1.

misvrijstellingen besloten ligt.²³⁴ Uiteenlopende interpretaties van deze significantietoets worden inmiddels al verricht door de nationale rechter (zie hoofdstuk 5) en door het Gerecht in het arrest *Marinvest* (zie paragraaf 4.2). In de zaak *Marinvest* heeft het Gerecht de leidraad van de Commissie overgenomen en geoordeeld dat de Commissie, op grond van de “mededeling het staatssteunbegrip” mocht aannemen dat een voordeel aan een lokale havenexploitant (nabij de grenzen van Slovenië met Oostenrijk, Italië en Kroatië) slechts een lokaal bereik had en daarmee geen effect had op het handelsverkeer volgens artikel 107, lid 1, VWEU. Dit is opmerkelijk omdat Italiaanse dienstenaanbieders zich beklaagd hadden over een concurrentievervalsing.²³⁵ Gelet op een verwaarloosbaar marktaandeel van de haven op de nationale markt voor buitenlandse aanlegplekken in toeristenhavens (1%) en de Adriatische markt voor kleine toeristenhavens (0,05%) was er volgens de Commissie geen significant effect op het handelsverkeer. Deze uitspraak is voornamelijk een *unicum* in het staatssteunrecht.²³⁶ Opmerkelijk genoeg heeft het Gerecht niet verwezen naar de standaardjurisprudentie van het Hof waarin slechts een potentieel effect op het handelsverkeer (en niet een daadwerkelijk effect) moet worden aangetoond. Bovendien is de afbakening van een relevante geografische markt aan de hand van markt-aandelen niet eigen aan de toets op het handelsverkeer op grond van artikel 107, lid 1, VWEU, maar maakt deze onderdeel uit van het kartelrecht.²³⁷ Omdat een hogere voorziening uit is gebleven heeft het Hof deze interpretatie door het Gerecht niet van een beoordeling kunnen voorzien. Desondanks lijkt deze benadering in strijd met de objectieve werking van artikel 107, lid 1, VWEU die vereist dat elk potentieel effect op het handelsverkeer onder het staatssteunbegrip valt, alvorens er een algemene belangenafwijking kan plaatsvinden in de verenigbaarheidsfase.

5.4 Beperkingen van de mededinging hoeven niet merkbaar te zijn

Artikel 107, lid 1, VWEU verbiedt een afbakening van de relevante markt, omdat een dergelijke afbakening de effectiviteit van het staatssteunverbod omzeilt.²³⁸ Een niet-markconform voordeel kan namelijk per definitie de mededinging potentieel vervalsen op de interne markt en daarvoor is het niet nodig om een daadwerkelijk effect vast te stellen.²³⁹ Desondanks hanteert de Commissie in de besluitpraktijk voor sport in sommige gevallen

234 Dit ligt specifiek besloten in de toepasselijke financiële meldingsdrempels van de *de-minimis*vrijstellingen.

235 Zie ook Schotanus 2019, p.359-365.

236 Gerecht, 14 mei 2019, T-728/17, *Marinvest t Commissie*. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 2.3.2.

237 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.3.

238 HvJ EU, 9 juni 2011, gevoegde zaken C-71/09 P, C-73/08 P en C-76/09 P, *Hotel Cipriani et al t Commissie*, r.o. 114-116.

239 HvJ EU, 21 december 2016, gevoegde zaken C-164/15 en C-165/15, *Commissie t Aer Lingus en Ryanair*, ro. 99-102.

een relevante markttoets om de product en geografische relevante markt vast te stellen. De Commissie heeft in haar besluitpraktijk benadrukt dat het niet nodig is om een relevante markt af te bakenen, maar verricht vervolgens toch een merkbaarheidstoets in diverse besluiten, zoals in de *Deutsche Alpenverein*.²⁴⁰ In het *Hungary Big Five* besluit oordeelde de Commissie zelfs dat de belastingvrijstelling voor Hongaarse sponsorondernemingen – in tegenstelling tot de exploitanten van de sportinfrastructuur – de mededinging niet vervalste, omdat hun bijdragen essentieel waren voor de privatisering van de sportinfrastructuursector en daarmee de maatschappelijke doelstellingen van artikel 165 VWEU.²⁴¹

5.5 De Commissie heeft onbedoeld lidstaten de ruimte gegeven om belangenafwegingen te maken tussen de doelstellingen van artikel 165 VWEU en artikel 107 VWEU

5.5.1 *De maatschappelijke dimensie van artikel 165 VWEU is te ruim door de Commissie geïnterpreteerd*

Een duidelijke observatie die volgt uit de besluitpraktijk is dat de Commissie de maatschappelijke dimensie van artikel 165 VWEU zeer ruim interpreteert en dus de commerciële sportwereld veel ruimte geeft onder het Unierecht. Ten eerste vallen sociale, culturele en educatieve doelstellingen van artikel 165 VWEU onder deze dimensie. Het gaat hier om een open categorie, waar doelstellingen op het gebied van: sociale inclusie, volksgezondheid, burgerschap, maatschappelijk verantwoord ondernemen, sportbevordering, sporteducatie, sporttoerisme, internationale sportevenementen, culturele festivals, eerlijke toegang tot sportcompetities én de UEFA-normen voor stadioncapaciteit onder vallen. Bij sommige besluiten heeft de Commissie artikel 165 VWEU zo breed geïnterpreteerd dat de constitutionele beperkingen van dit artikel duidelijk overschreden worden. In de besluiten over de Franse en Belgische stadions combineert de Commissie als rechtvaardigingsgronden de UEFA normen, maatschappelijke uitwerkingen van steun en de populariteit van internationale sport- en cultuurevenementen.²⁴² Beide steunmaatregelen moesten ervoor zorgen dat respectievelijk Belgische en Franse voetbalstadions grote professionele sporttoernooien (zoals EURO 2016; finales in de UEFA-cup en de *Champions League*) konden organiseren.

Deze invulling van de maatschappelijke dimensie van sport is in strijd met

240 Besluit van de Commissie, 11 juni 2014, SA.33575, *Tsjechische sportaccomodaties PbEU 2015*; Besluit van de Commissie, 15 mei 2013, SA.33728, *Multiarena in Kopenhagen, PbEU 2014*.

241 Besluit van de Commissie, 9 November 2011, SA. 31722, *Hungarian Sport infrastructure, PbEU 2011*.

242 Besluit van de Commissie, 18 december 2013, SA 35501, *Euro 2016, PbEU 2016*; Besluit van de Commissie, SA.37109, 20 november 2013, *Vlaamse voetbalstadions, PbEU 2013*.

de wetsgeschiedenis van artikel 165 VWEU. Uit de *travaux préparatoires* en de literatuur volgt dat de Unie internationale sportevenementen promoot, zolang het gaat om amateurevenementen of het bevorderen van de toegang van amateursporters tot professionele sport.²⁴³ De Commissie interpreteert de maatschappelijke dimensie van artikel 165 VWEU als een dwingende reden die staatssteun legitimeert en niet daadwerkelijk op economische effecten beoordeeld hoeft te worden. In de *multi-arena* besluiten heeft de Commissie de doelstellingen van artikel 165 VWEU zelfs uitgelegd als een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor de staat om de organisatie van internationale professionele sportevenementen binnen te halen.²⁴⁴ De besluiten van de Commissie inzake de *Franse en Vlaamse voetbalstadions* en het *nationale stadion van Slowakije* hadden ook deze insteek. Zonder staatssteun had Frankrijk niet *Euro 2016* kunnen organiseren en zouden de Belgische en Slowaakse voetbalstadions niet meer van de UEFA als gastheer mogen optreden tijdens toernooien van de hoogste Europese liga's.

Deze uitleg van artikel 165 VWEU lijkt in strijd te zijn met de grondbeginselen van dit artikel: eerlijkheid en toegankelijkheid van sportcompetities.²⁴⁵ Artikel 165 VWEU is niet ontworpen om de *status quo* van professionele voetbalclubs te beschermen, maar moet een eerlijke competitiedoorstroming van amateurniveau naar professionele sportcompetities beschermen. Dat sport speciaal is, betekent echter niet dat de Europese dimensie van het beginsel van de gelijke behandeling van ondernemingen in gelijke situaties in het staatssteunrecht mag doorkruisen.²⁴⁶ Als een "normale onderneming" zich niet op de gevolgen van de financiële crisis kan beroepen om onder het staatssteunverbod uit te komen, dan kunnen voetbalclubs dit ook niet.²⁴⁷

5.5.2 Een bijzondere behandeling voor sport op grond van artikel 165 VWEU legitimeert staatssteun de facto en vervaagt de grens tussen verbod en rechtvaardiging

De doelstellingen van artikel 165 VWEU worden in de besluitpraktijk van de Commissie als een legitieme rechtvaardiging door de lidstaten ingeroepen, maar vervolgens worden de uitwerkingen van sport op het gelijke speelveld niet op basis van bestaande objectieve en gelijke standaarden beoordeeld. De nadruk van de Commissie in besluiten op grond van artikel 165 VWEU – zoals uiteengezet in paragraaf 3 geeft de impressie dat lidstaten ten aanzien van sport een speciale behandeling kan verwachten bij de beoordeling van staatssteun.

243 Zie ook paragrafen 2.2-2.3 van dit hoofdstuk.

244 Besluit van de Commissie, 15 mei 2013, SA.33728, *Multiarena in Kopenhagen*, par. 51-53.

245 Weatherill, 2018, p.155.

246 Zie HvJ EU 30 juni 2016, C-270/15 P, *België t Commissie*; HvJ EU, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15P, 21 December, *Commissie t World Duty Free*; HvJ EU, 21 december 2016, C 524/14P; *Hansestadt Lübeck*.

247 Zie HvJ EU, 8 maart 2016, C-431/14 P, *Griekenland t Commissie (Piraeus)*, r.o. 51-59.

Door de zeer brede interpretatie van artikel 165 VWEU heeft de Commissie in het publieke handhavingsbeleid lidstaten een beleidsruimte gegeven om de eigenheid van sport mee te wegen in de beoordeling van normale marktomstandigheden. Het Gerecht is hier in *Hercules t Commissie* zelfs (geheel ten onrechte) in meegegaan door het voordeelbegrip afhankelijk te maken van de context van artikel 165 VWEU.

De bredere implicatie voor de rechtsbescherming is dat het Gerecht nu ook op twee gedachten hinkt: tussen een objectieve benadering in *Valencia CF t Commissie* en een contextuele belangenafwegingbenadering in *Hercules t Commissie*. Het Hof heeft deze contextuele interpretatie van artikel 107, lid 1 jo. 165 VWEU op grond van de objectiviteit van het voordeelbegrip terecht een halt toegeroepen in *Commissie t. FC Barcelona*. Het Hof heeft duidelijkheid geschapen en benadrukt dat artikel 165 VWEU niet als een objectieve rechtvaardiging kan werken voor sportactiviteiten. Deze heldere uitspraak van het Hof zal voor de Commissie een nieuwe leidraad moeten vormen om sportzaken gelijk te blijven behandelen en de beoordeling van voordelen in de sportsector niet reeds in de verbodsfase te onderwerpen aan een rechtvaardigingsbeoordeling. Deze beoordeling moet gereserveerd blijven voor de verenigbaarheidsfase.

Op basis van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU heeft de Commissie een discretionaire bevoegdheid om steun voor de economische bedrijvigheid en de ontwikkeling van regionale economieën verenigbaar verklaren met de interne markt. Deze verdragsuitzondering op het staatssteunverbod is zeer ruim geformuleerd en geldt als een algemene economische uitzonderingsgrond.²⁴⁸ Bij de toepassing van deze rechtvaardiging spelen ook (niet-economische) maatschappelijke belangen een rol, maar het toepassingskader ziet vooral op de economische uitwerkingen van maatregelen.²⁴⁹ Op grond van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU kan de Commissie een evenwicht bieden tussen nationale belangen en de economische effecten van steunmaatregelen op de interne markt.²⁵⁰

De afwegingstoets tussen sport en de effecten op de interne markt zou echter in principe moeten neerkomen op een “uitruil” van de negatieve effecten op het handelsverkeer en de mededinging en de positieve effecten, in de vorm van maatschappelijke uitwerkingen, die de maatregel genereert ten aanzien van de doelstellingen van de EU op het gebied van sport. Een belangrijke standaard is dat het algemeen belang zo precies mogelijk gemotiveerd wordt op grond van legitimiteit, geschiktheid en noodzakelijkheid.²⁵¹ Dit geldt in het bijzonder voor maatschappelijke uitwerkingen van artikel 165 VWEU – gelet op de vele deeldoelstellingen die in paragraaf 5.5.1 zijn

248 Nicolaidis 2021, p. 39-42; Hancher et al 2021, p. 143-150.

249 Hancher & Nicolaidis 2016, p. 196-207.

250 Zie Garcia, Vermeersch & Weatherill 2017, p. 28-61.

251 Zie Nic Shuibhne & Maci 2013, p. 965-1005.

genoemd. Bij deze afwegingstoets moet de Commissie economische effecten en niet-economische doelstellingen tegen elkaar afwegen. In de besluitpraktijk van de Commissie blijft deze “balancing act” veelal uit. Zo neemt de Commissie in meerdere besluiten aan dat alle staatssteuncriteria van artikel 107, lid 1, VWEU niet toegepast hoeven te worden, omdat de steun vanwege het beoogde maatschappelijke effect “waarschijnlijk” toch verenigbaar is.²⁵² De Commissie controleert niet of er een daadwerkelijk marktfalen is en stelt het inroepen van een marktfalen gelijk aan het inroepen van een legitiem Uniebelang.²⁵³ In het geval van het *nationale voetbalstadion van Slowakije* volstaan “negatieve ervaringen” van Slowakije met de private sector zelfs. Het Gerecht heeft deze beoordeling goedgekeurd en in de zaak *MMK t Commissie* de economische benadering eenvoudig afgedaan als een gedragscode, zonder de economische doelstellingen van artikel 107, lid 3, sub c VWEU erin te betrekken.²⁵⁴

Een eenzijdige beoordeling – die zich hoofdzakelijk richt op de niet-economische doelstellingen van staatsinterventie – doet afbreuk aan de objectieve juridische en economische criteria die artikel 107 VWEU vereisen. Deze benadering kan in de toekomst leiden tot een glijdende schaal, waarbij de lidstaten de werking van artikel 165 VWEU enkel inroepen als een “morele rechtvaardiging” om zo de professionele sportsector “buiten de werking van de mededinging” te plaatsen.²⁵⁵ Daarmee vervaagt het onderscheid tussen de toepassing van het verbod en de toepassing van de verenigbaarheid. Ten aanzien van steunmaatregelen voor sportondernemingen onderzoekt de Commissie in verschillende instanties niet of er een potentieel effect is op het handelsverkeer en een mogelijke beperking van de mededinging, om vervolgens in de verenigbaarheidsfase ook niet na te gaan wat de daadwerkelijke grensoverschrijdende effecten zijn op het handelsverkeer en de mededinging. De Commissie volstaat dan met de vaststelling dat een legitiem belang volstaat.

252 Zie paragrafen 5.4 en 5.16.

253 Dit volgt in elk geval uit de analyse die de Commissie verricht in deze zaken. In het geval van de Belgische, Franse en Slowaakse en Hongaarse sportstadions is er sprake van een “onder-investering” in de sportsector” die aangepakt moet worden. Deze benadering heeft het Gerecht ook toegepast in haar rechtmatigheidstoetsing van de besluiten *Tsjechische sportverenigingen* en de *Deutsche Alpenverein*.

254 Gerecht EU, 9 juni 2016, T-162/13 *MMK t Commissie*, r.o. 57-58.

255 Besluit van de Commissie, 9 maart 2000, N118/00, *Franse trainingscentra*, par. 14. Zie bijvoorbeeld het afgewezen beroep van de supporters van FC Barcelona die “de waarden van het voetbal en, meer in het algemeen, van de sport als gemeenschappelijk goed” wilden inroepen om als belanghebbende in een klachtzaak een zienswijze tegen geven t.a.v. de vermeende steun aan (Paris Saint-Germain FC (Klachtzaak SA.64489 – kenmerk COMP.C.4/AH/mdr 2021(092342) in de uitspraak Gerecht EU, 8 februari 2023, -538/21, *Penya Barça Lyon t Commissie*, r.o. 32.

6 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht welke ruimte de Europese dimensie van sport overheden biedt om, op basis van de maatschappelijke doelstellingen van artikel 165 VWEU, steunmaatregelen uit te zonderen van het staatssteunverbod. Uit de besluitpraktijk van de Commissie volgt dat voor overheden in de Unie inmiddels ook een speciale rol is toegekend om “brood en spelen” mogelijk te maken. In het bijzonder is er ook een speciale rol weggelegd voor de Unie zelf bij de ontwikkeling van de Europese dimensie van sport. Zo heeft Commissie zich niet laten weerhouden door de bedoelingen van de Verdragsluitende Partijen en heeft zij aan artikel 165 VWEU een brede invulling gegeven. Buiten de coördinerende rol voor amateursport en het bewaken van toegang tot professionele sport heeft de Commissie ook een aanvullende en coördinerende rol aangenomen op het gebied van internationale profsportevenementen (zie paragraaf 5). Het oprekken van de werking van artikel 165 VWEU lijkt in strijd te zijn met de constitutionele begrenzingen van deze Verdragsbepaling (zie paragraaf 5.5.1).

Vanuit een materieelrechtelijk oogpunt beslaat de maatschappelijke functie van sport volgens de Commissie een breed spectrum, dat overlapt met andere doelstellingen van het verdrag op het gebied van onder meer: sociale cohesie (artikel 174 VWEU), cultuur (artikel 167 VWEU), volksgezondheid (168 VWEU) en onderwijs (artikel 165 VWEU). Het resultaat van deze brede benadering heeft gevolgen voor de toepassing en de handhaving van het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU.

Vanuit het oogpunt van handhaving wordt staatssteun gezien als een “goed” instrument om maatschappelijke doelstellingen van sport te bereiken. Op basis van de handhavingsprioriteiten voor staatssteun betekent dit dat de Commissie sympathiek tegenover “*social return*” steunmaatregelen staat. Daar is op zich niets mis mee, ware het niet dat de analyse van de besluitpraktijk aantoont dat de Commissie voor de professionele sportsector een doelbenadering op het staatssteunverbod hanteert. Dit is in strijd met de grondbeginselen van staatssteun en sport: gelijke behandeling en eerlijke mededingingsomstandigheden.

Om deze strijdigheid aan te tonen zijn in paragraaf 5 een aantal knelpunten in de besluitpraktijk van de Commissie uitgewerkt. Het belangrijkste knelpunt op dit moment betreft de adoptie van Commissieleidraden voor de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU in de sportsector. Deze leidraden zijn in strijd met het Unierecht (zie paragrafen 5.1, 5.2 en 5.3). Zo heeft de Commissie het begrip “zuiver sociale activiteit” gepoogd te verruimen op basis van de *Franse Trainingscentra* toepassing. Deze leidraad voorziet in een “morele exceptie” op artikel 107, lid 1, VWEU. Bovendien heeft de regel opmerkelijk veel weg van een gecombineerde toepassing van “*Altmark*” en “*Meca-Medina*” waarin een compensatiebenadering – als afwijking op het

voordeelbegrip – een inherent belang rechtvaardigt en subsidies voor professionele sportclubs buiten de verbodsnorm van artikel 107, lid 1, VWEU plaatst. Op basis van deze benadering wil de Commissie zelfs dat het Hof “hoofdzakelijk sociale oogmerken” uitsluit van de werking van artikel 107, lid 1, VWEU.

Ook heeft de Commissie twijfelachtige leidraden gecreëerd ten opzichte van het grensoverschrijdende effect van steun op het handelsverkeer en de mededinging. Deze leidraden worden aan lidstaten voorgespiegeld als een speciaal toepassingskader van artikel 107, lid 1, VWEU voor sport (zie paragraaf 5). Hoewel zij bedoeld zijn als praktische toepassingstandaarden van artikel 107, lid 1, VWEU, heeft de Commissie zich mogelijk niet gerealiseerd dat deze uitleg van de Europese dimensie van sport op begrippen als “economische activiteit” en “effecten op het handelsverkeer” ook gevolgen kan hebben voor de uniforme toepassing van Unierecht in andere takken van de interne markt: in het bijzonder ten aanzien van de vier vrijheden en het mededingingsrecht.

Tot slot betreft het belangrijkste knelpunt voor de toekomst de kwetsbare scheidslijn tussen de verbods – en verenigbaarheidsstoepassing in de professionele sportsector. Dit knelpunt is ook geconstateerd in hoofdstuk 1 ten aanzien van objectieve rechtvaardigingen in de materiële selectiviteitstoepassing en in hoofdstuk 3 ten aanzien van de compensatiebenadering voor DAEB. De huidige interpretatie van artikel 165 VWEU door de Commissie zet namelijk de economische benadering van artikel 107 VWEU buiten spel. Omdat de niet-economische, maatschappelijke doelstellingen van 165 VWEU legitieme belangen vormen, legitimeert de Commissie staatssteun *de facto* in sommige gevallen. Daarmee vervaagt de grens tussen verbod en rechtvaardiging en verliest de Commissie de objectiviteit van het staatssteunbegrip, alsmede het toezicht hierop, uit het oog. Illustratief is hier de uitspraak van het Gerecht in *Hercules t Commissie* waarin het Gerecht oordeelde dat eigenheid van sport op grond van artikel 165 VWEU meegevoegd moet worden bij het beoordelen van de vraag of er sprake is van een voordeel of een transactie onder normale marktomstandigheden op grond van artikel 107, lid 1, VWEU. Bovendien heeft het Gerecht voortsnog de Commissie niet herinnerd aan de minimumcriteria van economische bewijslast die het Hof stelt in de verenigbaarheidsfase. Deze vereisen dat lidstaten de verwachte maatschappelijke uitwerkingen van staatssteun op een objectieve en transparante wijze staven. Het is daarom aan het Hof van Justitie van Europese Unie om een duidelijk precedent te scheppen in toekomstige zaken over de maatschappelijke functie van sport en staatssteun. Het Hof heeft in de zaak *Commissie t. FC Barcelona* de contextuele benadering van het Gerecht in *Hercules t Commissie* verworpen en daarmee de mogelijkheid om op grond van artikel 165 VWEU objectieve rechtvaardigingen voor steunmaatregelen voor sport binnen de werking van de artikelen 107 en 108 VWEU uit willen sluiten. Op grond van deze uitspraak zal de Commissie

haar besluitpraktijk ten aanzien van de maatschappelijke uitwerkingen van sport moeten heroverwogen. In dat kader zal de Commissie de werking van doelstellingen van sportieve aard principieel moeten verplaatsen van de verbodsfase naar de verenigbaarheidsfase.

Algemene belangenafwegingen door nationale actoren op grond van vrijgestelde steuncategorieën voor verenigbaarheid

1 INLEIDING

In de hoofdstukken 1 t/m 4 zijn de belangenafwegingen die in de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU voorkomen geanalyseerd op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het betrof hier de algemene belangenafwegingen tussen de doeltreffende en objectieve toepassing van het staatssteunbegrip enerzijds en anderzijds bijzondere en dwingende afwijkingen op dit begrip. Die afwijkingen konden door de volgende algemene belangen gerechtvaardigd worden:

- i) objectieve rechtvaardigingen (zie hoofdstuk 1);
- ii) diensten van algemeen economisch belang (hoofdstukken 2 en 3) en;
- iii) een expliciet erkend maatschappelijk sportbelang (hoofdstuk 4).

In die hoofdstukken werd geargumenteed dat het toekennen van een bijzonder en dwingend karakter aan deze belangen in de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU op gespannen voet staat met de objectiviteit van het staatssteunbegrip. Eveneens is geconstateerd dat deze belangenafwegingen het onderscheid tussen de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase doen vervagen en gereserveerd moeten blijven voor de verenigbaarheidsfase. Die vaststellingen zijn des te opmerkelijker, omdat soortgelijke belangenafwegingen inmiddels ook uitgewerkt werden in de verenigbaarheidsfase. De groepsvrijstellingen laten daarbij aan de lidstaten eveneens ruimte om in die context vergelijkbare belangenafwegingen te maken.¹

De rechtsleer heeft belangenafweging in de context van het staatssteunrecht grotendeels geanalyseerd vanuit het prerogatief van de Commissie om exclusief staatssteun op grond van verenigbaarheid te beoordelen.² Dat geldt eveneens voor de rol van de nationale rechter om de rechten van particulieren te bewaken op grond van artikel 108, lid 3, VWEU ten tijde

1 Op grond van de vrijstellingscategorieën waartoe de Raad de Commissie gemachtigd heeft.

2 Zie bijvoorbeeld Hancher et al 2021, p. 131-182; Hancher & Nicolaidis 2017, p.193-220; Werner & Verouden 2016, p. 439-475; Saanen 2013; Sauter 2015; Szysszczak 2013; Hauteclocque 2018, p. 271-298; Cseres 2020; Auer 2020.

van een onderzoek naar verenigbaarheid door de Commissie.³ Ondanks die welgekende bevoegdheidsverdeling, stelt dit hoofdstuk dat ook lidstaten een rechtstreekse rol beginnen spelen in deze context. Een dergelijke rol wordt ook door de Commissie expliciet erkend.⁴

Dit hoofdstuk analyseert de procedurele afwijkingen die groepsvrijstellingen toestaan op de *standstill*-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU. Traditioneel verbiedt die bepaling de lidstaten steun uit te voeren alvorens de Commissie haar goedkeuring gegeven heeft. De beleidsruimte die de Commissie en de Raad aan lidstaten bieden om steun op grond van de artikelen 106 t/m 109 VWEU uit te zonderen van de meldingsplicht van artikel 108, lid 3, VWEU kent aan de lidstaten ruimere afwegingsmogelijkheden toe.⁵ De beoordeling van vrijgestelde steun vraagt van een steunverlenende overheid inzicht in de materiële beoordelingscriteria die de Commissie via de groepsvrijstellingen stelt aan vrijgestelde steun op grond van artikel 107, lid 1, VWEU tezamen met de artikelen 107, lid 2 en lid 3, VWEU en artikel 106, lid 2, VWEU. Eveneens is die toepassing toegespitst op een eenvoudige en versnelde procedure voor steunverlening om een (langdurige) aanmelding te voorkomen die zowel de lidstaten, als de Commissie veel tijd en capaciteit kost.⁶

Met die focus als context wordt in dit hoofdstuk de (handhavende) bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten ten aanzien van de toepassing van groepsvrijstellingen geschetst. Allereerst wordt geïnventariseerd welke algemene belangenafwegingen op grond 106 t/m 109 VWEU zijn toegestaan en welke actoren deze mogen maken (paragraaf 2). Deze belangenafwegingen worden ingekaderd door de machtigingsverordening en de groepsvrijstellingen.

De Commissie heeft met de uitbreiding van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV) en het DAEB-Vrijstellingsbesluit twee vrijstellingsmogelijkheden voor een breed scala aan algemene belangen vastgesteld die de verantwoordelijkheid van de lidstaten bij de toepassing en handhaving van de artikelen 107, lid 2 en 3, VWEU en artikel 106,

3 Zie Zippro 2014, p. 705 e.v.; Metselaar 2016, paragrafen 4.5.1.1 en 4.5.1.3; Van den Brink & Den Ouden 2020, p. 289-293 e.v.; Dictus & de Wit 2019, p. 6-12; Langer et al 2016, p. 1169-1188; van den Tweel 2015, p. 553-557; Devroe 2015, p. 1-21; Monti & Pastor-Merchante 2020p. 121-140; Kreuschitz & Bermejo 2017, p. 221-253.

4 Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door nationale rechterlijke instanties, 30 JULI 2021, *PbEU* (2021), C 305/01 ,par. 1. Zie ook Speech M. Vestager, 'State aid rules for fair competition', Brussel, 19 juni 2018; Biondi & Stefan 2018, p. 43-62.

5 Mits voldaan is aan de kennisgevingsplicht aan de Commissie op grond van de artikelen 3 en 11, lid 1 onder a, Algemene Groepsvrijstellingsverordening nr. 651/2014/EU, *PbEU* (2014) L 187.

6 Zie van Buiren & Rose 2016, p. 217-222; Sinnaeve 2001, p. 1479-1495 & Sinnaeve 2012, p. 347 – 367; De Cock 2018, p. 2.

lid 2 VWEU aanzienlijk heeft vergroot.⁷ De lidstaten moeten bovendien bijdragen aan het staatssteuntoezicht op deze vrijgestelde steun door de afwijkingen op artikel 108, lid 3, VWEU te handhaven, om zo de diensten van de Commissie te ontlasten.

Volgens de machtigingsverordening hebben de lidstaten in het bijzonder nieuwe verantwoordelijkheden gekregen op het gebied van het *ex ante* en *ex post* toezicht op de groepsvrijstellingen.⁸ Naast de oorspronkelijke functie van de publieke handhaving door de Commissie, moeten lidstaten ook mechanismen opstellen voor een effectief toezicht op de toepassing en uitvoering van de groepsvrijstellingen onder de artikelen 107 VWEU en 106, lid 2, VWEU.⁹ De omvang van deze staatssteunrechtelijke controleverplichtingen wordt in dit hoofdstuk onderzocht en verbonden aan de belangenafwegingen die voor de overheden van lidstaten ten grondslag liggen aan het toepassen van de groepsvrijstellingen. *In concreto* wordt onderzocht in welke mate de steunverlenende overheden van lidstaten (in het kader van de *ex ante* publieke handhaving van de groepsvrijstellingen) rechtmatig algemene belangenafwegingen kunnen verrichten (paragraaf 3) die verdedigbaar zijn vanuit het oogpunt van de handhaving van het staatssteunverbod (paragraaf 4).

Relevant is daarbij de handhavende rol die de nationale rechter – daarbij de omvang van het geschil en de lijdelijkheid van de nationale rechter indachtig – binnen zijn procesrechtelijke bevoegdheden kan uitoefenen bij de controle op de gezamenlijke toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU en de materiële bepalingen uit de groepsvrijstellingen (paragrafen 4.2 en 4.4). De rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU heeft de nationale rechter een afdwingbaar handhavingskader verschaft. Dit kader sluit uit dat algemene belangenafwegingen van steunmaatregelen beoordeeld worden op hun merites, zolang de Commissie nog geen eendoordeel heeft gevormd.¹⁰ Dat is immers vanuit het oogpunt van zorgvuldigheid een taak van de steunverlenende overheid zelf en vanuit handhavingsoogpunt een exclusieve taak van de Commissie. Ondanks die klassieke taakverdeling, kan de rechtstreekse toepasselijkheid van een groepsvrijstelling er evenwel toe leiden dat partijen aan de nationale rechter vragen om de inhoudelijke uitleg van het staatssteunbegrip alsmede de randvoorwaarden van de groepsvrijstellingen te beoordelen om vervolgens vast te kunnen stellen of

7 Algemene Groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV) nr. 651/2014/EU, *PbEU* (2014) L 187; Verordening (EU) nr. 2023/1315/EU van de Commissie van 23 juni 2023 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 651/2014 *PbEU* (2023) (Wijzigingsverordening AGVV 2023; Green Deal AGVV); DAEB-Vrijstellingsbesluit, nr. 2012/21/EU, *PbEU* (2012), L7. Zie Van Buijen & Rose, 2016, p. 228-234.

8 Zie conclusie A-G Tanchev, 3 april 2019, C-654/17 P, *BMW t Commissie*, randnummer 98; Zie ook Machtigingsverordening 2015/1588/EU van de Raad, *PbEU* (2015), L 248/1.

9 Zie Verouden 2015, p. 459-464; Berghoger 2009, p. 323-336.

10 Zie Metselaar 2016, p. 326; HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, r.o. 34-35.

de steun in strijd is met artikel 108, lid 3, VWEU.¹¹ Een dergelijke situatie vraagt om een uitdrukkelijker erkende rechtsbeschermingsfunctie.

2 VAN EXCLUSIEVE HANDHAVING OP GROND VAN ARTIKEL 108, LID 3, VWEU NAAR “SMALL ON SMALL”-HANDHAVING DOOR DE LIDSTATEN OP GROND VAN DE ARTIKELEN 106 EN 107 VWEU

2.1 De onderlinge verhouding tussen de artikelen 107 en artikel 108 VWEU in private handhavingszaken

Ten aanzien van het staatssteunonderzoek heeft het Hof een duidelijk onderscheid gemaakt tussen artikel 107, lid 1, VWEU en artikel 108, lid 3, VWEU.¹² Het Hof overwoog reeds in het welbekende *Costa t ENEL*-arrest dat “de lidstaten in artikel 92 EEG-Verdrag (thans artikel 107 VWEU) hebben erkend, dat steunmaatregelen niet in overeenstemming zijn met de gemeenschappelijke markt en zich derhalve stilzwijgend hebben verbonden, buiten de in het Verdrag genoemde uitzonderingen, geen steunmaatregelen in te voeren; dat zij evenwel in artikel 93 EEG-Verdrag (thans artikel 108 VWEU) zijn overeengekomen, zich zowel voor afschaffing van bestaande, als voor invoering van nieuwe steunmaatregelen, aan vaste regels te onderwerpen. Dat de staten, door zich zo nadrukkelijk te verbinden, de Commissie “tijdig” van hun plannen voor steunvoorschriften op de hoogte stellen, en door zich vrijwillig aan de voorschriften van artikel 93 EEG-Verdrag te onderwerpen, derhalve ten opzichte van de Gemeenschap een verbintenis op zich hebben genomen, die hen in hun hoedanigheid van staten bindt, doch die voor burgers geen rechten schept, met uitzondering van de laatste zin van artikel 93 lid 3 EEG-Verdrag (thans artikel 108, lid 3, VWEU).”¹³

De gezamenlijke uitleg van de artikelen 107 en 108 VWEU houdt dus een constitutionele verbintenis in tussen de lidstaten en de instellingen van de Unie (in het bijzonder de Commissie) om te voldoen aan de materiële en procedurele staatssteunvoorschriften.¹⁴ Er is hier sprake van zowel een gebod voor de lidstaten (“*une obligation des Etats membres en vertu du Traité*”) tot voortdurend onderzoek op staatssteun, alsmede een nadrukkelijk verbod op het schenden van de materiële en procedurele staatssteunregels (“*une prohibition formellement exprimée*”), in het bijzonder de *standstill*-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU ten aanzien van nieuwe

11 Zie paragraaf 3. Zie Metselaar 2016, p.104.

12 De bepalingen van 92 en 93 EEG zijn tekstueel niet gewijzigd in het EG-Verdrag (artikel 87 en 88), noch in het VWEU (artikelen 107 en 108).

13 HvJ EG, 15 juli 1964, zaak 6-64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*

14 Weatherill 2016, p. 159-161.

steun.¹⁵ Daarom heeft het Hof aan artikel 108, lid 3, VWEU rechtstreekse werking toegekend zodat concurrente ondernemingen en particulieren voor de nationale rechter de *standstill*-bepaling kunnen afdwingen. Omdat het Hof redeneert vanuit een constitutionele verbintenis tussen de lidstaten en de Unie, zag het Hof – op dat moment – geen verdere rol voor particulieren bij de toepassing van artikel 107 VWEU.¹⁶ Deze redenering werd ingegeven door de toenmalige vaststelling dat artikel 107 VWEU “in hoge mate een technisch onderzoek vereist dat intrekking of wijziging van steun tot gevolg kan hebben.”¹⁷ De Commissie vreesde destijds dat een rechtstreekse werking afdoet aan een stelselmatige uitleg van een algemeen toepasselijk staatssteunbegrip.¹⁸ Het Hof volgde deze benadering van de Commissie en oordeelde dat de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU niet afzonderlijk mag worden beschouwd, maar in samenhang gezien moet worden met artikel 108 VWEU.¹⁹

Ten aanzien van de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU heeft het vervolgens Hof voor nationale rechters wel belangrijke Unierechtelijke randvoorwaarden geformuleerd.²⁰ In het arrest *Deutsche Lufthansa* oordeelde het Hof dat “de toepassing van het toezicht op staatssteun een taak is van de Commissie én van de nationale rechterlijke instanties, waarbij zij aanvullende en onderscheiden taken vervullen.”²¹ Totdat de Commissie een eindbeslissing heeft vastgesteld inzake de verenigbaarheid van de steun, dient de nationale rechter – in het kader van private handhaving van artikel 108, lid 3, VWEU, de rechten van particulieren te beschermen.²² Daartoe dient de nationale rechter als actor die alle feiten (in een Unierechtelijke en procesrechtelijke context) kan beoordelen in een staatssteungeschil – binnen de regels van de nationale procesautonomie – een doeltreffende toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU te verzekeren. Deze toepassing dient gelijkwaardig te zijn aan de toepassing die de Commissie volgens Unierecht hoort uit te voeren.²³

15 HvJ EG, 15 juli 1964, zaak 6-64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*

16 Zie Ottervanger 2015, p. 3-5.

17 HvJ EG, 19 juni 1973, 77-72, *Carmine Capolongo t Azienda Agricole Maya*, p. 614.

18 *Idem.*

19 Het Hof oordeelde in *Capolongo* dat op de bepalingen van artikel 107, lid 1, VWEU voor de nationale rechter wel een beroep kan worden gedaan wanneer deze “effect moet geven aan de uitvoering van handelingen van algemene strekking onder artikel 109 VWEU (lees: de vrijstellingsverordeningen van de Raad voor vrijgestelde steuncategorieën) of Commissiebesluiten op grond van artikel 108, lid 2, VWEU.

20 Zie voor een analyse over de constitutionele randvoorwaarden die het *COSTA/ENEL*-arrest heeft geschapen ten aanzien van de toepassing van het interne marktrecht Weatherill 2016, p. 159-161.

21 HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, r.o. 20. Zie Colombo 2015, p. 319-345

22 HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, r.o. 28.

23 Zie Metselaar 2016, p. 256, p. 560.

Om de rechten van particulieren aanvullend door de nationale rechters te laten beschermen heeft het Hof in *Deutsche Lufthansa* aangenomen dat de controle op de *standstill*-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU ook vereist dat de nationale rechter feitelijk artikel 107, lid 1, VWEU moet toepassen.²⁴ Alvorens consequenties te kunnen verbinden aan een eventuele schending van artikel 108, lid 3, VWEU, dient de nationale rechter zich eerst uit te spreken over de vraag of een overheidsmaatregel als staatssteun te kwalificeren is.²⁵ Het Hof benadrukte dat een beoordeling van een nationale rechter over de kwalificatie van een maatregel als staatssteun, in een parallelle procedure, niet tegenstrijdig mag zijn aan de bevindingen van de Commissie in de formele onderzoeksfase.²⁶ Het Hof oordeelde dat nationale rechter het nuttig effect van artikel 108, lid 3, VWEU zou ondermijnen als hij een maatregel niet als staatssteun aanmerkt en derhalve ook niet de lopende steun schorst, terwijl de Commissie heeft vastgesteld dat de maatregel mogelijk wel staatssteun inhoudt.²⁷ In *Congregación Pias en Eventech* heeft het Hof in dat kader onderstreept dat de nationale rechter alle staatssteunvoorwaarden feitelijk moet nagaan.²⁸ In *PGE* vulde het Hof aan dat de nationale rechter bevoegd is om het onderzoek naar een schending van artikel 107, lid 1, jo. artikel 108, lid 3 VWEU te heropenen, nadat er nieuwe feiten voordoen na een besluit van de Commissie.²⁹ Indien artikel 107, lid 1, VWEU buiten toepassing is gelaten door de nationale rechter, dan zou dit volgens het Hof betekenen dat de rechtstreekse werking van de *standstill*-verplichting van artikel 108, lid 3, VWEU kan worden omzeild door overheden en/of particulieren.³⁰ Daarom oordeelde het Hof in *Klausner Holz Niedersachsen* dat de gezamenlijke toepassing van de artikelen 107, lid 1 en 108, lid 3, VWEU het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken kan doorkruisen.³¹ Dit beginsel houdt in dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput niet meer opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld. Het Hof oordeelde dat nationale procesregels op basis van het gelijkwaardigheidsbeginsel niet

24 HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, r.o. 34. Zie ten aanzien van deze feitelijke controle op het staatssteunbegrip ook Metselaar 2016, p. 248; Zie Ottervanger 2006, p. 65-67.

25 *Idem*.

26 Zie Metselaar 2016, p. 324-329.

27 Zie Metselaar 2016, p. 518.

28 Zie respectievelijk de hoofdstukken 3 en 4.

29 HvJ EU, 15 september 2016, C-574/14, *PGE*, r.o. 55. Dat onderzoek mag uiteraard niet betrekking hebben op een reeds verrichte verenigbaarheidsbeoordeling van de Commissie, zie r.o. 32.

30 HvJ EU, 11 November 2015, C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, r.o. 42-43.

31 HvJ EU, 11 November 2015, C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, r.o. 40, 41. Deze verplichting vereist geen *contra legem* interpretatie met het nationale recht, maar vereist wel dat de nationale rechter een nationaalrechtelijke remedie biedt om de gelijkwaardigheid en effectiviteit van het Unierecht te verzekeren. Zie Flynn & Gilliams 2021, p. 1194-1195.

ongunstiger mogen zijn dan het Unierecht.³² Bovendien oordeelde het Hof dat de nationale rechter op grond van het doeltreffendheidsbeginsel moet nagaan of het toezicht op de staatssteunregels in de praktijk niet uiterst moeilijk wordt gemaakt. Daartoe moet de nationale rechter nagaan of een effectieve rechtsbescherming en het rechtszekerheidsbeginsel gewaarborgd worden. Daarbij zou het buiten toepassing laten van artikel 107, lid 1, VWEU door de nationale rechter de naleving van artikel 108, lid 3, VWEU onmogelijk kunnen maken.³³ Daarom oordeelde het Hof dan ook dat het nuttig effect van artikel 107, lid 1, jo. 108, lid 3 VWEU de toepassing van het beginsel van gezag van gewijsde kan doorkruisen.³⁴

Het Hof beschouwt de nationale rechter bij de kwalificatie van steunmaatregelen als de feitenrechter bij uitstek en het Hof heeft uitleggingsvragen over het begrip staatssteun nadrukkelijk voorzien met de boodschap dat de nationale rechters, artikel 107, lid 1, VWEU als objectieve en onvoorwaardelijke Verdragsbepaling moeten toepassen – uiteraard binnen de begrenzingen van de procesautonomie.³⁵ Soms vraagt het Hof aan de nationale rechter om een inhoudelijke beoordeling te verrichten, die voorbehouden is aan steunverlenende overheden,³⁶ dan wel aan de Commissie.³⁷ Het Hof

32 HvJ EU, 11 November 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, r.o. 40.

33 HvJ EU, 11 november 2015, C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, r.o. 41-42; Flynn & Gilliams 2021, p. 1194-1195.

34 Barratta 2020, p.296-297; Matei 2015.

35 Zie HvJ EU, 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital t Gemeente Rotterdam*, r.o. 45-48.

36 Zo oordeelde het Hof in zaak C-590/14 P, 26 oktober 2016, *DEI t Commissie* – in tegenstelling tot de beoordeling Gerecht in eerste aanleg, dat een nationale rechter in een kort geding – binnen de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid – gehouden is om “de Commissie in kennis te stellen” van een nieuwe steunmaatregel, na vaststelling dat er sprake is van een dergelijke maatregel op grond van de artikelen 107 en 108 VWEU. Het Hof oordeelde in overweging 107: “Het Gerecht heeft blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 58 van het bestreden arrest te oordelen dat een nationale rechterlijke instantie waarbij een geschil betreffende een overeenkomst aanhangig is gemaakt, op grond van het feit dat zij uitspraak doet in kort geding, niet gehouden is om overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU de Commissie in kennis te stellen van „alle maatregelen die de uitlegging en de uitvoering van die overeenkomst raken en gevolgen kunnen hebben voor de werking van de interne markt, voor de mededinging of gewoon voor de daadwerkelijke duur, tijdens een bepaalde periode, van steun die [...] bestaande steun blijft”. Het Gerecht oordeelde dat een nationale rechter in een kort geding procedure op grond van artikel 108, lid 3, VWEU niet verplicht kan worden, nieuwe steun “bij de Commissie aan te melden en door deze preventief te laten toetsen”, omdat deze verplichting er toe zou leiden dat “alle maatregelen die de uitlegging en de uitvoering van die overeenkomst raken en gevolgen kunnen hebben voor de werking van de interne markt” in dat geval preventief getoetst zouden moeten worden door de Commissie” (Gerecht, 8 oktober 2014, T-542/11, *Alouminion t Commissie*, r.o. 58). Een dergelijke meldingsverplichting voor de nationale rechter als handhavende instantie, zoals door het Hof in het *DEI*-arrest uiteengezet, lijkt niet te stroken met de lijdelijkheid van de nationale rechter en de terughoudendheid die de nationale rechter betracht en de verplichting die op de steunverlenende overheid rust om staatssteun conform artikel 108, lid 3, VWEU aan te melden. Zie Metaxes & Spyrou 2017, p. 73 – 76; De Cock 2020 p. 72-82.

37 Zie hoofdstuk 1.

heeft in haar rechtspraak de nationale rechter, zoals geanalyseerd in de hoofdstukken 1 – 4 zelfs opgedragen om, binnen het toepassingsbereik van artikel 107, lid 1, VWEU, belangenafwegingen te verrichten. Sommige van deze materiële belangenafwegingen, zoals de beoordeling van objectieve rechtvaardigingsgronden in *Eventech* en *ANGED*, zijn vergaand en komen dicht in de buurt van de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om steunmaatregelen ten aanzien van hun uitwerkingen op de interne markt te beoordelen (zie conclusie hoofdstuk 1). In wezen zijn dit belangenafwegingen die een steunverlenende overheid dient te maken en zelfs dan is het de vraag of deze belangenafwegingen passen binnen het objectieve toepassingsbereik van artikel 107, lid 1, VWEU.

De Commissie heeft de bovengenoemde procedurele en materiële vereisten voor de feitelijke toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU gecodificeerd voor nationale rechters in de mededeling over de toepassing van de staatssteunregels door nationale rechters en voor steunverlenende overheden en nationale rechters in de mededeling over het staatssteunbegrip.³⁸

In deze mededelingen benadrukt de Commissie de “nog belangrijkere rol” die nationale rechters spelen in de gezamenlijke staatssteunhandhaving.³⁹ Uit een handavingsstudie van de Commissie is gebleken dat nationale rechters in de Unie over de periode 2007-2017 aanzienlijk meer staatssteunzaken behandeld hebben, dan in de periode 1999-2006.⁴⁰ De Commissie concludeert evenwel dat nationale rechters slechts in private handavingszaken in beperkte mate beroepen op grond van de artikelen 107-108 VWEU toegekend hebben.⁴¹

Op grond van artikel 29 van de procedureverordening kan de Commissie overigens op verzoek van een nationale rechter⁴², maar ook op eigen initi-

38 Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door nationale rechterlijke instanties, *PbEU* (2021).

39 Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door nationale rechterlijke instanties *PbEU* (2021), randnummer 1. De Commissie spreekt van “toezicht”. Auteur dezes heeft daarom deze term overgenomen, hoewel hij zich realiseert dat nationale rechters per definitie geen toezichthouder zijn maar een onafhankelijke actor voor handhaving en rechtsbescherming die een aanvullende handavingsrol uitoefent op de publieke handhavingstaak van de Commissie.

40 Zie ‘Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts (COMP/2018/001)’, Luxemburg, Bureau voor publicaties van de EU, 2019, p. 7, 20, 60-62.

41 De Commissie concludeert dat 2/3 van de claims werden afgewezen in 594 onderzochte private handavingszaken. Zie ‘Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts’ (COMP/2018/001), Luxemburg, Bureau voor publicaties van de EU, 2019, p. 7, 62. Zie ook de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door nationale rechterlijke instanties, *PbEU* (2021), randnummer 3.

42 Het *Oberlandesgericht Koblenz* heeft bijvoorbeeld de Commissie als *amicus curiae* gevraagd te adviseren in de nationale procedure over *Deutsche Lufthansa*; HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, r.o. 17.

atief⁴³, in het kader van een nationale gerechtelijke procedure een advies geven over de toepassing van de staatssteunregels *ex* artikel 107, lid 1, VWEU en artikel 108 VWEU.⁴⁴ De Commissie handelt hier als *amicus curiae* om de nationale rechter behulpzaam te zijn door een nationaalrechtelijk staatssteungeschil op te lossen conform het Unierecht, in beginsel door middel van een niet-bindende interpretatie. Hoewel het advies niet-bindend is, worden deze schriftelijke en/of mondelinge opmerkingen van de Commissie wel als gezaghebbend beschouwd.⁴⁵ Zo interveniëerde de Commissie voor de *Cour administrative d'appel* te Marseille inzake de uitleg van het *Altmark*-arrest en voor het *Oberverwaltungsgericht* te Berlijn inzake de uitleg van het effect op het handelsverkeer in sportzaken.⁴⁶

Naast een actieve interventie van de Commissie in nationale procedures, beïnvloedt de Commissie ook de kwalificatie van het staatssteunbegrip door nationale rechters door middel van de materiële toepassingsleidraden die in de hoofdstukken 1-4 geïdentificeerd zijn. Deze zijn gecodificeerd in de mededeling inzake het staatssteunbegrip (zie paragraaf 2.3) en flexibiliseren het staatssteunbegrip bijvoorbeeld ten opzichte van de “lokale steun”. Hierdoor kunnen rechtbanken een significantietoets op het handelsverkeer verrichten die afwijkt met de interpretatie van het Hof. Ter illustratie dient de rechtbank Noord-Nederland die in de zaak van grensgemeente Oldambt op grond van de leidraden van de Commissie aannam “dat een interstatelijk effect ontbreekt wanneer steunmaatregelen niet een marginaal effect hebben op markten en consumenten uit aangrenzende lidstaten.”⁴⁷ In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de rol die deze mededeling speelt

43 Een *high-profile* interventie van de Commissie betrof de arbitragezaak *Micula* ten overstaande van het *Supreme Court* van het Verenigd Koninkrijk waarin de Commissie de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU en de voorrang van een besluit tot opschorting tot uitvoering van steun (Besluit van de Commissie van 30 maart 2015, SA.38517, *Scheidsrechterlijke uitspraak Micula t Roemenië*). Zie *Supreme Court of the United Kingdom and Northern-Ireland, Case 2020*] UKSC 5 19 februari 2020, *Micula t Roemenië*, Zie Florou 2021, p. 295-303. Zie ook voetnoot 69 (p.321).

44 In de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door nationale rechterlijke instanties, *PbEU* (2021), randnummer 3 concludeert de Commissie dat nog niet intensief gebruikgemaakt van de vormen van samenwerking tussen de Commissie en nationale rechters die in 2009 zijn ingevoerd.

45 Zie ook van Dam 2019, p. 104-105. Zie De Cock 2023, p. 440-441, 449-450.

46 Zie respectievelijk *Cour administrative d'appel de Marseille*, 6 april, rolnummer 12MA02987, *Corsica Ferries t SNCM*, (schriftelijke opmerkingen Commissie ingebracht op 5 augustus 2014, document sj.c(2014)2619877 vinden op http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae.html) en *Oberverwaltungsgericht Berlin*, 18 december 2017, *Magic Mountain Kletterhallen* (schriftelijke opmerkingen Commissie ingebracht op 5 december 2017, document SJ.C(2017) 6722850 te vinden op http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae.html). Zie ook Hoofdstuk 2 par 5.5.

47 Rechtbank Noord-Nederland, 17 april, 2019, *Blauwestadhoeve t Gemeente Oldambt*, ECLI:NL:RBNNE:2019: 1681, r.o. 4.3.11. 4.3.14, 4.3.15. De rechtbank volgde hier de Commissie door haar de “daadwerkelijke marktimpact” te beoordelen op basis het zeer lage marktaandeel van de steunontvanger op de Nederlandse en Europese markt.

in het *ex ante* toezicht op artikel 107, lid 1, VWEU door de overheden van de lidstaten.

2.2 Prioriteringsbeleid bij de publieke handhaving door de Europese Commissie

Sinds de staatssteunmodernisering van 2012 heeft het handhavingsbeleid van de Commissie bovenal een sturende functie op steunverlenende overheden en nationale actoren die betrokken zijn bij *ex ante* en/of *ex post* handhaving. Deze sturing uit zich door het stellen van handhavingsprioriteiten bij het staatssteunonderzoek.⁴⁸

Gezien de groeiende werklast van de Commissie is een prioriteitenbeleid bij de publieke handhaving praktisch gezien noodzakelijk.⁴⁹ Daarom heeft Commissie herhaaldelijk aangegeven dat zij haar publieke handhavingstaak, gezien de capaciteitsbeperkingen, niet alleen meer aan kan.⁵⁰ Daartoe heeft de Commissie een prioriteitenbeleid ("*big-on-big*") en een posterioriteitenbeleid ("*small-on-small*") voor handhaving vormgegeven.

Het *small-on-small* handhavingsbeleid van de EC komt ten eerste tot uiting in de toepassingsstandaarden van de Commissie over de uitleg van het begrip staatssteun. De Commissie heeft in de leidraad voor lokale steun en de mededeling over het begrip staatssteun algemene belangenafwegingen toegestaan tussen enerzijds de impact op het handelsverkeer en anderzijds voor beleidsterreinen waarin lidstaten een beoordelingsruimte hebben, zoals sociaal beleid, sport, cultuur en zorg ("*small on small*").⁵¹ Deze toepassingsstandaarden zijn primair gericht op de overheden van de lidstaten die deze beleidskeuzes maken. Echter de toepassingsstandaarden vormen een uitleg van begrippen van artikel 107, lid 1, VWEU die eveneens in een geschil met derde partijen ingeroepen worden door de overheden van de lidstaten.⁵²

48 Ottervanger 2011, p. 243-255; Börner 1984, p. 12. Zie Michiels et al 2016, p.16-19. Mededeling over de modernisering van het EU-staatssteunbeleid, *PbEU* (2012), paragraaf 21.

49 Zie Nicolaidis 2023, p. 231-233. Zie ook de Mededeling over de modernisering van het EU-staatssteunbeleid, *PbEU* (2012), paragraaf 21. Speech Eurocommissaris Almunia, "An integrated approach to state aid", 26 mei 2011, Londen.

50 Zie hoofdstukken 1-4.

51 Zie het inleidende hoofdstuk van dit proefschrift, paragraaf 7 voor het begrip "goede staatssteun" (Hancher en Verouden 2017, p. 195-196). Zie paragraaf 3.1. voor een overzicht van horizontale steun. Zie voor het onderscheid "*big on big – small on small*" het Persbericht van de Commissie: "Commission simplifies rules for public investment in ports and airports, culture and the outermost regions", 17 mei 2017, IP/17/1341 en Buendía Sierra 2016, p. 501-503.

52 Gerecht EU, 14 mei 2019, T-728/17, *Marinvest t Commissie*, r.o. 82, 109-110; Rechtbank Noord-Nederland, 17 april, 2019, Rechtbank Noord-Nederland, 17 april, 2019, *Blauwe-stadhoeve t Gemeente Oldambt*, ECLI:NL:RBNNE: 2019:1681, r.o. 4.3.11. 4.3.14, 4.3.15.

Met de Commissieleidraden voor zuiver sociale activiteiten, effecten op het handelsverkeer en beperkingen van de mededinging heeft de Commissie het gedrag van de lidstaten willen beïnvloeden, zodat zij deze “*small on small*”-steun niet meer aanmelden.⁵³

Inmiddels is de leidraad vastgelegd in een mededeling over het begrip staatssteun uit 2016.⁵⁴ Het doel van die mededeling is volgens de Commissie om de algemene onderliggende beginselen van het staatssteunverbod te verduidelijken zodat nationale actoren artikel 107, lid 1, VWEU op een meer consistente wijze toepassen. Ondertussen legt de Commissie deze begrippen echter uit door middel van een selectieve interpretatie van de rechtspraak van het Hof en geeft de Commissie ook invulling aan begrippen door “uitsluitend te verwijzen naar haar eigen besluitpraktijk.”⁵⁵ Zo ziet de Commissie in de toepassing van de strikte uitleg van het effect op het handelsverkeer door het Hof zelfs “een beperking voor ondernemingen in bijvoorbeeld Nederland en België” die gezien de omvang van hun grondgebied volgens deze standaard bijna altijd onder het staatssteunverbod vallen.⁵⁶ En hoewel de mededeling over het staatssteunbegrip juridisch gezien enkel de Commissie bindt en niet de lidstaten, heeft de deze wel een gezaghebbend karakter voor overheden en nationale rechters omdat de Commissie in haar besluitpraktijk – en het Gerecht inmiddels ook in de rechtspraak – verwijst naar deze mededeling bij het verrichten van een analyse onder artikel 107, lid 1, VWEU.⁵⁷ Bovendien hebben overheden in de praktijk – die gericht is op preventieve handhaving – door interpretatie en toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU en vervolgens toepassing van de groepsvrijstellingen – in eerste instantie vooral te maken met de (zienswijze van de) Commissie.

Biondi constateert daarom terecht dat er een “constitutionele onbehaaglijkheid” is bij de vaststelling van een “mededeling van over het begrip staatssteun.”⁵⁸ Hij stelt dat de Commissie doorgaans richtsnoeren aanneemt om haar eigen beoordelingsruimte inzake verenigbare steun *ex* artikel 107, lid 3, VWEU in te vullen omwille van rechtszekerheid. Echter, met deze mededeling beoogt de Commissie in de praktijk ook het beoordelingskader van artikel 107, lid 1, VWEU ten opzichte van de lidstaten te beïnvloeden door middel van afwijkende toepassingstandaarden in de verbodsfase. Daarmee is er een spanning in de bevoegdheidsverdeling tussen het Hof en de Commissie omdat het Hof exclusief bevoegd is om artikel 107, lid 1, VWEU te interpreteren. Ook is er sprake van een dergelijke spanning

53 Zie hoofdstuk 4, paragrafen 3.2.2, 5.1 en 5.3.

54 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, *PbEU* (2014), voetnoot nr. 42 in deze mededeling, paragraaf 192, laatste volzin, paragrafen 196-197,

55 Zie Biondi & Stefan 2018, p. 43-62. Zie ook hoofdstuk 4, paragraaf 5.3.

56 *Idem*.

57 Zie Gerecht EU, 14 mei 2019, T-728/17, *Marininvest t Commissie*, r.o. 80,82, 108-111.

58 Biondi & Stefan 2018, p. 43-62.

tussen de lidstaten en de Commissie omdat alleen rechtshandelingen van de Unie, in het geval van staatssteun doorgaans vrijstellingsverordeningen en besluiten, de lidstaten binden. Dit kan vervolgens leiden tot rechtsonzekerheid “omdat de Commissie stuurt op de toepassing van een eigen beleidsregel, ten koste van de rechtspraak van het Hof”, zoals Colombo terecht constateert.⁵⁹ Illustratief is het standpunt van de Commissie dat de Commissiediensten “niet goed geplaatst zijn om puur lokale dossiers te onderzoeken (zoals bijvoorbeeld subsidies voor een plaatselijke basketbalclub). De lidstaten moeten hiervoor nationaalrechtelijke kaders opzetten.”⁶⁰

De Commissie heeft het Gerecht reeds overtuigd van die zienswijze, zo volgt uit de uitspraak *Marinvest*.⁶¹ In het bijzonder werd het Gerecht overtuigd door het argument dat bij de beoordeling van de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer er bij lokale praktijken van gemeenten niet mag worden uitgegaan van een te strikt concept, omdat anders de rechtsonzekerheid én de doelstelling om de staatssteun moderniseren zou worden ondermijnd.⁶² Het Gerecht oordeelde dat de Commissie, op grond van de mededeling over het staatssteunbegrip – en de leidraad over lokale steun – mocht aannemen dat steun voor de havenbeheerder van Izola, Slovenië slechts een lokaal bereik had en daarmee maar een marginaal effect op het handelsverkeer had.⁶³ In hoofdstuk 4 (paragraaf 5.3) is uiteengezet dat deze uitspraak niet strookt met de jurisprudentie van het Hof over het effect op het handelsverkeer.⁶⁴

Bovenstaande uitspraak illustreert dat de concurrente toepassingstandaarden van de Commissie een ongeschikt handhavingsmiddel zijn in de verbodsfase, temeer daar de Commissie vanuit een wetgevende bevoegdheid over voldoende instrumenten beschikt om bepaalde (sociale en lokale) steuncategorieën (nader) vrij te stellen van melding die voldoen aan

59 Zie Colombo 2019, p. 292-316. Colombo merkt op: “The notice on the notion of state aid proves to be limit of steering domestic implementation through administrative rule-making.”

60 Interview Gert-Jan Koopmans, D-G Mededinging, april 2019, Tijdschrift voor staatssteun, p. 20-23.

61 Gerecht EU, 14 mei 2019, T-728/17, *Marinvest t Commissie* r.o. 82, 109-110.

62 Gerecht EU, 14 mei 2019, T-728/17, *Marinvest t Commissie*, r.o. 69.

63 Gerecht EU, 14 mei 2019, T-728/17, *Marinvest t Commissie*, r.o. 109.

64 In de uitspraken *Congregación de Escuelas Pías en Azienda Napoletana* heeft het Hof geoordeeld dat zelfs steunmaatregelen voor binnenlandse activiteiten de kansen voor buitenlandse ondernemingen kunnen doen afnemen en daarom een effect op het handelsverkeer sorteren. HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías*. HvJ EU, 29 juli 2019, C-659/17, *INPS t Azienda Napoletana Mobilita*, r.o. 30-31.

normen van objectiviteit en rechtszekerheid.⁶⁵ Op grond van artikel 108, lid 4, VWEU kan de Commissie verordeningen aannemen die staatssteun vrijstellen van melding. Zo heeft de Commissie de mogelijkheid om de aanmeldingsdrempel van de de-minimisverordening te verhogen en daar in 2023 ook gebruik van gemaakt.⁶⁶ Tevens heeft de Commissie diverse lokale en sociale steuncategorieën met een beperkte impact op de interne markt vrijgesteld van melding onder de (groeps-)vrijstellingen. Vanuit een praktisch oogpunt, met de wens van lidstaten om de staatssteunregels te flexibiliseren, zijn er dus voldoende wetgevingsalternatieven beschikbaar die niet ten koste gaan van de objectiviteit van het staatssteunbegrip en vanuit het oogpunt van rechtmatigheid en evenredigheid aan te bevelen zijn.⁶⁷

In het kader van de “*small on small*” handhaving vormen vooral de vrijgestelde steuncategorieën van groepsvrijstellingen een belangrijke wettelijke basis voor preventieve controle door de lidstaten. Dit zijn rechtstreeks toepasselijke toepassingsstandaarden voor verenigbaarheid op basis van respectievelijk de artikelen 107, lid 2, en lid 3, VWEU (AGVV) en artikel 106, lid 2, VWEU (DAEB-Vrijstellingsbesluit).⁶⁸ De nieuwe verantwoordelijkheden voor de lidstaten in de handhaving van groepsvrijstellingen maakt het voor de Commissie mogelijk om haar onderzoekscapaciteiten zodoende reserveren voor de economische sectoren waarin staatssteun de grootste impact heeft op de interne markt (“*big on big*”), terwijl de lidstaten bij de controle op de toepassing van de groepsvrijstellingen – binnen de door de Commissie gestelde kaders – een beleidsruimte heeft om te beoordelen of steunmaatregelen voldoen aan horizontale Uniedoelstellingen (zoals duurzaamheid, innovatie, klimaatbescherming, regionale werkgelegenheid).⁶⁹

65 De Commissie kan op grond van de artikelen 108, lid 4, VWEU verordeningen aannemen en op grond van artikel 106, lid 3 VWEU richtlijnen of besluiten. Eveneens kan de Raad – op voorstel van de Commissie – op grond van artikel 109 VWEU (en middels de gewone wetgevingsprocedure via artikel 14 VWEU) verordeningen vaststellen die voldoen aan de Verdragsbepalingen over staatssteun.

66 In artikel 3, lid 2 van de *de-minimis*vrijstellingsverordening 2023/283/EU van 13 December 2023 heeft de Commissie een bedrag tot en met 300.000 euro over drie jaren per onderneming vrijgesteld van aanmelding. Zie voor de achtergrond rondom deze verhoging van 200.000 euro naar 300.000 euro, Koopmans 2019, p. 20-23.

67 Parret 2017, p. 11-12; Zie Dekker 2017, p. 154-163.

68 Er bestaan ook specifieke vrijstellingsverordeningen voor landbouw en voor visserij. Zie de verordening (EU) 2022/2472 van de Commissie van 14 december 2022 over bepaalde categorieën steun in de landbouw- en de bosbouwsector en in plattelandsgebieden op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie met de interne markt verenigbaar worden verklaard (LVV) en de verordening (EU) 2022/2473 voor bepaalde categorieën steun voor ondernemingen die actief zijn in de productie, de verwerking en de afzet van visserij- en aquacultuurproducten, op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (VVV). Dit onderzoek gaat hier niet nader op in.

69 Zie Speech J. Laitenberger, D-G Mededeling, ‘State aid modernisation: the benefits of working more closely together’, Brussel, 28 juni 2017.

Dit “*big on big & small on small*”-prioriteringsbeleid, aangevuld door de beleidsmatige wens van de lidstaten om eenvoudiger en sneller staatssteun voor horizontale Uniedoelstellingen te kunnen verlenen, heeft de Raad ertoe aangezet om een machtigingsverordening aan te nemen die het mogelijk heeft gemaakt om de toepassing van vrijstellingscategorieën gedeeltelijk te decentraliseren naar het nationale niveau.⁷⁰ Echter de daadwerkelijke omvang van de publieke handavingsverantwoordelijkheden van de lidstaten in deze context van decentraliserende handhaving van het staatssteunrecht is nog onvoldoende afgebakend.⁷¹

3 DE STAATSSTEUNCONTROLE OP VRIJGESTELDE STEUNCATEGORIEËN VAN ALGEMEEN BELANG

3.1 De machtiging tot vrijgestelde steuncategorieën

Zoals in paragraaf 1 werd vermeld, kan de Raad op grond van artikel 109 VWEU (op voorstel van de Commissie) bepaalde steuncategorieën vrijstellen van melding. Daartoe heeft de Raad een machtigingsverordening aangenomen, zodat de Commissie vrijstellingsverordeningen kan aannemen op bepaalde beleidsterreinen of ten aanzien van bepaalde soorten ondernemingen.⁷²

De machtigingsverordening bepaalt dat de Commissie de bevoegdheid heeft om bij verordening algemene criteria voor vrijstelling te definiëren. De machtigingsverordening bepaalt dat groepsvrijstellingsverordeningen bijdragen aan transparantie en rechtszekerheid en rechtstreeks kunnen worden toegepast door de nationale rechters.⁷³

Steuncategorieën die voor vrijstelling aanmerking kunnen komen zijn:

- kleine en middelgrote ondernemingen;
- onderzoek, ontwikkeling en innovatie;
- milieu- en klimaatbescherming;⁷⁴
- werkgelegenheid;

70 Biondi & Righini 2014, p. 670-690.

71 Zie Adriaanse 2013, p. 514-536.

72 Säcker & Montag 2016, p.322-325.

73 Overweging 5 van Verordening van de Raad 2015/1588/EU (Machtigingsverordening) luidt:

“Groepsvrijstellingsverordeningen zorgen voor transparantie en rechtszekerheid. Zij kunnen, onverminderd de toepassing van artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie en van artikel 267 VWEU, rechtstreeks worden toegepast door de nationale rechtbanken.”

74 Zie de gewijzigde artikelen 36 t/m 44 AGVV in Verordening (EU) nr. 2023/1315/EU van de Commissie van 23 juni 2023 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 651/2014 *PbEU* (2023) (Wijzigingsverordening AGVV 2023; Green Deal AGVV);

- opleiding;
- regionale ontwikkeling;
- cultuur;
- sport, in het bijzonder amateursport;
- bepaalde landbouw – en visserijactiviteiten;
- compensatie voor natuurrampen,
- bepaalde vervoersactiviteiten;
- breedband;
- infrastructuur en;⁷⁵
- cofinanciering van EU-financieringsprogramma's.⁷⁶

Op grond van de machtigingsverordening heeft de Raad de Commissie gemachtigd om groepsvrijstellingen op te stellen die verdere voorwaarden stellen aan horizontale doelstellingen (zoals innovatie en milieu- en klimaatbescherming) en sectorale doelstellingen (vervoer, cultuur, sport) voor de vrijstelling van de meldingsverplichting van artikel 108, lid 3, VWEU.⁷⁷ In 2018 heeft de Commissie een voorstel gedaan om ook een vrijstellingsmogelijkheid te scheppen voor de uitvoering van begrotingsgaranties van de Unie door de lidstaten en sociale cohesie.⁷⁸ Dit voorstel illustreert dat machtigingsverordening een flexibel instrument is voor de sturing van steunmaatregelen die in het belang zijn van de gedeelde politieke en beleidsmatige agenda van de Unie en de lidstaten. Na overleg met het Adviescomité Staatssteun (het orgaan waarin de lidstaten beleidsmatig samenwerken met de Commissie) heeft de Commissie dit voorstel nader uitgewerkt in Algemene Groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV).⁷⁹

De toepasselijkheid van groepsvrijstellingen ontslaat de Commissie en de lidstaten niet van de verplichting tot een gezamenlijk en voortdurend toezicht volgens artikel 108, lid 1, VWEU op de toepassing en handhaving van deze nadere voorwaarden. Zo vereist het transparantiebeginsel dat de lidstaten de Commissie tijdig en volledig inlichten over de toepassing van de vrijstellingsverordeningen. Daartegenover heeft de Raad de Commissie verplicht “met het oog op de samenwerking tussen de Commissie en de bevoegde autoriteiten in de lidstaten, het Adviescomité inzake overheidssteun en verschillende staatssteunwerkgroepen bestaande uit vertegenwoordigers uit EU-landen, te raadplegen” bij het opstellen en vernieuwen

75 Zie artikel 1, lid 1 onder a van de Machtigingsverordening.

76 Zie artikel 1 Verordening 2018/1911 /EU, *PbEU* (2018).

77 Zie Huurnink & van den Tweel 2015, p. 8-20.

78 De Europese Commissie heeft op 6 juni 2018 een voorstel gedaan om de vrijstellingscategorieën machtigingsverordening (EU) 2015/1588/EU uit te breiden en de Raad heeft dit voorstel aangenomen met een aanvullende categorie vrijgestelde steun onder verordening 2018/911/EU, *PbEU* (2018) L311/8.

79 Deze wijzigingen zijn door de Commissie vastgesteld in verordeningen 2020/972/EU *PbEU* 2020/L 215, verordening 2021/452/EU *PbEU* 2021/L 89 en Verordening 2021/1237/EU *PbEU* 2021/ L 270.

van vrijstellingscategorieën.⁸⁰ Een belangrijke recente vernieuwing van de vrijstellingscategorieën is de aanpassing van het milieu- en klimaatsteun kader op grond van de Europese Green Deal in 2023.⁸¹

3.2 De Algemene groepsvrijstellingsverordening: een onmisbaar handhavinginstrument voor horizontale steun

In de AGVV heeft de Commissie op grond van artikel 108, lid 4, VWEU vrijgestelde steuncategorieën verfijnd en voorzien van nadere materiële en procedurele criteria.⁸² Deze criteria berusten op de beginselen van non-discriminatie, transparantie en evenredigheid.⁸³ Zo vereist de AGVV dat een steunmaatregel “een doelstelling van gemeenschappelijk belang dient, dat deze een duidelijk stimulerend effect heeft, passend en evenredig is, in volledige transparantie wordt toegekend, dat daarvoor een controlemechanisme bestaat en geregeld evaluatie plaatsvindt, en dat deze de mededinging en het handelsverkeer niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang (van de Unie) wordt geschaad.”⁸⁴ De randvoorwaarden die de Commissie gesteld heeft aan deze vrijgestelde steuncategorieën, vormen een controlemechanisme voor steunverlenende overheden, nationale rechters en de Europese Commissie.⁸⁵

De toepassing van vrijgestelde steun is voorwaardelijk aan de bestaande toepassingsdrempels, die variëren tussen bijvoorbeeld € 3 miljoen (opleidingssteun) en € 165 miljoen per steunmaatregel (cultuursteun).⁸⁶ Bovendien regelt de verordening voorwaarden inzake de steunintensiteit van de maatregel (het percentage van kosten van een activiteit die voor steun in aanmerking komt), cumulatie (samenloop met andere toegekende staatssteun) en publicatie.⁸⁷ Op grond van artikelen 9 en 11 van de AGVV moeten lidstaten, in afwijking op de *standstill*-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU,

80 Zie overwegingen 23 en 26-28 en artikel 7 van de Machtigingsverordening.

81 Zie de Verordening (EU) nr. 2023/1315/EU van de Commissie van 23 juni 2023 tot wijziging van (de artikelen 36-44 van) Verordening (EU) nr. 651/2014 *PbEU* (2023) (Wijzigingsverordening AGVV 2023; Green Deal AGVV).

82 De Commissie heeft in 2008 Verordening 800/2008 aangenomen en deze in 2015 gemoderniseerd en uitgebreid. Bovendien heeft de Commissie in 2017 nog enkele steuncategorieën toegevoegd; Persbericht Europese Commissie, “Commissie vereenvoudigt regels voor overheidsinvesteringen in havens en luchthavens en cultuur”, 17 mei 2017, IP/17/1341. Zie artikel 1 AGVV inzake het toepassingsgebied en artikel 2 inzake definities van vrijgestelde steun.

83 Zie Sinnaeve 2001, p. 1479, 1495.

84 Zie considerans 5 van de AGVV inzake gemeenschappelijke belangen en de gemeenschappelijke basisbeginselen.

85 Zie considerans 5, 6 en 13 van de AGVV.

86 Zie voor een overzicht artikel 4 AGVV; zie artikel 53 AGVV voor cultuursteun; zie artikel 31 AGVV voor opleidingssteun.

87 Zie de artikelen 7, 8, 9 AGVV.

uiterlijk 20 werkdagen na de inwerkingtreding van een steunmaatregel, een kennisgeving versturen naar de Commissie.⁸⁸ Op grond van artikel 11 AGVV moet de lidstaat ook rapporteren over de uitvoering van de steun onder de AGVV.⁸⁹

Anno 2024 is de AGVV een onmisbaar handhavinginstrument voor de Commissie, getuige ook de introductie van de Green Deal AGVV in 2023, waarin het milieu- en klimaatsteunkader is aangepast op de Europese Green Deal.⁹⁰ In een eerder stadium stelde D-G Koopmans: “De Commissie heeft aandachtig geluisterd naar de noden van de lidstaten en de noodzaak om ‘small on small en big on big’ te zijn. Met name de algemene groeps-vrijstelling laat de Commissie toe om zich te focussen op de belangrijkste zaken.⁹¹ In 2021 werd circa 93% (!) van alle nieuwe steunmaatregelen in de Unie vrijgesteld onder het vrijstellingskader van de AGVV en was er een toename aan vrijgestelde steunmaatregelen ten aanzien van 2020 met 36%.⁹² De AGVV heeft een duidelijk sturend effect naast de verlichting van de administratieve lasten: lidstaten ontwerpen hun maatregelen zodat ze aan de vrijstellingsvoorwaarden voldoen.”⁹³ Deze lijn heeft de Commissie consistent doorgevoerd sinds de mededeling over staatssteunmodernisering van 2012.⁹⁴ In deze mededeling verkondigde de Commissie dat voor het staatssteunonderzoek de prioriteiten gelegd worden bij “steun met een aanzienlijke impact interne markt, daaronder begrepen fiscale steun”, terwijl “vereenvoudiging van de beoordeling voor zaken die meer lokaal van aard zijn en het handelsverkeer minder sterk beïnvloeden, bereikt kan worden door gedifferentieerde regels uit te werken en door de procedures voor het staatssteuntoezicht te moderniseren, waarbij lidstaten een grotere verantwoordelijkheid krijgen bij het vormgeven en ten uitvoer leggen van

88 Zie ook considerans nr. 8 AGVV. Deze kennisgevingen worden elektronisch verstuurd via de State Aid Notification Interactive (hierna: SANI).

89 Deze verplichting houdt een jaarlijkse rapportage in, waarvan de gegevens geanalyseerd en gepubliceerd worden door de Commissie in het State Aid Scoreboard. Bovendien moet de lidstaat bij steunverleningen boven de € 100.000 de maatregel publiceren in een openbare EU-database. Deze publicaties zijn terug te vinden in de Transparency Awarding Module (hierna: TAM).

90 Verordening (EU) nr. 2023/1315/EU van de Commissie van 23 juni 2023 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 651/2014 *PbEU* (2023) (Wijzigingsverordening AGVV 2023; Green Deal AGVV).

91 Huurnink & van den Tweel 2015 p. 8-20.

92 De Commissie laat hierbij de vijf grootste lopende aangemelde steunregelingen buiten beschouwing. Zie State Aid Scoreboard 2022, p.12, 22, 69-70. Zie ook Verouden & Ibanez Colomo 2018, p. 152. Zie voor de laatste status het State Aid Scoreboard 2022, p. 12 en p.22. In 2021 was 93% van alle steun vrijgestelde AGVV-steun, los van de COVID-19-steun. Inclusief de Covid-19-steun vormde 81% van de totale nieuwe steunmaatregelen AGVV-steun.

93 Koopmans 2019, p. 20-23; Verouden & Ibáñez-Colomo 2018, p. 150 – 166. Zie Zondag & Merkus 2018, p. 147-149.

94 Quigley 2013, p. 35-55. Aalbers & Ottervanger 2018, p. 780-781.

steunmaatregelen. Hierdoor zal, in zaken waar het om kleinere steunbedragen gaat, ook de regeldruk voor overheden en begunstigden afnemen.”⁹⁵

Zodoende heeft de Commissie een vrijstellingspakket ontworpen op basis waarvan de lidstaten in eerste instantie hun steunmaatregelen op maat snijden, en daarmee lange meldingsprocedures voorkomen, terwijl zij hun beleid afstemmen op de “automatische verenigbaarheidskaders” van de Commissie.⁹⁶ Belangenafwegingen van de lidstaten tussen de positieve en negatieve effecten van steunmaatregelen zijn in de AGVV ingekaderd.⁹⁷

3.3 Een groepsvrijstelling voor DAEB: het DAEB-Vrijstellingsbesluit

Op grond van artikel 106, lid 3, VWEU heeft de Commissie eveneens in het kader van het “*big on big, small on small*-beleid” een vrijstellingsmogelijkheid uitgebreid voor DAEB-compensaties die staatssteun vormen volgens artikel 107, lid 1, VWEU. Op deze wijze wordt de werklast van de Commissie verminderd, nu de beoordeling op grond van artikel 106, lid 2, VWEU grotendeels aan de lidstaten wordt overgelaten.⁹⁸

Het DAEB-Vrijstellingsbesluit is door de Commissie aangenomen om de lidstaten rechtszekerheid te geven over de vraag of een DAEB-compensatie tot onrechtmatige staatssteun leidt (zie ook hoofdstuk 2). Omdat de *Altmark*-standaard van het Hof deze rechtszekerheid ontbeert, biedt de Commissie de lidstaten een praktische oplossing.⁹⁹ Zolang een DAEB-compensatie voldoet aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden, maar niet aan de vierde efficiëntievoorwaarde, is er sprake van staatssteun, maar hoeft de compensatie niet bij de Commissie te worden aangemeld op basis van de artikelen 106, lid 2, jo. 108, lid, 3 VWEU als voldaan wordt aan de specifieke voorwaarden van het Vrijstellingsbesluit.¹⁰⁰ Artikel 4 van het DAEB-Vrijstellingsbesluit vereist dat een DAEB duidelijk omschreven is en dat een onderneming door middel van een besluit het beheer krijgt aangewezen. Artikel 5 vereist dat de compensatie niet hoger is dan nodig is om de netto – kosten van de DAEB-activiteiten te dekken. Hiertoe dienen de lidstaten strikte en complexe specifieke kostenberekenningsmethodes toe te

95 Mededeling van de Commissie over de modernisering van het staatssteunbeleid, *PbEU* (2012), paragraaf 19. Parafrazering door auteur dezes.

96 Verouden & Ibáñez-Colomo 2018, p. 152; Van Buijen & Rose, 2016, p.227; Van de Castele 2021, p. 217-222; Hessel 2009, p.59-66.

97 Gerecht EU, 25 april 2018, gevoegde zaken T-554/15 en T-555/15, *Hongarije t Commissie (Hongaarse tabaksindustrie)*, r.o. 150.

98 Werner & Verouden 2017, p. 460. Gallo & Mariotti 2021, p. 323-342; Sinnaeve 2012, p. 347-367.

99 Zie hoofdstuk 2.

100 Zie artikel 3 DAEB-Vrijstellingsbesluit.

passen.¹⁰¹ In samenhang met de mededeling over DAEB en staatssteun stelt het DAEB Vrijstellingsbesluit nadere materiële voorwaarden over een efficiënte besteding van de DAEB-compensatie, inclusief een redelijke winst.¹⁰² Zo heeft de Commissie ingekleurd hoe een DAEB op grond van efficiënte parameters kan worden uitgevoerd.¹⁰³ De lidstaten moeten volgens het Hof deze efficiëntievoorwaarden niet als dwingend recht beschouwen. De invulling van de tweede *Altmark*-voorwaarde als efficiëntievoorwaarde is namelijk door het Hof als onwettig aangemerkt in het arrest *Viasat*. Het Hof oordeelde dat noch de tweede *Altmark*-voorwaarde, noch artikel 106, lid 2, VWEU vereist dat lidstaten efficiëntieprikkels opnemen bij het vaststellen van compensatieparameters. (Zie hoofdstuk 2).¹⁰⁴ Verder moet een overheidsinstantie volgens artikel 6 van het DAEB-Vrijstellingsbesluit controleren op overcompensatie. Zij moeten een toezichtmechanisme opzetten en dienen regelmatig (om de drie jaar) controles uit te voeren op de overschrijding van budgetten. In het geval van maximaal 10 % jaarlijkse overcompensatie mag de steunverlenende overheid dit bedrag verevenen met het budget voor het volgende jaar.¹⁰⁵

De belangrijkste materiële wijziging van de vrijstelling, ten opzichte van de eerdere DAEB-Vrijstellingsbeschikking uit 2005 is dat de vrijstellingscategorieën meer ruimte bieden voor DAEB met een lokaal en sociaal karakter.¹⁰⁶ Het DAEB-Vrijstellingsbesluit differentieert tussen verschillende categorieën DAEB. Voor de sociale DAEB, waaronder: medische zorg, kinderopvang, sociale huisvesting, toegang tot de arbeidsmarkt en zorg- en welzijnswerk, geldt geen aanmeldingsplafond.¹⁰⁷ Lidstaten hebben in aanvulling op de bestaande beleidsruimte voor DAEB-omschrijvingen een beleidsruimte om sociale DAEB te omschrijven op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit, zolang er sprake is van “duidelijk afgebakende sociale diensten die voorzien in sociale behoeften met betrekking tot gezondheidszorg en langdurige zorg, kinderopvang, toegang tot de arbeidsmarkt en herintreding, sociale huisvesting en de zorg voor en sociale inclusie van

101 Zo noemt artikel 5 lid 2 van het DAEB Vrijstellingsbesluit twee methoden om de nettokosten van de DAEB-compensatie te berekenen: 1) De methode van kostentoerekening. Alleen de netto-kosten die betrekking hebben op de DAEB worden gecompenseerd. 2) De zogeheten *Net Avoided Cost* (NAC) methode. Het verschil tussen de netto-kosten van de onderneming incl. de kosten die de DAEB met zich mee brengt en de netto-kosten of nettowinst van dezelfde onderneming is het compensatiebedrag. Zie Werner & Verouden 2017, p. 465.

102 Mededeling over DAEB en staatssteun, *PbEU* 2012, punt 61, 70.

103 Werner & Verouden 2017, p. 461-462.

104 Zie ook Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*, r.o. 70, 74-76; Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, r.o. 104-105.

105 Zie Artikel 6 van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

106 Zie Hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.

107 Zie artikel 2, lid 1, sub b en c van het DAEB-Vrijstellingsbesluit; Zie ook Ministerie van BZK, *Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang*, 14 juli 2014, Den Haag, te vinden op <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2014/07/Handreiking-DAEB-2014.pdf>.

kwetsbare groepen.”¹⁰⁸ Voor andere DAEB-activiteiten geldt de algemene drempel van € 15 miljoen euro per DAEB-beheerder.¹⁰⁹ De looptijd voor een DAEB is in principe tien jaar, “tenzij een aanzienlijke investering wordt geveerd, die, in overeenstemming met algemeen aanvaarde boekhoudkundige beginselen, over een langere periode moet worden afgeschreven.”¹¹⁰

Om een effectief toezicht te houden op de DAEB-compensatie moet de DAEB-beheerder een gescheiden boekhouding hanteren.¹¹¹ Ook moeten de lidstaten tweejaarlijks aan de Commissie rapporteren over de uitgaven (kwantitatief) en de omvang en invulling van de DAEB (kwalitatief).¹¹²

3.3 Gedecentraliseerde handhaving: het ontstaan van gedeelde handhavingsbevoegdheden

Sinds de staatssteunmodernisering van 2012 heeft de Commissie de verantwoordelijkheid voor een correcte toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU en de vrijgestelde categorieën voor artikel 107, lid 2 en 3 VWEU en 106, lid 2, VWEU in de *ex ante* fase hoofdzakelijk bij de lidstaten gelegd.¹¹³ Volgens het huidige handhavingsbeleid van de Commissie moeten steunverlenende overheden eerst nagaan of artikel 107, lid 1, VWEU volgens de mededeling over het staatssteunbegrip, van toepassing is. Vervolgens moeten zij – op voordracht van de Commissie – “nadrukkelijker hun verantwoordelijkheid nemen” in het *ex ante* toezicht op de toepassingen van vrijstellingen.¹¹⁴ Daarnaast verwacht de Commissie van de lidstaten ook verbeteringen in de verslaglegging over steun, in de *ex post* fase, in het bijzonder ten aanzien van maatregelen die de € 100.000 overschrijden.¹¹⁵ De Commissie heeft daarom de lidstaten opgedragen te voldoen aan “betere medewerking wat betreft de kwaliteit en snelheid” van kennisgevingen en

108 Zie considerans 11 van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

109 Artikel 2, lid 1, sub a, DAEB-Vrijstellingsbesluit. Vervoer is in beginsel uitgesloten met uitzondering van specifieke voorwaarden voor verbindingen met luchthavens en zeehavens met eilanden

110 Artikel 2, lid 2, DAEB-Vrijstellingsbesluit.

111 Artikel 5, lid 9, DAEB-Vrijstellingsbesluit.

112 Artikel 9 DAEB-Vrijstellingsbesluit.

113 Adriaanse 2013, p. 514-536.

114 Mededeling van de Commissie inzake de staatssteunmodernisatie 08/05/2012, COM(2012) 209 final.

115 Speech Eurocommissaris Almunia, 7 juni 2012, ‘The modernisation initiative’, te vinden op http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-424_en.htm. Handreiking Transparency Award Module, Ministerie van BZK, juli 2023; te vinden op: https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2023/07/CSDO-Handleiding-voor-de-TAM.-v_1.7.2023-v2.pdf. Het drempelbedrag voor transparantiepublicatie is voor AGVV-steun → € 100.000 (voor 2023 was dit bedrag € 500.000). zie <https://europadecentraal.nl/onderwerp/staatssteun/procedures-staatssteun/transparantie/>.

rapportages.¹¹⁶ Bovendien moeten zij volgens de Commissie “in het kader van private handhaving, doeltreffende nationale systemen opzetten, die de naleving van de toepassingen door overheden verzekeren.”¹¹⁷ Adriaanse bespeurt hier een verschuiving naar gedecentraliseerd toezicht en noemt het belang van staatssteuncoördinatie, bijvoorbeeld door de oprichting van staatssteunautoriteiten, die in de *ex ante* fase toezicht houden op de toepassing van staatssteunvrijstellingen.¹¹⁸ Ten aanzien van vrijgestelde DAEB-steunmaatregelen ziet Fiedziuk in deze verplichtingen eveneens een decentralisatie op het gebied van toezicht op de naleving van verenigbaarheidsvoorwaarden.¹¹⁹

Omdat de term “decentralisatie” inderdaad uitgelegd kan worden als de decentralisatie van bevoegdheden op gebied van handhaving en verenigbaarheid, spreekt de Commissie liever van “het verbeteren van coördinatie en het vergroten van de verantwoordelijkheden voor toepassing en naleving van verplichtingen.”¹²⁰ Bij de modernisering van het staatssteuntoezicht op de vrijstellingen heeft de Commissie geen decentralisatie van toezichtsbevoegdheden vergelijkbaar aan Verordening 1/2003 in het Europese mededingingsrecht voorgestaan.¹²¹ Op grond van deze verordening heeft de Commissie aan de mededingingsautoriteiten en nationale rechters de bevoegdheid gegeven om de artikelen 101, lid 1, VWEU en 102 VWEU, toe te passen, alsmede de rechtvaardigingsgronden van artikel 101, lid 3, VWEU.¹²² Met het oog op een meer doeltreffend toezicht en een vereenvoudiging van de administratieve controle kent Verordening 1/2003 rechtstreekse werking toe aan de verbodsbepalingen én uitzonderingsgronden.¹²³ In dat kader heeft de Commissie het eerdere gecentraliseerde handhavingssysteem (en de bijkomende aanmeldingsverplichtingen) opgeheven en omgezet in een gedecentraliseerd handhavingssysteem met

116 Munoz de Juan 2018, p. 483.

117 Mededeling van de Commissie inzake de staatssteunmodernisatie, 8 mei 2012, COM(2012) 209 final; Gedragscode van de Commissie voor een goed verloop van de staatssteunprocedures, 19 juli 2018, *PbEU* 2018 C 253/05; Zie Colombo 2019, p. 292-316.

118 Adriaanse 2013, p. 514.

119 Fiedziuk 2013a, p. 105, 109, 122; Fiedziuk 2013b, p. 387-408.

120 Zie de Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures (2018/C 253/05).

121 Speech Eurocommissaris Almunia, 7 juni 2012, ‘The modernisation initiative’, te vinden op http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-424_en.htm. Zie ook het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité, 14 november 2012, State aid modernisation, INT/647-EESC-2012-1689, COM(2012) 209 final, OJ C 11, 15.1.2013, p. 49. Het EESC legt de link tussen effectieve handhaving en het oprichten van nationale staatssteunagentschappen.

122 Swaak & van der Woude, 2019 p. 765-778; Wils 2013, p.52.

123 Verordening 1/2003/EG van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (thans de artikelen 101 en 102 VWEU).

onderscheidende maar ook overlappende handhavingsbevoegdheden voor de mededingingsautoriteiten, nationale rechters en de Commissie.

Ten tijde van de staatssteunmodernisering heeft toenmalig Eurocommissaris Mededinging Joãoquin Almunia de oprichting van nationale staatssteunagentschappen overigens afgewezen “aangezien het Verdrag de Commissie, én uitsluitend de Commissie, de bevoegdheid geeft om het staatssteunrecht op de interne markt te handhaven”.¹²⁴ Almunia voegde hier aan toe: “De staatssteunmodernisering kan én zal deze bevoegdheid niet veranderen. Wat wij willen proberen te doen, is meer verantwoordelijkheid te plaatsen op de schouders van de lidstaten.”¹²⁵ Een opmerkelijke uitspraak omdat reeds ten tijde van het decentralisatieproces van de artikelen 101 en 102 VWEU er onder wetenschappers consensus bestond dat ook nationale rechters, nationale rekenkamers en nationale staatssteuntoezichthouders reeds betrokken waren bij de handhaving van de artikelen 107, lid 1 jo. 108, lid 3, VWEU.¹²⁶ Daarom bestond er al een vorm van decentralisatie en gedeeld toezicht op staatssteun tussen de lidstaten en de Commissie.¹²⁷ In het bijzonder ten aanzien van de monitoring van bestaande en nieuwe staatssteun zijn er al decennia decentralisatieontwikkelingen te bespeuren, waar het beginsel van loyale samenwerking de handhavingsverdeling inkleurt.¹²⁸

Met de modernisering heeft de Commissie hoofdzakelijk een verschuiving van de werklust van haar diensten naar de lidstaten willen bewerkstelligen. Het betreft hier de *ex ante* beoordelingen van artikel 107, lid 1, VWEU en van de groepsvrijstellingen. Deze verschuiving moest volgens de Commissie vooral geen nieuwe bevoegdheden toekennen.¹²⁹ Echter, zoals A-G Tachev in zijn opinie bij *BMW t Commissie* uiteenzette, komt in het stelsel van groepsvrijstellingen, gelet op de machtigingsverordening, wel een “decentralisatie van het toezicht op staatssteun” tot uitdrukking.¹³⁰ Volgens A-G Tachev beoogt de machtigingsverordening dat “de Commissie niet langer zaken moet onderzoeken in situaties waarin zij een groot aantal aanmeldingen

124 Speech Eurocommissaris Almunia, 7 juni 2012, ‘The modernisation initiative’, te vinden op http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-424_en.htm.

125 Speech Eurocommissaris Almunia, 7 juni 2012, ‘The modernisation initiative’, te vinden op http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-424_en.htm. “The Treaty gives to the Commission – and to the Commission alone – the responsibility to enforce State aid law in the internal market. The State aid modernisation initiative cannot and will not change this provision. What the initiative will try to do is to put more responsibility on the shoulders of EU countries.”

126 Zie bijvoorbeeld Ehlerman & Amato 1999, p. 471-666.

127 Kreuzschitz 2016, p. 451.

128 Munoz de Juan 2018, p. 483.

129 Mededeling van de Commissie inzake de staatssteunmodernisatie, 08/05/2012, COM(2012) 209 final. De Gedragscode procedures benadrukt dat deze mededeling “geen nieuwe rechten” toekent. Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures (2018/C 253/05), par. 8.

130 Conclusie A-G Tachev C-654/17, 3 april 2019, *BMW t Commissie*.

krijgt met als voornemen de invoering of wijziging van steunmaatregelen die verenigbaar geacht worden met de interne markt omdat zij voldoen aan de door de Commissie vastgestelde verenigbaarheidscriteria.”¹³¹

Bezien vanuit de context van de machtigingsverordening en de rechtsbases van de twee groepsvrijstellingen zijn er daarom wel degelijk parallellen te trekken met het delegatieproces van toezichtsbevoegdheden aan de nationale rechters en nationale mededingingsautoriteiten zoals dat onder Verordening 1/2003 geschiedde.¹³² Zo bestaan er inmiddels verschillende werkgroepen zoals een “Adviescomité Staatssteun” en een “*State aid modernisation working group*” waarin de lidstaten en de Commissie ervaringen en praktische uitwisselen, vergelijkbaar aan het European Competition Network, en waar handhavingsbeleid van de Commissie in samenwerking met de lidstaten verfijnd en gecoördineerd wordt.¹³³ Bovendien waarborgt dit netwerk de actieve participatie van lidstaten in een netwerk van wederzijdse sturing op prioriteiten van *ex ante* en *ex post* handhaving van de artikelen 107, lid 1 t/m 3, 106, lid 2, en 108 VWEU.¹³⁴ Hiertoe heeft de Commissie instrumenten toegekend zoals de zogeheten “portefeuillebenadering” waarbij “lidstaten de diensten van de Commissie kunnen verzoeken om voor zaken die zij als prioritair beschouwen, een voorspelbaarder tijdschema aan te houden.”¹³⁵ Vergelijkbaar aan de doelstellingen van verordening 1/2003 heeft de procedureverordening ook samenwerkingsmechanismen tussen de lidstaten en de Commissie opgezet.¹³⁶ Zo voorziet de procedureverordening in de mogelijkheid tot *amicus curiae* verzoeken of interventies in nationale rechterlijke procedures en kan de Commissie een beroep doen op nationale (mededingings-) autoriteiten bij marktanalyses in het kader van klachtenprocedures of voorlopige of formele onderzoeksprocedures.¹³⁷ Ook kan de Commissie het voordeel van de groepsvrijstelling

131 Conclusie A-G Tachev C-654/17, 3 april 2019, *BMW t Commissie*, randnummer 98. Zie ook punt 2.1 van het advies van het Economisch en Sociaal Comité over het „Voorstel voor een verordening (EG) van de Raad betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EG-Verdrag op bepaalde soorten van steunmaatregelen” (PB 1998, C 129, blz. 70).

132 Zie Anestis 2012, p. 551-555.

133 Zie Negenman 2011, p. p. 621-627. Zie Gedragscode van de Commissie voor een goed verloop van de staatssteunprocedures, 19 juli 2018, *PbEU* 2018 C 253/05, punten 88-91; Sinds de staatssteunmodernisering bestaat er een werkgroep voor de State Aid Modernisation waarin de Europese Commissie en de lidstaten deelnemen en ervaringen in staatssteunhandhaving uitwisselen. Zie Commissie Staff Working Document over Fitness Checks voor de Staatssteunmodernisering, Brussel, 2020, SEC(2020) 372 final} – {SWD(2020) 258 final, p. 32.

Press release State aid: Commission invites comments on simplified rules for State aid combined with EU support, Brussels, 27 juni 2019.

134 Colombo 2019, p. 292-316.

135 Gedragscode van de Commissie voor een goed verloop van de staatssteunprocedures, 19 juli 2018, *PbEU* 2018 C 253/05.

136 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

137 Zie artikel 29 van de procedureverordening.

intrekken ten aanzien van vrijgestelde steuncategorieën of bepaalde nationale autoriteiten in het geval van niet – naleving.¹³⁸ In het geval partijen een klachtprocedure starten bij de Commissie, terwijl zij zich reeds tot de nationale rechter hebben gewend, dan beschouwt de Commissie deze klachten als non-prioritair.¹³⁹

De inzet van deze handhavinginstrumenten, in samenwerking met de autoriteiten en rechters van de lidstaten is onmiskenbaar geïnspireerd op het doel en de werking van Verordening 1/2003.¹⁴⁰ En hoewel de machtigingsverordening geen bepaling bevat op grond waarvan de lidstaten een algemene bevoegdheid krijgen om rechtstreeks de verenigbaarheid van steunmaatregelen te beoordelen, draagt de machtigingsverordening de Commissie op om haar exclusieve bevoegdheid tot handhaving van de verenigbaarheidsvoorwaarden van de groepsvrijstellingen te delen.¹⁴¹ Op grond van de machtigingsverordening mag opgemaakt worden dat de beoordeling inzake de verenigbaarheid van steun met de interne markt hoofdzakelijk, maar niet uitsluitend, toekomt aan de Commissie.¹⁴² Deze lezing doet ten eerste recht aan de aan de specifieke bevoegdheid die de Raad heeft om in bijzondere gevallen de verenigbaarheid van staatssteun te beoordelen.¹⁴³ Meer nadrukkelijk onderkent deze passage tevens de nieuwe realiteit van een gedeelde handavingsstructuur voor vrijgestelde steun, waarbij de Raad de Commissie heeft opdragen om “in nauwe en voortdurende samenwerking met de lidstaten, de werkingssfeer van groepsvrijstellingen en de daaraan verbonden voorwaarden te omschrijven.”¹⁴⁴ De bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Commissie luistert hier nauw. De Commissie moet duidelijke procedurele en materiële verenigbaarheidsvoorwaarden vaststellen voor de lidstaten. De lidstaten moeten binnen dit rechtskader van verenigbaarheidsvoorwaarden steunmaatregelen beoordelen op grond van de artikelen 107, lid 2 en 3 en artikel 106, lid 2, VWEU, en de bijzondere afwijkingen op artikel 108, lid 3, VWEU die in de groepsvrijstellingen vermeld staan. Voor de coördinatie van samenwerkingsbeleid wordt het eerdergenoemde adviescomité als het Europees Staatssteunnetwerk periodiek bij wet- en regelgevingsinitiatieven, handavingsprioriteiten en toepassingsproblemen geconsulteerd.¹⁴⁵

138 Zie ter vergelijking de artikelen 10 AGVV en artikel 38 lid 1 van verordening 1/2003.

139 Zie de gedragscode van de Commissie voor een goed verloop van de staatssteunprocedures, 19 juli 2018, *PbEU* 2018 C 253/05, paragraaf 76.

140 Colombo 2019, p. 292-316.

141 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

142 Zie overweging 2 van de verordening van de Raad 2015-1588/EU, *PbEU* (2015) (hierna: “Machtigingsverordening”).

143 Gilliams 2019, p. 3-5; Lageard 2004, p. 273-292.

144 Overweging 26 van de Machtigingsverordening.

145 Press release State aid: Commission invites comments on simplified rules for State aid combined with EU support Brussels, 27 June 2019.

Ondanks de nieuwe handhavingsstructuur, waar de machtigingsverordening aan ten grondslag lag, wordt deze nieuwe realiteit in de rechtspraak van het Hof van Justitie nog maar ten dele onderkend. Zo stelt het Hof de bevoegdheden van de lidstaten ten aanzien van vrijgestelde steun niet gelijk aan een *ex ante* verenigbaarheidsbeoordeling.¹⁴⁶ Het Hof ziet de exclusieve bevoegdheid die de Commissie heeft krachtens van het primair recht om steunmaatregelen op verenigbaarheid te beoordelen vooralsnog als ondeelbaar en onoverdraagbaar.¹⁴⁷ Daarom beschouwt het Hof dat de lidstaten bevoegd zijn om een voorwaardelijke-, maar niet een definitieve, beoordeling te maken over de verenigbaarheid van een AGVV-maatregel.¹⁴⁸ Deze lezing is verklaarbaar omdat de Commissie altijd nog bevoegd is om onderzoek een onderzoek te starten naar de verenigbaarheid van de maatregelen. Het Hof heeft echter mogelijk niet in overweging genomen dat elk besluit over de verenigbaarheidsstatus, of dat afkomstig is van de Commissie, Raad of genomen wordt door een nationale overheid of de nationale rechter op grond van een groepsvrijstelling, aan (uitvoerings-) voorwaarden onderhevig is. Worden deze voorwaarden voor verenigbaarheid geschonden, dan is de Commissie inderdaad de aangewezen instantie om de niet-naleving van verenigbaarheidsvoorwaarden te onderzoeken volgens de procedureverordening.¹⁴⁹ Als nationale autoriteiten de voorwaarden dus niet correct uitvoeren, dan kan de Commissie altijd een onderzoek starten, of dit nu gaat om AGVV-toepassingen door de lidstaten of om de uitvoering van besluiten van de Commissie op grond van de Verdragsuitzonderingen.¹⁵⁰

De bovenstaande normatieve invulling van de beoordeling op verenigbaarheid door autoriteiten van de lidstaten binnen vrijstellingskaders gaat uit van een *de facto* juridische realiteit op het gebied van meervoudig toezicht. In zijn onderzoek naar convergenties en decentralisaties in het markttoezicht van de Unie heeft Van Cleynenbreugel inzichtelijk gemaakt dat een exclusieve bevoegdheid voor de Unie niet uitsluit dat deze gedeeld kan worden met de lidstaten.¹⁵¹ In deze context is de uitoefening van gedeelde handhavingsbevoegdheden door zowel lidstaten als de Commissie niet in strijd met de idee van exclusiviteit van het toezicht op verenigbaarheid.¹⁵² De bevoegdheid om verenigbaarheid te beoordelen van vrijgestelde steun is op grond van secundaire rechtskaders, *in casu* de groepsvrijstellingen, aan de lidstaten gedelegeerd, onder strikte voorwaarden. De Commissie, als

146 HvJ EU, 29 juli 2019, C-654/17, *BMW t Commissie*, r.o. 134.

147 HvJ EU, 29 juli 2019, C-654/17, *BMW t Commissie*, r.o. 142, 144, 149; Conclusie A-G Tanchev C-654/17, 3 april 2019, *BMW t Commissie*, randnummer 100.

148 HvJ EU, 29 juli 2019, C-654/17, *BMW t Commissie*, r.o. 142, 144. Zie ook HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 56, 85.

149 Zie artikel 20 van de procedureverordening inzake de procedures over misbruik van steun.

150 Quigley 2015, p. 540-552.

151 Van Cleynenbreugel 2014c, p. 162-178; Van Cleynenbreugel 2015, p. 275-279.

152 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

gemandateerde, blijft ten aanzien van deze beoordeling *primus inter pares* en kan de voorwaarden voor verenigbaarheid, in overleg met het staatssteunadviescomité van de lidstaten nader inkaderen, herschikken of herroepen.¹⁵³ Zo heeft de Commissie ten tijde van de COVID-19-crisis de AGVV – na rugenspraak met de lidstaten – van toepassing verklaard op ondernemingen die – als gevolg van de crisis – in financiële moeilijkheden verkeerden.¹⁵⁴

De bovengenoemde bevoegdheidsverdeling tussen actoren van Unierecht bestaat reeds in de institutionele werkingssfeer van het staatssteunrecht.¹⁵⁵ Zo wordt de uitoefening van de bevoegdheid tot verenigbaarheidsbeoordeling tussen de Commissie en Raad volgens het primaire Unierecht geregeld door het blokkerende effect van het beginsel van *pre-emption* (“terzijdestelling”).¹⁵⁶

Dit constitutionele beginsel vormt een praktische gevolgtrekking van de beginselen van voorrang en loyale samenwerking in een situatie waarin een bevoegdheidsconflict tussen verschillende bevoegde Unierechtelijke actoren kan ontstaan.¹⁵⁷

In het geval de Commissie nog geen onderzoeksprocedure heeft ingeleid,

153 *Idem.* Zo heeft de Commissie op verzoek van de lidstaten per 2 juli 2020 de AGVV tijdelijk van toepassing verklaard op ondernemingen in moeilijkheden. Deze tijdelijke aanpassing van de AGVV loopt tot juli 2021 en is bedoeld om lidstaten meer horizontale steun te laten verlenen aan ondernemingen die per 1 januari 2020, door de economische gevolgen van COVID-19, in de problemen zijn gekomen. Zie verordening EU/2020/972, 2 juli 2020, Aanpassing van verordening EU/1407/2013 (Aanpassing AGVV vanwege COVID-19).

154 Hierdoor kon de Commissie zich op crisissteunzaken richten met een grote impact op de interne markt en werd aan de lidstaten beleidsruimte geboden om “kleinere” crisissteunmaatregelen vanwege de bijzondere omstandigheden in lijn te brengen met de AGVV. Artikel 2 Verordening (EU) 2020/972 van de Commissie van 2 juli 2020 tot wijziging van Verordening (EU) 1407/2013 en tot wijziging van Verordening (EU) 651/2014. Zo stelt de Europese Commissie bij aanvang van de crisis in de Mededeling van 3 maart 2020, getiteld ‘*Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak*’ in paragraaf 5 (“state aid”) dat de AGVV met enkele aanpassingen, de mogelijkheid biedt om steun voor de economische gevolgen van COVID-19 te verlenen zonder tussenkomst van de Commissie; Mededeling van de Commissie van 22 januari 2009: Tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis (2009/C 16/01), paragraaf 3.

155 HvJ EU, 4 december 2013, zaken C-111/10, C-117/10, C-118/10, C-121/10, *Commissie t Raad (Landbouwsteun financiële crisis)*, C-111/10, r.o. 45-48, 72, 98.

156 Het Hof maakt een duidelijk onderscheid in de Franse en Engelstalige versies van haar rechtspraak tussen “primacy” en “pre-emption”. In de Nederlandstalige versies wordt het beginsel van pre-emptie vaak vertaald als “voorrang”, maar dit rechtsfiguur moet juist eerder als een gevolgtrekking van voorrang van Unierecht gezien worden, waarbij de uitoefening van een gedeelde bevoegdheid door de ene bevoegde actor (Unie-instelling of agentschap of lidstaat) een gelijktijdige uitoefening door de andere bevoegde actor blokkeert. Daarom spreekt het Hof ook wel van “toe-eigening”, “terzijdestelling” of “vooruitlopen”. Zie ook de conclusies van A-G Mengozzi, 12 februari 2015, C-18/14, *CO Sociedad de Gestión*, randnummer 32, voetnoot 2.

157 Lenaerts & Van Nuffel 2017, p. 84; Timmermans, 2014, p. 155-167. Weatherill 1994, p. 18.

en daarmee geen standpunt heeft ingenomen over de verenigbaarheid van een steunmaatregel, kan de Raad, binnen het beoordelingskader van artikel 108, lid 2, VWEU een steunmaatregel op verenigbaarheid onderzoeken.¹⁵⁸ Daarmee eigent de Raad de bevoegdheidsoefening rechtmatig toe en stelt hij de uitoefening door de Commissie terzijde.¹⁵⁹ Dit geldt ook *vice versa* wanneer de Commissie een onderzoek instelt, op terreinen waar de Raad bevoegd is. Zodra de ene bevoegde toezichthouder een onderzoek start, mag de andere bevoegde toezichthouder dat onderzoek niet dwarsbomen door zijn onderzoeksbevoegdheid in te zetten.¹⁶⁰ Het beginsel van terzijdestelling vormt in het geval van een bevoegdheidsconflicten zo een constitutioneel waarborgen tegen het ontstaan van conflicterende besluiten.¹⁶¹

Resumerend kan er wel degelijk gesproken worden van een decentralisatie van *ex ante* toezichtsbevoegdheden op grond van de artikelen 107, lid 3, en artikel 106, lid 2, VWEU. De uitoefening van deze bevoegdheden wordt door het Hof vooralsnog niet gelijkgesteld aan een bevoegdheid tot verenigbaarheid, gezien het voorwaardelijke karakter. Echter, omdat deze voorwaarden direct herleidbaar zijn tot doelstellingen van Uniebelang en de basisbeginselen van transparantie, non-discriminatie, geschiktheid en noodzakelijkheid, hebben de nieuwe bevoegdheden van de lidstaten veel kenmerken gemeen met een verenigbaarheidsbeoordeling. De doelstellingen van artikel 108 VWEU en de machtigingsverordening sluiten in elk geval een dergelijke beoordeling door andere actoren niet uit, noch volgt hier uit dat een exclusieve bevoegdheid niet gedeeld kan worden.¹⁶²

De beleidsmatige realiteit van de staatssteundecentralisatie is in elk geval de toepassing van een groepsvrijstelling – inhoudende een preventieve staatssteuncontrole op de formele en materiële randvoorwaarden voor verenigbaarheid – bovenal een beleidskeuze is van een overheid die gericht is op verenigbaarheid.¹⁶³ Door een vrijstellingsmogelijkheid toe te passen kan bovendien afgeweken worden van de verplichting tot voorafgaande melding. Daartegenover staat dat een dergelijk overheidsbesluit vooralsnog geen rechtszekerheid biedt voor de steunontvanger, omdat de Commissie in potentie altijd nog een onderzoek kan stellen.¹⁶⁴ In praktijk gebeurt dit slechts in geringe mate, hoewel uit steekproeven van de Europese Reken-

158 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

159 *Idem.*

160 *Idem.*

161 HvJ EU, 29 juni 2004, C-110/02, *Commissie t Raad*, r.o 26, 36. Zie ook de Conclusie van A-G Jacobs, 11 december 2003, *Commissie t Raad*, randnummers 20-24.

162 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

163 Sinnaeve 2001, p. 1479-1495; Hessel 2009, p.59-66.

164 Luja 2012, p. 765-767.

kamer volgt dat AGVV-toepassingen achteraf een relatief hoge foutmarge bevatten.¹⁶⁵

3.5 Tussenconclusie: naar een meer gedecentraliseerde handhaving

De constitutionele verbintenis van artikel 107, lid 1, VWEU zoals uiteengezet door het Hof in *Costa Enel* en *Capalongo*, berust inmiddels niet meer op dezelfde situatie. In vergelijking met

de toenmalige context van het ontluikende EEG – staatssteuntoezicht is het gebod tot gelijke behandeling van ondernemingen en het verbod om onrechtmatige staatssteun te verlenen geen technische aangelegenheid meer die exclusief is voorbehouden aan de Commissie. De rechtspraak van het Hof gedurende de referentieperiode van dit onderzoek toont aan dat de kwalificatie van een steunmaatregel op grond van artikel 107, lid 1, VWEU door steun verlenende overheden en nationale rechters inmiddels verricht kan worden op grond van objectieve maatstaven. Binnen zijn bevoegdheden en de omvang van het geschil kan de nationale rechter materieelrechtelijke keuzes van steunverlenende overheden op rechtmatigheid beoordelen op grond van alle elementen van het staatssteunbegrip.¹⁶⁶ Krachtens artikel 108, lid 3, VWEU dient de nationale rechter – op grond van deze feitelijke analyse – alle procedureelrechtelijke gevolgtrekkingen hieraan verbinden. Een aansluitende ontwikkeling van de verbreding en de verdieping van de oorspronkelijke staatssteunverbintenis vormen de aanvullende verantwoordelijkheden van de lidstaten om de groepsvrijstellingen voor de artikelen 107, lid 3, VWEU en 106, lid 2, VWEU toe te passen. Deze ontwikkeling maakt duidelijk dat de Commissie de lidstaten vertrouwt dat zij het staatssteunbegrip kunnen toepassen, en tot op zekere hoogte een *preventieve* beoordeling op verenigbaarheid met de interne markt kunnen verrichten, binnen de randvoorwaarden van de groepsvrijstellingen. Van een technische bepaling die exclusief de beoordeling van de Commissie vereist, heeft artikel 107, lid 1, VWEU zich daarom de afgelopen jaren verder ontwikkeld tot een objectieve toepassing die toegepast moet worden door nationale

165 Munoz de Juan 2018, p. 483-493. De Europese Rekenkamer heeft herhaaldelijk de Commissie aangespoord om in het kader van rechtmatigheid meer ex post controles te verrichten op de toepassing van de groepsvrijstellingen. Ten aanzien van blokvrijstellingen constateert de Europese Rekenkamer d.m.v. een steekproef bijv. een foutmarge van 12% gevolgen heeft voor de verenigbaarheid. Zie verslag Europese Rekenkamer, 'Meer inspanningen nodig om te zorgen voor grotere bekendheid en voor naleving van de staatssteunregels in het kader van het cohesiebeleid' Luxemburg: Bureau voor publicaties van de EU, 2016, p. 34 (te vinden op: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR16_24/SR_STATE_AIDS_NL.pdf).

166 Zie conclusie A-G Wissink voor de uitspraak van de Hoge Raad der Nederlanden, 11 december 2020, *Stichting Karmedia t Gemeente Rotterdam*, ECLI:NL:PHR:2020:562, r.o. 3.20.1-3.20.2.

actoren, in samenhang met artikel 108, lid 3, VWEU of in afwijking hiervan op grond van de groepsvrijstellingen.

Desondanks blijven spanningsvelden bestaan tussen de beoordeling op staatssteun en de beoordeling op verenigbaarheid. Het eerste spanningsveld vormen de beleidsmatige leidraden van de Commissie ten aanzien van onderdelen van het staatssteunbegrip. Door voor deze belangenafwegingen nadere toepassingsleidraden (zoals voor “sociale en lokale steun”) te formuleren heeft de Commissie hoofdzakelijk beoogd een flexibilisering en vereenvoudiging van de administratieve procedures voor overheden mogelijk te maken. Desondanks botst deze beleidsmatige benadering van staatssteun met de *sec* juridische benadering van het Hof. Steunverlenende overheden krijgen zo een keuzemogelijkheid tussen een standaard uit de jurisprudentie of een afwijking hierop die door de Commissie in een leidraad is vastgelegd. Deze twee benaderingen plaatsen eveneens de nationale rechter in een eventueel keuzeconflict tussen botsende toepassingen die door partijen in een nationale procedure kunnen worden ingeroepen. Bijkomend kan deze rechtsonzekerheid nationale rechters ertoe aanzetten de kwalificatie van het begrip staatssteun categorisch ter controle voor te leggen aan de Commissie; een ontwikkeling die zowel het Hof én de Commissie onwenselijk zullen achten en bijdraagt aan rechtsonzekerheid. In lijn met de het onderzoek naar de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechter door Metselaar kan daarom ook vanuit de analyse van artikel 107, lid 1, VWEU bevestigd worden dat op dit moment “de nationale rechter niet voldoende de teruggred van de Commissie als handhaver van het staatssteunverbod kan opvangen.”¹⁶⁷

Eerder komt deze teruggred in de Commissiecontrole op de toepassing van (groeps-) vrijstellingsmogelijkheden te liggen.¹⁶⁸ De Raad heeft immers de groepsvrijstellingen rechtstreeks toepasselijk verklaard in procedures voor de nationale rechter en lidstaten moeten zelf “doeltreffende controlemechanismen” opzetten om de Commissie administratief te ontlasten, omdat de

167 Metselaar 2016, zie stelling 1, zie ook p. 251, 369, 397-398.

168 De Cock, 2020, p. 82; Zie Metselaar 2016, p. 108: “In de steeds belangrijker wordende gevallen waarin steunmaatregelen van aanmelding en goedkeuring zijn vrijgesteld, op basis van met name de Algemene groepsvrijstellingsverordening en het DAEB-besluit, moet de rechter controleren of aan de voorwaarden van de toepasselijke regelgeving is voldaan. Zijn rol is hier in potentie een beduidende, nu ernstig kan worden getwijfeld aan het vermogen van de Commissie om op vrijgestelde steun voldoende *ex post* toezicht uit te oefenen.”

Commissie anders de veelomvattende onderzoeks- en handhavingstaken op grond van artikel 108 VWEU niet meer aankan.¹⁶⁹

In dat kader is het niet alleen meer de vraag of een decentralisatie wenselijk is, maar in welke mate een decentralisatie reeds heeft plaatsgevonden.¹⁷⁰ Dit is een vraag waar op dit moment de Commissie en het Hof nader invulling aan zullen moeten geven. De Commissie wil lidstaten onderdeel maken van het handhavingsbeleid, maar haar exclusieve bevoegdheid op verenigbaarheid niet delen analoog aan de werking van Verordening 1/2003. Ook het Hof onderkent dat nationale rechterlijke instanties en nationale autoriteiten bevoegd zijn om te beoordelen of voldaan is aan de specifieke verenigbaarheidsvoorwaarden van de groepsvrijstellingen, maar wil de uitoefening van deze bevoegdheid slechts zien als een voorwaardelijke beoordeling op verenigbaarheid. Deze beoordeling kan volgens het Hof alleen door een Commissiebesluit tot definitieve verenigbaarheidsbeoordeling worden verheven.¹⁷¹ Het Hof beziet dat de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de lidstaten verschuift, maar houdt voorsnog vast aan de oorspronkelijke constitutionele verbintenis uit *Costa t ENEL*.

Deze verdeling is inmiddels door de staatssteunmodernisering van 2012 ingehaald. Om de verandering in het huidige constitutionele evenwicht vast te kunnen leggen moet daarom de vraag onderzocht worden in welke mate deze verplichtingen ook de bevoegdheden toekennen om inhoudelijke belangenafwegingen te verrichten op grond van artikel en 107, lid 3, VWEU en artikel 106, lid 2, VWEU. Daarom wordt de afbakening van deze bevoegdheden aan de hand van deze bepalingen nader geanalyseerd in paragraaf 4 op grond van de huidige rechtspraak van het Hof over de groepsvrijstellingen.

4 TUSSEN TOEPASSING EN HANDHAVING: DE INHOUDELIJKE BELANGENAFWEGINGEN VOOR VRIJGESTELDE STEUN

4.1 Het *ex ante* beoordelingskader voor de toepassing van de AGVV door de lidstaten

De AGVV vormt een systeem van preventief toezicht op nieuwe vrijgestelde steun voor de lidstaten. De AGVV is een zeer gedetailleerde vrijstellings-

169 Overweging 5 van Verordening van de Raad 2015/1588/EU (Machtigingsverordening) luidt: "Groepsvrijstellingsverordeningen zorgen voor transparantie en rechtszekerheid. Zij kunnen, onverminderd de toepassing van artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie en van artikel 267 VWEU, rechtstreeks worden toegepast door de nationale rechtbanken." Zie ook Nicolaides 2023, p. 231-232.

170 Zie voor de wenselijkheid van de decentralisatie van staatssteun Nicolaides 2008, p 552-568.

171 HvJ EU, 29 juli 2019, C-654/17, *BMW t Commissie*, r.o.144.

verordening met zeventien steuncategorieën, die vervolgens 69 specifieke materiële vrijstellingsartikelen beslaan.¹⁷² De toepassing van deze steuncategorieën is gebonden aan de procedurele vereisten van Hoofdstukken I (Gemeenschappelijke bepalingen) en II (Monitoring) en de materiële vereisten van Hoofdstuk III (Specifieke bepalingen voor verschillende categorieën steun). De belangenafwegingen die de lidstaat moeten verrichten, zijn in beginsel ingekaderd door de Commissie. Artikel 3 AGVV bepaalt dat steunmaatregelen die voldoen aan alle voorwaarden van Hoofdstuk I en Hoofdstuk III “verenigbaar zijn met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 2 of 3, VWEU en zijn vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting van artikel 108, lid 3, VWEU.” Voorts moeten lidstaten volgens Hoofdstuk II voldoen aan *ex post* verslaglegging en kan de Commissie alsnog een onderzoek instellen naar de correcte toepassing van de procedurele en materiële voorwaarden van de Hoofdstukken I en III.¹⁷³ De procedurele bepalingen zijn gebaseerd op de beginselen van non-discriminatie, evenredigheid en transparantie. In artikel 1 wordt het toepassingsbereik van de AGVV omschreven en worden bepaalde activiteiten uitgesloten van de werking van artikel 107, lid 1, VWEU, bijvoorbeeld op het gebied van zuiver sociale activiteiten (denk aan bepaalde onderwijs- en onderzoeksactiviteiten).¹⁷⁴ Artikel 2 geeft de toepassingsdefinities weer en omschrijft welke activiteiten geschikt als vrijgestelde steuncategorieën. Met de specifieke vrijstellingsdrempels (artikel 4), vereisten voor stimulerend effect (artikel 6) en de steunintensiteiten (artikel 7) komt het noodzakelijkheidsvereiste tot uitdrukking. Per maatregel kunnen deze vereisten verschillen, naar gelang de omvang en de mogelijke uitwerkingen van de steun op de interne markt. De artikelen 8, 9 en 11 AGVV (publicatie, informatie, verslaglegging en tijdige kennisgeving) vullen het transparantiebeginsel nader in.

In hoofdstuk III van de AGVV heeft de Commissie per materiële vrijstellingsgrond nadere voorwaarden voor ontwerp en uitvoering van steunmaatregelen gesteld. De rechtsbases uit Hoofdstuk III zijn afgeleid van artikel 107, lid 2 en 3, VWEU waarin doelstellingen worden opgesomd die verenigbaar (kunnen) zijn met de interne markt.¹⁷⁵ Binnen de basisbeginselen van de AGVV – transparantie, non-discriminatie en evenredigheid – hebben de lidstaten in Hoofdstuk III van de AGVV een zekere beleidsruimte om de inhoudelijke rechtsbasis voor de beoogde vrijgestelde steun te kiezen.¹⁷⁶ Wanneer lidstaten twijfelen over de toepassing van materiële vrijstellingsgronden kunnen zij de leidraad “Veelgestelde vragen AGVV”

172 Verordening (EU) nr. 2023/1315/EU van de Commissie van 23 juni 2023 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 651/2014 *PbEU* (2023) (Wijzigingsverordening AGVV 2023; Green Deal AGVV). Zie ook Knook 2018.

173 Zie de artikelen 10 en 11 AGVV.

174 Zie considerans 49 van de AGVV.

175 Van Buiren & Rose 2017, p. 236; Van de Castele 2021, p. 217-222.

176 Van Buiren & Rose 2017, p. 224, 236-239, 245-249.

of de database “State Aid Wiki” raadplegen voor praktische richtsnoeren van de Commissie.¹⁷⁷ Een uitwisseling van toepassingsknelpunten van de staatssteunregels kan ook via de staatssteunwerkgroepen die de Europese Commissie met de lidstaten heeft opgezet.¹⁷⁸

Het kiezen van de rechtsbasis heeft gevolgen voor de aard en omvang van de steun, maar ook de nadere implementatie van de steunmaatregelen. Zo bepaalt de rechtsbasis: i) de (groep van) steunontvangers; ii) de kosten die in aanmerking komen voor steun, iii) de hoogte van de steun (d.w.z. de steunintensiteit); iv) het drempelbedrag voor melding; v) de toepasselijkheid van nadere voorwaarden inzake transparantie, evenredigheid en non-discriminatie van de steunmaatregel en in sommige gevallen het steuninstrument (bijvoorbeeld een subsidie of een garantie).¹⁷⁹ De beoordeling van een correcte rechtsbasis vult de beleidsruimte van de lidstaten nader in en vraagt steunverlenende overheden om steunmaatregelen te specificeren en te begrenzen op grond van minimumvoorwaarden.¹⁸⁰ Deze begrenzen zijn soms in de AGVV vormgegeven als specifieke voorwaarden, maar in andere gevallen als gebod om steunmaatregelen te toetsen aan de basisbeginselen van de AGVV. Illustratief voor een nadere voorwaarde die hoofdzakelijk op het evenredigheidsbeginsel berust, is het bepaalde in artikel oud artikel 36 AGVV waarin vastgesteld is dat steunmaatregelen voor milieubescherming alleen evenredig zijn wanneer nationale maatregelen verder gaan dan de bestaande Unienormen.¹⁸¹ Bovendien moeten steunverlenende overheden eerst toetsen aan de (inhoudelijk complexe) rechtsbasis van 36 bis t/m 44 AGVV om te beoordelen of de steunmaatregel niet onder een meer gespecificeerde vrijstellingsgrond valt.¹⁸² Binnen de vrijstellingscategorie voor onderzoek en innovatie is het kiezen van de juiste rechtsbasis een belangrijke beleidsopgave waarbij lidstaten een afweging moeten maken tussen één van de specifieke doelstellingen van de artikelen 25 t/m 30 AGVV en deze doelstelling moeten afwegen tegen

177 Het gaat hier om het Commissiedocument “General Block Exemption Regulation (GBER) – Frequently Asked Questions” – beschikbaar op de website van D-G Mededinging te vinden op http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/gber_practical_faq_en.pdf. Zie ook de conclusie van A-G. Dit document is voor de autoriteiten van de lidstaten in geactualiseerde vorm beschikbaar als „eState Aid Wiki”. Zie Werkdocument Commissie, D-G Regio, ‘Common State Aid Action Plan 2017-2018: Strengthening Administrative Capacity for the Management of the Funds of Member States in the Field of State Aid’, Brussel 2017, par 4.3.3. te vinden op https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/how/improving-investment/state-aid/stateaid_plan2017.pdf. Zie ook conclusie A-G Wathelet voor zaak C-349/17, *Eesti Pagar*, randnummers 66, 83.

178 Zie de Gedragscode van de Commissie voor een goed verloop van de staatssteunprocedures, 19 juli 2018, *PbEU* 2018 C/253/05, par. 88-91.

179 Zie voor een overzicht Van de Castele, p.222-245 Zie ook Aalbers 2021, p. 113-121.

180 Zie bijlage I.

181 Artikel 36, lid 2, AGVV.

182 Artikel 36, lid 1, AGVV. Voor de complexiteit van de toepassing van de AGVV door steunverlenende zie ook Nicolaidis 2023, p.232-233.

de vereisten uit de AGVV op het gebied van transparantie, proportionaliteit en non-discriminatie.¹⁸³ Zo kan het een steunmaatregel die op grond van een onjuiste rechtsbasis in de AGVV gekozen is, aangevochten worden voor de nationale rechter als gevolg van de rechtstreekse toepasselijkheid van de AGVV. Zo oordeelde het CBB dat een subsidie ten onrechte op grond van artikel 25 AGVV als industrieel onderzoek was aangemerkt, terwijl dit experimentele ontwikkeling had moeten zijn.¹⁸⁴

Bij het beoordelen van de rechtsbasis van vrijgestelde steun moeten lidstaten in sommige gevallen belangenafwegingen maken tussen de beoogde algemene belangen van de steunmaatregel en de minimumvoorwaarden van de AGVV.¹⁸⁵ Voor steun voor sportinfrastructuur geldt volgens artikel 55 AGVV eveneens een belangenafweging tussen de doelstelling van toegang tot sportvoorzieningen voor het grote publiek enerzijds en een evenwicht ten aanzien van de marktverhoudingen anderzijds. Zo moet ten minste 20% van de sportcapaciteit gereserveerd zijn voor amateursport. Artikel 55 AGVV vraagt van de steunverlenende overheid om de belangen van profsport, amateursport, maar ook de mededingingsbelangen op de interne markt te wegen bij het implementeren van een van melding vrijgestelde steunmaatregel.¹⁸⁶

4.2 *Ex post* controle op deze belangenafweging door de nationale rechter en de Commissie

Met de AGVV heeft de Commissie een gedetailleerd toepassingskader geschapen, dat volgens de Commissie in beginsel geen ruimte voor interpretatie meer openlaat voor de lidstaten bij het ontwerpen van vrijgestelde steun. Desondanks hebben nationale rechters reeds prejudiciële vragen gesteld over de mogelijke beoordelingsruimte die lidstaten volgens het Unierecht hebben bij de toepassing van de AGVV en de hieraan verbonden begrenzingsen.

In *Nerea t Regione Marche* vroeg een bestuursrechter aan het Hof in welke mate een steunverlenende overheid zelfstandig onderzoek moet doen naar de vervulling van de voorwaarden van AGVV, meer specifiek ten aanzien

183 Zie bijlage I.

184 College van Beroep voor het bedrijfsleven, 6 oktober 2020, *Stichting X t minister van Economische Zaken en Klimaat*, ECLI:NL: CBB:2020:678, r.o. 6: "Industrieel onderzoek en experimentele ontwikkeling is dat industrieel onderzoek is gericht op het verwerven van nieuwe kennis en vaardigheden, terwijl experimentele ontwikkeling is gericht op het verwerven, combineren, vormgeven en gebruiken van bestaande wetenschappelijke, technische, zakelijke en andere relevante kennis en vaardigheden". Zie Al Khatib & Walon 2021, AB 2021/198.

185 Zie bijlage 1.

186 Van Rompuy 2021, p. 841, 842.

van de vraag of de steunontvanger in financiële moeilijkheden verkeert. De AGVV is namelijk (buiten bijzondere omstandigheden zoals de Covid-19-crisis) niet van toepassing op ondernemingen in moeilijkheden.¹⁸⁷ In *Nerea* is het Hof nog terughoudend om in de AGVV een verplichting voor de overheid te lezen die een “autonoom onderzoek verplicht.”¹⁸⁸ Het Hof overwoog dat “de bevoegdheid om volgens de AGVV te steun verlenen”, niet een dergelijk concrete beoordeling vraagt, omdat dit volgens het Hof “in strijd zou zijn met het doel van de vereenvoudiging van steunverlening.”¹⁸⁹

Het Hof laat deze terughoudendheid varen in *Dilly’s Wellnesshotel I*.¹⁹⁰ In deze prejudiciële zaak moest het Oostenrijkse *Bundesfinanzgericht* beoordelen of een energiebelastingmaatregel onder de vrijstellingsgrond van de AGVV 2008 viel (thans artikel 44 AGVV) en daarmee op grond van milieubescherming verenigbaar geacht werd met de interne markt. In *casu* had Oostenrijk deze teruggave aan Dilly’s Wellnesshotel als steunmaatregel kennisgegeven onder de AGVV, maar twijfelde het *Bundesfinanzhof* of er voldaan was aan de formele criteria voor verenigbaarheid. Zo ontbrak in de kennisgeving een verwijzing naar de AGVV en de vindplaats in het Publicatieblad van de EU (hierna: “PbEU”), een verplichting op grond van de toen geldende AGVV 2008.¹⁹¹ Het *Bundesfinanzhof* heeft vervolgens aan het Hof gevraagd of een steunmaatregel van melding is vrijgesteld wanneer niet aan alle procedurele verplichtingen van de AGVV 2008 is voldaan.

Het Hof oordeelde dat een steunmaatregel alleen vrijgesteld is van melding als strikt aan alle materieelrechtelijke én procedureelrechtelijke voorwaarden van de AGVV is voldaan.¹⁹² Dat betekent dat aan *alle* procedurele bepalingen van hoofdstuk I en hoofdstuk II van de AGVV moet worden voldaan, alvorens een materiële vrijstellingsbepaling van hoofdstuk III kan worden ingeroepen.¹⁹³ De steunmaatregel moest derhalve een ‘uitdrukkelijke verwijzing’ naar de AGVV bevatten, waarbij de titel en de vindplaats in het PbEU worden aangehaald. Omdat deze ontbrak, was volgens het Hof niet voldaan aan het dwingende karakter van de AGVV en daarmee was er sprake van onrechtmatige steun volgens artikel 108, lid 3, VWEU.

Deze uitspraak heeft grote implicaties gehad omdat de toepassing van de AGVV voor deze uitspraak vooral een beleidsmatige aangelegenheid was, waarvan de onderliggende beginselen nog niet op grond van de doeltreffendheid van artikel 108, lid 3, VWEU door het Hof waren beoordeeld.¹⁹⁴

187 Zie artikel 1 AGVV. Zie ook van den Gronden 2020, p. 584-595; Marchisio 2020, p. 373-383

188 HvJ EU, 6 juli 2017, C-245/16, *Nerea*, r.o. 35-36.

189 *Idem*.

190 HvJ EU, 21 juli 2016, C-493/14, *Dilly’s Wellnesshotel t Finanzamt Linz* (hierna: *Dilly’s Wellness I*).

191 Inmiddels vereist artikel 9 AGVV 2015 slechts een verwijzing naar de AGVV zelf.

192 HvJ EU, 21 juli 2016, C-493/14, *Dilly’s Wellness I*, r.o. 45-47.

193 HvJ EU, 21 juli 2016, C-493/14, *Dilly’s Wellness I*, r.o. 45, 57.

194 Engelen & Sente 2020, p. 71-79.

De belangrijkste gevolgtrekking van dit arrest was dat de onjuiste toepassing van de AGVV directe consequenties heeft ten aanzien van de rechtmatigheid van de steun, temeer omdat de AGVV geen reparatiemogelijkheid biedt tegen achteraf geconstateerde omissies.¹⁹⁵

Het arrest *Eesti Pagar* geeft nader inzicht in het beschermingsbereik van de AGVV-toepassing. Het Hof heeft de lijn van het arrest *Dilly's Wellnesshotel I* doorgetrokken en geoordeeld dat een verkeerde toepassing van vrijgestelde steun onder de AGVV, ook als is deze tijdig kennisgegeven, in strijd is met het *standstill*-verbod van artikel 108, lid 3, VWEU. Het Hof heeft hieraan toegevoegd dat de lidstaten vervolgens direct zelfstandig over moeten gaan tot terugvordering.¹⁹⁶ Deze zaak is bijzonder relevant voor de uitleg die het Hof toekent aan de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en Commissie bij het *ex ante* en *ex post* toezicht op de AGVV. Omdat ook de nationale rechter een belangrijke rol speelde in deze zaak is het in het kader van het meervoudig toezicht relevant om kort de nationale procedure weer te geven.

Eesti Pagar heeft in 2008 een steunaanvraag gedaan voor de bouw van een broodfabriek. Vervolgens heeft Estland deze steunmaatregel op grond van de AGVV kennisgegeven aan de Commissie. Bij een *ex post* controle op de toepassing van de AGVV hebben de Estse autoriteiten geconstateerd dat *Eesti Pagar* reeds voor de steunaanvraag een koopovereenkomst had gesloten voorafgaand aan de bouw van de fabriek. Dat is in strijd met het stimulerend effect van steun onder artikel 6 van de AGVV, omdat reeds uitvoering is gegeven aan de bouwwerkzaamheden, voordat Estland de steunaanvraag had beoordeeld. Daarom heeft Estland de steun uiteindelijk teruggevorderd. Hierop heeft *Eesti Pagar* een bestuursrechtelijke procedure doorlopen tot in cassatie bij de *Riigikohus* (de hoogste rechterlijke instantie van Estland). De *Riigikohus* heeft het besluit van de Estse overheid gedeeltelijk vernietigd omdat het ontbreken van een stimulerend effect niet bewezen zou zijn. Bovendien was de *Riigikohus* van mening dat het Unierecht lidstaten niet verplichtte om op eigen initiatief over te gaan tot terugvordering, rekening houdend met het gewettigde vertrouwen van de begunstigde, dat door het optreden van een nationale autoriteit kan ontstaan.

Hierop is de zaak terugverwezen naar de hogere bestuursrechter. Omdat de uitleg van de AGVV in het geding was, is de Commissie als *amicus curiae* tussengekomen in deze procedure op grond van artikel 29 van de procedureverordening. De Commissie heeft de bovenstaande overwegingen van de *Riigikohus* bestreden. Hierop heeft de hogere bestuursrechter uitleggingvragen gesteld bij het Hof. Deze hogere bestuursrechter vroeg het Hof of de lidstaten op grond van de AGVV bevoegd zijn om inhoudelijk te

195 Stromsky 2016, p. 146-147.

196 HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 89-94.

beoordelen of steun een stimulerend effect heeft. Aansluitend verzocht de Riigikohus of lidstaten bij een onjuiste toepassing van de AGVV een zelfstandige verplichting hebben om steun terug te vorderen en of het beginsel van gewettigd vertrouwen van toepassing was op een nationaal besluit op grond van de AGVV.

Ten aanzien van de laatste twee vragen was het Hof kort en krachtig. Wanneer niet voldaan is aan alle procedurele en materiële voorwaarden van de AGVV is de steun onrechtmatig en moet deze direct en zelfstandig door de steunverlenende autoriteit teruggevorderd worden. Het Hof merkte op dat “de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU voor alle autoriteiten van de lidstaten geldt, inclusief bestuursorganen.”¹⁹⁷ Het vertrouwensbeginsel kan daarbij alleen ingeroepen worden tegen de Commissie, en niet tegen besluiten die lidstaten nemen op grond van de AGVV. Zelfs indien een steunverlenende autoriteit verantwoordelijk is voor een incorrecte toepassing van de AGVV, kan hij geen vertrouwen opwekken bij een steunontvanger.¹⁹⁸

Over de beoordelingsbevoegdheden van de lidstaten voerde Eesti Pagar voor het Hof aan dat op grond van de AGVV-Commissieleidraad “Veelgestelde vragen AGVV” Estland had moeten vaststellen dat de steun aan een stimulerend effect voldeed. De Commissie voerde hiertegen in dat dit document noch bindend, noch relevant is voor overheden en nationale rechters. Daarop heeft Eesti Pagar aangevoerd dat deze in steek van de Commissie in strijd was met de algemene rechtsbeginselen van gewettigd vertrouwen, duidelijkheid en rechtszekerheid, en bovendien een schending vormde van het recht op een behoorlijk bestuur op grond van artikel 41 van het Handvest van de Grondrechten. De Commissie heeft ten aanzien van dit punt betoogd dat de regels voor de groepsvrijstellingen geen beoordelingsmarge mogen hebben omdat zij anders niet eenduidig kunnen worden toegepast in de Unie.

Omdat de kennisgevingsprocedure van de AGVV niet voorziet in de tussenkomst van de Commissie zijn de nationale autoriteiten verantwoordelijk voor de tenuitvoerlegging, “en logischerwijs bevoegd om de beoordeling op een stimulerend effect te verrichten.”¹⁹⁹ Het Hof oordeelde dien omtrent dat de leidraden van de Commissie over de toepassing van de AGVV als uitgangspunt dienen voor de beoordelingen die nationale autoriteiten moeten verrichten.²⁰⁰ Volgens het Hof gaat deze onderzoeksbevoegdheid niet zover dat lidstaten daadwerkelijk vaststellen dat er sprake is van een

197 HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 90.

198 HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 104-106.

199 Zie ook de conclusie van A-G Wathelet voor zaak C-349/17, *Eesti Pagar*, randnummer 78.

200 Commissiedocument ‘General Block Exemption Regulation (GBER) – Frequently Asked Questions’, Brussel, 2016.

stimulerend effect, omdat de verenigbaarheidsbeoordeling volgens artikel 107, lid 3, VWEU niet is overgedragen aan de lidstaten. Het volstaat om te onderzoeken of een steunaanvraag tijdig is verricht, voor de aanvang van werkzaamheden of de uitvoering van activiteiten.²⁰¹ Het Hof vervolgde dat de controle op een “een stimulerend effect niet kan worden beschouwd als een duidelijk en door de nationale autoriteiten eenvoudig toe te passen criterium, onder meer omdat complexe economische beoordelingen moeten worden verricht om na te gaan of een dergelijk effect zich voordoet.”²⁰² Daarbij kan “een zuiver formele benadering niet volstaan”, gegeven dat de AGVV als doelstelling heeft dat steunverlening voldoet aan de beginselen van rechtszekerheid en transparantie.²⁰³ Zodoende vereist de beoordeling van een stimulerend effect toch een inhoudelijke beoordeling door de overheden lidstaten die door de nationale rechter op juridische afdwingbaarheid moet worden beoordeeld.²⁰⁴ Omwille van duidelijkheid en rechtszekerheid mogen de lidstaten daarbij hun individuele beoordeling op “een gedetailleerde analyse” baseren binnen de contouren van de leidraden van de Commissie.²⁰⁵

Er is zodoende een inhoudelijke beoordelingsmarge voor steunverlenende overheden die door de Commissiestandaarden wordt ingevuld. In het geval van de toepassing van artikel 6 AGVV “mag de autoriteit die de steun verleent zich niet verschuilen achter formalisme, maar moet hij ten gronde beoordelen of werkzaamheden zijn aangevat in de zin van de AGVV.”²⁰⁶ Deze beoordeling houdt een gedetailleerd onderzoek in, dat volgens A-G Wathelet niet zover gaat als een daadwerkelijke beoordeling op verenigbaarheid.²⁰⁷ Echter, gezien de doelstellingen van de machtigingsverordening is er wel sprake van een *de facto* verenigbaarheidsbeoordeling. Een beoordeling, zoals in paragraaf 3.2 reeds is uiteengezet, die in het geval van niet-naleving van de verenigbaarheidsvoorwaarden uit de AGVV nog altijd door de Commissie onderworpen kan worden aan een onderzoek, omdat elke verenigbaarheidsverklaring voorwaardelijk is.

De voorzichtigheid van het Hof om de beoordeling door de lidstaten niet als een verenigbaarheidsbeoordeling te kwalificeren, berust op de stellingname van het Hof in het geschil tussen BMW en de Commissie over de absolute vraag bij welke actor de verenigbaarheidsbevoegdheden ten aanzien van de

201 HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 67.

202 HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 68.

203 Conclusie A-G Wathelet voor zaak C-349/17, *Eesti Pagar*, randnummer 83, HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 73-75.

204 Zie ook Engelen en Sente, ‘Eesti Pagar: een duwtje in de rug van steunverlenende autoriteiten en een mes op de keel van begunstigden’, in: *SEW 2020/2*, p. 71-79.

205 Zie HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 73-75.

206 Zie ook conclusie A-G Wathelet voor zaak C-349/17, *Eesti Pagar*, randnummers 91-92.

207 *Idem*.

groepsvrijstellingen liggen: bij de lidstaten of bij de Commissie?²⁰⁸ Het Hof oordeelde in het arrest *BMW t Commissie* dat “de AGVV niet de bevoegdheid om steun met de interne markt te beoordelen op verenigbaarheid heeft overgedragen aan de lidstaten, noch deze bevoegdheid ontnomen van de Commissie.”²⁰⁹ Deze laatste volzin is correct, omdat de Commissie op grond van artikel 10 AGVV bij niet-naleving het voordeel (in de betekenis van het beschermingsbereik) van de groepsvrijstelling kan ontnemen (vergelijkbaar aan de werking van artikel 35 van Verordening 1/2003). Dit blijft het exclusieve recht van de Commissie. Echter het Hof heeft, in de context van het geschil, deze bevoegdheid van de Commissie te absoluut en limitatief uitgelegd. De eerste volzin vereist daarom een nuance omdat het oordeel van het Hof er ten principale van uit gaat dat de uitoefening van een exclusieve bevoegdheid tot verenigbaarheid niet gedeeld kan worden. Deze zienswijze neemt niet in ogenschouw dat in meervoudige toezichtsystemen de Commissie, door middel van secundaire wetgeving, haar exclusieve handhavingsbevoegdheid vaak deelt, om de doeltreffendheid van het toezicht te vergroten.²¹⁰ Door middel van secundaire wetgeving kadert de Commissie wederzijdse samenwerking in en delegeert zij *de facto* binnen een bestaande bevoegdheidsverdeling verenigbaarheidstoepassingen. Deze delegatie is aan voorwaarden gebonden en bij inbreuken op deze voorwaarden kan de uitoefening door deze bevoegdheden door nationale autoriteiten ontzegd worden door middel van het beginsel van terzijdestelling.

Deze vorm van delegatie bestaat volgens Van Cleynenbreugel in beginsel ook in het gedecentraliseerde staatssteunrecht, omdat de machtigingsverordening de uitvoering en implementatie van vrijgestelde steun de facto verplaatst naar nationale autoriteiten en nationale rechters.²¹¹ In *BMW t Commissie* heeft het Hof onvoldoende rekening gehouden met de omstandigheid dat de machtigingsverordening niet van exclusiviteit spreekt, maar eenvoudig vastlegt dat de beoordeling op verenigbaarheid met de interne markt “hoofdzakelijk” (maar niet exclusief) toekomt aan de Commissie.²¹² Bovendien spreekt de machtigingsverordening van vrijgestelde steuncategorieën die “onder duidelijk voorwaarden verenigbaar zijn” en bovendien “rechtstreeks worden toegepast door de nationale rechtbanken.”²¹³

In *BMW* oordeelde het Hof desondanks dat “wanneer een nationale rechter vaststelt dat een steunvoornemen aan de voorwaarden van de AGVV voldoet dat deze vaststelling slechts een vermoeden van verenigbaarheid

208 HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW t Commissie*, r.o. 122-123.

209 HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW t Commissie* r.o. 133-134, 124-126.

210 Van Cleynenbreugel 2014c, p. 162-178.

211 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

212 HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW t Commissie*, r.o. 127, 132.

213 Machtigingsverordening, randnummer 5.

inhoudt.”²¹⁴ Deze rechtsopvatting lijkt strijdig met de doelstellingen van de machtigingsverordening die juist de nationale rechters de bevoegdheid geeft om, binnen de contouren van de AGVV, de verenigbaarheid na te gaan.²¹⁵ Bovendien miskent deze benadering dat de nationale rechter doorgaans in de praktijk de steunverlening onder AGVV *ex post* en niet *ex ante* controleert of de steunverlenende overheid correct alle procedurele en materiële verenigbaarheidsgronden heeft toegepast.²¹⁶ De praktijk wordt gevormd door het vereiste dat uiterlijk 20 werkdagen na de steunverlening de Commissie een kennisgeving ontvangt van de toepassing van de AGVV, zodat de Commissie, als eindverantwoordelijke, nog een onderzoek naar verenigbaarheid zou kunnen verrichten.²¹⁷ Wanneer de nationale rechter, volgens de lezing van het Hof in *BMW t Commissie*, het vermoeden heeft dat de steun verenigbaar is, dan kan hij de steunuitkering opschorten totdat de Commissie, middels een eindbeslissing, zich heeft uitgesproken over de verenigbaarheid, wat in wezen op een verkapte meldingsverplichting voor de steunverlenende overheid neerkomt.²¹⁸ In het arrest *DEI t Commissie* heeft het Hof zelfs geoordeeld dat een kort gedingrechter geacht kan zijn zelfstandig “de Commissie in kennis te stellen van een nieuwe steunmaatregel”, hetgeen indruist tegen de lijdelijkheid en terughoudendheid van de nationale rechter en verantwoordelijkheden bij de rechter zou plaats, die volgens de verplichtingen artikel 107, lid 1, VWEU en artikel 108, lid 3, VWEU voorbehouden zijn aan de steunverlenende autoriteiten van de lidstaat.²¹⁹

Het moge duidelijk zijn dat de Commissie én de lidstaten overigens niet op dergelijke meldingen zitten te wachten, temeer omdat de Commissie lidstaten aanmoedigt om zelf “*ex ante* controlemechanismen” op te zetten.²²⁰ Bovendien heeft de rechtsregel uit *Eesti Pagar* het gevolg dat de

214 HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW t Commissie*, r.o. 144.

215 Zie randnummer 5 Machtigingsverordening: Groepsvrijstellingsverordeningen zorgen voor transparantie en rechtszekerheid. Zij kunnen, onverminderd de toepassing van artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie en van artikel 267 VWEU, rechtstreeks worden toegepast door de nationale rechtbanken.”

216 Zie HvJ EU, 6 juli 2017, C-245/16, *Nerea*, r.o. 32-33.

217 Dit komt hoogst zelden voor. Zie Nicolaides 2015.

218 HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW*, r.o. 131.

219 Zie hoofdstuk 1, voetnoten 61 en 62. HvJ EU, 26 oktober 2016, C-590/14 P, *DEI t Commissie*, r.o. 107 en 108 met verwijzing naar de uitspraak in eerste aanleg Gerecht EU, 8 oktober 2014, T-542/11, *Alouminion t Commissie* r.o. 58; Metaxes & Spyrou 2017, p. 73-76; De Cock 2020, p. 72-82.

220 Zie ook naar analogie Metselaars analyse over de discussie in het bestuursprocesrecht inzake een benodigde vergewisplicht van aanmelding bij de rechtstreekse toepasselijkheid van de *de-minimis*vrijstellingsverordening, Metselaar, 2016, p. 560-561. Hoewel dergelijke vragen op grond van het bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel relevant zijn, zoals de Moor-Vugt ook onderkende, hebben zij volgens Metselaar vanuit Unierechtelijke perspectief “weinig te maken met de naleving van de *standstill*-bepaling.” Zie voor een overzicht van deze discussie ook Moor-van Vugt 2015, p. 603-607.

nationale rechter weinig ruimte heeft om een tussenweg te kiezen tussen verenigbaarheid of onrechtmatigheid. Voor de belanghebbende volgens de procedureverordening (concurrent, begunstigde én steunverlenende overheid) geldt dat, bij de afwezigheid van een nationale remedie over de verenigbaarheidsbeoordeling, hij zich volgens het Hof moet wenden tot de Commissie als klager of “behoedzame ondernemer”, waarop de Commissie een onderzoek kan instellen.²²¹ In deze uitspraak laat het Hof onbesproken dat het eigenlijke doel van de AGVV, de vereenvoudiging en versnelling van steunprocedures, haaks staat op deze “kastje-naar-de muur”-hulplijn voor belanghebbenden.

Voor alle drie soorten belanghebbenden geldt dat zij rechtszekerheid willen over de vraag of nationaal steunbeleid voldoet aan de groepsvrijstellingen. Het artificiële onderscheid tussen “toepassing” en “verenigbaarheidsbeoordeling” draagt hier niet aan bij. Meegenomen dat de partijen die prejudiciële procedure of een hogere voorziening hebben ingesteld bij het Hof, allemaal steunontvangers zijn, die in wezen op willen komen tegen nationale besluiten op grond van de AGVV, maar gezien de eindverantwoordelijkheid van de Commissie, jarenlange procedures doorlopen hebben om rechtszekerheid te krijgen van het Hof, om vervolgens te vernemen dat besluiten van nationale overheden op grond van de AGVV geen enkel vertrouwen kunnen opwekken, ontbreekt op nationaal niveau op dit moment een doeltreffende rechtsbescherming.

In de beroepszaak *Kerkosand t Commissie* bevestigde het Gerecht dat zowel steunverlenende autoriteiten als steunontvangers geen rechtszekerheid kunnen ontlenen aan de toepassing van de AGVV, zelfs niet nadat de Commissie een marginale rechtmatigheidscontrole heeft uitgevoerd op de toepassing van vrijgestelde steuncategorieën door een lidstaat.²²² Naar aanleiding van een declaratoir besluit ter controle op een AGVV-toepassing door Slowakije, moest de Commissie in een beroepszaak onderbouwen waarom de Commissie niet bevoegd zou zijn om de reeds vrijgestelde staatssteun op verenigbaarheid te beoordelen.²²³ De Commissie concludeerde in het besluit “dat aangezien deze maatregelen vrijgesteld

221 HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW t Commissie*, r.o. 142. Zie overweging 33 en artikel 24 Procedureverordening. Artikel 1 sub h) van de procedureverordening heeft als belanghebbende-begrip: “een lidstaat en een persoon, onderneming of ondernemersvereniging waarvan de belangen door de toekenning van steun kunnen worden geraakt, in het bijzonder de begunstigde van de steun, concurrerende ondernemingen en beroepsverenigingen.” Zie voor het begrip “behoedzame ondernemer” HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 120. Zie ook Nicolades 2023, p. 231-233.

222 Gerecht EU 9 september 2020, T-745/17, *Kerkosand t Commissie*.

223 In 2017 heeft de Commissie op verzoek van klager *Kerkosand* de toepassing van de AGVV door Slowakije marginaal getoetst aan de AGVV en per declaratoir besluit aan Slowakije (en niet aan de klager) geconstateerd dat de betrokken steunmaatregelen in overeenstemming met de AGVV waren toegepast.

zijn onder een groepsvrijstelling, de Commissie derhalve niet bevoegd is om deze maatregelen te beoordelen in het kader van een voorlopige onderzoeksprocedure.”²²⁴ Het Gerecht heeft dit besluit op verzoek van Kerkosand nietig verklaard omdat de Commissie volgens het Gerecht de bevoegdheidsverdeling tussen lidstaten en de Commissie ten aanzien van het toezicht op de groepsvrijstelling strijdig met het *BMW t Commissie*-arrest heeft uitgelegd.²²⁵ Het Gerecht oordeelde dat de Commissie “door groepsvrijstellingen vast te stellen, de controle en beslissingsbevoegdheid op het gebied van staatssteun niet overdraagt aan de nationale autoriteiten, maar ten volle haar toezichthoudende bevoegdheid behoudt ten aanzien van de naleving van de meldingsplicht en het verbod om deze maatregelen uit te voeren op grond van artikel 108, lid 3, VWEU.”²²⁶ “Dergelijke groepsvrijstellingsverordeningen kunnen, ondanks de doelstelling van een vereenvoudigd en doelmatig toezicht op staatssteun, de toezichthoudende bevoegdheid van de Commissie op geen enkele wijze verzwakken.”²²⁷ Het Gerecht motiveerde deze uitspraak door te oordelen dat nationale autoriteiten niet de bevoegdheid hebben verkregen om op grond van de AGVV om over te gaan “tot definitieve besluitvorming over de omvang van de vrijstelling van de aanmeldingsverplichting en derhalve evenmin over de beoordeling of is voldaan aan de in deze verordening gestelde voorwaarden waaraan een dergelijke vrijstelling is onderworpen.”²²⁸ Bovendien constateerde het Gerecht dat “deze autoriteiten zich in dit opzicht op hetzelfde niveau als potentiële begunstigers van steun bevinden.”²²⁹ Tot slot onderkende het Gerecht dat een klager ten aanzien van de correcte toepassing van vrijgestelde steun zich kan wenden tot “zowel een nationale rechterlijke instantie of een nationale autoriteit als tot de Commissie”, maar dat slechts de Commissie op grond van *BMW t Commissie* als enige actor een uitsluitende bevoegdheid heeft om de rechtmatigheid te beoordelen op grond van de AGVV.²³⁰ Bij een vermeende niet-naleving van de AGVV door de nationale autoriteiten is volgens het Gerecht alleen de Commissie bevoegd om na te gaan of de betrokken rechtmatig is, omdat “anders de nationale autoriteiten bij de uitvoering van de bepalingen van de groepsvrijstelling te

224 “In light of the foregoing assessment, the Commission has accordingly found that the aid scheme SA.28652(X518/2009) introduced by the Slovak Republic falls under Regulation (EC) 800/2008 and that the individual financing granted on the basis of that scheme and analysed in the present Decision complies with that scheme and with Regulation (EC) 651/2014. Therefore, those measures are block exempted and the Commission is hence not competent to examine them on the basis of the preliminary investigation procedure foreseen in Article 4 Regulation (EU) 2015/1589.”

225 Zie Van de Castele 2021, p. 250.

226 Gerecht EU 9 september 2020, T-745/17, *Kerkosand t Commissie*, r.o. 39.

227 Gerecht EU 9 september 2020, T-745/17, *Kerkosand t Commissie*, r.o. 40, 41. Zie Nicolaidis 2020a.

228 Gerecht EU 9 september 2020, T-745/17, *Kerkosand t Commissie*, r.o. 43.

229 *Idem*, r.o. 43.

230 Gerecht EU 9 september 2020, T-745/17, *Kerkosand t Commissie*, r.o. 44, 45; HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW t Commissie*, r.o. 146.

veel autonomie zouden genieten en (door de toepassing van groepsvrijstellingen de nationale autoriteiten het toezicht op artikel 108, lid 3, VWEU) zouden kunnen blokkeren.”²³¹

Kort en goed was het Gerecht van oordeel dat de formele onderzoeksprocedure geopend had moeten worden, omdat de toepassing van de AGVV geen *sui generis* werking heeft en de Commissie niet kan volstaan met een declaratoir besluit gericht aan een lidstaat.²³² Het Gerecht lijkt met deze uitspraak eigenlijk te zeggen dat, ondanks de bevoegdheid die nationale autoriteiten en nationale rechters ontleen aan de machtigingsverordening en de groepsvrijstellingen, deze nationale actoren niet eigenstandig mogen beoordelen of een steunmaatregel op grond van een groepsvrijstelling correct is toegepast. Het Gerecht gaat zelfs zo ver door nationale autoriteiten dezelfde rechtspositie toe te kennen als steunontvangers, waardoor alleen de Commissie een oordeel mag vellen over de rechtmatigheid van de staatssteunanalyse. Deze benadering door het Gerecht gaat vooral uit van een zeker wantrouwen richting lidstaten om doeltreffende controlemechanismen voor vrijgestelde steun op te zetten. Bovendien doet het oordeel van het Gerecht afbreuk aan de mechanismen van loyale samenwerking zoals vastgelegd in de machtigingsverordening op grond waarvan de lidstaten en de Commissie een gezamenlijke rol hebben in de publieke handhaving van de groepsvrijstellingen.²³³ De uitspraak van het Gerecht doet bovendien af aan de afwijking op de meldings- en *standstill*-plicht die de Raad en de Commissie wettelijk mogelijk hebben gemaakt via de AGVV met het beginsel van terzijdestelling als achtergrond. De lidstaten genieten wel degelijk een autonomie om, binnen de randvoorwaarden van de groepsvrijstellingen, ten bate van algemene belangen die zowel de Unie alsmede de lidstaten onderschrijven, de rechtsgevolgen van artikel 108, lid 3, VWEU tijdelijk te blokkeren. Indien uit een *ex post* handhavingsactie ten overstaande van de Commissie of een procedure voor de nationale rechter volgt dat de steunmaatregel materieel en/of procedureel niet voldeed aan deze randvoorwaarden, dan heft deze tijdelijke blokkade zich automatisch op en treden de rechtsgevolgen van artikel 108, lid 3, VWEU in werking. Daarom zou, gelet op de praktische uitwerking van de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Commissie, het Gerecht meer terughoudend moeten zijn ten opzichte van de beoordeling van het controlemechanisme voor vrijgestelde steun, zeker wanneer de Commissie na een marginale *ex post* controle besloten heeft dat de AGVV rechtmatig is toegepast door nationale autoriteiten. Indien de Commissie gevolg zou geven aan deze benadering van het Gerecht, dan zou de Commissie bij elke klacht over een

231 Gerecht EU 9 september 2020, T-745/17, *Kerkosand t Commissie*, r.o. 47, 48.

232 Het Gerecht was van oordeel dat conform artikel 12 van de procedureverordening de Commissie een besluit over de vermeende onrechtmatigheid had moeten nemen. Zie Van de Castele 2021, p. 250; Heijnsbroek et al 2021, p. 22-23.

233 Machtigingsverordening, randnummers 4-5,18, 23-26.

AGVV-toepassing telkens de formele onderzoeksprocedure moeten openen, hetgeen een effectieve werking van het stelsel van vrijgestelde steun in de praktijk zou ondergraven en ook niet past binnen het “*big-on-big-small-on-small*” handhavingbeleid.²³⁴

Bovendien onderkennen de oordelen van respectievelijk Gerecht en Hof in *Kerkosand t Commissie* en *BMW t Commissie* onvoldoende dat de nationale rechters, naast de publieke controle door de Commissie, in het kader van private handhaving een aanvullende rol hebben op grond van de machtigingsverordening, alsook op basis van de rechtspraak van het Hof, om *ex post* de materiële en procedurele toepassing van groepsvrijstellingen op verzoek van partijen te controleren op rechtmatigheid en niet enkel op grond van een schending van artikel 108, lid 3, VWEU. Op grond van de uitspraak *Kerkosand t Commissie* zou het een nationale rechter enkel toegestaan zijn om de Commissie te verzoeken om een formele onderzoeksprocedure te starten naar de daadwerkelijke toepassing van de AGVV ofwel de steun wegens een inbreuk op artikel 108, lid 3, VWEU als onrechtmatig verklaren.

In *Dilly's Wellness II* kiest het Hof (in contrast tot bovengenoemde uitspraken) echter voor een andere benadering die in lijn is met de bevoegdheid die nationale rechters ontleen aan de machtigingsverordening om de *ex ante* verenigbaarheidsbeoordeling door overheden te controleren. In deze prejudiciële verwijzing vraagt het *Verwaltungsgerichtshof* omwille van rechtszekerheid aan het Hof of de eerder genoemde milieubelastingregeling volgens de huidige AGVV verenigbaar is met de interne markt.²³⁵ Het Hof bevestigt zowel de correcte toepassing van artikel 44 AGVV door Oostenrijk, alsmede de verenigbaarheid van de regeling, die gebaseerd is op een rechtmatige uitoefening van beoordelingsruimte die deze bepaling toestaat.²³⁶ Artikel 44 AGVV stelt de lidstaten in staat om een belastingteruggave te doen voor milieudoelinden. Het Hof constateert dat indien het *Verwaltungsgerichtshof* heeft gecontroleerd dat maatregel daadwerkelijk voldoet aan de hoofdstukken I en III een steunregeling verenigbaar is met de artikelen 107, lid 2 of 3, VWEU en eveneens is vrijgesteld van aanmelding.²³⁷ Het Hof spreekt hier geenszins van een “vermoeden van verenigbaarheid”. Het Hof merkt nadrukkelijk op dat “of een dergelijke steunregeling voldoet aan de vereisten van artikel 44, lid 3, van AGVV blijkt uit de keuze die de Uniewetgever op grond van deze bepaling aan de lidstaten heeft gelaten” – door in een daadwerkelijke toepassing voor belastingverlaging te voorzien middels berekeningsmechanismen – “waarbij de lidstaten enige

234 Zie ook Nicolaidis 2020b.

235 HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Finanzamt Linz t Dilly's Wellnesshotel* (hierna: *Dilly's Wellness II*), r.o. 81, 83.

236 HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Dilly's Wellness II*, r.o. 95.

237 HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Dilly's Wellness II*, r.o. 84-85.

speelruimte wordt geboden wat betreft de nadere bepalingen ervan.”²³⁸ Het Hof oordeelde dat deze speelruimte ingevuld wordt door het transparantiebeginsel en dat een steunmechanisme onder artikel 44 AGVV “in de lijn ligt van de doelstelling van de AGVV, namelijk de transparantie en het toezicht op de naleving van de staatssteunregels op nationaal en Unieniveau te versterken.”²³⁹ Het Hof benadrukte dat deze beoordelingsruimte voor de nationale autoriteit overigens niet “vrijelijk bepaald mag worden, maar moet voldoen aan de toepasselijke berekeningsmethode van artikel 44 AGVV.”²⁴⁰

De uitleg van het Hof in *Dilly's Wellness II* staat haaks op de eerdere interpretaties van het Hof van Justitie van de EU over de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Commissie bij de verenigbaarheidsbeoordelingen wat betreft de AGVV. Ten eerste stelt het Hof de *ex post* controle op de verenigbaarheidscriteria onder de AGVV door de nationale rechter gelijk aan verenigbaarheid. Ten tweede illustreert deze uitspraak dat de lidstaten in de *ex ante* beoordeling voor bepaalde vrijgestelde steuncategorieën een beoordelingsruimte hebben die evenwel ook weer omlijnd wordt door rechtstreeks toepasselijke randcriteria die de AGVV stelt op grond van de vereisten van transparantie. Deze criteria kunnen ook betrekking hebben op non-discriminatie en evenredigheid.²⁴¹ Maar bovenal doet deze uitspraak recht aan de huidige realiteit van het meervoudige handhavingstelsel van de groepsvrijstellingen dat voorziet in een afgebakend belangenafwegingskader voor nationale actoren.

238 HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Dilly's Wellness II*, r.o. 86. Parafrazering door auteur dezes. Het woordelijke citaat is: “Met betrekking tot de vraag of een dergelijke steunregeling voldoet aan de vereisten van artikel 44, lid 3, van verordening nr. 651/2014, blijkt uit de keuze die de Uniewetgever op grond van deze bepaling aan de lidstaten heeft gelaten – aangezien deze laatste mogen voorzien in een verlaging van het toepasselijke belastingpercentage dan wel in de betaling van een vast compensatiebedrag (belastingteruggave), of in een combinatie van beide – dat deze bepaling, zoals de Commissie stelt, tot doel heeft te waarborgen dat het gekozen mechanisme van belastingverlaging het mogelijk maakt om op transparante wijze vast te stellen welke belastingverlaging daadwerkelijk van toepassing is, waarbij de lidstaten enige speelruimte wordt geboden wat betreft de nadere bepalingen ervan.”

239 Zie HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Dilly's Wellness II*, r.o. 88. De nationale autoriteit heeft overigens geen beoordelingsruimte wat betreft het uiteindelijke bedrag belastingverlaging dat uit deze berekeningsformule voortvloeit.

240 HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Dilly's Wellness II*, r.o. 89, 90, 92. Parafrazering door auteur dezes.

241 Zie bijvoorbeeld artikel 55 AGVV waar in lid 4 randvoorwaarden worden gesteld op grond van non-discriminatie en transparantie in lid 7 nadere voorwaarden voor evenredigheid gesteld worden. Van Rompuy 2021, p. 841-842.

4.3 De *ex ante* belangenafwegingen door de lidstaten op grond van de toepassing van het DAEB-Vrijstellingsbesluit

In hoofdstuk 3 van dit onderzoek is uiteengezet dat de toepassingen van artikel 106, lid 2, VWEU en het *Altmark*-arrest twee verschillende belangenafwegingen impliceren. De verenigbaarheidstoepassing van artikel 106, lid 2, VWEU heeft een ruimer toepassingsbereik dan de *Altmark*-toepassing. Onder deze bepaling mag de Commissie exclusief controleren of een DAEB “onder economisch aanvaardbare omstandigheden” kan worden uitgevoerd door de DAEB-beheerder.²⁴² Bij deze afweging is het criterium van “economisch aanvaardbare omstandigheden”, op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, doorslaggevend en niet de mate van efficiëntie van de DAEB-compensatie.²⁴³ Het Hof oordeelde dat dit anders het begrip “economisch aanvaardbare omstandigheden” te eng zou maken en daarmee de evenredigheidstoepassing van artikel 106, lid 2, VWEU zou beperken.²⁴⁴ Omdat het *Altmark*-arrest beoogt dat een compensatie voldoet aan meerdere subdoelstellingen, moet een steunverlenende overheid op basis van de Uniebeginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en evenredigheid een belangenafweging verrichten (zie hoofdstuk 2).

In hoofdstuk 2 (paragrafen 3.2 en 5.3) is reeds vastgesteld dat de werking van het DAEB-Vrijstellingsbesluit de lidstaten weliswaar een alternatief voor melding biedt, maar dat dit rechtsinstrument de beoordelingsruimte van de lidstaten te veel invult op grond van de *Altmark*-voorwaarden en de onderliggende efficiëntiecriteria. Zo heeft het Hof geoordeeld dat de interpretatieve mededeling van de Commissie over DAEB en staatssteun de lidstaten niet bindt.²⁴⁵

De belangenafweging die de lidstaten moeten maken berust op de samenhangende toepassing van de eerste drie *Altmark*-voorwaarden.²⁴⁶ Daarbij dienen de minimumvoorwaarden die in hoofdstuk 1 geformuleerd zijn in overweging genomen worden. Deze komen in beginsel overeen met de criteria uit artikel 106, lid 2, VWEU, maar ontberen een duidelijke inbedding van algemene beginselen van Unierecht: in het bijzonder de beginselen van non-discriminatie en evenredigheid. Deze discrepantie is mogelijk nog niet gerealiseerd door het Hof van Justitie van EU. Zo oordeelde het Gerecht in *Sardinië t Commissie* dat het DAEB-Vrijstellingsbesluit en artikel 106, lid 2, VWEU dezelfde doelstellingen hebben, terwijl artikel 106, lid 2, VWEU

242 Zie hoofdstuk 2.

243 Zie HvJ EU 8 maart 2017, *Viasat*, r.o. 44-46.

244 Zie ook Conclusie van A-G Wahl voor zaak *Viasat*, randnummer 42.

245 HvJ EU 8 maart 2017, C-660/15 P, *Viasat*, Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*.

246 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 4.4.

meer beleidsruimte gunt aan de lidstaten om een steunmaatregel voor DAEB te ontwerpen.²⁴⁷

4.4 *Ex post* controle op deze belangenafweging door de nationale rechter

In de hoofdstukken 2 en 3 is uiteengezet dat het Hof in het *Altmark*-arrest de nationale rechter als primaire actor zag om in de handhavingfase de feitelijke naleving van de *Altmark*-voorwaarden te verzekeren. De controle op het DAEB-Vrijstellingsbesluit berust op de eerste drie *Altmark*-voorwaarden en nadere materiële voorwaarden. Deze voorwaarden vormen het afwegingskader voor steunverlenende overheden tussen een dienst van algemeen belang en het belang van normale marktvoorwaarden op de interne markt. In de praktijk is de controle op de naleving van de toepassing van het DAEB-Vrijstellingsbesluit een gedeelde handhavingsbevoegdheid van de nationale rechter en de Commissie.²⁴⁸ Ten aanzien van de belangenafweging op grond van de eerste *Altmark*-voorwaarde is strikt juridisch gezien de Commissie beperkt tot een kennelijke fout-beoordeling en kan de nationale rechter, op grond van de rechtstreekse werking van de DAEB-omschrijving volgens artikel 106, lid 2, VWEU, binnen de omvang van een geschil, deze omschrijving feitelijk controleren op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

Desondanks ervaren nationale rechters in de EU in de praktijk moeilijkheden bij het controleren van de *Altmark*-voorwaarden in het kader van de staatssteunhandhaving.²⁴⁹ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in België (hierna: de Afdeling) noemt bijvoorbeeld ten aanzien van de *Altmark*-toepassing dat zij “erg voorzichtig is bij de beoordeling van de eerste drie *Altmark*-criteria.”²⁵⁰ De Afdeling verleent weliswaar een advies aan de partijen over de toepassing, maar “in dat advies laat de Afdeling het in essentie aan de stellers zelf over om zich te conformeren.”²⁵¹ Omdat de Afdeling bij een zelfstandige toepassing vreest fouten te maken, hanteert de Afdeling de praktijk om een melding voor rechtszekerheid te doen te verrichten bij de Commissie om zo “een mogelijke *Köbler*-staatsaansprakelijkheid te vermijden”, en voor de betrokken bestuursorganen “de

247 Gerecht EU, 6 april 2017, T-219/14, *Regione autonoma de Sardegna t Commissie*, r.o. 165, 166, 172.

248 Zie ook Fiedziuk 2013b, p. 387-408.

249 Onderzoeksrapport Commissie, ‘Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts, Final study’, 2019 (<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf>), p. 8, 86, 92. Zie ook annex 3 bij dit onderzoeksrapport inzake de landenrapporten van Finland, Litouwen, p. 125, 311.

250 Zie paragraaf 2.3 van dit hoofdstuk.

251 Onderzoeksrapport Commissie, Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts, Final study, European Union, 2019 (<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf>), p. 8, 86, 92. Zie ook annex 3 bij dit onderzoeksrapport inzake de landenrapporten van Finland, Litouwen, p. 125, 311.

draconische gevolgen van eventuele terugvordering te voorkomen”.²⁵² In sommige gevallen kennen rechtscolleges onterecht de Commissie een haast exclusieve bevoegdheid toe om DAEB-maatregelen op staatssteun te beoordelen. Zo verwees de rechtbank Den Haag de betrokken procespartijen, in het bijzonder het bestuursorgaan, ten aanzien van de toepassing van het *Altmark*-arrest op natuurbeheerzaken, rechtstreeks door naar de Commissie “die over een specifieke deskundigheid beschikt bij de beoordeling of een overheidsmaatregel als staatssteun moet worden gekwalificeerd.”²⁵³ Uiteraard stond het de rechtbank vrij om het bestuursorgaan door te verwijzen naar de Commissie, als *amicus curiae*, maar de geciteerde passage is wel opmerkelijk omdat de *Altmark*-toepassing is nu eenmaal ontworpen als een rechtsinstrument voor feitelijke geschillenbeslechting door de nationale rechter. Deze praktijk, hoe prudent ook gelet op de belangen voor burgers om toegang te behouden tot DAEB, staat haaks op de handhavingsprioriteiten van de Commissie, die die lidstaten vragen om een doeltreffende voorziening te voorzien in de controle op het staatssteunbegrip in samenhang met de toepassing van groepsvrijstellingen.

In de zaak *Libert* moest het Grondwettelijk Hof van België een combinatie van een compensatiemechanisme voor het bouwen van sociale huisvesting en een bindingsvereiste van toekomstige bewoners met de gemeente beoordelen op grond van de DAEB-Vrijstellingsbeschikking.²⁵⁴ Op basis van een formele toepassing van de *Altmark*-criteria kwam het Hof tot het oordeel dat sociale huisvesting een daadwerkelijke DAEB kan zijn, maar onderzocht het Hof niet of het doel geschikt was om “sociale verdringing” te bereiken, omdat het tot de discretie van een lidstaat behoort een DAEB aan te wijzen. Wel oordeelde het Hof dat de parameters voor compensatie ondoorzichtig en niet-objectief waren, zonder evenwel te concluderen dat zij op discriminerende wijze werden toegepast.²⁵⁵ Vervolgens liet het Hof de feitelijke toepassing van de derde en vierde *Altmark*-voorwaarden uitsluitend over tot de beoordeling van de nationale rechter. Eveneens moest het Grondwettelijk Hof zelf bepalen of het DAEB-Vrijstellingsbesluit van toepassing is, zolang aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden is voldaan.²⁵⁶

Het Grondwettelijk Hof heeft de prejudiciële uitspraak van het Hof overgenomen en ten aanzien van de compensatiemaatregel besloten dat er sprake is van staatssteun, omdat niet aan de tweede *Altmark*-voorwaarde was voldaan, zoals het Hof heeft geconcludeerd. Het Grondwettelijk Hof

252 *Idem*.

253 Rechtbank Den Haag, 28 mei 2014, *Stichting Het Zuid-Hollands Landschap*, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726, r.o. 4.2; Van Herwijnen 2015, p. 225-231.

254 Zie Hoofdstuk 1, par. 5.2.1 en 5.2.2. Van Harten omschrijft dit vereist van een “voldoende band” terecht als een bindingseis. Zie van Harten & Fröger 2013, p. 265-273.

255 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 90.

256 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 101, 102.

voegde hier geen nadere feitelijke analyse aan toe. Bij de toepassing van het DAEB- Vrijstellingsbesluit besloot het Grondwettelijk Hof dat er sprake is van overcompensatie en vernietigde daarop de compensatiemaatregel.²⁵⁷ Voorts heeft het Grondwettelijk Hof de beoordeling van het Hof van Justitie van de EU over de toepassing van het vrij verkeer op bindingsvereiste overgenomen en kwam tot de slotsom dat de bindingseis in strijd is met de Uniebeginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.²⁵⁸

De uiteindelijke uitkomsten van de rechterlijke samenwerking tussen het Hof en het Grondwettelijk Hof, namelijk vernietiging van zowel het compensatiemechanisme als de bindingsvereiste, zijn allebei bevredigend. Echter, het Grondwettelijk Hof had, op basis van de kernelementen van de eerste *Altmark*-voorwaarde, het compensatiemechanisme evengoed principieel in strijd kunnen verklaren met het non-discriminatiebeginsel, omdat de toegang tot de DAEB effectief werd uitgesloten voor bewoners van buiten de desbetreffende gemeenten. Het Hof koos echter voor een formele toetsing aan meerdere *Altmark*-voorwaarden, waarbij het Grondwettelijk Hof geen instructie kreeg om aan de kernelementen van artikel 106, lid, 2, eerste volzin VWEU te toetsen, maar enkel de aanwezigheid van een beleidsruimte diende te verifiëren.²⁵⁹

De bovenbeschreven samenwerking tussen de nationale rechter en het Hof in de prejudiciële procedure van *Libert* illustreert dat een strikte interpretatie van de *Altmark*-voorwaarden, zoals het Hof deze voorschrijft (zie hoofdstuk 3) verhindert dat de nationale rechter zijn verplichtingen op basis van de beginselen van artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin kan volbrengen. Temeer omdat het Grondwettelijk Hof bij de eerste *Altmark*-voorwaarde volgens het Hof niet expliciet aan deze beginselen behoefde te toetsen, maar slechts formeel moest controleren of een DAEB-omschrijving tot de beleidsruimte van de overheid behoort, knelt het *Altmark*-arrest met de taak van de nationale rechter om ingeroepen belangen tegen elkaar af te wegen.²⁶⁰ De omstandigheid dat het DAEB-Vrijstellingsbesluit vervolgens een rechtvaardiging biedt, verhelpt dit knelpunt niet, omdat ook dit rechtsinstrument een formele toepassing van de eerste drie *Altmark*-voorwaarden (*minus* de vierde voorwaarde) vereist, zonder dat de nationale rechter alle belangen kan afwegen. Daarmee biedt de toepassing van de vrij verkeersregels de nationale rechter een toepassing die ook meer rechtszekerheid biedt op het eerste oog.

257 Arrest van het Grondwettelijk Hof, 7 november 2013, zaaknummer, 144/2013, *Eric Libert*.

258 Arrest van het Grondwettelijk Hof, 7 november 2013, zaaknummer, 144/2013, *Eric Libert*.

259 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, *dictum*, ro. 94-95. Zie De Cock 2023, p.279.

260 Namelijk: het bijzondere belang van de DAEB tegenover het belang van het economisch verkeer.

Met exact dit knelpunt werden de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag (hierna: voorzieningenrechter) en het Gerechtshof Den Haag in de zaak *Gendia t Ministerie van Volksgezondheid, Wetenschap en Sport* geconfronteerd.²⁶¹ Deze zaak draaide om een civiele procedure die het Belgische zorgbedrijf Gendia had ingesteld tegen een subsidieregeling van het ministerie van Volksgezondheid, Wetenschap en Sport (hierna: VWS) wegens vermeende onrechtmatige staatssteun. Deze subsidieregeling stond open voor Nederlandse academische ziekenhuizen die een zogeheten “non-invasieve prenatale test” (hierna: NIPT) aanbieden.²⁶² In deze zaak moesten bovenstaande rechtscolleges een feitelijke belangenafweging verrichten tussen de handelsbelangen van een Belgische dienstenaanbieder en de belangen van betaalbaarheid, continuïteit en toegankelijkheid van openbare diensten op het gebied van volksgezondheid. In het bijzonder moesten de voorzieningenrechter en het Gerechtshof een belangenafweging verrichten op basis van het DAEB-Vrijstellingsbesluit en artikel 106, lid 2, VWEU ten aanzien van de verschillende kernelementen van de DAEB.²⁶³ Voor de voorzieningenrechter had Gendia aangevoerd dat VWS had moeten aantonen dat zij met de maatregel een bestaand marktfalen beoogde tegen te gaan. VWS deed daarentegen een beroep op de DAEB-mededeling en voerde aan dat de overheid binnen haar discretie handelde om een DAEB aan te wijzen, omdat de markt, naar maatschappelijke normen, deze ontoereikend aanbod. De voorzieningenrechter oordeelde dat de overheid mag besluiten een DAEB aan te wijzen, wanneer andere marktaanbieders van de NIPT dit niet op een bevredigende wijze doen (omdat *in casu* het geval omdat de prijs te hoog lag).²⁶⁴ Vervolgens bekrachtigde het Gerechtshof deze beoordeling van de voorzieningenrechter.²⁶⁵ Het Gerechtshof besloot dat het aanneembaar is dat volgens de staat de markt er niet in voorziet

261 Vvr Rechtbank Den Haag, 26 april 2017, zaaknummer C/09/528721 / KG ZA 17/328, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*, ECLI:NL:RBDHA:2017:4278; Gerechtshof Den Haag, 11 december 2018, zaaknummer 200.225.476/01, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*, ECLI:NL:GHDHA:2018:3331.

262 De NIPT is bestemd voor zwangere vrouwen die bloed kunnen laten prikken, zodat getest kan worden of hun ongeboren kind een risico loopt op o.m. het syndroom van Down.

263 *In casu* stond vast dat niet voldaan was aan de vierde *Altmark*-voorwaarde en dat er sprake was van staatssteun.

264 Vvr Rechtbank Den Haag, 26 april 2017, zaaknummer C/09/528721 / KG ZA 17/328, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*, ECLI:NL:RBDHA:2017:4278, r.o. 4.6. De voorzieningenrechter verwees hierbij nadrukkelijk naar de DAEB-Mededeling van de Commissie. DAEB-Mededeling, punten 47 en 48.

265 Gerechtshof Den Haag, 11 december 2018, zaaknummer 200.225.476/01, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*, ECLI:NL:GHDHA:2018:3331, r.o. 10. Met verwijzing naar de DAEB-Mededeling besloot het Gerechtshof dat het begrip DAEB “in ontwikkeling met behoeften van burgers, technologische ontwikkeling en ontwikkelingen op de markt en de maatschappelijke en politieke voorkeuren in de lidstaat”, moet worden uitgelegd.

de NIPT aan te bieden op een voor eenieder betaalbare wijze.²⁶⁶ In hoger beroep heeft het Gerechtshof ten aanzien van deze kernelementen blijk gegeven van veel inzicht in deze standaarden. In lijn met de meeste recente rechtspraak van het Hof van Justitie EU en de DAEB-mededeling van de Commissie heeft het Gerechtshof voorrang gegeven aan de legitimiteit van het algemene belang: continuïteit van universele gezondheidszorg onder gelijke voorwaarden voor grote groepen burgers. Waar het Grondwettelijk Hof in *Libert* gelijke behandeling van burgers niet meewoog in de eerste *Altmark*-voorwaarde deden voorzieningenrechter en het Gerechtshof dit in *Gendia* nadrukkelijk wel. Desondanks moesten ook deze rechtscolleges erkennen dat zij niet aan alle kernelementen konden toetsen, waaronder evenredigheid, zonder af te doen aan de rechtszekerheid van de bepalingen van de DAEB-mededeling en het DAEB-Vrijstellingsbesluit.²⁶⁷ Beide rechtscolleges merkten hier terecht op dat zij gebonden zijn aan standaarden die de Commissie gesteld heeft aan deze vrijstelling.²⁶⁸ Het Gerechtshof Den Haag merkte op dat “indien voldaan is aan de voorwaarden van het DAEB-Vrijstellingsbesluit er discussie is over de vraag of een maatregel nog onderworpen kan worden aan de proportionaliteitstoets van artikel 106, lid 2, VWEU. Deze vraag is nog niet door het Hof van Justitie beantwoord.”²⁶⁹ In het kader van de rechtszekerheid koos het Gerechtshof ervoor om deze evenredigheidstoets niet uit te voeren omdat anders in strijd zou handelen met de bepalingen van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.²⁷⁰ Gezien het spoedeisend belang van de voorlopige voorziening koos het Gerechtshof ervoor om de zaak zelf af te doen en geen prejudiciële vraag te stellen, hetgeen begrijpelijk is gezien het maatschappelijke belang van dit geschil. Uit deze overwegingen kan evenwel het knelpunt geïdentificeerd worden dat nationale rechters te maken kunnen krijgen met concurrerende toepassingsstandaarden in de controle op de belangenafweging door een steunverlenende overheid tussen het primaire recht (artikel 106, lid 2, eerste volzin, VWEU) en vrijstellingskaders van de Commissie.

De zaken *Gendia* en *Libert* zijn daarmee in elk geval illustratief voor beperkte speelruimte die de nationale rechter op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit heeft bij het bewaken van zowel het staatssteunverbod in samenhang met de “minimumcriteria” van het begrip DAEB op basis

266 Gerechtshof Den Haag, 11 december 2018, zaaknummer 200.225.476/01, *Gendia t Staat der Nederlanden*, ECLI:NL:GHDHA:2018:3331, r.o. 12.

267 Gerechtshof Den Haag, 11 december 2018, zaaknummer 200.225.476/01, *Gendia t Staat der Nederlanden*, ECLI:NL:GHDHA:2018:3331, r.o. 9. V.zr. Rechtbank Den Haag, 26 april 2017, zaaknummer C/09/528721 / KG ZA 17/328, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*, ECLI:NL:RBDHA:2017:4278, r.o.4.4.

268 *Idem*.

269 Gerechtshof Den Haag, 11 december 2018, zaaknummer 200.225.476/01, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*, ECLI:NL:GHDHA:2018:3331, r.o. 9.

270 *Idem*.

van het VWEU. De nationale rechter is ten aanzien van deze criteria de enige controlerende instantie die, op basis van Unierecht en nationaal recht, feitelijk de onrechtmatigheid van een DAEB- aanwijzing kan vaststellen.²⁷¹ De nationale rechter is vanuit handhavingsperspectief de enige actor die daadwerkelijke alle belangen tegen elkaar kan afwegen – uiteraard binnen de begrenzingen van de procedurele autonomie.²⁷²

5 CONCLUSIE: DE GEDECENTRALISEERDE STAATSTEUNHANDHAVING
VRAAGT OM EEN EFFECTIEVE AFBAKENING VAN RECHTEN EN PLICHTEN
EN EEN DOELTREFFENDE RECHTSBESCHERMINGSFUNCTIE

Anno 2023 is de toepassing van het staatssteunbegrip geen technische aangelegenheid meer die enkel voorbehouden is aan de Commissie. Steunverlenende autoriteiten worden geacht de gebods- en verbodsnorm van artikel 107, lid 1, VWEU eigenstandig toe te passen en het Hof van Justitie heeft voor nationale rechters een feitelijk en objectief beoordelingskader opgesteld. Het staatssteunbegrip wordt ook door de Commissie van toepassingsstandaarden voorzien die onderdeel uitmaken van een overkoepelend prioriteitenbeleid gericht op de beïnvloeding van lidstaten richting belangenafwegingen.

Inmiddels is er ten opzichte van nationale autoriteiten sprake van een decentralisatie van de *ex ante* publieke handhaving van vrijgestelde steuncategorieën. Op het gedecentraliseerd niveau van de lidstaten moet de steunverlenende overheid een feitelijke analyse maken op grond van artikel 107, lid 1, VWEU en een inhoudelijke belangenafweging verrichten conform de randvoorwaarden van artikelen 106 t/m 109, dewelke door de Commissie zijn ingekaderd in de groepsvrijstellingen. Dat betekent zowel in de publieke als private handhavingsfase dat respectievelijk de nationale autoriteiten, alsmede de nationale rechter (op verzoek van de procespartijen) afzonderlijk dienen na te gaan of er sprake is van een steunmaatregel onder artikel 107, lid 1, VWEU en of deze is vrijgesteld op grond van een groepsvrijstelling, alvorens de vraag komt of de *standstill*-clausule is geschonden. Nationale autoriteiten dienen vervolgens de rechtmatigheid van de beoordelingen op het staatssteunverbod en op eventuele verenigbaarheid in de *ex post* fase van verlening in het kader van publieke handhaving te kunnen verdedigen ten overstaan van de Commissie en bij private handhaving ten overstaan van derde partijen die een geschil voor de nationale rechter gestart zijn.

271 Zie ook HvJ EU, 26 April 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commission*; HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Pais Vasco*.

272 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 6.

Ten aanzien van de controlemechanismen voor vrijgestelde steun waar de groepsvrijstellingen in voorzien is er een decentralisatie van de uitoefening van bevoegdheden, hoewel deze op dit moment onvoldoende is afgebakend. De bevoegdheid van lidstaten om inhoudelijke beoordelingen te verrichten op grond van de groepsvrijstellingen geldt als een vorm van *ex ante* handhaving die inhoudelijke belangenafwegingen vereist en *de facto* gelijkstaat aan verenigbaarheidsbeoordelingen. Desondanks heeft het Hof van Justitie van de EU voorlopig de positie ingenomen dat de lidstaten slechts een voorwaardelijke verenigbaarheidsbeoordeling verrichten die enkel definitief gemaakt kan worden door de Commissie als eindverantwoordelijke handhavingsactor. Deze positie houdt eveneens in dat besluiten van lidstaten geen vertrouwen kunnen opwekken en dat nationale rechters wel (binnen de omvang van het geschil) de voorwaarden kunnen controleren, maar hier alleen negatieve rechtsgevolgen (terugvordering) en geen positieve rechtsgevolgen (verenigbaarheidsverklaring) aan mogen verbinden. Hierdoor kunnen de steunverlenende instanties op grond van de groepsvrijstellingen geen rechtszekerheid bieden aan steunontvangers.

In de bestudeerde casusposities hebben steunontvangers tegen nationaal steunbeleid bij het Hof voorzieningen ingesteld, terwijl zij in wezen op willen komen tegen nationale besluiten op grond van de AGVV, maar hebben zij van het Hof vernomen dat de besluiten van nationale overheden op grond van de AGVV geen enkel vertrouwen kunnen opwekken, gezien de eindverantwoordelijkheid van de Commissie. Deze premisse gaat uit van een eventueel eindbesluit van de Commissie; terwijl de standaardprocedure van de AGVV er juist niet op gericht is dat de Commissie AGVV-kennisgevingen op hun merites beoordeelt zoals in een meldingsprocedure. De enige mogelijkheid is dat steunontvanger de Commissie verzoekt om de verenigbaarheid van steunmaatregel te onderzoeken, hetgeen indruist tegen de doelstellingen van de groepsvrijstellingen om vereenvoudigd en versneld steun te verlenen.

Wanneer steunverlenende overheden groepsvrijstellingen, in het bijzonder de AGVV, onjuist (dreigen) toe (te) passen, voorziet het huidige gedecentraliseerde toezicht op de groepsvrijstellingen niet in doeltreffende toezicht – en rechtsbeschermingsfuncties, op nationaal niveau, noch op Unieniveau. De toezichtfunctie is beperkt omdat lidstaten (door een afwezigheid van een herstelmechanisme) kleine omissies niet procedureel kunnen repareren. De rechtsbeschermingsfunctie is beperkt omdat steunontvangers in hun rechtspositie volledig afhankelijk zijn van de steunverlenende overheid en in de *ex post* fase – in het geval van een geschil tussen de overheid en een belanghebbende – geen rechtszekerheid kunnen krijgen. In deze fase beperken de groepsvrijstellingen dat de nationale rechter – desgevraagd door de procespartijen – de algemene belangenafweging van de steunverlenende overheid op grond van deze vrijstellingen effectief en gelijkwaardig kan controleren.

In dit hoofdstuk is bepleit dat een toepassing van de groepsvrijstelling altijd voorwaardelijk is – namelijk voorwaardelijk aan de randvoorwaarden die de Commissie aan toepassing heeft gesteld. De Commissie beschikt over voldoende handhavende instrumenten om deze voorwaardelijke verenigbaarheidsbeoordeling – en de hieruit voortvloeiende algemene belangenafwegingen door steunverlenende overheden – in de *ex post* fase op rechtmatigheid te beoordelen, danwel wettelijk te verfijnen of te herroepen.

Vanuit het oogpunt van private handhaving kan de verenigbaarheidstoepassing – conform de groepsvrijstellingen – door de lidstaten eveneens op rechtmatigheid door de nationale rechter gecontroleerd worden, waarbij deze rechtmatigheidstoets – voor een goede werking van het gedecentraliseerde handhavingstelsel – ook moet zien op de materiële naleving van de groepsvrijstellingen. Deze mogelijkheid wordt door het Hof – als positieve uitzondering op het voorlopige terughoudende standpunt – in de uitspraak *Dilly Wellness II* uiteengezet, waarin het Hof oordeelde dat een *ex post* controle door de nationale rechter (waarin de correcte toepassing van de AGVV is vastgesteld) gelijkstaat aan verenigbaarheid – ook wanneer er een beleidsruimte is voor de lidstaten om een verenigbaarheidsgrond conform de randvoorwaarden van de AGVV – in te vullen. Met deze incidentele uitspraak voor ogen kan de positie van het Hof mogelijk dus nog wijzigen.

Om het Hof deze wijziging mogelijk te maken is het echter wel raadzaam dat de Commissie afwijkende toepassingsstandaarden ten aanzien van het primaire recht (het staatssteunbegrip en de uitleg van artikel 106, lid 2, VWEU voor vrijgestelde steunkaders) heroverweegt en weer in lijn brengt met de interpretaties van het Hof. In sommige gevallen kunnen nationale autoriteiten bij de rechtmatigheidsbeoordeling namelijk voor keuzemogelijkheden komen te staan ten aanzien van de toepassing van Commissiestandaarden en interpretaties van het Hof. Deze afwijkende toepassingsstandaarden van de Commissie kunnen de nationale rechter in de weg staan en ofwel voor een keuzeconflict plaatsen, danwel de omvang van de rechterlijke toetsing aan het primaire recht beperken. Meest in het oog springend gaat het hier om de leidraad voor lokale steun in de verbodsfase en de koppeling van DAEB-omschrijvingen aan de (gedeeltelijke) compensatiebenadering in het DAEB-Vrijstellingsbesluit in de verenigbaarheidsfase. Zo beperken de voorwaarden in het DAEB-Vrijstellingsbesluit de belangenafweging die de nationale rechter op grond van het primaire Unierecht mag maken, in het bijzonder ten aanzien van de rechtstreekse werking van de DAEB-omschrijving en de daaraan verbonden beginselen van non-discriminatie en evenredigheid.

Door in het overkoepelende handhavingsbeleid aan te sluiten bij voldoende duidelijke en ondubbelzinnige uitleggingen van het staatssteunbegrip uit de rechtspraak van het Hof – en concurrente standaarden weg te laten – kan de Commissie de verdeling van bevoegdheden in een eenduidige beoor-

deling van groepsvrijstellingen door de lidstaten beter over het voetlicht brengen aan het Hof en een gedecentraliseerd staatssteuntoezicht nader legitimeren.

1 GEÏDENTIFICEERDE KNELPUNTEN BIJ HET TOEPASSEN VAN ARTIKEL 107, LID 1, VWEU OP ALGEMENE BELANGENAFWEGINGEN IN EEN GEDECENTRALISEERDE CONTEXT

1.1 De constitutionele verbintenis van artikel 107, lid 1, VWEU vraagt om een betere scheiding tussen verbod en verenigbaarheid

Het voortdurende toezicht op staatssteun vormt de essentie van de constitutionele verbintenis die de lidstaten met de Unie zijn aangegaan op grond van de artikelen 107 t/m 109 VWEU. Artikel 107, lid 1, VWEU: i) stelt de norm voor het staatssteunbegrip, ii) gebiedt de lidstaten om ondernemingen in gelijke gevallen, gelijk te behandelen en iii) verklaart dat staatssteun alleen voor verenigbaarheid in aanmerking komt indien een Verdragsbepaling (de artikelen 93 VWEU, 106, lid 2, VWEU en 107, lid 2, en 3, VWEU) hierin voorziet. Handhaving van deze norm ligt in de melding- en *standstill*-plicht van artikel 108, lid 3, VWEU en de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU besloten. Artikel 109 VWEU vormt de rechtsbasis (tezamen met de artikelen 108, lid 4, VWEU en 106, lid 2, VWEU) voor het categoriseren van algemene belangen die in aanmerking komen voor vrijgestelde steun.

Sinds het Verdrag van Rome is de Verdragstekst van artikel 107, lid 1, VWEU ongewijzigd gebleven, maar zijn het doel en de context van deze bepaling aanmerkelijk gewijzigd, door de verschuivingen in staatssteunhandhaving op de interne markt. De eerste verschuiving vormde de aanvullende private handhaving die tot een *de facto* rechtstreekse werking leidt bij de feitelijke beoordeling van artikel 107, lid 1, VWEU door de nationale rechter. De tweede verschuiving betrof de decentralisatie van de *ex ante* handhaving van artikel 107, lid 1, VWEU en de afwijkingmogelijkheden op de meldingsplicht van artikel 108, lid 3, VWEU in de vorm van de groepsvrijstellingen.

Toch ziet het Hof de verbintenis, zoals beschreven in hoofdstuk 5, paragraaf 2.1, primair als één tussen de lidstaat en de Commissie, waarbij de lidstaat aanmeldt, de Commissie besluit en de nationale rechter vooral een ondersteunende rol heeft. Bezien vanuit een contractbenadering kan de oorspronkelijke constitutionele verbintenis van artikel 107 VWEU, zoals uiteengezet door het Hof in *Costa ENEL* inmiddels als achterhaald beschouwd worden. Deze contractbenadering houdt in dat het accent van een verbintenis, vastgelegd in de

Verdragen, tussen de lidstaten en de Unie verschuift naar gelang het doel en de werking van deze bepaling ingehaald worden door de bredere context van het Unierecht.¹ Vanuit dit perspectief kan de uitleg van de oorspronkelijke constitutionele verbintenis van artikel 107 VWEU inmiddels gezien worden in de context en het doel van meervoudig toezicht door publiekrechtelijke toezichthouders op Unieniveau en nationaal niveau met overlappende of aanvullende handhavingsbevoegdheden. Daarbij is het accent nadrukkelijk verschoven naar de aanvullende rol die de nationale rechter speelt in het kader van de private handhaving.² Hij dient een feitelijke analyse maken op grond van artikel 107, lid 1, VWEU en een inhoudelijke belangenafweging op grond van de groepsvrijstellingen. Verder is de samenwerking tussen de nationale rechter en de Commissie ingekaderd in onderscheidende en aanvullende bevoegdheden op grond van het Unierecht. De nationale rechter kan op verzoek van partijen – gelijkwaardig aan het Unierechtelijke beoordelingskader dat de Commissie hanteert – feitelijk en doeltreffend beoordelen of steunmaatregelen als staatssteun aangemerkt moeten worden.

Een andere belangrijke ontwikkeling aangaande de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU is de rol die het gelijkheidsbeginsel is gaan spelen. De oorspronkelijke verbintenis van artikel 107, lid 1, VWEU hield namelijk niet alleen een staatssteunverbod in, maar ook een gebod tot voortdurend onderzoek op staatssteun door de lidstaten. Dit gebod heeft zich ontwikkeld tot een gebod tot gelijke behandeling van ondernemingen in gelijke gevallen en daarmee tot een wettelijk waarborgen voor materiële gelijkheid tussen ondernemingen op de interne markt.³ Anno 2024 vormt het beginsel van gelijke behandeling het fundament van de selectiviteitstoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Met de nadrukkelijke positionering van het gelijkheidsbeginsel binnen de materiële selectiviteitstoepassing heeft het Hof een aanvullende bescherming van het economisch verkeer binnen de interne markt willen bieden.⁴

Naast de selectiviteitstoepassing beheerst het beginsel van non-discriminatie ook de feitelijke beoordeling van steunmaatregelen voor DAEB door de nationale rechter. Gelijke behandeling en non-discriminatie vormen de constitutionele kernelementen van artikel 106, lid 2, eerste volzin VWEU, artikel 14 VWEU en protocol nr. 26 bij het VWEU. Dit beginsel moet als leidraad beschouwd worden voor de selectie van DAEB-beheerders maar ook voor de toegang tot deze openbare diensten door burgers krachtens

1 Zie Borger 2018, p. 69. 252, 280, 293. Deze contractbenadering is geïnspireerd op de door Borger opgestelde contracttheorie die hij heeft geconcretiseerd en toegepast op de uitleg en werking van de Verdragsbepalingen over monetair Uniebeleid, in het bijzonder de artikelen 122 en 125 VWEU.

2 Van Cleynenbreugel 2014b, p. 46.

3 Zie hoofdstuk 4.

4 *Idem.*

artikel 36 van het Handvest.⁵ Dat geldt eveneens voor de beoordeling van overheidsmaatregelen voor openbare (sport-) infrastructuur op grond van de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU en artikel 165 VWEU. De nationale rechter kan ten aanzien van beide categorieën sociaal-maatschappelijke belangen op grond van het Unierecht een constitutionele toetsing verrichten, waarbij hij de eventuele discriminerende uitwerking van steunmaatregelen kan beoordelen.⁶

Het gelijke speelveld voor ondernemingen op de interne markt en het vereiste van een non-discriminerende toegang voor burgers tot door de staat gefinancierde publieke diensten vereist dat steunverlening berust op de beginselen van gelijke behandeling en behoorlijk bestuur.⁷ Door deze verijning van de constitutionele randvoorwaarden voor private én publieke handhaving is de verbintenis tussen de Commissie en de lidstaten verbreed richting de positie van de rechten van particulieren. In het bijzonder heeft de Commissie ten aanzien van haar “*big on big*”- handhavingsbeleid eveneens de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU uitgelegd op grond van de gelijke behandeling van ondernemingen en burgers.⁸

Een recente verandering in de verbintenis tussen de lidstaten en de Unie betreft het rechterlijke toezicht op de toepassing van deze groepsvrijstellingen. Uit de machtigingsverordening volgt dat deze groepsvrijstellingen door de nationale rechter kunnen worden gecontroleerd. De groepsvrijstellingen wijken af van de *standstill*-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU, omdat bij een correcte toepassing een melding aan de Commissie niet nodig is.

Dat betekent dat de nationale rechter bij de rechtmatigheidscontrole van steunmaatregelen niet meer traditioneel artikel 108, lid 3, VWEU, maar de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU en de uitgewerkte verenigbaarheidsgronden in de groepsvrijstellingen als eerste maatstaf neemt voor zijn rechtmatigheidsbeoordeling. De gronden van de groepsvrijstellingen berusten op de artikelen 107, lid 2 en 3 en artikel 106, lid 2, VWEU. Daaruit volgt dat de nationale rechter – binnen de omvang van het geschil en zijn procedurele bevoegdheden – de facto controleert of er sprake is van een steunmaatregel onder artikel 107, lid 1, VWEU, en of deze is vrijgesteld op grond van een groepsvrijstelling, voordat hij aan de vraag toekomt of de *standstill*-clausule is geschonden. Door die scharnierwerking van artikel 107, lid 1, VWEU is het primaat van staatssteunhandhaving komen te liggen bij de loyale samenwerking tussen de lidstaten en de Commissie in het toepassen, onderhouden en naleven van de groepsvrijstellingen. De traditioneel rigide scheiding tussen verbods- en verenigbaarheidsanalyses komt aldus te vervagen.

5 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 6.2.1.

6 Zie ook HvJ EU, 13 juni 2019, C-22/18, *Topfit en Biffi t Deutscher Leichtathletikverband*, r.o. 37, 65-67.

7 Zie ook Parret 2017, p. 11-13.

8 *Idem*. Zie ook State Aid Scoreboard 2018, p. 6.

1.2 De bestaande afwijkingen op het objectieve staatssteunbegrip leiden tot rechtsonzekerheid

Het pleidooi dat de gebodsnorm van artikel 107, lid 1 VWEU als een algemeen beginsel moet worden toegepast in de nationale rechtsorde blijft anno 2023 actueel (zie hoofdstuk 5, paragraaf 2.1). Op dit moment bestaan er echter ten aanzien van een aantal begrippen onduidelijkheid en bieden bepaalde toepassingsstandaarden lidstaten een discretie of zelfs keuzemogelijkheid bij het toepassen van artikel 107, lid 1, VWEU. Hierdoor is deze bepaling op dit moment niet onvoorwaardelijk waardoor de nationale rechter zijn objectieve taak als feitenrechter ten aanzien van het staatssteunbegrip niet in alle gevallen effectief en voldoende zelfstandig kan uitvoeren.

Met de Commissieleidraden voor zuiver sociale activiteiten, effecten op het handelsverkeer en beperkingen van de mededinging heeft de Commissie het gedrag van de lidstaten willen beïnvloeden, zodat zij deze “*small on small*”-steun niet meer aanmelden. Het Gerecht heeft de leidraden voor zuiver sociale activiteiten niet toegestaan, maar wel de leidraad voor lokale steun gelegitimeerd met haar uitspraak in *Marinvest*, met als oogmerk de flexibilisering van het staatssteunbegrip in het verlengde van het “*small on small*”-beleid van de Commissie. De uitspraak van het Gerecht in *Marinvest* is exemplarisch voor het bestaan van concurrerende toepassingsstandaarden, hetgeen kan resulteren in een keuze voor de meest wendbare standaard door lidstaten, waardoor er een *race to the bottom* ontstaat op het gebied van rechtszekerheid.⁹ Hierdoor kunnen rechtbanken een significantietoets verrichten die in strijd is met de interpretatie van het Hof. Ter illustratie dient de rechtbank Noord-Nederland die in de zaak van grensgemeente Oldambt op grond van de leidraden van de Commissie aannam “dat een interstatelijk effect ontbreekt wanneer steunmaatregelen niet een marginaal effect hebben op markten en consumenten uit aangrenzende lidstaten”.¹⁰ De rechtbank volgde hier de Commissie door de “daadwerkelijke marktimpact” te beoordelen op basis het zeer lage marktaandeel van de steunontvanger op de Nederlandse en Europese markt. Dit illustreert dat de bevoegdheden van verschillende actoren meer duidelijkheid behoeven. De onduidelijkheid daarover geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid op verschillende vlakken, zoals de voorgaande hoofdstukken illustreerden.

1.3 Het huidige gedecentraliseerde toezicht op de groepsvrijstellingen voorziet niet in doeltreffende toezicht- en rechtsbeschermingsfuncties

In hoofdstuk 5 is geconstateerd dat het huidige stelsel van gedecentraliseerd

⁹ Van Cleynenbreugel 2014c, p 162-178; Van Cleynenbreugel 2015.

¹⁰ Rechtbank Noord-Nederland, 17 april, 2019, *Blauwestadhoeve t Gemeente Oldambt*, r.o. 4.3.11. 4.3.14, 4.3.15.

toezicht op vrijgestelde staatssteun zowel een effectieve afbakening van lidstatelijke rechten en plichten als een doeltreffende rechtsbeschermingsfunctie ontbeert. Uit paragraaf 3.2 van hoofdstuk 5 volgt dat tegen een kennisgevingsbesluit op grond van de AGVV op grond van het Unierecht geen doeltreffende rechtsvoorziening openstaat. Daarnaast is in paragraaf 3.4 van hoofdstuk 5 beargumenteerd dat de belangenafweging die een nationale rechter op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit moet kunnen controleren, op gespannen voet staat de primaire werking van artikel 106, lid 2, VWEU.

Ten aanzien van beide groepsvrijstellingen hebben de steunverlenende overheden daarentegen in de *ex ante* fase van steunverlening een verantwoordelijkheid om te voldoen aan op maat gesneden verenigbaarheidscriteria en kunnen nationale rechters bovendien door derden verzocht worden om in de *ex post* fase de kennisgevingsbesluiten van deze overheden te controleren op rechtmatigheid. De Commissie ziet deze toekenning van verantwoordelijkheden echter niet als een toekenning van bevoegdheden. Het Hof ziet wel een toekenning van een bevoegdheid tot een inhoudelijke beoordeling, maar laat de eindverantwoordelijkheid bij de Commissie berusten. Omdat een besluit van een lidstaat op grond van de AGVV volgens de artikelen 107 en 108 VWEU geen enkel vertrouwen kan opwekken bij belanghebbenden laat het Hof hier een lacune voortbestaan. Deze lacune bestaat ook bij de rechtmatigheidsbeoordeling op nationale besluiten onder het DAEB-Vrijstellingsbesluit, waarbij de nationale rechter de beginselen van non-discriminatie en evenredigheid onvoldoende kan toepassen ter bescherming van belanghebbenden.

Bovenstaande knelpunten voor een doeltreffend staatssteuntoezicht raken in hoge mate de beginselen van behoorlijk bestuur en effectieve rechtsbescherming. Bij de toepassing van en het onderzoek naar de verenigbaarheidsvoorwaarden leggen nationale autoriteiten het Unierecht ten uitvoer (en kunnen de nationale rechters deze uitvoering desgevraagd controleren). In dat geval is artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van toepassing en hebben belanghebbenden recht op een doeltreffende voorziening binnen een redelijke termijn.¹¹ De benadering die het Hof in de rechtspraak over de groepsvrijstellingen voorlopig heeft aangenomen, is dat de rechtszoekende via een handhavingsverzoek bij de Commissie of via een prejudiciële verwijzing rechtszekerheid dient te verkrijgen over de daadwerkelijke verenigbaarheid. In hoofdstuk 5 is deze invulling van rechtsbescherming omschreven als een “kastje-naar-de muur”-oplossing, omdat vooral de steunontvanger vertrouwt op een vereenvoudigde en versnelde staatssteunprocedure die onder de regie van de desbetreffende nationale autoriteiten binnen een redelijke termijn rechtszekerheid moet geven over

11 Zie HvJ EU, 26 februari 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*; Zie Beumer 2016, p. 70-71, 76, 90-91.

de rechtmatigheid van de steun. Met deze doctrinaire benadering heeft het Hof mogelijkwijs niet voor ogen gehad dat dit geen oplossing is voor de huidige rechtspraktijk van de lidstaten. Ook zou een derde-belanghebbende pas na het doorlopen van een ingewikkelde procedure – waarbij de Commissie een (voorlopig) onderzoek moet instellen en een eventuele terugvorderingsactie – bij gebrek aan een terugvorderingsbesluit van de Commissie – ten overstaan van de nationale rechter gestart moeten worden. De rechtsbescherming ten aanzien van de toepassing van een groepsvrijstelling lijkt daarom ten aanzien van het leeuwendeel van de (hoofdzakelijk vrijgestelde) steunmaatregelen in de Unie op gespannen voet te staan met de beginselen van behoorlijk bestuur en een effectieve rechtsbescherming.¹² Bovendien veronachtzaamt een stelsel waarbij de nationale rechter een vermoeden van verenigbaarheid moet laten toetsen door Unie-instellingen de bevoegdheid die de rechter ontleent aan de machtigingsverordening om de bepalingen van de groepsvrijstellingen op verzoek van partijen rechtstreeks toe te kunnen passen.¹³

Omdat in de rechtspraktijk gedurende de jaren 2014-2019 meer dan 50% van alle staatssteunuitgaven in de Unie hoofdzakelijk *ex ante* beoordeeld werd door de autoriteiten van de lidstaten, en slechts marginaal gecontroleerd werd door de Commissie in de *ex post* fase, kunnen het Hof en de Commissie deze lacunes niet voort laten bestaan.¹⁴ Nu de nationale rechter het schakelpunt vormt voor aanvullende rechtsbescherming onder de groepsvrijstellingen en overlappende rechtsbescherming bij de schending van de aanmeldingsverplichting dient hij binnen de nieuwe rechtspraktijk van een meergelaagde en gedecentraliseerde structuur aanvullende Unierechtelijke remedies kunnen toepassen voor de doeltreffendheid van de vrijstellingskaders.

Anders riskeert de Commissie op de lange termijn dat rechtszoekenden de nationale rechter links laten liggen en de private handhaving van de staatssteunregels inboet aan doeltreffendheid. En zolang het Hof de Commissie als enige instantie aanmerkt om nationale besluiten op grond van de groepsvrijstellingen te finaliseren als verenigbaar, is het niet onwaarschijnlijk dat nationale rechters rechtszoekenden vanuit het oogpunt van rechtszekerheid zullen doorverwijzen naar de Commissie, zodra zij een beroep

12 Zie Hoofdstuk 5 paragraaf 4.2.

13 Zie Hoofdstuk 5 paragraaf 4.2 en HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Dilly's Wellness II*, r.o. 86.

14 European Court of Auditors, 'Special Report No 24/2016: More efforts needed to raise awareness of and enforce compliance with State aid rules in cohesion policy'. In 2019 maakten AGVV-steunmaatregelen zelfs 71,8% van de totale uitgaven uit. In 2020 was voor het eerst in 5 jaar het uitgavenpercentage aangemelde steun hoger dan vrijgestelde steun, i.v.m. met het Tijdelijk Steunkader COVID-10 crisissteun. Zie State Aid Scoreboard 2020, p. 6, 39. Zie State Aid Scoreboard 2021, p. 60-61.

op de groepsvrijstellingen doen.¹⁵ Dat staat haaks op de doelstellingen van de machtigingsverordening en van de individuele groepsvrijstellingen als onderdeel van het overkoepelende handhavingsbeleid van de Commissie en de Raad.

Als de Commissie wil dat de lidstaten meer verantwoordelijkheid nemen in de staatssteunhandhaving dan zal de Commissie in elk geval moeten accepteren dat de nationale rechter, als verkeersregelaar tussen de Commissie, het Hof, belanghebbenden en de autoriteiten van de lidstaten meer mogen dan het licht voor staatssteun op rood (terugvordering) of oranje (vermoeden van verenigbaarheid) zetten. Ten aanzien van de groepsvrijstellingen moet de nationale rechter – binnen de omvang van het geschil – omwille van rechtszekerheid groen licht kunnen geven als volwaardige speler binnen het handhavingsevenwicht dat de Raad en de Commissie hebben ontworpen. Het verdient daarom aanbeveling dat de nationale rechter een volwaardige functie krijgt bij de rechtmatigheidsbeoordeling van groepsvrijstellingen. Deze aanbeveling wordt nader uitgewerkt in zijn theoretische en praktische implicaties in paragraaf 4.2.

2 BEANTWOORDING ONDERZOEKSVRAAG

De lidstaten kunnen in de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU door middel van belangenafwegingen ten aanzien van objectieve rechtvaardigingen, diensten van algemeen economisch belang en expliciete maatschappelijke sportbelangen afwijken van het gebod tot gelijke behandeling van ondernemingen en deelbegrippen van de staatssteuntoepassing – in het bijzonder het voordeelbegrip. De belangenafwegingen uit de hoofdstukken 1-4 staan op gespannen voet met het onderscheid tussen de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase van staatssteun:

- i) De materiële selectiviteitstoepassing maakt het mogelijk om in ongelijke gevallen voordelen voor bepaalde ondernemingen te rechtvaardigen door middel van dwingende redenen en inherente beperkingen.
- ii) De compensatiebenadering voor DAEB houdt een belangenafweging in tussen de kernelementen van een DAEB volgens artikel 106, lid 2, VWEU en beperkingen van de mededinging en het handelsverkeer. De compensatiebenadering beoogt enerzijds een afwijking op voordeelbegrip te rechtvaardigen. Anderzijds beoogt deze benadering een objectief toepassingskader te vormen voor het

15 Zie naar analogie HvJ EU, 28 juni 2018, C-635/16, *Spliethoff t Commissie*. Het Hof oordeelde dat bij tegenstrijdige subsidiebeoordelingen door een agentschap van de Unie (INEA) en de Commissie, deze laatste instantie, als eindverantwoordelijke, aanrekenbaar was voor deze tegenstrijdigheid. Daarmee had de Commissie de steunaanvrager “op het verkeerde been had gezet” en daarmee gehandeld in strijd met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming, r.o. 26, 70-72.

beoordelen van DAEB-compensatie onder normale marktomstandigheden. Deze twee tegenstrijdige doelstellingen kunnen in de rechtspraktijk niet behaald worden.

- iii) De weging van een expliciet erkend maatschappelijk sportbelang volgens artikel 165 VWEU vormt in een aantal geselecteerde gevallen een afwijking op de begrippen: economische activiteit, voordeel, beperking van de mededinging en effect op het handelsverkeer.

Tegen die achtergrond werd de volgende onderzoeksvraag gesteld:

- *Hoe kunnen de geïdentificeerde knelpunten van doeltreffende rechtsbescherming, rechtszekerheid en bevoegdheidsverdeling tussen de Europese Unie en haar lidstaten bij belangenafweging door lidstaten aangepakt worden naar EU-recht?*

De geïdentificeerde afwijkingen op het objectieve staatssteunbegrip staan een effectieve rechtsbescherming door de nationale rechter in de weg. Deze algemene belangenafwegingen zouden gereserveerd behoren te blijven voor de verenigbaarheidsfase en daartoe worden in dit concluderende hoofdstuk op grond van drie toekomstige handhavingsscenario's aanbevelingen gedaan om de lidstaten een duidelijk afgebakende beleidsruimte toe te kennen in de toepasselijke groepsvrijstellingen voor vrijgestelde steun. Een her-evaluatie door het Hof van deze afwijkingsmogelijkheden – en een structurering en verfijning van deze belangenafwegingen als vrijstellingscategorieën door de Commissie – zou bijdragen aan meer duidelijkheid, transparantie en rechtszekerheid voor steunverlenende overheden, steunontvangers en derde belanghebbenden.

Door algemene belangenafwegingen niet meer toe te staan in de verbodsfase zou het Hof een rechtstreekse werking kunnen toekennen aan het gebod van gelijke behandeling van ondernemingen volgens artikel 107, lid 1, VWEU. Dit zou het waarborgen van effectieve en gelijkwaardige handhavingmechanismen door nationale actoren vergroten in aanvulling op de rechtstreekse werking van de *standstill*- en meldingsverplichting van artikel 108, lid 3, VWEU. Eveneens zou de rechtstreekse werking van artikel 107, lid 1, VWEU recht doen aan de huidige rechtspraktijk die gericht is op de toepassing van groepsvrijstellingen. Die laatsten maken immers een afwijking op artikel 108, lid 3, VWEU mogelijk. De scharnierwerking tussen artikel 107, lid 1, VWEU en de groepsvrijstellingen – zoals uiteengezet in hoofdstuk 5 – maakt een algemene belangenafweging door steunverlenende overheden en nationale autoriteiten mogelijk. Deze belangenafweging mag evenwel volgens het Hof niet gelijkstaat aan een verenigbaarheidsbeoordeling.¹⁶ Eveneens lijkt het Hof de nationale rechter niet toe te staan een *ex*

¹⁶ De groepsvrijstellingen zijn procedureel gebaseerd op de artikelen 109 VWEU, de machtigingsverordening en de artikelen 108, lid 4, VWEU en 106, lid 3, VWEU en materieel op de artikelen 106, lid 2, VWEU en 107, lid 2 en 3, VWEU.

post controle op de belangenafweging gelijk te stellen aan een beoordeling op verenigbaarheid. Omdat de toepassing van de groepsvrijstellingen in het kader van een gedecentraliseerd handhavingsbeleid op het niveau van de lidstaten plaatsvindt, concludeert dit onderzoek dat door middel van een herordening van het gedecentraliseerde staatssteuntoezicht er nieuwe scenario's voor algemene belangenafweging door nationale actoren in de verenigbaarheidsfase zouden kunnen worden toegestaan door de Commissie. Door middel van het beginsel van terzijdestelling kunnen lidstaten zo bijdragen aan een gelijkwaardig en doeltreffend toezicht door nationale autoriteiten in de *ex ante* publieke handhaving en een versterking van de rechtsbeschermingsfunctie door de nationale rechter in het geval van private handhaving. Deze scenario's worden hieronder geschetst en vergezeld van aanbevelingen.

3 SCENARIO'S VOOR EEN HERORDENING VAN HET GEDECENTRALISEERD STAATSSTEUNTOEZICHT

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 5 is reeds aangehaald dat de exclusieve handhavingsbevoegdheden van de Commissie *de facto* gedeeld worden met andere toezichthouders op Unieniveau en op nationaal niveau. Het meervoudige toezicht op het primaire recht en op de materiële en procedurele vereisten van groepsvrijstellingen vormt een verlengstuk van de Uniedoelstellingen van transparantie, doeltreffendheid, behoorlijk bestuur en vereist gedeelde toezichtmechanismen en een effectieve rechtsbescherming.¹⁷ Op grond van de machtigingsverordening en rechtstreeks toepasselijke Commissieleidraden voor verenigbaarheid wordt de Commissie geacht samen te werken met nationale rechters en de (interbestuurlijke) toezichthoudende autoriteiten van de lidstaten. Bij de *ex ante* handhaving van de groepsvrijstellingen door de lidstaten spelen de Raad en de Commissie als wetgevende instanties een rol het bij afbakenen van bevoegdheidsuitoefening en het invullen van gezamenlijke beoordelingskaders.¹⁸

De verschillende samenwerkingsmechanismen bestaan reeds in de procedureverordening en de machtigingsverordening, maar zijn juridisch gezien nog niet volledig tot wasdom gekomen, omdat de omvang van de samenwerking met de lidstaten voorsnog beheerst wordt door de "bevoegdheidsdisclaimer" van de Commissie op het terrein van verenigbaarheid.

Om deze impasse te doorbreken kan vanuit de bestaande handhavingsstructuur de doeltreffendheid van het toezicht en de mate van rechtsbescherming

17 Van Cleynenbreugel 2014c, p.162-178; Van Cleynenbreugel 2015, p. 275-279.

18 Van Cleynenbreugel 2014c, p. 168.

vergroot worden, evenwel zonder dat de Commissie haar exclusieve bevoegdheden verliest en zonder dat belanghebbenden ontstoken blijven van een doeltreffende voorziening. Hiertoe worden de volgende drie scenario's geschetst:

- i) Correctieve aanpassingen binnen de *status quo*;
- ii) Het zoeken naar nieuwe samenwerkingsmechanismen binnen de bestaande decentralisatiestructuur;
- iii) Verdere decentralisatie van bevoegdheden aan onafhankelijke staatssteunautoriteiten en nationale rechters.

3.2 Scenario I: Correctieve aanpassingen binnen de status quo

Met het oog op de aankomende modernisering (met als eerstvolgende horizonpunt 2026) gaat de Commissie verder met het uitbreiden en verfijnen van vrijstellingscategorieën, het vernieuwen van handhavingsleidraden en verenigbaarheidsrichtsnoeren.¹⁹ Binnen de fundamentele van de huidige vrijstellingsmechanismen kan de Commissie eveneens op grond van het Unierecht correctieve aanpassingen verrichten ter herstel van een aantal onevenwichtigheden.

Zo zou de Commissie een aantal onvermijdelijke aanpassingen kunnen verrichten ten aanzien van het DAEB-Vrijstellingsbesluit, waarbij zij in beginsel geen efficiëntie-voorwaarden meer zou opleggen aan de lidstaten, om zo de werking van artikel 106, lid 2, VWEU te verzekeren. Meer concreet zou dat een aanpassing van de onderdelen 3.5 en 3.6.2 in de DAEB-mededeling en artikel 5, lid 6 in het DAEB-Vrijstellingsbesluit moeten betekenen. Op die manier zouden de parameters van compensatie niet op basis van efficiëntie worden ingevuld. Eveneens kan de Commissie in het DAEB-Vrijstellingsbesluit bepalingen opnemen waarbij de lidstaten in hun besluitvormingsproces ook de toegang van potentiële buitenlandse aanbieders tot openbare diensten meewegen, alvorens zij een aanwijzingsbesluit nemen. Bovendien zou het raadzaam zijn om in het DAEB-Vrijstellingsbesluit – conform artikel 36 van het Handvest van de Grondrechten – een expliciete verplichting op te nemen, inhoudende dat de steunverlening voor DAEB ook een niet-discriminerende toegang van Unieburgers met een verblijfsrecht tot deze diensten inhoudt.

19 Zie Persbericht Europese Commissie, 7 januari 2019, “State aid: Commission to prolong EU State aid rules and launch evaluation”; Europese Commissie, 7 januari 2019, Fitness Check of the 2012 State aid modernisation package, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/fitness_check_en.html. Volgens artikel 59 AGVV loopt de AGVV af op 31 december 2026. Voor deze tijd zal de Commissie naar verwachting met een voorstel komen tot wijziging en/of vervanging van de AGVV. De Wijzigingsverordening van 2023 heeft voor de artikelen 36 t/m 44 AGVV materiële wijzigingen opgenomen, in het kader van milieu- en klimaatsteun in het kader van de Green Deal.

Ten aanzien van de AGVV kan de Commissie bij de herziening van deze verordening in 2026 de 20 werkdagen kennisgevingstermijn van artikel 11 AGVV verlengen tot een redelijke termijn, waardoor lidstaten meer doeltreffende mechanismen voor interbestuurlijk toezicht en bestuurlijk bezwaar op nationaal niveau kunnen organiseren. Vanuit het oogpunt van gelijkwaardigheid zou de Commissie de termijn, conform artikel 4 van de procedureverordening, op twee maanden (40 werkdagen) kunnen bepalen.²⁰ Bovendien zou de Commissie een expliciete reparatiemogelijkheid kunnen opnemen voor kleine gebreken (het toezenden van de verkeerde weblink, kennelijke verschrijvingen en omissies in bedragen, steunintensiteiten en andere data), op voorwaarde dat de nationale autoriteiten van de lidstaten binnen zes maanden na kennisgeving de Commissie hierover inlichten. Dit sluit direct aan op de huidige transparantieplichtingen onder het Unierecht.²¹

Tot slot kan de Commissie in de toekomst, zoals reeds gedaan in 2023, de *de-minimis*drempels ophogen (inmiddels is de reguliere drempel € 300.000) of voorzien van cumulatieve economische en financiële criteria, waaronder nationale en interstatelijke omzet, marktaandeel en winstgevendheid en het aantal afnemers van goederen en diensten uit andere lidstaten.²² Het Hof heeft in haar rechtspraak de *de-minimis*vrijstelling inmiddels als een legitiem handhavinginstrument erkend, in tegenstelling tot de besluitpraktijk van de Commissie over lokale steun.²³ Indien de Commissie in de toekomst de *de-minimis*verordening zorgvuldig blijft ontwerpen in samenspraak met het Adviescomité Staatssteun, is het goed mogelijk dat het Hof overtuigd kan worden van vernieuwde *de-minimis*drempels en -criteria, zolang zij objectief en voorspelbaar zijn. Belangrijk is wel dat op lidstatelijk niveau er doeltreffende structurele toezichtmechanismen bestaan die *de-minimis*steun blijven beoordelen op nationale verbodsnormen inzake mededingingsvervalsingen door de overheid (zie hoofdstuk 5, paragraaf 2.2.4).²⁴ Het aangekondigde EU-register voor *de-minimis*steun is hiertoe een duidelijke aanzet.²⁵

20 Artikel 4 van de Procedureverordening.

21 Deze vallen onder de zogeheten “State Aid Transparency Awarding Module” (TAM). Zie <https://webgate.ec.europa.eu/competition/transparency/public?lang=en>. Zie ook Zondag & Merkus 2018, p. 147-149.

22 Zie Coppens et al 2015, p. 271-279.

23 Zie Hoofdstuk 3, paragraaf 6.

24 Zie Hoofdstuk 5, paragraaf 2.2.4.

25 Om aan de transparantieplichtingen van de *de-minimis*vrijstellingsverordening van 2023 te voldoen, “moet de betrokken lidstaat uiterlijk vanaf 1 januari 2026 volledige informatie over de verleende *de-minimis*steun verstrekken in een centraal register op nationaal of EU-niveau, en controleren of door een nieuwe steunverlening het in deze verordening bepaalde plafond niet wordt overschreden. De Commissie zal op het niveau van de EU een centraal register opzetten dat vanaf 1 januari 2026 door de lidstaten kan worden gebruikt”. Zie overwegingen 29 en 40 en artikel 6 van de *de-minimis*vrijstellingsverordening 2023.

Bovenstaande flexibilisering en verfijning van het staatssteuntoezicht zijn enerzijds noodzakelijk, maar anderzijds bieden zij nog geen volledige oplossing voor de in paragraaf 2 geïdentificeerde juridische knelpunten. Dit correctieve scenario vergroot de verantwoordelijkheden van lidstaten, zonder dat het raakt aan de gemankeerde institutionele *status quo* van de Commissie als exclusieve toezichthouder. Bovendien maakt deze *status quo* de nationale autoriteiten en nationale rechters van de lidstaten weliswaar verantwoordelijk, maar tegelijkertijd lost dit scenario de geïdentificeerde knelpunten niet op. Daarmee zijn het tijdelijke oplossingen die de rechtszekerheid en transparantie van het leeuwendeel van de steunmaatregelen in de Unie niet vergroten. Dit *status quo*-scenario blijft zo een “kastje-naar-de-muur”-benadering die fundamentele juridische knelpunten uit de weggaat omwille van beleidsmatige keuzes.

3.3 Scenario II: Samenwerkingsmechanismen zoeken binnen bestaande decentralisaties

3.3.1 *Bestaande versus nieuwe bevoegdheden*

Meerdere auteurs hebben de praktische handhavingsproblemen in het staatssteunrecht aangekaart en geconcludeerd dat een verdere decentralisatie van bevoegdheden noodzakelijk is om een doeltreffend staatssteuntoezicht te garanderen.²⁶ Fiedziuk heeft een delegatie van verenigbaarheidsbevoegdheden ten aanzien van DAEB-steunmaatregelen aan nationale staatssteunautoriteiten voorgesteld op grond van de artikelen 106, lid 3 en 109 VWEU.²⁷ Parret spreekt over de noodzaak tot verenigbaarheidsverklaringen door de nationale rechter en ziet hiertoe geen andere mogelijkheid dan een verdragswijziging van de artikelen 107 en 108 VWEU.²⁸ Echter, voordat de vraag gesteld wordt welke constitutieve bevoegdheden er zouden moeten komen, dient de vraag beantwoord te worden of nationale actoren reeds kunnen handhaven binnen de contouren van het bestaande stelsel van gedecentraliseerde bevoegdheden.²⁹

Het meergelaagde staatssteuntoezicht berust thans op secundair Unierecht in de vorm van de procedureverordening, de machtigingsverordeningen, de verordeningen en besluiten die groepsvrijstellingen regelen en de hier aan verbonden handhavingsleidraden.³⁰ De samenwerkingsprocedures worden in dit secundaire rechtskader ingevuld door de beginselen van behoorlijk bestuur, doeltreffendheid, loyale samenwerking, evenredig-

26 Zie Nicolaidis 2008, p. 552-568.

27 Fiedziuk 2013.

28 Zie ook Parret 2017, p. 5-16.

29 Mendes 2018, p. 75-100.

30 Zie paragraaf 2.4.4 en 3.2.

heid en transparantie. Bovendien komt samenwerking, in de vorm van coördinatiernetwerken met toezichthoudende autoriteiten, *amicus curiae* – interventies van de grond door wederzijds vertrouwen, vergelijkbaar met het ECN.³¹ De randvoorwaarden van deze secundaire regelgeving – en de hieruit voortvloeiende samenwerkingsmechanismen – moeten beschouwd worden als een vorm van delegatie van onderzoeks – en handhavingsbevoegdheden aan nationale autoriteiten en nationale rechters.³² Daarmee heeft de Commissie een exclusieve bevoegdheid niet afgestaan ten aanzien van het toezicht op de groepsvrijstellingen, maar gedeeld met de lidstaten. De teksten van de machtigingsverordening en de groepsvrijstellingen zijn hier duidelijk: de lidstaten beoordelen de verenigbaarheid en moeten dit doen binnen de randvoorwaarden die de Commissie heeft opgesteld.³³ Het “vermoedelijkheids criterium” van het Hof werpt hier een onnodige drempel op voor de uitoefening van een rechtmatige bevoegdheid door de lidstaten, in het bijzonder ten aanzien van de nationale rechter.

3.3.2 *Bestaande bestuurlijke toezichtsmechanismen voor doeltreffend en gelijkwaardig staatssteuntoezicht*

In de vorige paragraaf is een stelsel van terzijdestelling voorgesteld tussen de Commissie en de nationale rechter in het kader van onderzoeken naar de verenigbaarheid. Dit stelsel is ook verkend ten aanzien van samenwerking op grond van vrijstellingscategorieën tussen de Commissie en het Adviescomité Staatssteun. Deze meergelaagde handhavingsstructuur moet volledig berusten op de beginselen van loyale samenwerking, gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.³⁴ Dat betekent dat de rechten die partijen aan het beschermingsbereik van de groepsvrijstellingen ontlenu niet ongunstiger mogen uitpakken in een bezwaar- of beroepsprocedure op nationaal niveau, in vergelijking tot de administratieve beoordeling door de Commissie en de rechtsbescherming die hiertegen openstaat. Bovendien mag de uitoefening van de rechten op grond van de groepsvrijstellingen niet in de praktijk bemoeilijkt worden: noch door nationale overheden, nationale rechters, maar ook niet door de Commissie en het Hof. Dit volgt uit het beginsel van loyale samenwerking.³⁵

In het bestaande gedecentraliseerde handhavingsstelsel zijn de lidstaten gehouden om “doeltreffende nationale systemen” op te zetten voor de coördinatie en handhaving van de groepsvrijstellingen en voor de private handhaving.³⁶ In de meeste lidstaten bestaat een vorm van staatssteuncoör-

31 Van Cleynenbreugel 2014, p. 169; Scott 2017, p. 354-365; Negenman 2011, p. 621.

32 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

33 Zie Fiedziuk 2013, p. 105.

34 Van Cleynenbreugel 2016, p. 77.

35 Zie HvJ EU, 29 juli 2019, C-620/17, *Hochtief Solutions*, r.o. 45.

36 Mededeling modernisering 2012, punt 21.

dinatie die doorgaans middels een interbestuurlijk netwerk bij een nationale coördinator is ingericht.³⁷ In Nederland ligt deze coördinatie bij het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat in het kader van het Interdepartementaal Staatssteunoverleg. Binnen dat verband coördineert het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties staatssteunprocedures van gemeenten en provincies. In België is het staatssteuntoezicht verdeeld volgens de gewestelijke en federale bevoegdheden, maar eerbiedigt het – net zoals in Nederland – de gemeentelijke en provinciale autonomie.³⁸ Los van de nationale overheid hebben sommige lidstaten specifieke staatssteununits binnen de nationale mededingingsautoriteiten opgezet. Dit geldt met name voor lidstaten die voor toetreding op 1 mei 2004 verplicht een staatssteunautoriteit moesten oprichten op grond van het *acquis communautaire*.³⁹ Het staatssteuntoezicht wordt vervolgens ingevuld volgens de procedurele autonomie van de lidstaten – in overeenstemming met de procedurele en materiële rechtskaders van de Commissie.⁴⁰

In Nederland is een lange discussie gevoerd over het scheppen van aanvullende nationale handavings- en toezichtmechanismen in het staatssteunrecht.⁴¹ Goede voorbeelden vormen de Wet Terugvordering Staatssteun en de invulling van het belanghebbende-criterium op grond van de procedureverordening in het Nederlandse bestuursprocesrecht ten aanzien van particulieren die zich beroepen op de artikelen 107, lid 1, jo. artikel 108, lid 3, VWEU.⁴² In dat kader speelt de discussie of het relativiteitsvereiste, als *Schutz*-norm, voorziet in een doeltreffende en gelijkwaardige voorziening voor de nationale rechter.⁴³

Maar ook ten aanzien van schendingen van de *Grund*-normen van artikel 107, lid 1, VWEU, artikel 108, lid 3, VWEU en de groeps- en de-minimis-vrijstellingen bestaan er in Nederland (interbestuurlijke) handavingsmechanismen, waaronder het bijzonder toezicht onder de Wet Naleving Europees Recht Publieke Entiteiten (hierna: Wet Nerpe).⁴⁴ Op grond van deze wet kan de Minister van Binnenlandse Zaken gemeenten en provincies

37 Zie Negenman 2011, p. 621. Zie ook Buts et al 2013, p. 330-340.

38 Buts, De Cock, Joris en Nicolaidis, P. (2021). 'Studie Staatssteun in het beleidsdomein wonen'. Vrije Universiteit Brussel.

39 Zie Nicolaidis 2008.

40 Zo heeft Hongarije een sterk centralistisch staatssteuntoezicht dat bij het ministerie van Financiën is geconcentreerd en bindende adviezen geeft aan andere overheden, zie Staviczky 2015; Denemarken heeft met haar staatssteunautoriteit een soortgelijk centralistisch toezicht, met onderzoekende bevoegdheden, maar heeft meer een adviserende rol in vergelijking met Hongarije, zie Olesen 2012, p. 557-559, Negenman 2011, p. 624

41 Zie Adriaanse & Den Ouden 2009, p. 15-26; Van Haersolte 2018; Metselaar 2016, p. 511-534; Adriaanse & Den Ouden 2011, p. 15-26; Adriaanse 2011, p. 13-21; Corhaut et.al; Derenne 2012, p. 469-470; De Cock 2018, p. 1362-1383.

42 Zie Adriaanse & Den Ouden 2009, p. 15-26; Van Haersolte 2018.

43 Zie Langer et al 2016 p. 1169; Dictus & De Wit 2019.

44 Zie Kuipers 2013-1, p. 4-7; Van den Tweel 2010, p. 250.

een aanwijzing geven om aan hun rechtsplicht volgens het Unierecht te voldoen.⁴⁵ Daarnaast hebben zowel Nederland als Denemarken in hun Mededingingswet bepalingen opgenomen die bevoordeling van (overheids-)bedrijven onder de *de-minimis*drempels sanctioneren.⁴⁶ In beide gevallen houden nationale mededingingsautoriteiten toezicht op hun medeoverheden bij het aangaan van economische transacties op de nationale markt. Aan het interbestuurlijke handhavingsvraagstuk inzake “*quis custodiet ipsos custodes?*” wordt dus reeds met bestaande toezichtmechanismen door de lidstaten beantwoord.⁴⁷ In het geval van conflicten met de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie op het gebied van staatssteun, hebben mededingingsautoriteiten zichzelf onbevoegd verklaard en vervolgens voorrang verleend aan de onderzoeken van de Commissie.⁴⁸ Ook in de staatssteunhandhaving hebben nationale mededingingsautoriteiten de Commissie ondersteund door sectorspecifieke marktonderzoeken te verrichten en feitenonderzoek te doen ten bate van de economische analyses van de Commissie.⁴⁹ Het huidige meervoudige toezichtstelsel sluit niet uit dat lidstaten staatssteunautoriteiten een meer adviserende rol geven bij de toepassing en handhaving van de groepsvrijstellingen. In Nederland vervult het Kenniscentrum Europa Decentraal bijvoorbeeld een informerende rol ten aanzien van decentrale overheden, en ook in andere lidstaten bestaan er dergelijke bakens die gericht zijn op het versterken van compliance onder overheden.⁵⁰

3.4 Scenario III: Verdere decentralisaties van bevoegdheden aan onafhankelijke staatssteunautoriteiten en nationale rechters

3.4.1 *Quis custodiet ipsos custodes?*

Artikel 109 VWEU maakt het mogelijk dat de Raad, op voorstel van de Commissie, wetgevende acties onderneemt ter verdere decentralisatie van het meervoudige staatssteuntoezicht. De lidstaten kunnen in het kader van de vrijstellingscategorieën van de machtigingsverordening (zie hoofdstuk 5, paragraaf 2.4.1) de bevoegdheid krijgen om te besluiten over de verenig-

45 Zie Kamerstukken II 2009/1032157, nr. 3, paragraaf 2.2. Hessel 2010, p. 233.

46 Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid), Stb. 2011, 16. Gaasbeek et al 2018, p. 11-17 Zie Wegener Jessen 2011, p.67.

47 Juvenalis, *Satire VI*, regel 347 (Vrij vertaald uit het Latijn: “Maar wie bewaakt de wachters?”). Zie Van Gestel & Van Golen 2014, p. 764-770.

48 Zie Gaasbeek et al 2018, p.11. Wegener Jessen 2011, p. 67.

49 Zie Buts et al 2013, p. 330-340.

50 Zie bijvoorbeeld de Zweedse Mededingings- en Aanbestedingsautoriteit (*Upphandlingsmyndigheten*).

baarheid van staatssteun voor algemene belangencategorieën. Ten aanzien van DAEB kan de Commissie ook specifiek kiezen voor de rechtsbasis van artikel 106, lid 3, VWEU, waarop het DAEB-Vrijstellingsbesluit berust.⁵¹ Daarnaast biedt artikel 14 VWEU de Commissie ook de mogelijkheid om door middel van de gewone wetgevingsprocedure een verordening aan te laten nemen door de Raad en het Europees Parlement.⁵²

In de machtigingsverordening kan bepaald worden dat lidstaten een onafhankelijke staatssteunautoriteit moeten oprichten die ten aanzien van de vrijstellingen besluiten kan nemen tot verenigbaarheid. Tegen deze besluiten moet rechtsbescherming openstaan bij de nationale rechter, die eveneens bevoegd moet zijn om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van de vrijgestelde steuncategorieën.

In 2012 werd deze benadering nog als onwenselijk gezien door de Commissie omdat de lidstaten mogelijk als slagers zouden optreden die hun eigen vlees keuren. Anno 2023 is er, door de decentralisatie van toezichtsverantwoordelijkheid, een noodzaak om de gedecentraliseerde bevoegdheidsuitoefeningen te optimaliseren door deze expliciet vast te leggen in de machtigingsverordening en in de procedureverordening. Zo heeft Nicolaidis al eerder aangevoerd dat lidstaten een zelfstandig belang hebben bij een doeltreffend staatssteuntoezicht.⁵³ Hij heeft inzichtelijk gemaakt dat de staatssteunautoriteiten- en coördinatie-netwerken uit de lidstaten in beginsel succesvol functioneren en bovenal loyaal samenwerken met de Commissie, zeker waar het gaat om het opzetten van compliance structuren voor de toepassing van de groepsvrijstellingen.⁵⁴ Zijn pleidooi voor een graduele decentralisatie van staatssteuntoezicht blijft overtuigend, omdat lidstaten gelet op de politiek-maatschappelijke dimensie van staatssteun een eigenstandig belang hebben bij de rechtmatigheid van “goede” staatssteunverleningen.⁵⁵

Desondanks moet een stelsel van graduele decentralisatie van Commissie-bevoegdheden altijd doorgelicht worden in het kader van het “*quis custodiet ipsos custodes?*” – vraagstuk.⁵⁶ Dit vraagstuk kan wettelijk opgelost worden door samenwerkingsmechanismen in te richten volgens de beginselen van *pre-emption* (terzijdestelling), gelijke behandeling, non-discriminatie, evenredigheid en transparantie.

51 Zie Fiedziuk 2013.

52 Dawson & De Witte 2014, p. 964. Gezien de diversiteit van DAEB-omschrijvingen een verder de harmonisatie van dit begrip op grond van de wetgevingsroute van artikel 14 VWEU zeer onwaarschijnlijk (Zie Hoofdstuk 1)

53 Nicolaidis 2008, p. 553.

54 *Idem*, p. 566-568.

55 Zie de inleiding van dit proefschrift, paragraaf 4.2.

56 Van Gestel & Van Golen 2014, p. 764-770.

3.4.2 Bestaande proeftuinen voor nieuwe handhavingsbevoegdheden

De huidige samenwerkingsverbanden die de Unie op het gebied van staatssteuntoezicht heeft ontworpen met externe partnerschappen bieden hier uitkomst. Zo bestaat er in het kader van gedeeld staatssteuntoezicht in de EER een intensieve samenwerking met de onafhankelijk toezichtautoriteit van de EVA.⁵⁷ De EVA-toezichtautoriteit handhaaft de naleving van de primaire en secundaire staatssteunregels in Noorwegen, IJsland en Liechtenstein en heeft zijn toezichtmechanismen volledig ingericht op een loyale samenwerking door de voorgeschreven Commissiestandaarden te handhaven.⁵⁸ In overeenstemming met de procedureverordening heeft de EVA-toezichthouder gelijkwaardige bevoegdheden als die van de Commissie.⁵⁹ Om een uniforme uitleg, toepassing en handhaving te garanderen zijn de volgende samenwerkingsmechanismen van toepassing:

- 1) Uitwisseling van informatie tussen de EVA en de Commissie over handhavingsbeleid en toepassingspraktijk;
- 2) Inzage in staatssteundossiers en de mogelijkheid tot het maken van opmerkingen in procedures;
- 3) De toezichthoudende autoriteiten van de Unie en de EVA stellen elkaar op de hoogte van alle besluiten zodra deze genomen zijn;
- 4) Openbaarheid van besluiten van deze autoriteiten en;
- 5) Het verstrekken van inlichtingen tussen de toezichthouders op vertrouwelijke basis.⁶⁰

Op grond van artikel 62 EER kunnen beide toezichthouders onderzoeken naar staatssteun en de verenigbaarheid van staatssteun verrichten. In beginsel onderzoekt de EVA-toezichthoudende autoriteit de EVA-lidstaten en de Commissie de EU-lidstaten, maar in het geval van een gemengde betrokkenheid van lidstaten maken beide toezichthouders handhavingsafspraken op maat. Zo kunnen de Commissie en EVA zelfstandig onderzoek in EER starten, maar regelt een mechanisme van terzijdestelling welke toezichthouder een onderzoek instelt.⁶¹

Ook in internationale economische samenwerkingsverbanden buiten de EER, namelijk die tussen de Unie en het Verenigd Koninkrijk, is overeengekomen dat er een vorm van samenwerking moet plaatshebben op

57 Hjelmtvedt 2017, p. 60-71.

58 Fløistad 2018, p. 241-263.

59 Protocol 26, Besluit van het Gemengd Comité van de EER, nr. 164/2001, 11 december 2001.

60 Protocol nr. 26 bij de EER-Overeenkomst en Besluit van het Gemengd Comité van de EER, nr. 164/2001, 11 december 2001.

Zie artikel 62, lid 2, EER-Overeenkomst en protocol nr. 27 bij de EER-overeenkomst inzake de samenwerking op het gebied van staatssteun.

61 *Idem*.

staatssteun in de Unie en in het Verenigd Koninkrijk.⁶² Ten aanzien van het aanvankelijke “Chequers”-voorstel van het Verenigd Koninkrijk heeft de Unie de oprichting van een autoriteit die als slager zijn eigen vlees keurt, verworpen en het Verenigd Koninkrijk verplicht om een onafhankelijke toezichthouder op te richten die opereert binnen de secundaire staatssteunregels van de Unie.⁶³ In het Terugtrekkingsakkoord van het Verenigd Koninkrijk uit de Unie (hierna: TA) heeft de Commissie, volgens de onderhandelingsrichtsnoeren van de Europese Raad, een op maat gesneden mechanisme ontworpen voor meervoudig staatssteuntoezicht.⁶⁴ Artikel 9 annex TA richt een onafhankelijke en onpartijdige autoriteit op, die gevrijwaard is van politieke of andere externe beïnvloeding. De bevoegdheden van deze onafhankelijke autoriteit zijn gelijkwaardig aan die van de Commissie krachtens het primaire en secundaire recht van de Unie, waaronder de groepsvrijstellingen. Zo hebben “de besluiten van de onafhankelijke autoriteit met betrekking tot en in het Verenigd Koninkrijk dezelfde rechtsgevolgen als die welke vergelijkbare besluiten van de Europese Commissie in overeenstemming met de bepalingen inzake het staatssteunrecht van de Unie.”⁶⁵ Vergelijkbaar aan de samenwerkingsconstellatie met de EVA-toezichthouder voorziet artikel 10 annex TA in samenwerkingsmechanismen met een onafhankelijke toezichtautoriteit op het gebied van:

- 1) Informatie- en standpuntuitwisseling bij de toepassing en handhaving van het staatssteunrecht;
- 2) Onderlinge (vertrouwelijke) afstemming van handhavingzaken;
- 3) Wanneer de onafhankelijke autoriteit een formele onderzoeksprocedure inleidt, geeft hij kennis van dat besluit aan de Commissie. De Commissie wordt in de gelegenheid gesteld opmerkingen te maken met inachtneming van de toepasselijke termijnen van de procedureverordening;
- 4) De onafhankelijke autoriteit raadpleegt de Commissie over alle ontwerpbesluiten die zij voornemens is te nemen. De Europese Commissie heeft tot 3 maanden om haar advies mee te delen en de onafhankelijke autoriteit houdt zo veel mogelijk rekening met dat advies alvorens een besluit te nemen.⁶⁶

In artikel 10 annex TA komt het beginsel van terzijdestelling duidelijk naar voren. De onafhankelijke autoriteit beschikt over gelijkwaardige

62 Buendia Sierra 2016, p. 331-333.

63 Zie de bespreking van het “Chequersplan” door Biondi & De Cock 2018, p. 565-569. Deze onafhankelijke autoriteit zou moeten worden op gezet binnen de Competition and Markets Authority. Tomlinson & Lovdahl Gormsen 2018, p. 248.

64 Akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (PbEU 2019 C 384 I). Zie ook Richtsnoeren Europese Raad, punt 12. Zie de artikelen 7-12 TA. Zie ook Van den Bogaert & Cuyvers 2019, p. 1388-1397.

65 Artikel 9, lid 3 annex TA.

66 Verouden & Ibanez Colomo 2018.

onderzoeksbevoegdheden, maar is verplicht de Commissie, in het kader van het goede verloop van procedures, te informeren en consulteren bij de allocatie van zaken. Vervolgens biedt artikel 11 annex TA waarborgen voor effectieve rechtsbescherming. Daartoe is de nationale rechter bevoegd en verplicht om de naleving door de overheden van het VK op grond van de van artikel 108, lid 3, VWEU te toetsen. Wanneer een Britse overheid steun zonder goedkeuring van de onafhankelijke autoriteit heeft verleend of besluiten van de onafhankelijke autoriteit niet naleeft⁶⁷, dan dient de nationale rechter handhavend op te treden, door sancties op te leggen die gelijkstaan aan de sancties in de procedureverordening.⁶⁸ Voorts is volgens artikel 11 annex TA de nationale rechter ook bevoegd om uitspraak te doen over een beroep wegens het nalaten te handelen door de onafhankelijke autoriteit. De nationale rechter kan hiertoe een bevel tot handhaving geven. Ook kan de nationale rechter uitspraak doen over particuliere schadeclaims en schadevergoeding toe te kennen.

Op grond van het Unierecht is de nationale rechter reeds bevoegd de *standstill*-clausule te handhaven, en hier sancties aan te verbinden die in lijn zijn met remedies uit de procedureverordening (zoals opschorting en terugvordering) en eveneens te oordelen over schadeclaims.⁶⁹ Een *novum* is echter dat volgens de TA-mechanismen de nationale rechter rechtsbescherming biedt tegen handhavingsbesluiten (en het nalaten tot handelen) van een onafhankelijke staatssteunautoriteit. Eveneens is nieuw dat de Commissie te allen tijde zich als partij kan voegen in zaken voor de nationale rechter die de naleving en handhaving van een nationale staatssteuntoezichthouder betreffen.⁷⁰

Hoewel het akkoord gericht is op de samenwerking tussen een uitredende lidstaat en de Unie, betekent dit niet dat de voorgestelde staatssteunmechanismen niet relevant zijn voor de 27 lidstaten die in de Unie blijven.⁷¹ De concrete mechanismen zijn door de Commissie ontworpen en door de Europese Raad goedgekeurd. Zij bieden een potentieel wettelijk kader voor gedecentraliseerd staatssteuntoezicht in de Unie. Indachtig dat 27 lidstaten

67 Du Parc Braham en Marsden 2023, p. 381-388.

68 Artikel 11, lid 1 sub a en b annex TA.

69 Zie artikel 11, lid 1 e) annex TA; Op grond van artikel 127, lid 1, TA was het Verenigd Koninkrijk verplicht om gedurende de overgangsperiode (effectief tot 9 juli 2022) om het Unierecht (inclusief besluiten van de Commissie) uit te voeren. Het Hof heeft op 14 maart 2024 geoordeeld dat het *Supreme Court* van het Verenigd Koninkrijk, wegens een niet-naleving van de staatssteunbepaling van artikel 108, lid 3, VWEU en artikel 127, lid 1, TA (overgangsrecht van de Unie ten aanzien van en in het Verenigd Koninkrijk en de Unie) het beginsel van loyale samenwerking heeft geschonden (in een uitspraak van het *Supreme Court* van 19 februari 2020), door een besluit van de Commissie inzake de opschorting van de uitvoering van steun te negeren (zie voetnoot 42 (p.256)); Zie HvJ EU 14 maart 2024, C 516/22, *Commissie t Verenigd Koninkrijk*, r.o. 159, 163, 171-172.

70 Artikel 11, lid 2 annex TA.

71 Walker 2019.

namens hun regering akkoord zijn gegaan, kunnen de bepalingen vervat in de artikelen 9 t/m 11 annex TA als gemeenschappelijke grond worden beschouwd voor meervoudig gedecentraliseerd staatssteuntoezicht. Deze bepalingen bieden een conceptakkoord tussen de lidstaten en de Commissie om dit toezicht doeltreffender te maken en te voorzien van minimumvoorwaarden voor effectieve rechtsbescherming. Nadere verfijningen kunnen door de Commissie afgeleid worden uit haar ervaringen met de toepassing van Verordening 1/2003.⁷² In het bijzonder zou een bepaling over de allocatie van zaken ex artikel 14, lid 7 van Verordening 1/2003 en een bepaling over het blokkerend effect van terzijdestelling conform artikel 11 lid 6 van Verordening 1/2003 hier aan bijdragen.⁷³ De vraag is echter of de Uniewetgever even royaal wil zijn richting haar loyale 27 lidstaten, als naar het Verenigd Koninkrijk, door de staatssteunautoriteiten en nationale rechters bevoegdheden toe te staan om de verenigbaarheid van steun te beoordelen. Gezien de bestaande coördinatiefuncties tussen de lidstaten en de Commissie zou de bovenstaande “Brexit-proeftuin” voorsnog alleen betrekking dienen te hebben op de gedeelde handhaving van de groepsvrijstellingen.

4 AANBEVELINGEN VOOR DOELTREFFENDE SAMENWERKINGSMECHANISMEN OP HET GEBIED VAN BESTUURLIJK TOEZICHT EN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

4.1 Het Hof kan een rechtstreekse werking toekennen aan artikel 107, lid 1, VWEU

De nationale rechter is binnen de huidige bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten de aangewezen instantie om op nationaal niveau de primaire en secundaire staatssteunregels te handhaven op verzoek van rechtszoekenden. De nationale rechter heeft een aanvullende, maar zeker niet ondergeschikte taak ten aanzien van de Commissie. Niet langer moet hij eerst de vraag stellen of de Commissie een aanmelding heeft ontvangen, maar dient hij eerst nagaan of de steun onder een gedecentraliseerd vrijstellingskader valt. Het openbare staatssteunregister van de Commissie maakt bijvoorbeeld elke toepassing van de AGVV door lidstaten inzichtelijk. Voor de rechtmatigheidsbeoordeling op staatssteun is daarom de zelfstandige toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU het vertrekpunt in het stelsel van meergelaagde staatssteuntoezicht. Nu zijn de toepassingen van artikel 107, lid 1, VWEU en artikel 108, lid 3, VWEU nauw met elkaar verbonden, maar heeft de Commissie met de groepsvrijstellingen voorzien in rechtskaders die afwijken van de *standstill*-procedure. De toepassing van de groepsvrijstellingen veronderstelt dat de nationale rechter eerst controleert of het

⁷² Pace 2015, p. 247.

⁷³ Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

secundaire staatssteunrecht door de lidstaten correct is toegepast, alvorens hij de Commissie betreft op grond van de rechtstreeks werkende bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU. Daarom zou het toekennen van een rechtstreekse werking aan artikel 107, lid 1, VWEU van aanvullende waarde zijn. Bovendien zou deze daad de huidige handhavingssituatie erkennen, en de rechtsbeschermingsfunctie van de nationale rechter te vergroten. *De jure* bekrachtigt het Hof zo een praktijk die *de facto* al zijn ingang heeft gevonden in de nationale rechtsorde.⁷⁴

In dit gedecentraliseerde handhavingssysteem is het wenselijk dat het Hof daarom nadere keuzes maakt voor het verzekeren van een doeltreffende rechtsvoorziening op nationaal niveau. Het Hof heeft in haar rechtspraak onderkend dat staatssteun naast een verbodsnorm om ongeautoriseerde staatssteun te verlenen ook een gebodsnorm inhoudt ten aanzien van de gelijke behandelingen van ondernemingen (en tot op zekere hoogte ook van burgers) die gelijke toegangsrechten ontleen aan de steunmaatregelen. Bezien vanuit de *Defrenne*-benadering van het Hof over de rechtstreekse werking van gebodsnormen hebben de lidstaten op grond van artikel 107, lid 1, VWEU een plicht tot gelijke behandeling en eveneens een transparantieplicht. Daarmee is de kern van deze verdragsbepaling voldoende duidelijk. Omdat artikel 107, lid 1, VWEU eveneens een onvoorwaardelijke en objectieve verbodsnorm beoogt, kan het Hof oordelen dat anno 2020, op grond van de *Van Gend en Loos*- en *Defrenne*-randvoorwaarden, rechtstreekse werking heeft.⁷⁵

Echter, zolang er dubbele en afwijkende toepassingsstandaarden bestaan kan een dergelijke lezing van artikel 107, lid 1, VWEU nog in twijfel getrokken worden. Daarom moet deze aanbeveling om aan artikel 107, lid 1, VWEU rechtstreekse werking toe te kennen in samenhang gelezen worden met de aanbeveling in paragraaf 4.2. om de bestaande afwijkingen op het objectieve staatssteunbegrip op te heffen.

Zolang artikel 107, lid 1, VWEU geen rechtstreekse werking heeft, kan de indruk bij rechtszoekenden blijven bestaan dat primair de Commissie het staatssteunbegrip kan toepassen en zou de private staatssteunhandhaving de terugtrek van de Commissie ten aanzien van kleinere zaken zeer waarschijnlijk niet compenseren.⁷⁶ In dit onderzoek naar de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU zijn voldoende uitspraken van nationale rechters gesignaleerd die evidente schending van artikel 107, lid 1, VWEU negeerden

74 Van Cleynenbreugel 2014c, p. 168.

75 HvJ EG, 5 februari 1964, C-26/62, *Van Gend en Loos*; HvJ EG, 8 April 1976, C-43-75, *Gabrielle Defrenne*.

76 Zie over deze terugtrek Metselaar 2016, zie stelling 1, zie ook p. 251, 369, 397-398. Zie ook De Cock 2023, p.279.

of doorschoven ter beoordeling van de Commissie.⁷⁷ Een rechtstreekse werking van deze bepaling vergroot het beschermingsbereik van deze bepaling in de nationale rechtsorde en geeft een signaal af aan rechtzoekenden dat nationale rechters de staatssteuntoepassing van steunverlenende overheden afdoende op rechtmatigheid kunnen controleren.

4.2 Het Hof zou de afwijkende toepassingstandaarden kunnen evalueren en beëindigen

Gezien de ontwikkelingen is het wenselijk dat het Hof een toekomstige toepassing van uitspraak *Marinvest*, omwille van rechtszekerheid en doeltreffendheid ten principale als onrechtmatig beoordeelt.⁷⁸ Daarmee kan het Hof ook de leidraad over lokale steun en de bepalingen in de mededeling over een grensoverschrijdend effect nietig verklaren. Het Hof kan op grond van haar bevoegdheid van artikel 19 VEU deze constitutionele ongemakkelijkheden beëindigen en oordelen dat deze leidraden in strijd zijn met Unierecht.

Ook de huidige doelbenadering van de Commissie ten aanzien van de werking van artikel 107, lid 1, VWEU en de maatschappelijke impact van sport (neergelegd in artikel 165 VWEU) geldt als een beleid dat handhaving en toepassingsverplichtingen vermengt. Deze benadering kan in de toekomst leiden tot een glijdende schaal, wanneer de lidstaten rechtstreeks Uniedoelstellingen zoals sport (*ex* artikel 165 VWEU) inroepen, maar ook andere Verdragsdoelstellingen zoals sociale cohesie (artikel 174 VWEU), cultuur (artikel 167 VWEU), volksgezondheid (artikel 168 VWEU) – om onder de werking van artikel 107, lid 1 VWEU uit te komen. Hierdoor wordt het onderscheid tussen de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase vervaagd. Omdat de niet-economische, maatschappelijke doelstellingen van artikel 165 VWEU legitieme belangen vormen, legitimeert de Commissie staatssteun *de facto* in sommige gevallen. Het Hof kan alleen maar aangeemoedigd worden om te blijven volharden in het standpunt dat dergelijke benaderingen niet toegestaan zijn op grond van artikel 107, lid 1 VWEU. De Commissie heeft immers niet de discretie om één van de criteria van deze bepaling buiten toepassing te laten.⁷⁹ Bovendien zou een dergelijke toepassing te onnauwkeurig en te specifiek zijn om consistent toegepast te kunnen worden door voor het Hof.⁸⁰

77 Zie de paragrafen 2.3 en 3.3. Zie ook hoofdstukken 1, 3, 4.

78 Er is geen hogere voorziening ingevoerd door betrokken partijen en andere lidstaten in de zaak *Marinvest*.

79 HvJ EU, 6 maart 2008, gevoegde zaken C-287/06, C-288/06 en C-291/06, *Deutsche Post t Duitsland*.

80 Van Cleynenbreugel 2014a, pp. 1381-1435; Hatzopoulos 2013, p. 459-501.

Het Hof moet er ook over waken dat de materiële selectiviteitstoepassing niet verder gaat dan een controle op gelijke behandeling en evenredigheid van algemeen beleid en zich niet ontwikkelt tot een verkapte verenigbaarheidstoets doorheen artikel 107, lid 1, VWEU. Het Hof zou bovendien haar *ANGED*-benadering kunnen heroverwegen. Deze benadering van het Hof verplicht de nationale rechter namelijk om op grond van de materiële selectiviteitstoepassing een samenloop van verschillende dwingende redenen af te zetten tegen de belangen van het economisch verkeer op een wezenlijk deel van de interne markt. De objectieve rechtvaardigingen die het Hof heeft toegestaan in *Hansestadt Lübeck* en *Eventech* begeven zich eveneens op het snijvlak van een verbodstoepassing en een verenigbaarheidstoepassing, net zoals het geval is bij de *Altmark*-toepassing.⁸¹

Deze materiële belangenafweging kan de rechter volgens het Unierecht niet maken op grond van artikel 107, lid 1 VWEU, omdat hij in wezen geacht wordt een verenigbaarheidstoepassing te verrichten. Indien de materiële selectiviteitsbeoordeling door de nationale rechter op objectieve rechtvaardigingen verder gaat dan de controle op objectieve criteria van een algemene regeling, dan maakt hij een inbreuk op de bevoegdheden van de Commissie en handelt hij in strijd met het Unierecht. Als hij geacht wordt zich uit te spreken over de rechtvaardiging van sturend overheidsingrijpen op de markt – zoals het compenseren van concurrentienadelen in *ANGED* dan zouden lidstaten het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU en de *standstill*-clausule van artikel 108, lid 3, VWEU kunnen omzeilen.⁸² Een dergelijke materiële belangenafweging tussen een legitieme rechtvaardigingsgrond en de daadwerkelijke gevolgen voor de marktpositie van een bevoordeelde onderneming zou de vergelijkingstest – en daarmee het toepassingsbereik van het staatssteunverbod – ondermijnen. Deze test is namelijk bedoeld om staatssteun op te sporen en niet om staatssteun goed te keuren. Die beoordeling is gereserveerd voor de Verdragsuitzonderingen van artikel 107, lid 3, VWEU en artikel 106, lid 2, VWEU en voor de beoordeling onder de groepsvrijstellingen.⁸³

Het *Altmark*-arrest geeft de meest tegenstrijdige en dubbelzinnige rechtsregel binnen het toepassingsbereik van artikel 107, lid 1, VWEU. Als afwijking op artikel 107, lid 1, VWEU is de *Altmark*-toepassing niet ordenend, onduidelijk en een moeilijk voorspelbare rechtsregel. De belangrijkste oorzaak is dat de *Altmark*-toepassing in strijd is met de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU. De *Altmark*-toepassing ontbeert een objectieve standaard voor het beoordelen van normale marktomstandigheden voor DAEB-beheerders. Daarbij raakt deze toepassing in het bijzonder aan het

81 Zie Hoofdstuk 4, paragrafen 4.2.1 en 4.2.3.

82 Zie HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*. Zie ook Hoofdstuk 2, paragraaf 5.2.2.

83 Nicolaidis 2021, p. 39-42.

gelijkheidsbeginsel. Bovendien perkt de *Altmark*-doctrine de discretie die de nationale rechter ontleent aan de rechtstreekse werking van artikel 106, lid 2, VWEU in. Het Hof dient te overwegen dat het niet op deze weg kan blijven doorredeneren en kan daarbij omwille van de rechtszekerheid – en vanwege deze knelpunten – de compensatiebenadering van *Altmark* het beste doen beëindigen.

De aaneenschakeling van algemene belangenafwegingen die de bovenstaande afwijkende toepassingstandaarden beogen te beschermen moeten in de verenigbaarheidsfase aan bod komen. Daarom verdient het de voorkeur dat de Commissie en het Hof de algemene belangenexcepties niet toepassen binnen het ordenende rechtskader van artikel 107, lid 1, VWEU maar toestaan in het sturende rechtskader van de groepsvrijstellingen. De algemene belangen van het MKB, lokaal en regionaal investeringsbeleid, sport, sociale cohesie, cultuur, volksgezondheid, milieu, vervoer en DAEB waar de bovenstaande toepassingen op betrekking hebben, komen al tot uiting in het op maat gesneden vrijstellingskader van het secundaire staatssteunrecht.

4.3 Terzijdestelling kan als juridisch instrument toegepast worden voor de bevoegdheidsuitoefening door de Commissie en de nationale rechter

Het Hof kan in haar toekomstige rechtspraak verduidelijken dat bij de toepassing van de AGVV juist de bevoegdheidsuitoefening niet definitief is. Het Hof moet nationale rechters instrueren dat de verenigbaarheidsbeoordeling die de rechter verricht in beginsel een formele rechtskracht zal krijgen, wanneer deze verricht is volgens de voorwaarden van de groepsvrijstellingen, procedureregels en de Machtigingsverordening. Het Hof kan dit doen door het beginsel van terzijdestelling (*pre-emption*) toe te passen in het geval van bevoegdheidsconflicten tussen de Commissie en nationale rechters.

Ten eerste kan ten aanzien van de allocatie van zaken het beginsel van terzijdestelling orde op zaken brengen. Vergelijkbaar aan de rechtspraak over bevoegdheidsconflicten tussen de Commissie en de Raad moet het Hof bij een geschil, nagaan welke bevoegde actor het eerst een onderzoek heeft ingesteld naar de verenigbaarheid van een maatregel op grond van de een

groepsvrijstelling.⁸⁴ Op grond van artikel 29, lid 1 van de Procedureverordening kunnen de nationale rechter en de Commissie overigens conflicten vermijden en met elkaar in contact treden om te besluiten welke speler het best uitgerust is om dit onderzoek te verrichten. Dat kan de nationale rechter zijn als het gaat om de beëindiging van een feitelijk geschil tussen partijen, maar het kan ook de Commissie zijn die beschikt over bijzondere onderzoeksbevoegdheden.⁸⁵

Wanneer de nationale rechter in het scenario van overlappende bevoegdheden als eerste een steunmaatregel onderzoekt op verenigbaarheid volgens de groepsvrijstellingen, dan blokkeert dit de uitoefening van de exclusieve bevoegdheid door de Commissie. De Commissie moet dan de uitkomst van dit onderzoek afwachten. De nationale rechter kan in het kader van artikel 29, lid 1 van de procedureverordening wel de Commissie om een (niet-bindend) advies vragen. De Commissie kan dit ook overigens ook ongevraagd doen volgens artikel 29, lid 2 van de procedureverordening. Vervolgens moet de Commissie in beginsel uitgaan van de rechtmatigheid van het oordeel van de nationale rechter, binnen de grenzen van de *Klausner*-rechtspraak. Rechtsbescherming tegen dit oordeel staat vervolgens open bij een hogere nationale rechter en in deze fase kan de Commissie wederom interveniëren. Vervolgens kan de Commissie, bij nieuwe feiten (bijvoorbeeld op grond van de jaarlijkse rapportage van uitgaven of op grond van een klacht), een eigen onderzoek starten naar eventuele misbruik van de verenigbaar verklaarde steun op grond van artikel 20 van de Procedureverordening.⁸⁶ Ook hier geldt het oordeel van de nationale rechter als maatstaf voor de beoordeling.

84 Zie paragraaf 2.4.4. Zie voor een uitwerking van deze bevoegdheidsverdeling Verordening 1/2003, consideransnummers 4,7,10, 22 en artikel 6 en 11 lid 6. 6. Zie artikel 11, lid 6: "Wanneer de Commissie een procedure begint die tot het geven van een beschikking op grond van hoofdstuk III moet leiden, ontnemt dit de mededingingsautoriteiten van de lidstaten hun bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Indien een mededingingsautoriteit van een lidstaat een zaak reeds in behandeling heeft genomen, begint de Commissie alleen een procedure na overleg met deze autoriteit." Zie considerans nr. 22: "Om in een stelsel van parallelle bevoegdheden de eerbiediging van het beginsel van rechtszekerheid en een eenvormige toepassing van de communautaire mededingingsregels te waarborgen, moeten tegenstrijdige uitspraken worden vermeden. Daarom moet, conform de rechtspraak van het Hof van Justitie, duidelijk worden gemaakt wat de gevolgen zijn van Commissiebesluiten- en procedures voor de rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Toezeggingsbeschikkingen van de Commissie laten de bevoegdheid van de rechterlijke instanties en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten onverlet om de artikelen 81 en 82 van het Verdrag toe te passen."

85 Zoals de mogelijkheid om op grond van artikel 25 van de Procedureverordening bredere marktonderzoeken te starten naar structurele gedragingen in bepaalde economische sectoren of naar de inzet van bepaalde steuninstrumenten, zoals *tax rulings*.

86 HvJ EU, 4 december 2013, C-111/10 C-117/10, C-118/10, C-121/10, *Commissie t Raad (Landbouwsteun)*.

De omgekeerde situatie, waarin de Commissie reeds een onderzoek naar de mogelijke verenigbaarheid van staatssteun is gestart volgens artikel 4 van de Procedureverordening, wordt al geregeld door het beginsel van terzijdestelling. Dit heeft het Hof in wezen bepaald in het arrest *Deutsche Lufthansa*, waarbij een nationale rechter, vergelijkbaar aan de *Masterfoods*-benadering, geen tegenstrijdig oordeel mag vormen ten opzichte van de deel- en eindbeoordeling van de Commissie.⁸⁷ Indien er zich nieuwe feiten voordoen, dan mag de nationale rechter, na een einduitspraak van de Commissie, overigens wel een hernieuwd onderzoek doen.⁸⁸

4.4 Terzijdestelling kan als handhavingsinstrument voor bevoegdheidsafbakening gelden tussen de Commissie en de nationale autoriteiten

Ook ten aanzien van de “*small-on-small*”-handhavingsdoelstellingen kan het beginsel van terzijdestelling de wederzijdse sturing op vrijgestelde steun tussen lidstaten en de Commissie in goede banen leiden. Zo onderzoekt de Commissie in beginsel de DAEB-compensatiesteun die onder een groepsvrijstelling is geplaatst niet meer op verenigbaarheid, tenzij de Commissie klachten ontvangt over een kennelijk misbruik van de bevoegdheid van de lidstaat om een DAEB te omschrijven.⁸⁹ Ook in de AGVV komt het beginsel van terzijdestelling terug. Op grond van artikel 10 AGVV heeft de Commissie het recht om het voordeel van de groepsvrijstelling in te trekken, bij niet-naleving. Daarmee kan de Commissie ten opzichte van bepaalde steuncategorieën, bepaalde begunstigden, of bepaalde autoriteiten van de lidstaten de uitoefening van de exclusieve bevoegdheid op verenigbaarheid weer ontnemen. Dit blokkerende effect kan de Commissie – mits objectief gemotiveerd – inzetten als handhavingsinstrument wanneer bepaalde overheden of economische sectoren bijvoorbeeld structureel misbruik maken van de vrijstellingen. De Commissie kan dit ook doen wanneer blijkt uit haar jaarlijkse *Scoreboard* evaluaties dat bepaalde vrijgestelde activiteiten niet meer aan marktfalen onderhevig zijn. Op grond van de machtigingsverordening moet de Commissie dan wel het Staatssteun Adviescomité raadplegen. Via deze netwerkfunctie kan de Commissie vooraf duidelijk de grenzen voor verenigbare categorieën staatssteun richting de lidstaten afbakenen. Daarbij beschikt de Commissie als *ultimum remedium* over de mogelijkheid tot het blokkeren of zelfs herroepen van vrijgestelde catego-

87 Zie HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*; HvJ EU, 14 december 2000, C-344/98, *Masterfoods*.

88 Zie HvJ EU, 15 september 2016, C-574/14, *PGE*.

89 Zie Fiedziuk; Zie ook Nicolaidis 2021; Besluit van de Commissie van 29 april 2021, SA.61014, *Steun voor het Sloveense persagentschap STA*, *PbEU* (2021), randnummers 1, 22-35.

rieën.⁹⁰ In de tussentijd is er een vorm van delegatie van de verenigbaarheidscriteria aan de lidstaten.⁹¹

Wederzijds kunnen de lidstaten via de werkgroepen van het Adviescomité Staatssteun en het hieraan verbonden Staatssteunnetwerk praktische handhavingsproblemen met de Commissie delen en de Commissie zelfs vragen om meer vrijstellingsmogelijkheden toe te staan, en daarmee het verenigbaarheidstoezicht verder te delen. Het huidige Commissievoorstel tot uitbreiding van de vrijstellingscategorieën onder de machtigingsverordening getuigt van het functioneren van dit samenwerkingsstelsel.

4.5 Lidstaten kunnen nationale onafhankelijke adviesorganen oprichten om de nationale rechter bij te staan

Zoals uiteengezet in paragraaf 3.4 is een onafhankelijk adviesorgaan dat kan interveniëren in nationale procedures wenselijk voor de verdere ontwikkeling van het staatssteunrecht. Temeer omdat de Commissie niet altijd (tijdig) kan interveniëren en onmogelijk alle nationale procedures voor de rechter kan monitoren kunnen nationale onafhankelijke adviesorganen de nationale rechter effectief bijstaan. Zo voorziet de handhaving van het aanbestedingsrecht dat op nationaal niveau een “Commissie van Aanbestedingsexperts” als nationale *amicus curiae* kan optreden en niet-bindende adviezen kan geven in juridische geschillen.⁹² Met het oog op een gelijkwaardige en doeltreffende voorziening is het belangrijk dat een dergelijk orgaan een permanent karakter heeft, intervenueert bij geschillenbeslechting, gespecialiseerd is in de toepassing van de groepsvrijstellingen en dezelfde waarborgen voor onafhankelijkheid heeft als een rechterlijke instantie.⁹³

4.6 De Commissie kan op grond van scenario III afgebakende toezichtmechanismen ontwerpen voor een graduele decentralisatie van het staatssteuntoezicht

Zoals uiteengezet in paragraaf 3.4 moet de Commissie overwegen om de afgebakende juridische toezichtsmechanismen van de artikelen 9 tot en met 11 annex TA als voorstel uit te werken voor de Raad en het Staatssteun Adviescomité van de lidstaten. Daarmee bakent de Commissie bestaande en nieuwe bevoegdheden voor nationale rechters – en de op te richten onaf-

90 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

91 *Idem.* Zie ook Scott 2017, p. 354-365.

92 Zie bijvoorbeeld het rapport Commissie van Aanbestedingsexperts, “Toekomstscenario’s Commissie van Aanbestedingsexperts”, Den Haag, 16 januari 2019.

93 Zie naar analogie de Conclusie van Saugmandsgaard Øe, 1 december 2016 voor zaak C-296/15, *Medisanus*, randnummer 48.

hankelijke staatssteunautoriteiten – duidelijk af op grond van de beginselen van terzijdestelling (*pre-emption*), loyale samenwerking, non-discriminatie, gelijke behandeling, evenredigheid en rechtszekerheid.

Binnen dit stelsel kleurt een rechtstreekse werking van artikel 107, lid 1, VWEU de gelijke behandeling van ondernemingen en draagt bij aan een effectieve rechtsbescherming ten aanzien van de beoordeling op de rechtmatigheid van steunmaatregelen, ook ten aanzien van vrijgestelde steuncategorieën. Door deze mechanismen te reserveren voor de handhaving van de groepsvrijstellingen erkent de Commissie hiermee bovendien een rechtspraktijk die reeds *de facto* zijn ingang heeft gevonden in het Unierecht.

Het Commissievoorstel moet de samenwerkingsmechanismen bevatten die uiteengezet zijn in paragraaf 3.4:

- 1) Informatie- en standpuntuitwisseling tussen de onafhankelijk nationale staatssteunautoriteiten en de Commissie over handhavingsbeleid en toepassingspraktijk van artikel 107, lid 1, VWEU en de groepsvrijstellingen;
- 2) Onderlinge (vertrouwelijke) afstemming van handhavingszaken;
- 3) Wanneer een onafhankelijke staatssteunautoriteit een staatssteunonderzoek naar de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU en de groepsvrijstellingen inleidt, geeft hij kennis van dat besluit aan de Commissie. De Commissie wordt in de gelegenheid gesteld opmerkingen te maken met inachtneming van redelijke termijnen die worden vastgelegd in de Procedureverordening;
- 4) Wanneer de Commissie een staatssteunonderzoek naar de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU en de groepsvrijstellingen inleidt, geeft zij kennis van dat besluit aan de relevante onafhankelijke staatssteunautoriteit. Deze wordt in de gelegenheid gesteld opmerkingen te maken met inachtneming van redelijke termijnen die vastgelegd worden in de Procedureverordening;
- 5) De onafhankelijke staatssteunautoriteit raadpleegt de Commissie over alle ontwerp-besluiten die zij voornemens is te nemen. De Europese Commissie heeft tot drie maanden om haar advies mede te delen en de onafhankelijke autoriteit houdt zo veel mogelijk rekening met dat advies alvorens een besluit te nemen;
- 6) Openbaarheid van besluiten van de onafhankelijke staatssteunautoriteiten.

De voorgestelde graduele decentralisatie in paragraaf 3.4. kan door de Commissie en de Raad, op grond van het terzijdestellingsbeginsel, geëvalueerd worden, en resulteren in verdere decentralisatie van steuncategorieën van algemeen belang.

Met de bovenstaande voorgestelde samenwerkingsmechanismen tussen de

Unie-instellingen en de lidstaten kan de systematiek in het beoordelen van staatssteun op grond van algemene belangenafwegingen verbeterd worden en kan het meervoudige gedecentraliseerde staatssteuntoezicht versterkt worden en uitgerust worden voor de toekomst.

5 TER AFSLUITING

De voorgestelde oplossingsrichtingen bieden een gezamenlijk vertrek kader voor de lidstaten en de Unie-instellingen om de geïdentificeerde problemen aan te pakken. De voortdurende staatssteunmodernisering door de Europese Commissie biedt aanknopingspunten om deze kernaspecten voor de toepassing en handhaving van het EU-staatssteunrecht als fundament te nemen voor verdere samenwerking. De Unie heeft aangetoond in staat te zijn om ten tijde van crisis (zij het nu Brexit, Covid-19 of de inval in Oekraïne) de staatssteunsamenwerking aan te grijpen om problemen op te lossen en juist niet uit de weg te gaan. Ten behoeve van verdiepende en vergrotende algemene belangen in de nabije toekomst (zoals bijv. de klimaat- en energieproblematiek) zullen de lidstaten en de Unie-instellingen elkaar eveneens vinden. Daarvoor zal een blijvende zoektocht naar nieuwe evenwichten ten aanzien van aspecten van bevoegdheidsverdeling, rechtszekerheid en rechtsbescherming noodzakelijk zijn.

Bijlagen

BIJLAGE 1

| Doelstelling AGVV | Inhoudelijke belangafweging | I. Aanvullend transparantie- vereiste | II. Evenredigheidsvereisten | III. Non-discriminatie- vereisten |
|---|--|---|--|--|
| <p>Onderzoek en innovatie (artikelen 25 – 30 AGVV)</p> | <p>Rechtsbasis moet bepaald worden aan het zwaartepunt van de activiteit:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Fundamenteel onderzoek; Industrieel onderzoek; ii) Experimentele ontwikkeling; iii) Haalbaarheidsstudies (artikel 25 AGVV); iv) Innovatie-infrastructuur (artikel 26 AGVV); v) Innovatieclusters (artikel 27 AGVV); vi) Innovatiesteun voor het MKB (artikel 28 AGVV) vii) Processororganisatie-innovatie (artikel 29 AVV) <p>Steunmaatregelen voor deze doelstellingen moeten een positief effect hebben op de interne markt en voldoen aan de basisbeginselen van de AGVV: transparantie, evenredigheid en non-discriminatie (zie I.II. en III)</p> | <p>Open access informatie- verspreiding van de onderzoeks-resultaten (artikel 25 AGVV).</p> <p>Toegang tot innovatie- infrastructuur moet op transparante wijze worden verleend (artikel 26 AGVV)</p> | <ul style="list-style-type: none"> i) De steunintensiteit verschuift per soort onderzoek en neemt af naar gelang de onderzoeks – en innovatieactiviteiten naar maatschappelijke voorwaarden en geïdentificeerde types van marktfalen naar behoren door marktpartijen uitgevoerd kan worden zonder overheidsinterventie. ii) De steunintensiteit neemt toe naar mate MKB-ondernemingen steunontvanger zijn/ danwel MBK-ondernemingen met grote ondernemingen samenwerken. iii) Toegang tot publieke infrastructuur is evenredig aan de bijdrage van ondernemingen aan deze infrastructuur. iv) Differentiatie tussen de vrijstellingsdrempels voor exploitatie- en investeringssteun. | <p>Toegang tot onderzoeks- infrastructuur wordt op een niet-discriminerende basis verleend.</p> <p>Ondernemingen die ten minste 10 % van de hebben gefinancierd, kunnen preferente toegang krijgen tegen gunstigere voorwaarden (artikelen 25, 26, 27 AGVV).</p> |

| Doelstelling AGVV | Inhoudelijke belangensafweging | I. Aanvullend transparantievereiste | II. Evenredigheidsvereisten | III. Non-discriminatievereisten |
|---|--|---|--|--|
| <p>Energie-efficiëntieprojecten in gebouwen (oud artikel 39 AGVV, vervallen per 23.06.2023 en vervangen door artikel 38 bis AGVV)</p> | <p>Steunmaatregelen mogen enkel betrekking hebben op investeringen die de energie-efficiëntie van één van de volgende categorieën doen verbeteren (oud artikel 39 AGVV). De steun kan betrekking hebben op normale gebouwen of bijzondere gebouwen, namelijk:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) woongebouwen; ii) gebouwen voor onderwijs of sociale dienstverlening iii) gebouwen voor het openbare bestuur openbaar bestuur, justitie, brandweer- en politie; iv) gebouwen die hernieuwbare energie slim toepassen. <p>Investeringssteun voor deze doelstelling moet een positief effect hebben op de interne markt en voldoen aan de basisbeginselen van de AGVV: transparantie, evenredigheid en non-discriminatie (zie I. II. en III)</p> | <p>Lidstaten kunnen voor het verstrekken van energie-efficiëntiesteun energie-efficiëntiefondsen opzetten en/of een beroep doen op financiële intermediairs. Deze moeten op een openbare en transparante wijze geselecteerd worden.</p> | <p>i) Steun kan verleend worden door middel van een dotatie van eigen vermogen, lening of een garantie. Indien deze mogelijkheden niet open staan is een subsidie ook mogelijk. Voor normale gebouwen mag een garantie niet meer dan 15 miljoen euro bedragen, voor bijzondere gebouwen mag een garantie niet meer dan 30 miljoen euro bedragen. bedrag niet hoger is dan 30 miljoen EUR.</p> <p>ii) Een garantie mag slechts 80 % van de onderliggende lening dekken.</p> | <p>Lidstaten kunnen voor het verstrekken van energie-efficiëntiesteun energie-efficiëntiefondsen opzetten en/of een beroep doen op financiële intermediairs. Deze moeten op een niet-discriminerende wijze geselecteerd worden. Van financiële intermediairs en managers van energie-efficiëntiefondsen kan worden geëist dat zij voldoen aan vooraf vastgestelde criteria die objectief gerechtvaardigd zijn door de aard van de investeringen.</p> |

| Doelstelling AGVV | Inhoudelijke belangafweging | I. Aanvullend transparantievereiste | II. Evenredigheidsvereisten | III. Non-discriminatievereisten |
|--|---|--|---|---|
| <p>Investeringssteun voor energie-efficiëntiegebouwen (artikel 38 bis AGVV (nieuw))</p> | <p>De steun moet leiden tot een verbetering van de energieprestatie van het gebouw, gemeten in primaire energie, van ten minste:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) 20 % ten opzichte van de situatie vóór de investering in het geval van renovatie van bestaande gebouwen, of ii) 10 % ten opzichte van de situatie vóór de investering in het geval van renovatiemaatregelen met betrekking tot de installatie of vervanging van slechts één type onderdeel van een gebouw zoals gedefinieerd in artikel 2, lid 9, van Richtlijn 2010/31/EU en deze gerichte renovatiemaatregelen niet meer dan 30 % vertegenwoordigen van het budget van de regeling dat bestemd is voor energie-efficiëntiemaatregelen, of; iv) 10 % ten opzichte van de drempel die is vastgesteld voor de vereisten van bijna-energie neutrale gebouwen in nationale maatregelen ter omzetting van Richtlijn 2010/31/EU in het geval van nieuwe gebouwen. <p>– Investeringssteun moet energie-efficiëntie transparant maken, moet evenredig zijn en niet-discrimineren t.a.v. eigenaren of huurders: (zie I. II. en III)</p> | <p>De initiële vraag naar primaire energie en de geraamde verbetering worden vastgesteld aan de hand van een energieprestatiecertificaat zoals gedefinieerd in artikel 2, punt 12, van Richtlijn 2010/31/EU.</p> | <ul style="list-style-type: none"> i) Op grond van artikel 38bis AGVV kan steun worden toegekend voor investeringen om te voldoen aan Uniënormen die zijn vastgesteld maar nog niet van kracht zijn. Wanneer de relevante Uniënormen minimumnormen inzake energieprestaties zijn, moet de steun worden verleend voordat de normen voor de betrokken onderneming bindend worden. In dat geval moet de lidstaat ervoor zorgen dat de begunstigden een nauwkeurig renovatieplan en -tijdschema indienen waaruit blijkt dat de gesteunde renovatie ten minste volstaat om de naleving van de minimumnormen inzake energieprestaties te garanderen. ii) De steunintensiteit kan met 15 procentpunten worden verhoogd indien de steun leidt tot een verbetering van de energie-efficiëntie van het gebouw, gemeten in primaire energie, van ten minste 40 % ten opzichte van de situatie vóór de investering. Deze verhoging van de steunintensiteit geldt niet indien de investering de energieprestaties van het gebouw niet verder verbetert dan het niveau dat wordt voorgeschreven door minimumnormen inzake energieprestaties die als Uniënormen kwalificeren. iii) De steun ten behoeve van de verbetering van de energie-efficiëntie van het gebouw kan worden gecombineerd met steun voor een of meer van de volgende maatregelen: <ul style="list-style-type: none"> a) hernieuwbare energie installaties; b) aansluiting op stadsverwarming; c) de aanleg van opslaaninfrastructuur voor gebruikers van het gebouw. d) digitalisering van het gebouw; e) investering in groendaken. | <p>De steun kan worden toegekend aan de eigenaar of eigenaren van het gebouw of aan de huurder of huurders, afhankelijk van wie de opdracht geeft voor de energie-efficiëntiemaatregelen.</p> |

| Doelstelling AGVV | Inhoudelijke belangmatweging | I. Aanvullend transparantie- vereiste | II. Evenredigheidsvereisten | III. Non-discriminatie- vereisten |
|---|---|---|---|---|
| <p>Steun voor sport- infrastructuur (artikel 55 AG VV)</p> | <p>Steunmaatregelen voor sportinfrastructuur moeten in de praktijk ten goede komen aan profsport en amateursport (artikel 55 AGVV).</p> <p>Investeringssteun – ofwel exploitatiesteun voor deze doelstelling moet een positief effect hebben op de interne markt en voldoen aan de basisbeginselen van de AGVV: transparantie, evenredigheid en non-discriminatie (zie I. II. en III)</p> | <p>De sportinfrastructuur wordt niet uitsluitend door één gebruiker uit de profsport gebruikt. Het gebruik van de sport-infrastructuur door andere prof- of amateur-sporters is jaarlijks goed voor ten minste 20 % van de tijds capaciteit</p> | <p>i) Er gelden specifieke voorwaarden voor investeringssteun en exploitatiesteun</p> <p>iii) Ondernemingen die ten minste 30 % van de investeringskosten van de infrastructuur hebben gefinancierd, kunnen preferente toegang krijgen op gunstigere voorwaarden, mits die voorwaarden publiek beschikbaar worden gesteld</p> | <p>Toegang tot de sport- infrastructuur of multifunctionele recreatieve infrastructuur staat open voor meerdere gebruikers en wordt op transparante en niet-discriminerende basis verleend.</p> <p>ii) Toewijzing aan een derde om de (multifunctionele) sportinfrastructuur te bouwen en te exploiteren, vindt op open, transparante en niet-discriminerende basis plaats, rekening houdende met de aanbestedingsregels.</p> |

Bibliografie

Literatuurlijst

Artikelen in tijdschriften

- Aalbers, M., 'Gibraltar: A rock solid interpretation of the selectivity criterion', *EStAL*, 2017-3, p. 496-499.
- Aalbers, M., 'Viasat: een duidelijke waterscheiding tussen *Altmark* en artikel 106, lid 2, VWEU?', *M&M*, 2017-4, p. 132 – 138.
- Adriaanse, P., 'Procederen over staatssteun voor Nederlandse rechters', *TvS*, 2011-1, p. 13-21.
- Adriaanse, P., 'Ex-ante- en ex-posttoezicht op groeps- en de-minimisvrijstellingen in het kader van gemoderniseerd staatssteunrecht: Een onderzoek naar de rol van de Europese Commissie en overheden en rechters in de EU-lidstaten', *SEW*, 2013-12, p. 514-536.
- Adriaanse, P., den Ouden W., 'Enforcement of State Aid Law in the Netherlands. Legislative Initiative for Effective Recovery Procedures in Dutch Law', *EStAL*, 2009-1, p. 15-26.
- Al Khatib en Walon, R., annotatie bij: College van Beroep voor het bedrijfsleven, 6 oktober 2020, *Stichting X t minister van Economische Zaken en Klimaat*, ECLI:NL: CBB:2020:678, AB 2021/198.
- Arrowsmith, S., 'Rethinking the Approach to Economic Justifications under the EU's Free Movement Rules', *Current Legal Problems*, 2015-1, p. 307-365.
- Anestis, P., 'State Aid and Antitrust remedies: anything in common?', *EStAL*, 2012-3, p. 551-555.
- Baarsma, B., 'Rewriting European Competition Law from an economic perspective', 2011-3, *European Competition Journal*, p. 559-585.
- Bartosch, A., 'The ruling in BUPA-Clarification or Modification of *Altmark*', *EStAL*, 2008-2, p. 1.
- Bartosch, A., 'Is there a need for a rule of reason in European state aid law? Or how to arrive at a coherent concept of material selectivity?', *CMLR*, 2010-3, p. 729-752.
- Bauby, P., 'L'européanisation des services public', *Revue de l'union européenne*, 2013, p. 393-402.
- Berghoger, M., 'The General Block Exemption Regulation: A Giant on Feet of Clay', *EStAL*, 2009-3, p. 323-336.
- Biondi, A. de Cock, W., 'Economics of state aid control: where law and economics meet, report on the conference at the Free University of Brussels', *EStAL*, 2018-4, p. 565-569.
- Biondi, A., 'BUPA v Commission', *EStAL*, 2008-2, p. 401- 407.
- Blauberger, M., 'Good' and 'Bad' Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law, *West European Politics*, 2009-4, p. 719-737.
- van Buiren, K., Gerritsen, M., van der Voort, J., 'The prohibition of overcompensations to services of general economic interest', *EStAL*, 2014-1, p. 61-66.

- Buendia Sierra, J., 'Brexit a stress test for state aid control', *ESTAL* 2016 – 3, p. 331-333.
- Buendia Sierra, J., 'Small On Small': Towards a Two-Speed State Aid Control?', *ESTAL*, 2016-4, p. 501-503.
- Buts, C., Joris, T., Jegers, M., 'State aid policy in the EU Member States: it's a different game they play', *ESTAL*, 2013-2, p. 330-340.
- Brook, O., 'Struggling with article 101 (3) TFEU: diverging approaches of the Commission, EU courts and five Competition authorities', *CMLR*, 2019 – 1, p. 121-156.
- De Cock, W., 'De terugvordering van onrechtmatige staatssteun in België', *Rechtskundig Weekblad*, 2018-35, p. 1362-1383.
- Colombo, B., 'State aid control in the modernisation era: moving towards a differentiated administrative integration?', *European Law Review*, 2019-3, p. 292-316.
- Coppens, P., Hilken, K., Buts, C., 'On the longer-term effects of state aid on market shares', *ESTAL*, 2015-2, p. 271-279.
- Coppi, L., 'SGEI compensation in the Almunia Package – An Economics View', *ESTAL*, 2012-2, p. 37-50.
- Corhaut, T., Riemsdagh, J., Van Eeckhoutte, D., Vanneste, F., Van Nieuwenhove, J., 'Behoorlijke wetgeving in de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving van de Raad van State (2015 en 2016)', *Tijdschrift voor wetgeving*, 2017-4, p. 275-325.
- Craven, R., 'State aid and sports stadiums: EU-sports policy or deference to professional football', *European Competition Law Review*, 2014-9, p. 453-460.
- Damsma, M., van de Meent, G., Vlassembrouck, F., 'De concessierichtlijn: implementatie in Nederland en België', *TvS*, 2015-4, p. 181-182.
- Dekker, C., 'Staatssteun en tussenstaatse handel: bijbuigen van een criterium om de werklast te verminderen?', *M&M*, november 2015-5, p.170. (Dekker 2015a)
- Dekker, C., 'Eventech: Hoe busbanen leiden tot een leerstuk van een 'inherent voordeel' in het staatssteunrecht', *NtER*, 2015-4, p. 117-122. (Dekker 2015b)
- Dekker, C., 'The Effect on Trade between the Member States' Criterion: Is It the Right Criterion by Which the Commission's Workload Can Be Managed?', *ESTAL*, 2017-2, p. 154-163.
- Derenne, J., 'Recovery of Unlawful State Aid and Determination of Beneficiaries: Guidance for National Courts', *Journal of European Competition Law & Practice*, October 2012-5, p. 469-470.
- Dictus, G., de Wit, M., 'De procesrechtelijke drempels bij de bestuursrechter: het einde van het staatssteunrecht als gelegenheidsargument', *TvS*, 2019-1, p. 6-12.
- Du Parc Braham, D., Marsden, M., 'The UK's Subsidy Control Regime', *ESTAL* 2023-4/5, p. 381-388.
- Ehlerman, C., Amato, G., 'The Prospects for Decentralisation of EU State Aid Control', *European Competition Law Annual*, 1999, p. 471-665.
- Engelen, S., Sente, L., 'Eesti Pagar: een duwtje in de rug van steunverlenende autoriteiten en een mes op de keel van begunstigden', *SEW*, 2020-2, p. 71-79.
- Fiedziuk, N., 'Towards decentralization of State Aid Control: The Case of Services of General Economic Interest', *World Competition: Law and economic review*, 2013-3, p. 387-408.
- Florou, A. 'The UK Supreme Court Judgment in *Micula v Romania*: A Landmark Judgment for the Relationship between EU Law and International Investment Law?', *Foreign Investment Law Journal*, 2021-36, nr 2, p. 295-303.
- Gaasbeek, P., Hellingman, K., van de Gronden, J., 'De markt en decentrale overheden: tussen EU staatssteun en de Wet Markt en Overheid', *TvS*, 2018-1, p. 11-18.

- Garcia, S., Vermeersch, S., Weatherill, S., 'A new horizon in European sports law: the application of the EU state aid rules meets the specific nature of sport', *European Competition Journal*, 2017-1, p. 28-61. (Garcia, Vermeersch, Weatherill, 2017b)
- Gerbrandy, A., 'Rethinking European Competition Law, from a consumer welfare to a capability approach', *Utrecht Law Review*, 2016-1, p. 1-15.
- Gilliams, H., 'De onafhankelijkheid van de EU Commissie bij de toepassing van de mededingingsregels in het algemeen, en bij de toepassing van de staatssteunregels in het bijzonder', *TvS*, 2019-1, p. 3-5.
- Girerd, P., 'Les principes d'équivalence et d'effectivité', *Revue trimestrielle de droit européen*, 2002-01, p.75-102.
- Groenendijk, N.S., 'Voor- en nadelen decentralisaties', *Regelmaat* 2013-5, p. 273-281.
- van den Gronden, J., 'De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht', november 2015-11, *SEW*, p. 522-533
- van Haersolte, J., 'Terugvordering van staatssteun vindt zijn plek in de Nederlandse wetgeving', *NtER*, 2018 5/6, p. 176-182.
- Hancher, L. Evans, S. 'Altmark als catalisator: het Commissiepakket met alle antwoorden rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang?', *NtER*, 2006-7, p.153-159.
- Hancher, L., Sauter, W., 'Steunmaatregelen voor ziekenhuizen en diensten van algemeen economisch belang: doelmatigheid niet vereist?', *NtER*, 2010-9, p. 326-334.
- Hancher, L., 'Towards a new definition of a State aid under European Law: Is there a new concept of State aid emerging', *EstAL*, 2003-3, p. 366-368.
- van Harten, H., en Fröger, R., 'Bindingseisen passé?', *NtER*, 2013-8, p. 265-273.
- Hatzopoulos, V., 'The Court's approach to services (2006-2012): From case law to case load?', *CMLR*, 2013-2, p. 459-501.
- van Herwijnen, A., 'De Europese Commissie en de nationale rechter in staatssteunzaken: welke mate van inhoudelijke toetsing?', *NtER*, 2015-7, p. 225-231.
- Hessel, B., 'Het toekomstbestendig mededingingsrecht kan bijdragen aan het concretiseren van de sociale markteconomie van de EU', *SEW*, 2017-9, p. 356-365.
- Hessel, B., 'Compensatiesteun aan diensten van algemeen economisch belang vereist zorgvuldigheid', *De Gemeentestem* 2006-7258, p. 479-498.
- Hessel, B., en Aalbers, M., 'De nieuwe regels voor DAEB en staatssteun en hun betekenis voor decentrale overheden' (Deel 1: begrippen en regelgeving), *De Gemeentestem* 2012-82, p. 398-406.
- Hjeltnvedt, K., 'The decentralization of enforcement of EU/EEA competition law', *European Competition Law Review*, 2017-2, p. 60-71.
- Huurnink, P., van den Tweel, R., 'Modernisering van het staatssteunbeleid-deel 2: Materieel recht', *TvS*, 1 2015-1, p. 8-20.
- Jaeger, J., 'From Santander to Luxleaks-and back', *EstAL*, 2015-3, p. 345-354.
- Kalbfleisch, P., 'Aiming for Alliance: Competition Law and Consumer Welfare', *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011-2, p. 108-116.
- Kalykas, C., 'Selectivity and proportionality', *EstAL* 2023-1, p. 42-54.
- Kliemann, A., Stehmann, O., 'EU State control in the broadbandsector-the 2013 broadband guidelines and recent case practice', *EstAL*, 2013-3, p. 493-515.
- Knook, A., 'De nieuwe DAEB-gids van de Europese Commissie: balanceren op drie koorden tegelijkertijd', *NtER* 2013-6, p. 191-196.
- Koenig, C., 'Better downstream regulation through a more refined state aid law approach', Editorial *EstAL*, nr. 2011-3, p. 395-397.

- Lambertz, K., Hornung, M., 'State aid rules on services of general economic interest: For the Committee of the Regions the glass is half-full', *EstAL*, 2012-2, p. 329-332.
- Lang, J., 'Autogrill Espana and Banco Santander: The Concept of 'General' Tax Measures Clarified for State Aid', *European Law Review*, 2015-5, p.763-768.
- Langer, J., Hovius, T., Groot, T., 'Toezicht Nederlandse bestuursrechters op de naleving en handhaving van de Europese staatssteunregels 2011-2016', *TBR*, 2016-12, p. 1169-1188.
- Lavrijssen, S. en Ozmis, D., 'Naar een effectief toezicht op de woningcorporaties: tussen markt en staat', *Regelmaat*, 2010-3, p. 109-122.
- Louis, F. en Vallery, A., 'Ferring Revisited: the *Altmark* Case and State Financing of Public Service Obligations', *World Competition*, 2004-1, p.53-74.
- Lombeert, A., 'World Duty Free, het selectiviteitscriterium van artikel 107, lid 1, VWEU, niet ruimer, wel duidelijker', *TvS*, 2017-3/4, p.106-111.
- Loozen, E. 'Inrichting van meervoudig toezicht op marktwerking', *Regelmaat*, 2013-2, p. 105-20.
- Lucchini, S. Moscianese, J., 'State aid and the banking system in the financial crisis: from bail-out to bail-in', *Journal of European Competition Law & Practice*, februari 2017-2, p. 88-98.
- Luja, R., 'Does the Modernisation of State Aid Control Put Legal Certainty and Simplicity at Risk?', *EstAL* 11 2012-4, p. 765-767.
- Maasdam, Y., Sluijs, J., 'Hartlauer: het reguleren van zorgverlening begrensd', *NtER*, 2009-6, p. 214-219.
- Maccanico, P., 'Gibraltar and the Unsettled Limits of Selectivity in Fiscal Aids', *EstAL*, 2009-1, p. 63-72.
- Maccanico, P., 'Gibraltar: Beyond the Pillars of Hercules of Selectivity', *EstAL*, 2012-2, p. 443-448.
- Van Midden, G., 'World Duty Free Group: de complexe selectiviteitseis bij fiscale steunmaatregelen', *NtER* 2017-8, p. 204-210.
- Manunza, E., 'Waarom is er minder competitie voor de inkoop van sociale diensten?', *Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht*, december 2011-6, p. 431-438.
- Memorala, M., Ubaldi, T., 'The Almunia Package and the challenges ahead: are the new rules flexible enough to fit the wide variety of SGEI?', *EstAL*, 2012-2, p. 17-35.
- Mendes, J., 'Discretion, care and public interests in the EU administration: Probing the limits of law', *CMLR*, 2016-2, p. 419-451.
- Mendes, J., 'The Idea of Relative Authority in European and International Law, in: *International Journal of Constitutional Law*, 2018-1, p. 75-100.
- Metselaar, A., 'Who can invoke State aid Law before National Judges? That Floating Question of Legal Interest in the Case Law of Dutch Courts', *EstAL* 2014-2, p. 250-260.
- Metselaar, A., 'Leaving Coherence Instruments Unapplied. The Case of Advice From the European Commission in State Aid Procedures Before Dutch Courts', *REALaw* 2015, p. 299-317
- Mortelmans, K., 'Botsende algemene belangen en de werking van de interne markt', *SEW*, 2004-6, p. 240-252.
- Müller, T., 'Efficiency Control in State aid and the Power of Member States to define SGEIs', *EstAL*, 2009-1, p. 39-46.
- Munoz de Juan, M., 'Monitoring of State Aid', *EstAL*, 2018-4, p. 483-493.
- Negenman, M., 'A state aid network?', *EstAL*, 2011-4, p. 621-627.

- Nehl, H., '2013 reform of EU state aid procedures: how to exacerbate the imbalance of efficiency and individual protection', *EStAL*, 2014-2, p. 235-249.
- Nic Shuibhne, N., Maci, M., 'Proving public interest: The growing impact of evidence in free movement case law', *CMLR*, 2013-4, p. 965-1005.
- Nicolaides, P., 'How to apply the market economy investor principle to a monopoly', *European Competition Law review*, 2013-6, p.300-304.
- Nicolaides, P., 'What is Normal?', *EStAL*, 2017-2, p. 146-153. (Nicolaides 2017b)
- Nicolaides, P., 'Access to European Commission Guidance', *EStAL*, 2023-3, p. 231-233.
- Nicolaides, P., 'Do Member States Grant State Aid When They Act as Regulators?', *EStAL*, 2018-1, p. 2-18.
- Oude Elferink, E., 'Een woningcorporatie over de grens: het arrest *Sint Servatius*', *NtER*, 2010-2, p. 43-51.
- Ottervanger, T., 'Handhavingssperikelen', *TvS*, 2015-1, p. 3-5.
- Parret, L., 'Rol en identiteit van de staatssteunregels, 'Wat, voor wie en hoe?', oratie Universiteit Utrecht, 6 december 2016, gepubliceerd in *TvS*, 2017-1, p. 5-16.
- Parret, L., van Heezik, G., 'Eventech, the Selectivity of a Bus Lines Policy', *EStAL*, 2018-1, p. 93-100.
- Renzuli, A., 'Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario', *European Public Law*, 2008-3, p. 399-432.
- Ross, M., 'A Healthy approach to services of general economic interest? The BUPA judgment of the Court of First Instance', *European Law Review*, 2009-1, p.127-140.
- Romariz, P., 'Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law', *EStAL*, 2014-1, p. 39-50.
- de Sadeleer, N., 'The Polluter-Pays Principle in EU Law', *Pro Natura: Festschrift til H.-C. Bugge, Universitetsforlaget Oslo*: 2012, p. 405-419.
- Sauter, W., 'The impact of EU competition law on national healthcare systems', *European Law Review*, 2013-4, p. 457- 478 (Sauter 2013a).
- Sauter, W., 'Services of a general economic interest and Universal service in EU Law', *European Law Review*, 2008-2, p.167-197.
- Sauter, W., 'Sectorspecifiek mededingingsrecht en fusietoetsing', *Regelmaat*, 2013-2, p. 77-93 (Sauter 2013b).
- Sauter, W. 'Het nieuwe *Altmark*-pakket vastgesteld door de Commissie', *M&M*, 2012-1, p. 29-32.
- Sauter, W., 'Case note on Case T-289/03, BUPA', *CMLR*, 2009-1, p. 269-286.
- Schotanus, E., 'Voordeel versus compensatie', *M&M*, 2005-7, p. 200-205.
- Schotanus, E. 'Port of Izola: An Appreciable Twist in State Aid Law?', *EStAL*, 2019-3, p.359-365.
- Scott, A., 'Co-operation and good faith: state aid rules and national courts: procedural and interpretative consequences', *EStAL*, 2017-3, p. 354-366.
- Serby, T., 'The state of EU sports law: lessons from UEFA's 'Financial Fair Play' regulations', *International Sports Law Journal*, 2016-16, p. 37-51.
- Sinnaeve, A., 'What's new in SGEI 2012? An overview of the Commission's SGEI Package', *EStAL*, 2012-2, p. 347-367.
- Sinnaeve, A., 'Block Exemptions for State aid: More Scope for State Aid Control by Member States and Competitors', *CMLR*, 2001-6, p. 1479-1495.
- Sluijs, J. & Arnon, K., 'Het arrest BUPA: publieke diensten en marktwerking', *NtER*, 2008-7, p. 206-213.

- Sluijs, J., 'Sport is allang geen spel meer; de relatie met fundamentele rechten en vrijheden is niet meer weg te denken 13 juni 2019', annotatie bij zaak C-22/18, *Top-Fit eV en Daniele Biffi/Deutscher Leichtathletikverband*, *SEW*, 2020-4, p. 195-197.
- Staviczyk, P., 'De Facto Selectivity in the Light of the Recent Case Law of the General Court', *EStAL*, 2015-3, p. 332.
- De Streel, A., 'La gouvernance économique européenne réformée', *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013-3, p. 455-481.
- Stromsky, B., 'Exemption by category: The Court of Justice of the European Union confirms the mandatory nature of the conditions for exemption set by a regulation' (*Dilly's Wellnesshotel*), 21 July 2016, *Concurrences Review*, 2016-4, p. 146-147.
- Szudocky, R., 'Convergence of the analysis of national tax measures under EU state aid law and the fundamental freedoms', *EStAL*, 2016-3, p. 357-380.
- Szyszczak, E., 'The *Altmark* case revisited: local and regional subsidies to public services', *EStAL*, 2017-3, p. p. 395-407.
- Szyszczak, E., 'Modernising State Aid and the Financing of SGEI', *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012-4, p.332-343.
- Szyszczak, E., 'Survey: Services of general economic interest and measures that effect competition', *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014-7, p. 508-518.
- Travers, N., 'Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after *Altmark*?', *EStAL*, 2003-3, p.6.
- Tveit, S., 'Eesti Pagar: A new boost to national recovery', *EStAL* 2019-2, p. 1861-191.
- Van Maren, O., 'How to bail out your local club: the application of the State aid rules to professional football clubs in financial difficulty', *International Sports Law Journal*, 2017-4, p. 155-176.
- Van den Bogaert S., 'Sport & Europees recht: Gaat de bal eindelijk rollen?', *Ars Aequi*, 2006-4, p. 270-272.
- Van den Bogaert, S., Vermeersch, A., 'Sport and the EC Treaty: a tale of uneasy bedfellows?' *European Law Review*, 2006-6, p. 821-840.
- Van den Bogaert, S., Cuyvers A., 'Brexit Blues: They still haven't found what they're looking', *NJB*, 2019-19, p. 1388-1397.
- Van den Bogaert, S., Metselaar, A., annotatie bij Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 2 November 2011, no. 201100211/1/H2 ('Staatssteun Vogelaarheffing'), *AB Rechtspraak Bestuursrecht* 2012-24 (AB 2012/156), p. 977-983.
- Van den Bogaert, S., 'Bosman: one for all.', *Maastricht Journal for comparative law*, 2015-2, p. 174-178.
- Van den Bogaert, S., Van Cleynenbreugel, P., Borger V., Aalbers, M. & Weber, T., 'Kroniek van het Europees materieel recht', *NJB*, 2015-35, p. 2510-2526.
- Van den Bogaert, S., Jesse M., Van Rompuy, B., Borger, V., & Aalbers, M., 'Kroniek van het Europees materieel recht', *NJB*, 2019-35, p. 2654-2669.
- Van Cleynenbreugel, P., 'Article 101 TFEU and the EU Courts, Adapting legal form to the realities of modernization', *CMLR*, 2014-5, p. 1381-1435. (Van Cleynenbreugel 2014a)
- Van Cleynenbreugel, P., 'Efficient justice in the service of justiciable efficiency? Varieties of comprehensive judicial review in a modernized EU competition law enforcement context', *The Competition Law Review*, 2014-1, p. 35-63. (Van Cleynenbreugel 2014b)
- Van Cleynenbreugel, P., 'Europeaniserend markttoezicht op zoek naar nieuwe evenwichten', *SEW*, 2014-4, p 162-178. (Van Cleynenbreugel 2014c)

- Van Cleynenbreugel, P., 'Sharing powers within exclusive competences: rethinking EU antitrust law enforcement', *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2016-1, p. 49-79.
- Van Gerven, W., 'Economisch grondslagenrecht in België en Nederland', *SEW*, 1986, p. 565-585.
- Verouden, V., 'EU State Aid Control: The Quest for Effectiveness', *EStAL*, 2015-4, p. 459-464.
- Verouden, V., en P. Ibanez Colomo, 'Een gelijk speelveld na Brexit: staatssteuncontrole', *TvS*, 2018-4, p. 150-166.
- Verschuur, S., ten Hove, L., 'Steunmaatregelen voor de publieke omroep en diensten van algemeen economisch belang', *TvS*, 2011-3/4, p. 87-94.
- Von Bonin, A., Rodenhuis, A. 'Privatisations, Pensions and Exemptions', *EStAL*, 2014-3, p.600-605.
- De Vries, S., & Gerbrandy, A., 'Convergentie tussen vrij verkeer en mededinging 'revisited'', *SEW*, 2015-11, p. 516-521.
- Wegener Jessen, P., 'National state aid law applied to state measures affecting trade between Member States: The Danish case', *EStAL*, 2011-1, p. 59-70.
- Van der Woude, M., Redactioneel, *SEW*, 2014-12, p. 513.
- Zondag, P., Merkus, M., 'Decentrale overheden benutten kansen staatssteunregels steeds beter', *TvS*, 2018-4, p. 147-149.

Boeken

- Bacon, K. *European Union Law of State Aid*, Oxford: Oxford University Press 2017.
- Barents, R. (red.), *In orde: liber amicorum Pieter Verloren van Themaat*, Deventer: Kluwer 1982.
- Barnard, C., *The substantive law of the EU: The four freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2016.
- Börner, B., *Recht und Praxis der Beihilfen im gemeinsamen Markt*, Keulen: Carl Heymanns Verlag 1984.
- Burke, J., *A critical account of article 106 (2) TFEU: Government failure in public service provision*, Oxford: Oxford University Press 2018.
- Craig, P., *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.
- Cyndecka, M., *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law: Applicability and Application*, Den Haag: Kluwer International 2016.
- Duval, A., Van Rompuy, B., *The legacy of Bosman: Revisiting the relationship between EU law and Sport*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2016.
- Farnsworth, F., *The legal analyst: a toolkit for thinking about the Law*, Chicago: University of Chicago Press 2007.
- Van den Gronden, J., Szyssczak, E., *Financing services of general economic interest*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2013.
- Hancher, L., Ottervanger, T., Slot, P., *EU State Aids*, Londen: Sweet & Maxwell 2016 (5^e editie).
- Hancher, L., De Vries, Y., Salerno, F., *EU State Aids*, Londen: Sweet & Maxwell 2021 (6^e editie).
- Harbo, T., *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden: Brill/Nijhoff 2015.
- Hessel, B., *Rechtsstaat en economische politiek*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1987.
- Jones & Suffrin, *EU Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

- Knook, A., *Staatssteun: Handboek voor de praktijk*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018.
- Krajewski, M., Neergaard, U., van de Gronden, J., *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2009.
- Lenaerts, K., Van Nuffel, P., *Europees recht*, Antwerpen: Intersentia 2017.
- Louis, J., Rodrigues, S., *Les services d'intérêt économique général et l'union européenne*, Brussel, Bruylant 2006.
- Lovhdahl Gormsen, L., *European State aid and Tax Rulings*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2019.
- Mulder, J., *Social Legitimacy in EU Competition law*, Oxford: Hart Publishing 2018.
- Michiels, A., Blomberg, G. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- Mortelmans, K., *Economisch Publiekrecht: Rechtswaarborgen en rechtsinstrumenten*, Deventer: Wolters Kluwer 1989.
- Nistor, L., *Public services and the European Union: healthcare, health insurance and education services*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2011.
- Panara, C., Varney, M., *Local Government in Europe; the 'fourth level' in the EU multilayered system of governance*, Londen: Routledge & CRC Press 2013.
- Parrish, R., Miettinen, S., Siekmann, R., Gardiner, S., *EU, sport, law and policy: regulation, re-regulation and representation*, Den Haag: TMC Asser 2008.
- Quigley, C., *European State Aid law and policy*, Oxford: Hart Publishing 2015.
- Säcker, F. J., Montag, F., *European State Aid Law: a Commentary*, München: Beck, Hart, Nomos 2016.
- Sauter, W., *Public Services in EU law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.
- Siekmann, R., *Introduction to International and European Sports Law*, Den Haag: T. M.C. Asser 2012.
- Stefan, O., *Soft law in Court: competition law, state aid and the Court of Justice of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2014.
- Stuart, E., Roginska-Green, I., *Sixty years of EU State aid law and policy*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018.
- Szyszczak, E., *Research handbook on EU state aid law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2011.
- Szyszczak, E., *Social Services of General Interest in the EU*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2013.
- Trimidas, T., *The General Principles of EU law*, Oxford: University Press 2019.
- Van den Bogaert S., *Practical Regulation of the Mobility of Sportsmen in the EU Post Bosman*, Den Haag: Kluwer Law International 2005.
- Van Cleynenbreugel, P., *Market Supervision in the European Union: integrated administration in constitutional context*, Leiden: Brill/Nijhoff 2015.
- Von Bogdany, A., *Principles of European constitutional law*, Oxford: Hart Publishing 2010.
- Van Rompuy, B., *Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy? Non-efficiency Considerations Under Article 101 TFEU*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.
- Verloren van Themaat, P., *Economisch recht, sociaal recht en de economische orde: een terreinverkenning*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1982.
- Verouden, V., Werner, P., *EU State Aid Control: Law and Economics*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2016.
- Weatherill, S., *Law and Values in the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

- Weatherill, S., *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford: Oxford University Press 2017a.
- Weatherill, S. *Principles and practices of EU Sports Law*, Oxford: Oxford University Press 2018.

Bijdragen in boeken

- Aalbers, M., Gerbrandy, A., 'Beleidskansen bij diensten van algemeen economisch belang', in: B. Hessel, *Pluk de vruchten van de interne markt*, Den Haag: SDU 2011, p. 205-247.
- Aalbers M., Adriaanse, P., 'Recovery of unlawful aid', in: Hancher L., Ottervanger T., Slot, P.J. (red.) *EU State Aids*, Londen: Sweet & Maxwell 2016, p. 1091-1118.
- Adriaanse, P., van Angeren, J., 'De Awb en staatssteunvragen', in Barkhuysen, T., den Ouden, W., Polak, J., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 669-686.
- Bast, J., Wetz, K., 'System of competences', in Kuiper, P., Ambtenbrink, F., Curtin, D., De Witte, B., McDonnell, A., en Van den Bogaert, S., *The Law of the European Union*, 2019, p. 73-79.
- Baquero Cruz, J., 'Social Services of General Interest and the State Aid Rules', in: Szyszczak, E., *Social Services of General Interest in the EU*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2013, p. 303-329.
- Bell, M., 'The principle of equal treatment: widening and deepening', in Craig, P., de Búrca, G., *The evolution of EU law*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 611- 639.
- Biondi, A., 'Every Family is the Same, every family is different: state aid and free movement', in C. Buts en Buendía Sierra, *Mile Stones in State Aid Case Law*, Berlijn: Lexxion 2017, p. 34-45.
- Biondi, A., Stefan, O., 'The notice on the notion of state aid: every light has its shadow', in: B. Niascimbene, A. Di Pascale, *The Modernisation of State Aid for economic and social development*, Cham: Springer 2018, p. 43-62.
- Biondi, A., Righini, E., 'An Evolutionary Theory of EU State Aid Control', in: A. Arnull, D. Chalmers, *The Oxford Handbook of European Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 670-690.
- Buendía Sierra, J., 'Finding Selectivity or the art of comparison', in: C. Buts, Buendía Sierra, L., *Mile Stones in State Aid Case Law* Berlijn: Lexxion 2017, p. 85-92.
- Buendía Sierra, J., Panero Rivas, J., 'The Almunia Package: State aid and SGEI', in: Van den Gronden, J., *Financing services of general economic interest*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2013, p. 125-148.
- Van den Brink J., den Ouden, W., 'Europeanisering door rechtsbeginselen. Op weg naar rechtseenheid en duidelijkheid van de bescherming van de Nederlandse burger in gevaar?', in: Schueler, B., Widdershoven, R., *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2014, p. 75-97.
- Chirițoiu, B., 'Convergence Within the European Competition Network: Legislative Harmonization and Enforcement Priorities', in: Almasan, A., Whelan, P., *The Consistent Application of EU Competition Law*, Cham: Springer 2017, p. 3-22.
- Dawson, M., De Witte, B., 'The EU legal framework of social inclusion and social protection: between the Lisbon Strategy and the Lisbon Treaty', in: Cantillon, B., Verschuere, H., en Ploscar, P., *Social inclusion and social protection: interactions between policy and law*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 41-70.

- Dawson, M., De Witte, B., 'Welfare Policy and Social Inclusion' in: Arnall, A and Chalmers, D (red.), *Oxford Handbook of European Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 964-990.
- Derenne, J. en Verouden, V., 'Distortion of Competition and Effect on Trade', in: Werner, P. en Verouden, V., 'EU State Aid Control', Kluwer: Alphen aan den Rijn, p. 173-178.
- Edward, D., 'The exceptions to the four freedoms', in: Koutrakas, P., Nic Shuibene, N. en Syrpis, P., *Exceptions from EU free movement law: derogation, justification and proportionality*, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 1-11.
- Fløistad, K., 'The Exercise of State Aid Competence by the Commission and the EFTA Surveillance Authority in the Sectors of Largely Non-economic Welfare Services', in K. Fløistad, *The EEA Agreement in a Revised EU Framework for Welfare Services*, Cham: Springer 2018, p. 241-263.
- Flynn, L., Gilliams, H., 'Judicial protection', in: Hancher L., Ottervanger T., Slot, P.J., *EU State Aids*, Londen Sweet & Maxwell 2021, p. 1117-1197.
- Van Gestel en van Golen, 'Enforcement by the New European Supervisory Agencies: Quis custodiet Ipsos custodes?', p. 757-781.
- Glinksy, C., Joerges, C., 'European Unity in diversity? A Conflicts-law- reconstruction', in: Purnhagen, K., Rott, P., *Varieties of European Economic law and regulation*, Heidelberg: Springer 2014, p. 285-314.
- Graells, A., 'The Commission's Modernisation Agenda for procurement and SGEI' in: van den Gronden, J., Szyszczak, E., *Financing services of general economic interest*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2013, p. 161-181.
- De Graaff, T., 'Te veel ballen in de lucht? De Afdeling tussen effectiviteit en rechtsbescherming bij de toetsing Europese staatssteunrecht', in Ortlep, R. (red.): *De rechter onder vuur*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishing 2016, p. 77-97.
- Grespen, D., Pelin, A., 'State aid and the role of national courts', in N. Pesari, K. Van de Castele, L. Fynn, *EU Competition Law: Volume IV State aid*, Deventer: Claeys & Casteels Publishing 2016, p. 1489-1566.
- Van den Gronden, J., 'Transnational Competition Law and Public Services', *European yearbook of international economic law*, Heidelberg: Springer 2013, p. 109-146.
- Honoré, M., 'Selectivity': in Werner, P., Verouden, V., 'EU State Aid Control', Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2017, p. 133-135.
- Kavanagh, J., 'Financing SGEI: The European Commission's Economic Tests', in van den Gronden, J., Szyzyczak, E. (red.), *Financing services of general economic interest*, Den Haag: T.M.C. Asser 2013, p. 149-158. Kavanagh
- Klasse, M., 'The Impact of *Altmark*: The European Commission Case Law Responses', in Szyzyczak, E., en Van de Gronden, J.W. (eds.), *Financing Services of General Economic Interest*, Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2013, p. 35-52.
- Kreuschitz, V., Bermejo, N., 'The Role of National Courts in the Enforcement of the European State Aid Rules', in: *EU Competition and State Aid Rules: Public and Private Enforcement*, Heidelberg: Springer 2017, p. 221-253.
- Kreuschitz, V., 'Decentralized judicial review and enforcement of EU State Aid Rules' in: H. Hofman, C. Micheau, *State Aid law of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 450-463.
- Manunza, E., Berends, W., 'Social Services of General Interest and the EU Public Procurement Rules' in: Szyszczak, E., *Social Services of General Interest in the EU*, Den Haag: T.M.C. Asser 2013, p. 347-384.

- Meij, A., 'De rol van de nationale rechter en de Commissie op het gebied van staatssteun', in: den Ouden, W. (red.), *Staatssteun en de nationale rechter*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19-28
- Neergaard, U., 'Services of general economic interest under EU law constraints' in: *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 174-196.
- Neven, D., Verouden, V., Towards a more refined economic approach in State aid Control, in Mederer, W., en Pesaresi, N., *EU Competition Law*, Leuven: Claeys en Casteels 2008, p. 271-288.
- Nicolaidis, P., 'Altmark: the Mount Everest of State Aid', in Buts, C., Buendia Sierra, J., 'Milestones in state aid case law', Berlin: Lexxion 2017, p. 96-106. (Nicolaidis 2017b)
- Nicolaidis, P. 'The economics of state aid and the fundamental state aid trilemma', in Hancher, L., De Vries, Y., Salerno, F.(red.), *EU State Aids*, Londen: Sweet & Maxwell, 2021 (6^e editie), p.23-42.
- Ottervanger, T., Aalbers, M., 'State Aid Law', in Kuiper, P., Ambtenbrink, F., Curtin, D., De Witte, B., McDonnell, A. en Van den Bogaert, S. (red.), *The Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018, p. 779-797.
- Ottervanger, T., 'The Multilayered Public Interest and the Law of the European Union' in: Baume, T., *Today's multi-layered legal order: current issues and perspectives*, Zutphen: Paris Publishers 2011, p. 243-255.
- Pace, L., 'Decentralised Application', in: Tosato, L., Bellodi, L, *EU Competition Law*, Deventer: Claeys Casteels, 2015, p. 247-277.
- Prechal, S., 'Fundamental rights as limits to the liberalisation of service markets', in van de Gronden J., *The EU and WTO Law on Services*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 55-73.
- Rasmussen, M., 'From Costa v. Enel to the Treaties of Rome: A Brief History of Legal Revolution', in: Maduro, M., Azoulai, L., (red.), *In The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 69-85.
- Ross, M., 'The value of solidarity in european public services law', in Krajewski, M., Neergaard, U. & van de Gronden, J. , *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2009, p. 81-99.
- Rodrigues, S., 'Towards a general EC framework of SGEI?', in: Krajewski, M., Neergaard, U. & van de Gronden, J. (red.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2009, p. 255-266.
- Sanderink, V., *De amicus curiae in het mededingingsrecht: de Europese Commissie en de Nederlandse Mededingingsautoriteit als vriend van de rechtspraak in het kader van de Trias Politica*, Celsus, Tilburg, 2009.
- Schweitzer, H., 'SGEI: European law's impact on the role of markets and member states', in: Cremona, M., *Market integration and public services in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 11-62.
- Snell, J., 'Economic Justifications and the Role of the State', in: Koutrakas, P., Nic Shuibene, N. en Syrpis, P., *Exceptions from EU free movement law: derogation, justification and proportionality*, Oxford: Hart Publishing, p. 12-31.
- Timmermans, C., 'ECJ Doctrines on Competences', in: L. Azoulai, *The Question of Competence in the EU*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 155-167.

- Tobler, C., 'Equal Treatment and Non-Discrimination', in: Kuijper, P., Amtenbrink, F., Curtin, D., De Witte, B., McDonnell, A., Van den Bogaert, S., *The Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Wolter Kluwer 2019, p. 1025-1031.
- Tomlinson, J., Lovdahl Gormsen, L., 'Stumbling Towards the UK's new administrative settlement: a study of competition law enforcement after Brexit', in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2018-1, p. 232-252.
- van den Tweel, R., 'Altmark alweer altmodisch?', in Beukers, T., Van Harten, H., Prechal, S., *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2010, p. 288-295.
- Van den Bogaert, S., Van Cleynenbreugel, C., 'Free movement of goods' in P. Kuiper, F. Amtenbrink, D. Curtin, B. De Witte, A. McDonnell en S. Van den Bogaert, *The Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2019, p. 485-537.
- Van Rompuy, B., 'Sports in state aid law', in Hancher, L., Ottervanger, T., *EU State Aids*, 2016 (5^e editie), p. 781-795.
- Van Rompuy, B., 'Sports', in Hancher, L., De Vries, Y., Salerno, F. (red.), *EU State Aids*, Londen: Sweet & Maxwell, 2021 (6^e editie), p. 833-847.
- Von Danwitz, T., 'State aid Control over public services: a view from the Court', in Krajewski, M., Neergaard, U. & van de Gronden, J., *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Den Haag, 2009, p. 117-126.
- Weatherill, S. 'Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community', in O'Keeffe, D., Twomey, P., *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Londen, 1994, p. 12-33 (Weatherill 1994),
- De Witte, B., 'Non-market values in internal market legislation' in Nic Shuibne, *Regulating the internal market*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2006, p. 61-86.
- Ziegler, T., 'The British Aggregates Saga: Looking back at an earlier stage of the selectivity discussion', in Buts, C., en Buendía Sierra, J., *Mile Stones in State Aid Case Law*, Berlijn: Lexxion 2017, p. 377-386.

Oraties en dissertaties

- Adriaanse, P., *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun*, dissertatie Vrije Universiteit Amsterdam, 2006.
- Antonaki, I., *Privatisations and golden shares: bridging the gap between the State and the market in the area of free movement of capital in the EU*, dissertatie Universiteit Leiden, 2019.
- Beumer, E., *De publieke handhavingsprocedures van het mededingingsrecht in het licht van de mensenrechten*, dissertatie Universiteit Leiden, 2016
- Borger, V., *The transformation of the euro: law, contract, solidarity*, dissertatie universiteit Leiden, Leiden, 2018
- Van den Brink, J., *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland*, dissertatie Universiteit Leiden, 2012.
- De Cecco, F., *State aid and the European Economic Constitution*, dissertatie Universiteit Oxford, 2013.
- De Cock, W., *Belgische rechtscolleges als Europese staatssteunrechtters*, dissertatie Vrije Universiteit Brussel, 2023.
- Donner, D., *Europese samenwerking*, oratie Universiteit Leiden (Cleveringalezing), 2015.
- van Dam, C., *Guidance documents of the European Commission in the Dutch legal order*, dissertatie Universiteit Leiden, 2019

- Fiedziuk, N., *Services of general economic interest in EU law: the role of the 'public service' exception in the light of recent developments in EU law*, dissertatie Universiteit Tilburg, 2013.
- Gerbrandy, A. *Convergentie in het mededingingsrecht*, dissertatie Universiteit Utrecht, 2009.
- Metselaar, A., *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie*, dissertatie Universiteit Leiden, 2017,
- Mortelmans, K., *Ordenend en sturend beleid en economisch publiekrecht*, oratie Universiteit Utrecht; Deventer, 1985.
- Nicolaides, P., *Essays on law and economics of state aid*, dissertatie Universiteit van Maastricht, 2008.
- Saenen, N., *Wegen door Brussel, Staatssteun en publieke belangen*, dissertatie Technische Universiteit Delft, 2013.

Opinie

Opinie-artikelen en interviews

- Aalbers M., & Aalbers R., 5 april 2018, 'Haagse politiek moet dividendplannen beter afstemmen met Brussel', *Het Financieele Dagblad* [opinie]
- Aalbers M., 19 mei 2016, 'Steun voor profclubs liep op tot 230 miljoen euro.' *Trouw* [interview]
- Aalbers M., 19 mei 2016, 'Een spits van belastinggeld.' *De Groene Amsterdammer* [interview]
- Aalbers M., 19 mei 2016, 'Betaal voetbal, ja, door óns.' *Trouw (de Verdieping)* [interview].
- Gibson, O., 'West Ham face compensation risk over state aid for Olympic Stadium refit', 20 april 2015, *The Guardian* [opinie]
- Koopmans, G., Interview DG Mededinging, Tijdschrift voor staatssteun. 2019- 1, p . 20-23, [interview].
- van Middelaar, L., 'Brussel, wen maar snel aan de oorlogseconomie', 16 april 2020, *NRC Handelsblad* [opinie]
- NRC Handelsblad (red.), 'President Rekenkamer: Neem besluit voor overheidssteun niet overhaast', 20 mei 2020, *NRC Handelsblad* [opinie]
- Rijken, K., 'Wethouder Depla: reddingsplan PSV geen staatssteun', 29 juni 2011, *Binnenlands Bestuur*, [interview]
- van der Toolen, A. 'Kampioenen van Zeus', 1 juni 2012, *Historisch Nieuwsblad* [opinie]
- Trouw (red.), 'Gemengde gevoelens over miljoenenhulp aan PSV', 25 mei 2011, *Trouw* [opinie]
- Vestager, M., 'This is the year for Europe to put its tax house in order', 17 januari 2015, *the Guardian* [opinie]
- Walker, P., 'UK on course for no-deal Brexit as Johnson rejects EU agreement, 26 juli 2019, *The Guardian*, [opinie]

Juridische Blogs

- Aalbers, M., & Aalbers, R., 'Mogelijke sanctie vanuit de Europese Commissie na afschaffing dividendbelasting', 26 april 2018, *MeJudice*.
- Aalbers, M., 'Tax climate change: are Brexit's side effects state aid-proof?', 5 april 2018, *Leiden Law Blog*.

- Aalbers, M., 'The Duvel is in the details: cultural diversity on the internal market', 17 januari 2018, *Leiden Law blog*.
- Carter, D., 'West Ham's State Aid own goal?', 24 november 2015, *Leiden Law Blog*.
- Expertisecentrum Europees Recht, 18 december 2023, "Europese Commissie stelt nieuwe de-minimisverordening vast", (te vinden op minbuza.nl).
- Mekenkamp, K., 'FIFA's Provision on the Protection of Minors and EU law: Any teething problems that need to be overcome?', 12 december 2016, *Asser International Sports Blog*.
- Nicolaidis, P., 'The Perennial Altmark Questions', 27 oktober 2015, *State Aid Hub Blog*
- Szyszczak, E., 'Black Cabs in London Retain 'Exclusive' Rights to Drive in Bus Lanes', 27 januari 2015, *State Aid Hub Blog*.

Lezingen

- Lezing Eurocommissaris M. Vestager, 'Fighting for European values in a time of change', *Europalezing Universiteit Leiden*, 14 juni 2017. 2017
- Speech Eurocommissaris M. Vestager, 'State aid rules for fair competition', 19 juni 2018, High Level Forum on State Aid Modernisation, Brussel, beschikbaar op: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/state-aid-rules-fair-competition_en.
- Speech DG Mededinging J. Laitenberger, 'State aid modernisation: the benefits of working more closely together', Brussel, 28 juni 2017.
- Speech Eurocommissaris J. Almunia, 7 juni 2012, 'The modernisation initiative', te vinden op http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-424_en.htm.
- Speech DG Mededinging G. Koopman, 17 november 2014, Keynote speech Landelijk Staatssteunnetwerk, Rotterdam.
- Speech Eurocommissaris J. Almunia, "An integrated approach to state aid", 26 mei 2011, Londen, te vinden op ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_11_385.

Preadviezen

- Baarsma, B., Teeuwes, J., 'Publiek belang en marktwerking: Argumenten voor een welvaartseconomische aanpak', in van Damme, van, E., Schinkel, M., 'Markt en Publieke belangen: Preadviezen Koninklijke Vereniging voor Staathuiskunde', Amsterdam, 2009.

Rapporten

- Buts, C., De Cock, W., Joris, T., & Nicolaidis, P. (2021). *Studie Staatssteun in het beleidsdomein wonen*. Vrije Universiteit Brussel.
- Europese Commissie, *Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts*, Luxemburg, 2019, te vinden op <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf>.
- Commissie van Aanbestedingsexperts, *Toekomstscenario's Commissie van Aanbestedingsexperts*, Den Haag, 16 januari 2019, te vinden op https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/files/notities/190116-20-Notitie_toekomstscenarios_CvA_002.pdf
- Europese Commissie, State Aid Scoreboard 2021, Brussel, 2022, te vinden op https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-09/state_aid_scoreboard_note_2021.pdf
- Europese Commissie, State Aid Scoreboard 2020, Brussel, 2021, te vinden op

- https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-06/state_aid_scoreboard_note_2020.pdf
- Europese Commissie, *State Aid Scoreboard 2019*, Brussel, 2020, te vinden op https://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/state_aid_scoreboard_2019.pdf
- Europese Commissie, *State Aid Scoreboard 2018*, Brussel, 2019, te vinden op https://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/state_aid_scoreboard_2018.pdf
- Europese Commissie, *Helsinki Rapport over de maatschappelijke functie van sport*, COM(1999) 644 final, Brussel, 2016.
- Europese Rekenkamer, *Implementing the EU budget through financial instruments — lessons to be learnt from the 2007-2013 programme period*, *Financial Instruments 2016-19*, te vinden op <http://publications.europa.eu/webpub/eca/special-reports/financial-instruments-19-2016/>, ISBN 978-92-872-5417-7, Brussel, 2016.
- Geradin, D., *Public compensation for services of general economic interest: an analysis of the 2011 European Commission Framework*, Tilburg, 30 maart 2012, beschikbaar op <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2031564>
- Ministerie van Binnenlandse Zaken, Nationaal referentiekader steun aan betaald voetbal: een wegwijzer en risicoanalyse van steun aan betaald voetbal, 12 mei 2004, te vinden op <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2013/01/Referentiekader-steun-aan-BVO.pdf>. Zie ook Kamerstukken Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2003-2004, Kamerstuk 28877, nr. 6., 27 mei 2004.
- Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, van Lotriningen, R., Aalbers, M., Ament, L., *Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang*, Den Haag, 14 juli 2014, te vinden op <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2014/07/Handreiking-DAEB-2014.pdf>.
- Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Coördinatiepunt Staatssteun voor Decentrale Overheden, *Handreiking Transparency Award Module*, Den Haag, juli 2023; te vinden op: https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2023/07/CSDO-Handleiding-voor-de-TAM.-v_1.7.2023-v2.pdf
- Rapp, J., in J. da Cruz de Villaça *et al*, *Taxation, state aid and distortions of competition*, in: 'Institutional rapport FIDE Conference Estoril 2018', 23 mei 2018, Volume II, ISBN 978-972-40-7479-5.
- Sauter, W., *Proportionality in EU Law: A balancing act?*, 25 januari 2013, TLEC Paper 2013-003, SSRN.
- Weatherill, S., *The Helsinki Report on sports' in European sports law: collected papers*, 2007.

Jurisprudentie

HvJ EGKS

Hof EGKS

HvJ EGKS, 18 maart 1980, HvJ EGKS, 18 maart 1980, gevoegde zaken 154, 205, 206, 226-228, 264-278, *Ferriera Valsabbia t Commissie*

Gerecht EGKS

Gerecht EGKS, 24 oktober 1997, T-244/94, *Thyssen*

*HvJ EU**Hof van Justitie*

- HvJ EG van 12 juli 1962, zaak 9/61, *Nederland t Hoge Autoriteit EGKS*
- HvJ EG, 15 juli 1964, zaak 6-64, *Flaminio Costa t E.N.E.L*
- HvJ EG, 5 februari 1964, C-26/62, *Van Gend en Loos*
- HvJ EG, 19 juni 1973, 77-72, *Carmine Capolongo t Azienda Agricole Maya*
- HvJ EG, 30 januari 1974, C-127/73, *BRT t SABAM*
- HvJ EG, 12 december 1974, *Walrave en Koch t UCI*
- HvJ EG, 8 April 1976, C-43-75, *Gabrielle Defrenne*
- HvJ EG, 20 februari 1979, 120/78, *Cassis de Dijon*
- HvJ EG, 2 februari 1988, gevoegde zaken 67, 68 en 70/85, *Van der Kooy*
- HvJ EG, 25 juni 1988, C-203/96, *Dusseldorp*
- HvJ EG, 21 maart 1990, C-142/87 *Tubemeuse*
- HvJ EG, 8 november 2001, C-143/99, *Adria-Wien*
- HvJ EG, 23 april 1991, C-41/90, *Klaus Höfner v Macrotron*
- HvJ EG, 21 november 1991, C-354/90, *Saumon t Frankrijk*
- HvJ EG, 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, *Poucet et Pistre*
- HvJ EG, 19 mei 1993, C-230/91, *Corbeau t Regie des Postes*
- HvJ EG, 24 november 1993, C-267/91, *Keck et Mithouard*
- HvJ EG, 19 oktober 1995, C-19/93 P, *Rendo & Centraal Overijsselse Nutsbedrijven t Commissie*
- HvJ EG, 15 december 1995, C-415/93, *Bosman*
- HvJ EG, 18 maart 1997, C-343/95, *Diego Cali*
- HvJ EG, 23 oktober 1997, C-157/94, *Commissie t Nederland, (SEP I)*
- HvJ EG, 11 april 2000, gevoegde zaken C-51/96 en C-191/97, *Deliège*.
- HvJ EG, 25 oktober 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*
- HvJ EG, 22 november 2001, C-53/00, *Ferring*
- HvJ EG, 19 februari 2002, C-309/99, *Wouters*
- HvJ EG 16 mei 2002 C-482/99, *Stardust Marine*
- HvJ EG, 13 mei 2003, C-385/99, *Müller-Fauré*
- HvJ EG, 24 juni 2003, C-280/00, *Altmark Trans*
- HvJ EG, 3 juli 2003, gevoegde zaken C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, *Chronopost t UFEX (Chronopost I)*
- HvJ EG, 20 november 2003, C-126/01, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie t GEMO*
- HvJ EG, 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot en met C-38/01, *Enirisorse I*
- HvJ EG, 29 april 2004, C-372/97, *Italië t Commissie*
- HvJ EG, 6 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK Bundesverband*
- HvJ EG, 3 maart 2005, C-172/03, *Wolfgang Heiser (Oostenrijkse tandartsen)*
- HvJ EG, 23 maart 2006, C-237/04, *Enirisorse II*
- HvJ EG, 30 maart 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*
- HvJ EG, 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, *België en Forum 187 t Commissie*.
- HvJ EG, 29 juni 2004, C-110/02, *Commissie t Raad (Portugese varkenhouders)*
- HvJ EG, 11 juli 2006, C-205/03 P, *FENIN*
- HvJ EG, 18 juli 2006, C-519/04 P, *Meca Medina*
- HvJ EG, 6 september 2006, C-88/03, *Azoren*

- HvJ EG, 7 september 2006, C-526/04, *Laboratoires Boiron*
- HvJ EG, 8 september 2006, gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04, *KPN*
- HvJ EG, 11 september 2007, zaken C-76/05 en C-318/05, *Schwartz*
- HvJ EG 22 november 2007, C-525/04 P, *Spanje t Commissie (Lenzing)*,
- HvJ EG, 6 maart 2008, gevoegde zaken C-287/06, C-288/06 en C-291/06, *Deutsche Post t Duitsland*.
- HvJ EG, 1 juli 2008, C-49/07, *MOTOE t Elliniko Dimosio*
- HvJ EG, 1 juli 2008, gevoegde zaken C-341/06 P en C-342/06 P, *Chronopost t Commissie (Chronopost II)*
- HvJ EG, 17 juli 2008, C-206/06, *Essent Netwerk Noord*
- HvJ EG, 22 december 2008, C-487/06 P, *British Aggregates*
- HvJ EG, 7 mei 2009, C-504/07, *Antrop t Carris*
- HvJ EG, 1 oktober 2009, C-567/07, *Minister van Wijken, Wonen en Integratie t Sint Servatius*
- HvJ EG, 10 maart 2009, C-169/07, *Hartlauer t Wiener Landesregierung*
- HvJ EU, 16 maart 2010, C-325/08, *Olympique Lyonnais t Newcastle UFC*
- HvJ EU, 20 april 2010, C-265/08, *Federutilty*
- HvJ EU, 10 juni 2010, C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*.
- HvJ EU, 1 juli 2010, gevoegde zaken C570/07 en C571/07, *Blanco Pérez*
- HvJ EU, 2 september 2010, C-399/08 P, *Commissie t Deutsche Post*.
- HvJ EU, 16 september 2010, C-459/10 P, *Freistaat Sachsen t Commissie*
- HvJ EU, 3 maart 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*
- HvJ EU, 24 maart 2011, C-400/08, *Commissie t Spanje (Catalaans vestigingsbeleid)*
- HvJ EU, 9 juni 2011, gevoegde zaken C-71/09 P, C-73/08 P en C-76/09 P, *Hotel Cipriani t Commissie*
- HvJ EU, 28 juli 2011, C-403/10 P, *Mediaset t Commissie*
- HvJ EU, 8 september 2011, C-279/08 P, *Commissie t Nederland (Nox)*,
- HvJ EU, 8 september 2011, C-78/08, 2011, *Paint Graphos*
- HvJ EU, 22 september 2011, C-148/09, *België t. Deutsche Post*
- HvJ EU, 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08, *FA Premier League t QC Leisure*
- HvJ EU, 13 oktober 2011, *Pierre Fabre*
- HvJ EU, 15 november 2011, gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P, *Gibraltar*
- HvJ EU, 8 december 2011, C-81/10 P, *France Télécom t Commissie*
- HvJ EU, 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital t Gemeente Rotterdam*
- HvJ EU, 21 december 2011, C-28/09, *Commissie t Oostenrijk*
- HvJ EU, 26 februari 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*
- HvJ EU, 28 februari 2013, C1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (OTOC)*
- HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*
- HvJ EU, 11 juli 2013, C-57/12, *Femarbel t GGC*
- HvJ EU, 18 juli 2013, C-201/11 P, *UEFA t Commissie*
- HvJ EU 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*
- HvJ EU, 4 december 2013, C-111/10 C-117/10, C-118/10, C-121/10, *Commissie t Raad (Landbouwsteun financiële crisis)*
- HvJ EU, 7 december 2013, C-518/11 *UPC Nederland t Hilversum*
- HvJ EU, 21 januari 2014, C-574/13 P, *Frankrijk t Commissie (SNCM)*
- HvJ EU, 3 april 2014, C-559/12 P, *Frankrijk t Commissie (La Poste)*
- HvJ EU, 19 juni 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar t Eurest*
- HvJ EU, 4 september 2014, C-533/12 P en C-536/12 P, *Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNCM) t Corsica Ferries*

- HvJ EU, 17 september 2014, C-242/13, *Commerz t Havenbedrijf Rotterdam*
- HvJ EU, 9 oktober 2014, C-222/13, *TDC t Erhvervsstyrelsen*
- HvJ EU, 23 oktober 2014, C-242/13, *Commerz NV t Commissie*
- HvJ EU, 11 december 2014, C-113/13, *ANPAS t San Lorenzo (Spezzino)*
- HvJ EU, 14 januari 2015, C-518/13, *Eventech*
- HvJ EU, 11 februari 2015, C-621/13 P, *Orange (Hauts de Seine)*
- HvJ EU, 4 juni 2015, C-15/14 P, *Commissie t MOL*
- HvJ EU, 9 juli 2015, C-63/14, *Commissie t Frankrijk (SNCM)*
- HvJ EU, 6 oktober 2015, C-508/14, *Český Telekomunikační t T-Mobile*
- HvJ EU, 6 oktober 2015, C-303/13 P, *Commissie t Jørgen Andersen*
- HvJ EU, 6 oktober 2015, C-23/14, *Post Danmark t Konkurrencerådet*
- HvJ EU, 22 oktober 2015, C-185/14, *Easypay*
- HvJ EU, 11 november 2015, C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*
- HvJ EU, 17 december 2015, gevoegde zaken C-25/14 en C-26/14, *UNIS t Ministre du Travail*
- HvJ EU, 17 november 2015, C-115/14, *Regiopost t Stadt Landau*
- HvJ EU, 23 december 2015, C-333/14, *Scotch Whisky Association*
- HvJ EU, 23 december 2015, C-293/14, *Gebhart Hiebler (Oostenrijkse schoorsteenvegers)*
- HvJ EU, 28 januari 2016, C-50/14, *CASTA t ANPAS*
- HvJ EU, 18 februari 2016, C-446/14 P, *Duitsland t Commissie (ZT Rheinland-Pfalz)*
- HvJ EU, 14 april 2016, C-100/15 P, *NMTA t Commissie*
- HvJ EU, 30 juni 2016, C-270/15 P, *België t Commissie (BSE)*
- HvJ EU, 19 juli 2016, C-526/14, *Tadej Kotnik t Državni zbor Republike Slovenij*
- HvJ EU, 21 juli 2016, C-493/14, *Dilly's Wellnesshotel t Finanzamt Linz*
- HvJ EU, 7 september 2016, C-121/15, *ANODE t Premier Ministre*
- HvJ EU, 26 oktober 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*
- HvJ EU, 8 december 2016, gevoegde zaken C-532/15 en C-538/15, *Euroseaneamientos*
- HvJ EU, 21 december 2016, gevoegde zaken C-164/15 en C-165/15, *Commissie t Aer Lingus en Ryanair*
- HvJ EU, 21 december 2016, C-524/14P; *Commissie t Hansestadt Lübeck*
- HvJ EU, 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *World Duty Free*
- HvJ EU, 8 maart 2017, C-660/15 P, *Viasat Broadcasting UK t Commissie*
- HvJ EU, 8 maart 2016, C-431/14 P, *Griekenland t Commissie (Piraeus)*
- HvJ EU, 9 maart 2017, C-232/16 P, *Simet t Commissie*
- HvJ EU, 4 mei 2017, C-339/15, *Luc Vanderborgh*
- HvJ EU, 18 mei 2017, C-150/16, *Fondul t CEO*
- HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania t Ayuntamiento de Getafe*
- HvJ EU, 6 juli 2017, C-245/16, *Nerea*
- HvJ EU, 13 september 2017, C-329/15, *ENEA*
- HvJ EU, 15 september 2016, C-574/14, *PGE*
- HvJ EU, 20 september 2017, C-300/16P, *Commissie t Frucona Košice*
- HvJ EU, 26 oktober 2017, C-90/16, *The English Bridge Union t Her Majesty's Revenue & Customs*
- HvJ EU, 9 november 2017, C-649/15 P, *TV2 Danmark t Commissie*
- HvJ EU, 20 december 2017, C-66/16 P-C-69/16, *Comunidad Autónoma del País Vasco t Commissie*
- HvJ EU, 20 december 2017, C-70/16 P, *Galicië t Commissie*
- HvJ EU, 20 december 2017, C-81/16 P, *Spanje t Commissie (Digitale televisie)*
- HvJ EU, 8 maart 2018, C-579/16 P, *FIH Holding*

- HvJ EU, 26 april 2018, gevoegde zaken C-233/16 en C-234/16 & C-236/16 en C-237/16, *ANGED t Commissie*
- HvJ EU, 26 april 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commissie*.
- HvJ EU, 21 juni 2018, C-480/16, *Fidelity Funds*
- HvJ EU, 28 juni 2018, C-203/16, *Andres*
- HvJ EU, 28 juni 2018, C-635/16, *Splithoff t Commissie*
- HvJ EU, 25 juli 2018, C-128/16 P, *Commissie t Bankia*
- HvJ EU, 25 oktober 2018, C-260/17, *Anodiki Services t GNA*
- HvJ EU, 6 november 2018, C-622/16 P, *Scuola Elementare Montessori t Commissie*
- HvJ EU, 7 november 2018, C-171/17, *Commissie t Hongarije*
- HvJ EU, 19 december 2018, C-374/17, *A-Brauerei*
- HvJ EU, 27 februari 2019, C-563/17 *Associação Peço a Palavra t TAP*
- HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*.
- HvJ EU, 2 mei 2019, C-598/17, *A-fonds t Inspecteur Belastingdienst*
- HvJ EU, 13 juni 2019, C-22/18, *TopFit & Daniele Biffi t Deutscher Leichtathletikverband*
- HvJ EU, 18 juni 2019, C-591/17, *Oostenrijk t Duitsland*
- HvJ EU, 5 juli 2019, C-334/18 P, *Hércules Club de Fútbol*
- HvJ EU, 29 juli 2019, C-620/17, *Hochtief Solutions*
- HvJ EU, 29 juli 2019, C-654/17 P, *BMW t Commissie*
- HvJ EU, 29 juli 2019, C-659/17, *INPS t Azienda Napoletana Mobilita*
- HvJ EU, 11 september 2019, C-676/17, *Călin t Direcția Regională a Finanțelor Publice Ploiești*.
- HvJ EU 11 juni 2020, gevoegde zaken C-262/18 P en C-271/18 P, *Commissie t Dôvera*,
- HvJ EU 17 september 2020, C-212/19, *Compagnie des pêches de Saint-Malo*
- HvJ EU, 22 september 2020, C-594/18P, *Hinkley Point t Commissie*
- HvJ EU, 24 november 2020, C-445/19, *Viasat Broadcasting t Commissie*
- HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*
- HvJ EU, 16 maart 2021, C-596/19 P, *Hongarije t Commissie (Hongaarse advertentiebelasting)*
- HvJ EU, 3 maart 2021, C-434/19 en C-435/19, *Poste Italiane t Riscossione Sicilia*
- HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*
- HvJ EU, 2 september 2021, C-647/19, *Ja zum Nürburgring t Commissie*.
- HvJ EU, 27 januari 2022, C-238/20, *Sățiși-S t Dabas aizsardzības pārvalde*,
- HvJ EU, 12 januari 2023, gevoegde zaken C-702/20 en C-17/21, *Dobeles Hes*
- HvJ EU, 7 maart 2024, C-558/22, *ARERA t Fallimento Esperia*
- HvJ EU, 14 maart 2024, C-516/22, *Commissie t Verenigd Koninkrijk*

Gerecht

- Gerecht EG 24 oktober 1997, T-244/94, *Wirtschaftsvereinigung Stahl t Commissie*
- Gerecht EG, 6 maart 2002, gevoegde zaken T-127/99, T-129/99 en T-148/9, *DAE-WOO t Commissie*
- Gerecht EG, 16 maart 2003, T-157/01, *Danske Busvognmænd (Combus) t Commissie*
- Gerecht EG, 13 september 2006, T-210/02, *British Aggregates t Commissie*
- Gerecht EG, 12 februari 2008, T-289/03, *BUPA t Commissie*
- Gerecht EG, 10 april 2008, T-233/04, *Nederland t Commissie (Nox)*.
- Gerecht EG, 22 oktober 2008, gevoegde zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04 en T-336/04, *TV2 Danmark I t Commissie*
- Gerecht EG, 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00, *Hotel Cipriani t Commissie*

- Gerecht EG, 18 december 2008, gevoegde zaken T-211/04 en T-215/04, *Gibraltar*
- Gerecht EG, 11 maart 2009, T-354/05, *Télévision Française t Commissie*
- Gerecht EU, 6 oktober 2009, T-21/06, *Brandenburg t Commissie*
- Gerecht EU, 15 december 2009, T-156/04, *EDF t Commissie*
- Gerecht EU, 1 juli 2010, gevoegde zaken T-568/08 en T-573/08, *Métropole télévision en TF1 t Commissie*
- Gerecht EU, 16 december 2010, T-231/06, *NOS t Commissie*
- Gerecht EU, 11 september 2012, T-565/08 (*Corsica Ferries t SNCM*)
- Gerecht EU, 7 december 2012, T137/10, *Coördinatie van Brusselse instellingen voor welzijnswerk en gezondheidszorg (CBI) t Commissie*
- Gerecht EU, 29 augustus 2013, T-366/13 R, *Frankrijk t Commissie*
- Gerecht EU, 12 september 2013, T-347/09, *Duitsland t Commissie (Duitse natuurgebieden)*
- Gerecht EU, 16 september 2013, T-79/10, *Colt Télécommunications France*
- Gerecht EU, 16 september 2013, T- 258/10, *Orange t Commissie*
- Gerecht EU, 16 september 2013, T- 325/10, *Illiad t Commissie*
- Gerecht EU, 16 juli 2014, T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung Rheinland-Pfalz*
- Gerecht EU, 15 november 2014, T-219/10, *Autogrill t Commissie*
- Gerecht EU, 15 september 2014, T-399/11, *Banco Santander t Commissie*
- Gerecht EU, 3 december 2014, T-57/11, *Castelnou Energia t Commissie*
- Gerecht EU, 3 maart 2015, T-251/13, *Gemeente Nijmegen t Commissie*
- Gerecht EU, 25 maart 2015, T-556/08, *Slovenska post t Commissie*
- Gerecht EU, 30 juni 2015, *Leidschendam- Voorburg t Commissie*
- Gerecht EU, 24 september 2015, T- 674/11, *TV2 Danmark II t Commissie*
- Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK t Commissie*
- Gerecht, 26 november 2015, T-462/13, *Comunidad Pais Vasco t Commissie*
- Gerecht EU, 26 november 2015, T-461/13, *Spanje t Commissie*
- Gerecht EU, 26 februari 2016, T-135/12, *Frankrijk t Commissie (Orange)*
- Gerecht EU, 3 maart 2016, T-15/14, *Simet t Commissie*
- Gerecht EU, 16 maart 2016, T-103/14, *Frucona Košice t Commissie*
- Gerecht EU, 12 mei 2016, T-693/14, *Hamr Sport t Commissie*
- Gerecht EU, 9 juni 2016, T-162/13 *Magic Mountain Kletterhallen t Commissie.*
- Gerecht EU, 14 juli 2016, T-143/12, *Duitsland t Commissie (Deutsche Post)*
- Gerecht EU, 15 december 2016, T-37/15, *Abertis Telecom Terrestre t Commissie*
- Gerecht EU, 18 januari 2017, T-92/11 RENV, *Jørgen Andersen t Commissie*
- Gerecht EU, 1 maart 2017, zaak T-454/13, *SNCM t Commissie*
- Gerecht EU, 6 april 2017, T- 732/16, *Valencia t Commissie*
- Gerecht EU, 6 april 2017, T-219/14, *Regione autonoma de Sardegna t Commissie*
- Gerecht EU, 13 december 2017, T-314/15, *Piraeus Container Terminal*
- Gerecht EU, 5 februari 2018, zaak T-216/15, *Dovera zdravotna poistjovnja t Commissie*
- Gerecht, 25 april 2018, gevoegde zaken T-554/15 en T-555/15, *Hongarije t Commissie (Hongaarse tabaksindustrie)*
- Gerecht EU, 15 mei 2018, T-901/16 R, *Elche Club de Fútbol t Commission*
- Gerecht EU, 31 mei 2018, T-160/16, *Groningen Seaports t Commissie*
- Gerecht EU, 11 juli 2018, zaak T-186/15, *CSTP Azienda della Mobilità t Commissie*
- Gerecht EU, 11 juli 2018, T-185/15, *Buonotourist t Commissie.*
- Gerecht EU, 15 oktober 2018, T-79/16, *Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters t Commissie (VGG)*
- Gerecht EU, 15 november 2018, T-399/11 RENV, *Banco Santander*
- Gerecht EU, 29 november 2018, *ARFEA t Commissie*
- Gerecht EU, 13 december 2018, T-591/15, *Transavia t Commissie*

Gerecht EU, 26 februari 2019, T-679/16, *Athletic Club de Bilbao*
 Gerecht EU, 26 februari 2019, T-865/16, *FC Barcelona*
 Gerecht EU, 20 maart 2019, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol*
 Gerecht EU, 14 mei 2019, T-728/17, *Marinvest t Commissie*.
 Gerecht EU, 22 mei 2019, T-791/16, *Real Madrid*
 Gerecht EU, 19 juni 2019, T-373/15, *Ja zum Nürburgring t Commissie*
 Gerecht EU, 27 juni 2019, T-20/17, *Hongarije t Commissie (Hongaarse advertentiebelasting)*
 Gerecht EU, 12 juli 2019, T-356/15, *Oostenrijk t Commissie (Hinkley Point)*
 Gerecht EU, 12 maart 2020, T-732/16, *Valencia CF t Commissie*
 Gerecht EU, 9 september 2020, T-745/17, *Kerkosand t Commissie*
 Gerecht EU, 14 april 2021, T-388/20, *Ryanair t Commissie (Finnair)*
 Gerecht EU, 8 februari 2023, T-538/21, *Penya Barça Lyon t Commissie*

Conclusies Advocaten-Generaal

Conclusie van AG Léger, 10 juli 1991, C-309/99, *Wouters t Algemene Raad Nederlandse Orde van Advocaten*
 Conclusie van AG Tizzano, 8 mei 2001, C-53/00, *Ferring*
 Conclusie van AG Jacobs, 30 april 2002, C-126/01, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie t GEMO*
 Conclusies van AG Léger, 19 maart 2002 (conclusie 1) en 14 januari 2003 (aanvullende conclusie 2), C-280/00, *Altmark Trans*
 Conclusie van AG Jacobs, 11 december 2003, C-110/02, *Commissie t Raad (Portugese varkenhouders)*
 Conclusie van AG Maduro, 12 januari 2006, C-237/04, *Enirisorse*
 Conclusie van AG Sharpston, 6 december 2007, gevoegde zaken C-341/06 P en C-342/06 P, *Chronopost en La Poste t UFEX (Chronopost II)*
 Conclusie van AG Colomer, 5 februari 2009, C-478/07, *Budějovický Budvar t Rudolf Ammersin*
 Conclusie van AG Sharpston, 16 juli 2009, C-325/08, *Olympique Lyon t Newcastle United*
 Conclusie van AG Maduro 30 september 2009, gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, *Blanco Pérez en Chao Gómez t Servicios Sanitarios en Asturië*
 Conclusie van AG Colomer, 20 oktober 2009, C-265/08, *Federutility*
 Conclusie van AG Mengozzi, 22 december 2010, C-279/08 P, *Commissie t Nederland*
 Conclusie van AG Mazák, 20 oktober 2011, C-124/10 P, *Commissie t EDF*
 Conclusie A-G Cruz Villalón, 30 april 2013, C-518/11, *UPC Nederland t Gemeente Hilversum*
 Conclusie van AG Wathelet, 8 mei 2014, C-242/13, *Commerz t Havenbedrijf Rotterdam*
 Conclusie van AG Wahl, 24 september 2014, C-518/13, *Eventech*
 Conclusie van AG Wahl, 22 januari 2015, C-15/14 P, *Commissie t MOL*
 Conclusie van AG Mengozzi, 12 februari 2015, C-18/14, *CO Sociedad de Gestión*
 Conclusie van AG Wahl, 4 februari 2016, C-211/15 P, *Orange t Commissie*
 Conclusie van AG Mengozzi, 12 april 2016, C-121/15, *ANODE t Premier Ministre*
 Conclusie van AG Szpunar, 2 juni 2016, C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*
 Conclusie van AG Wathelet, 28 juli 2016, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15 P, *World Duty Free*
 Conclusie van AG Wahl, 15 september 2016, C-524/14 P, *Hansestadt Lübeck*
 Conclusie van Saugmandsgaard Øe, 1 december 2016, C-296/15, *Medisanus*

- Conclusie van AG Kokott, 16 februari 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías t Ayuntamiento de Getafe*
- Conclusie van AG Wathelet, 7 september 2017, gevoegde zaken C-66/16 P t/m C-69/16 P, *Comunidad País Vasco*
- Conclusie van AG Wahl, 20 december 2017, C-525/16, *MEO t Autoridade da Concorrência*
- Conclusie van AG Wahl, 10 november 2016, C-660/15 P, *Viasat t Commissie*
- Conclusie van AG Kokott, 9 november 2017, gevoegde zaken C-234/16 en C-235/16, *ANGED*
- Conclusie van AG Bobek, 14 december 2017, C-382/16, *Hornbach-Baumarkt*
- Conclusie van AG Campos Sánchez-Bordona, 27 februari 2018, C-135/16, *Georgsmarienhütte t Duitsland*.
- Conclusie van AG Bot, 14 juni 2018, C-171/17, *Hongarije t Commissie*
- Conclusie van AG Wahl, 13 september 2018, C-387/17, *Presidenza del Consiglio dei Ministri t Fallimento Traghetti del Mediterraneo*
- Conclusie van AG Wathelet, 25 september 2018, C-349/17, *Eesti Pagar*,
- Conclusie van AG Saugmandsgaard Øe, 19 december 2018, C-598/17, *A-fonds t Belastingdienst*
- Conclusie van AG Wahl, 6 februari 2019, C-591/17, *Oostenrijk t Duitsland*
- Conclusie van AG Tanchev, 3 april 2019, C-654/17 P, *Bayerische Motoren Werke (BMW) t Commissie*

EVA Hof

EVA-Hof, 16 november 2018, E-8/17, *Kristoffersen t Norges Skiforbund*

Nederland

Hoge Raad

- HR, 27 mei 2016, 11/02221, *Commerz t Havenbedrijf Rotterdam*, ECLI:NL:HR:2016:994.
- HR, 11 december 2020, *Stichting Karmedia t Gemeente Rotterdam*, ECLI:NL:PHR:2020:562
- Conclusie A-G Wissink voor de uitspraak van de Hoge Raad der Nederlanden, 5 juni 2006, *Stichting Karmedia t Gemeente Rotterdam*, ECLI:NL:PHR:2020:562

ABRvS

- ABRvS, 19 december 2007, 200604981/1, *Minister van VROM t Woningstichting Sint Servatius*, ECLI:NL:RVS:2007:BC0537
- ABRvS, 2 november 2011, 201100211/1/H2, *Woningcorporaties t Centraal Fonds Volkshuisvoesting*, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143
- ABRvS, 13 februari 2013, 201111694/1/A2, *Ridderstee t Gedeputeerde staten van Zuid-Holland*, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245

College van Beroep voor het bedrijfsleven,

CBB, 6 oktober 2020, *Stichting X t minister van Economische Zaken en Klimaat*, ECLI:NL:CBB:2020:678

Gerechtshof Amsterdam

Gerechtshof Amsterdam, 1 april 2004, *Overstad t gemeente Alkmaar*, LJN: AO6912, 206/03 KG.

Gerechtshof Amsterdam, 09 juli 2019, *Commerz t Havenbedrijf Rotterdam*,
ECLI:NL:GHAMS:2019:2263

Gerechtshof Den Haag

Gerechtshof Den Haag, 11 december 2018, zaaknummer 200.225.476/01, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*,
ECLI:NL:GHDHA:2018:3331

Rechtbank Den Haag

Rechtbank Den Haag, 28 september, 2011, AWB 10/2940 *Ridderstee t Gedeputeerde staten van Zuid-Holland*.

Rechtbank Den Haag, 28 mei 2014, *Zuid-Hollands Landschap t Gedeputeerde Staten provincie Zuid-Holland*, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726

Vzr Rechtbank Den Haag, 26 april 2017, zaaknummer C/09/528721 / KG ZA 17/328, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*,
ECLI:NL:RBDHA:2017:4278

Rechtbank Noord Nederland

Rechtbank Leeuwarden, 27 januari 2010, *SITA t gemeente Leeuwarden*,
ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852.

Rechtbank Noord-Nederland, 17 april, 2019, *Blauwestadhoeve t Gemeente Oldambt*

Rechtbank Midden-Nederland

Vzr. Rechtbank Midden-Nederland, 10 juni 2016, *Fc Twente t KNVB*, zaaknummer C/16/415782/ KG ZA 16-381

Rechtbank Utrecht, 26 november 2010, zaaknummers SBR 10/2956 en SBR 10/1098 e.v, *Woningcorporaties t Centraal Fonds Volkshuisvesting*; ECLI:NL:RBUTR:2010:BO5098

België

Grondwettelijk Hof van België

Grondwettelijk Hof, 18 december 2013, *Eric Libert t Vlaamse regering*, nr. 145/2013, 2014/200307, r.o. 89, 90, Belgisch Staatsblad [2015]

Duitsland

BVerwG

BVerwG, 19 oktober 2006, 3 C 33.05 , *OVG Lüneburg*, ECLI:DE:BVerwG:2006:191006 U3C33.05.0

BVerwG, 16 december 2010, 3 C 44.09, *OVG Rheinland-Pfalz*, ECLI:DE:BVerwG:2010:1612210U3C44.09.0

Oberverwaltungsgericht Berlin

OWG, Berlin, 18 december 2017, *Magic Mountain Kletterhallen* (schriftelijke opmerkingen Commissie ingebracht op 5 december 2017, document SJ.C(2017) 6722850

Oberlandesgericht Koblenz

OLG Koblenz, 30 mei 2012, *Deutsche Lufthansa*

Verwaltungsgericht Berlin

VWG Berlin, 5 juli 2012, OVG 6 S 16.12, *Magic Mountain Kletterhallen t Land Berlin*

Estland**Riigikohus (Hoogste rechterlijke instantie Estland)**

Riigikohus, 19 december 2019, 3-15-241, *Eesti Pagar*

Finland**Korkein hallinto-oikeus (Hoogste bestuursrechter Finland)**

Korkein hallinto-oikeus 16 februari 2018, *Jokilaaksojen pelastuslaitoksen* No 4003/3/16, ECLI:FI:KHO:2018:28

Frankrijk**Cour de cassation**

Cour de cassation, 1 december 2011, 10-25944, *Laboratoires Boiron*

Cour administrative d'appel de Marseille

Cour administrative d'appel de Marseille, 6 april 2016, 12MA02987, *Corsica Ferries t SNCM*

Ierland**High Court of the Republic of Ireland**

High Court of the Republic of Ireland, 23 november, 2006, [2006] IEHC 431, *BUPA Ireland t Health Insurance Authority*, 2005 532 JR

High Court of the Republic of Ireland, 7 maart 2013, [2013] IEHC 103, *BUPA Ireland t Health Insurance Authority*, 2005 532 JR.

Italië**Consiglio di Stato**

Consiglio di Stato, arrest van 3 maart 2010 (nr. 1405/2010), *Simet*

Tsjechië**Hoogerechtshof van Tsjechië**

Hoogerechtshof van Tsjechië, 25 juni 2014, *Městský soud v Praze* ECLI:CZ:NS:2014:23. CDO.1341.2012.1; 23 Cdo 1341/2012-1

Spanje**Tribunal Supremo de España**

Tribunal Supremo de España, 6 Juni 1997, zaak 1610/1993, *Real Madrid*

Tribunal Supremo de España, 26 september 2018, zaak STS 3358/2018, *ANGED t Generalitat de Catalunya* ECLI:ES:TS:2018:3358

Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië

Supreme Court of the United Kingdom and Northern-Ireland
Supreme Court of the United Kingdom and Northern-Ireland, zaak [2020] UKSC 5,
19 februari 2020, *Micula t Roemenië*

Verdragen

VEU

VWEU

Handvest van de Grondrechten van de EU

EER-Overeenkomst

Terugtrekkingsakkoord van het Verenigd Koninkrijk uit de Unie
Protocol nr. 26 bij de EER-overeenkomst inzake de samenwerking op het gebied van
staatssteun
Protocol nr. 27 bij de EER-overeenkomst inzake de samenwerking op het gebied van
staatssteun

Wet- en regelgeving

Verordeningen

- Verordening nr. 2015/1588/EU van de Raad, *PbEU* (2015) (hierna: 'Machtigingsverordening')
- Verordening nr. 2015/1589/EU van de Raad, *PbEU* (2015) (hierna: 'Procedureverordening')
- Verordening nr. 2023/283/EU van de Commissie van 13 December 2023 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun, *PbEU* (2023) L 2023/2831 (hierna: "Reguliere De-minimisvrijstellingsverordening")
- Verordening nr. 2023/2832/EU van de Commissie van 13 december 2023 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU* (2023) L 2023/2832 (hierna: "DAEB-de-minimisvrijstellingsverordening")
- Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (Algemene Groepsvrijstellingsverordening), *PbEU* (2014) L 187
- Verordening (EU) 2022/2472 van de Commissie van 14 december 2022 over bepaalde categorieën steun in de landbouw- en de bosbouwsector en in plattelandsgebieden op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie met de interne markt verenigbaar worden verklaard (LVV), *PbEU* (2022) L 327

- Verordening (EU) 2022/2473 voor bepaalde categorieën steun voor ondernemingen die actief zijn in de productie, de verwerking en de afzet van visserij- en aquacultuurproducten, op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (VVV), *PbEU* (2022) L 327
- Verordening (EU) nr. 2023/1315/EU van de Commissie van 23 juni 2023 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 651/2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (Wijzigingsverordening AGVV 2023; Green Deal AGVV), *PbEU* (2023) L 167
- Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* (2003) L 1/4
- Verordening 1191/69, *PbEU* (1969) L 156/1. Deze verordening staat ook bekend als de Public Service Obligations (PSO)-Verordening en is inmiddels vervangen door verordening 2016/2338/EU van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1370/2007 inzake de openstelling van de markt voor het binnenlands personenvervoer per spoor, *PbEU* (2016) L354/22
- Verordening 1336/2013/EU, 13 december 2013, tot wijziging van de aanbestedingsrichtlijnen, *PbEU* (2013) L 335/17.
- Verordening nr. 1069/2009/EU, 14 november 2009, inzake dierlijke bijproducten, *PbEU* (2003) L 300/1

Richtlijnen

- Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004, *PbEU* (2004), L 134/114
- Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014, *PbEU* (2014), L94/65
- Transparantierichtlijn 2006/111/EG, *PbEU* (2006), L 318/17
- Richtlijn 2010/31/EU van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 2010 betreffende de energieprestatie van gebouwen, *PbEU* (2010), L153/13

Kaderbesluiten

- DAEB-Vrijstellingsbesluit *PbEU* 2012, L7, 11 januari 2012, p. 3-10
- DAEB-Kaderregeling *PbEU* 2012, C8, 11 januari 2012, p. 15-22)
- Tijdelijke kaderregeling van de Commissie inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19-uitbraak, 20 maart 2020, *PbEU* 2020, C 91 I/01

Richtsnoeren

- Bijzondere richtsnoeren van de Europese Raad Brussel voor de onderhandelingen volgens artikel 50 VEU tussen de EU en het VK over de terugtrekking van het VK uit de Unie, 29 april 2017, EUCO XT 20004/17

Mededelingen en leidraden

- Bijlage bij de Europese Raad in Nice, 7-10 december 2000, 'Verklaring over de specifieke kenmerken van sport en de maatschappelijke functie daarvan in Europa, waarmee bij de uitvoering van Communautaire beleid rekening moet worden gehouden'
- Mededeling van de Commissie over diensten van algemeen belang in Europa, 19 januari 2011 *PbEU* C 17 (2001)

- Verslag van de Commissie aan de Europese Raad van Laken 'Diensten van algemeen belang: Mededeling van de Commissie van september 2000', *PbEU C 17/4* (2004)
- Mededeling van de Commissie over het Actieplan Staatssteun 2005 COM (2005) 107 final
- Mededeling van de Commissie, 26 april 2006, Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie {SEC(2006) 516}
- Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van staatssteun in de vorm van garanties, 20 juni 2008, *PbEU C 155/02* (2008)
- Mededeling van de Commissie van 22 januari 2009: Tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis (2009/C 16/01)
- Witboek Mededeling van de Commissie over de ontwikkeling van de Europese dimensie van sport, 18 januari 2011, COM(2011) 12 definitief.
- Mededeling van de Commissie over de ontwikkeling van de Europese dimensie van sport, 18 januari 2011, COM(2011) 12 definitief
- Mededeling van de Commissie, 'De modernisering van het EU-staatssteunbeleid', 8 mei 2012, COM(2012)209 final)
- Gezamenlijke verklaring van Eurocommissaris Almunia en UEFA-voorzitter Platini, 12 maart 2012; terug te vinden op http://ec.europa.eu/competition/sectors/sports/joint_statement_en.pdf
- Persbericht Commissie, 21 mei 2012, 'Vice President Almunia and UEFA President Platini confirm Financial Fair-Play rules in professional football are in line with EU state aid policy', te vinden op https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/uefaorg/EuropeanUnion/01/77/21/58/1772158_DOWNLOAD.pdf
- Mededeling van de Commissie over de toepassing van de staatssteunregels en DAEB ('DAEB- Mededeling'), *PbEU 2012, C 8*, blz. 4
- Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang', Werkdocument Europese Commissie, 29 april 2013, SWD (2013) 53 final/2
- Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, *PbEU 2014/C 262/1*
- Persbericht Europese Commissie, 'Leidraad voor lokale steunmaatregelen van de overheid die zonder voorafgaande goedkeuring van de Commissie kunnen worden toegekend', 29 april 2015, IP/15/4889
- Verklaring van Eurocommissaris M. Vestager over het staatssteunbesluit inzake Apple, 'Statement by Commissioner Vestager on state aid decision that Ireland's tax benefits for Apple were illegal', Brussels, 30 Augustus 2016, STATEMENT/16/2926
- Gedragscode van de Commissie voor een goed verloop van de staatssteunprocedures, 19 juli 2018, *PbEU (2018) 2018/C 253/05*
- Mededeling van de Commissie over een Europese Green Deal, 11 december 2019, Brussel, COM(2019) 640 final
- Mededeling van de Commissie, 'Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak', Brussel, 13 maart 2020, COM (2020) 112
- Mededeling van de Commissie 'Tijdelijk crisiskader voor staatssteunmaatregelen ter ondersteuning van de economie na de Russische agressie tegen Oekraïne', 24 maart 2022, Brussel, *PbEU 2022/C 131 I/01*

Individuele Besluiten

- Besluit van de Commissie, 9 maart 2000, N118/00, *Aide aux clubs sportifs professionnels (Franse trainingscentra)*, PbEU (2001)
- Besluit van de Commissie, 23 juli 2003, *Staatssteun aan AZ en AZ Vastgoed*, C 266/8-11, PbEU (2003)
- Besluit van de Commissie, 30 maart 2004, *Gibraltar*, 2005/261/EC, PbEU (2005)
- Besluit van de Commissie, 25 januari 2006, *Staatssteun aan AZ en AZ Vastgoed*, PbEU (2006).
- Besluit van de Commissie, 22 juni 2006, C 2/2004 (ex NN 170/2003), *NOS*, PbEU (2008)
- Besluit van de Commissie, 21 oktober 2008, C 4/08, *Ahoy*, PbEU (2009)
- Besluit van de Commissie, 15 december 2009, E 2/2005 en N 642/2009, *Nederlandse woningcorporaties*, C(2009) 9963, PbEU (2010)
- Besluit van de Commissie, 5 oktober 2011, SA.31877, *Kanaalzone Apeldoorn*, PbEU (2011)
- Besluit van de Commissie, 9 november 2011, *Hungarian Sport infrastructure*, C(2011)7287 final, PbEU (2011)
- Besluit van de Commissie, 20 december 2011, 25/08 (ex NN 23/08), *France telecom*, PbEU 2012/540 (2012)
- Besluit van de Commissie, 5 december 2012, *Deutsche Alpenverein*, C (2012) 8761, PbEU (2013)
- Besluit van de Commissie, 6 maart 2013, SA. 33583, *Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch*, C 116/19 PbEU (2013)
- Besluit van de Commissie, 20 maart 2013, SA.34357, *Multiplier giftenaftrek*, C(2013) 1502 final, PbEU (2013)
- Besluit van de Commissie, 20 maart 2013, SA.35440, *Multifunktionsarena Stadt Jena*, C 1521, PbEU (2013)
- Besluit van de Commissie, 2 mei 2013, 2013/435/EU, *SNCM*, PbEU (2013).
- Besluit van de Commissie, 2 mei 2013, SA.33618, *Investerings in de sportarena van Uppsala*, PbEU (2013)
- Besluit van de Commissie, SA.36105, 2 oktober 2013, *Fußballstadion Chemnitz*, PbEU (2013)
- Besluit van de Commissie, 20 november 2013, SA.37109, *Vlaamse voetbalstadions*, PbEU (2013)
- Besluit van de Commissie, SA.37373, 14 december 2013, *Renovatie ijsstadion Thialf*, PbEU (2013)
- Besluit van de Commissie, 18 december 2013, SA 35501, *Euro 2016*, PbEU (2014)
- Besluit van de Commissie, 7 maart 2014, SA.29769, *Staatssteun voor bepaalde Spaanse professionele sportclubs*, C 69/2014 PbEU (2014)
- Besluit van de Commissie, 9 maart 2014, SA37342, *Irish Football Association*, PbEU (2014)
- Besluit van de Commissie, 25 april 2014, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*, C(2012) 2557 final, PbEU (2014)
- Besluit van de Commissie, 30 maart 2015, SA.38517, *Scheidsrechterlijke uitspraak Micula/Roemenië*, PbEU (2015)
- Besluit van de Commissie, 11 juni 2014, SA.33575, *Tsjechische sportaccomodaties*, C(2014)3602 PbEU (2015)
- Besluit van de Commissie, 15 augustus 2015, SA.37963, *Glenmore Lodge*, PbEU (2015)
- Besluit van de Commissie, 21 oktober 2015, *Starbucks*, SA.38374, PbEU 2017 (2017)
- Besluit van de Commissie, 21 oktober 2015 *Fiat*, SA.38375, PbEU (2016)

- Besluit van de Commissie, 21 december 2015, SA.43983, *BLSV-Sportcamp Nordbayern*, *PbEU* (2016)
- Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.33754, *Staatssteun aan Real Madrid*, *PbEU* (2016)
- Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.40168, *Staatssteun aan Willem II Tilburg*, *PbEU* (2016)
- Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.33584, *PSV Eindhoven*, *PbEU* (2016)
- Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.36387, *Steunmaatregelen voor Valencia Club de Fútbol Sociedad Anónima Deportiva, Hércules Club de Fútbol Sociedad Anónima Deportiva en Elche Club de Fútbol Sociedad Anónima Deportiva*, C/2016/4060 *PbEU* (2017)
- Besluit van de Commissie, 22 juli 2016, SA 44438, *Sporting Arena Cork*, C(2016) 4625 final, *PbEU* (2016)
- Besluit van de Commissie, 30 augustus 2016, *Apple*, *PbEU* (2017)
- Besluit van de Commissie, 1 september 2016, SA.38418, *Duits Filmfonds*, *PbEU* (2017)
- Besluit van de Commissie, 19 september 2016, SA.38920, C(2016) 5054 final, *SCMT*, *PbEU* (2017)
- Besluit van de Commissie, 23 maart 2017, SA 46615, *Prolongation Hungary Support Scheme*, *PbEU* (2017)
- Besluit van de Commissie, 27 april 2017, SA.37316, *Komunala Izola Marina*, C 291/1 *PbEU* (2017)
- Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium*, *PbEU* (2017)
- Besluit van de Commissie, 31 juli 2017, SA. 47683, *Tampere Arena*, C 442 *PbEU* (2017)
- Besluit van de Commissie, 26 oktober 2017, SA.44896, *Britse winstbelastingvrijstelling voor multinationals*, C/400/2017, *PbEU* (2017)
- Besluit van de Commissie, 4 mei 2018, SA.34815, *Jachthaven Scharendijke Zeeland*, *PbEU* (2018)
- Besluit van de Commissie van 29 april 2021, SA.61014, *Steun voor het Sloveense pers-agentschap STA*, *PbEU* (2021)

Besluiten van de Toezichtautoriteit van de EVA

- Besluit van de toezichtautoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), 23 september 2015, Zaaknummer: 76465, *Sandjefjord*, *PbEU* (2015)
- Besluit van de toezichtautoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), 7 mei 2015, Zaaknummer: 76897, *Templarheimen I*, *PbEU* (2015)
- Besluit van de toezichtautoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), 29 januari 2018, Zaaknummer: 81396, *Templarheimen II*, *PbEU* (2018)

Parlementaire stukken Europees Parlement

- Parlementaire stukken Europees Parlement, schriftelijke vraag E-0537/03 van Erik Meijer (GUE/NGL) aan de Commissie, 26 februari 2003, 'Gemeentelijke subsidies aan commerciële voetbalondernemingen als stimulans voor een harde concurrentiestrijd en extreme betalingen', *PbEU* Nr. 280 E van 21/11/2003 blz. 0065-0066

Samenvatting

De werking van algemene belangenafwegingen in het Europese staatssteunrecht: tussen verbod en verenigbaarheid?

I HET STAATSSTEUNVERBOD VAN ARTIKEL 107, LID 1, VWEU EN DE AANMELDINGS- EN *STANDSTILL*-VERPLICHTING

Het Europese staatssteunrecht is vastgelegd in de artikelen 106 t/m 109 VWEU. Overheden die door middel van steunmaatregelen de activiteiten van bepaalde ondernemingen en/of economische sectoren willen sturen, hebben op de interne markt te maken met het Europese staatssteunrecht. Het staatssteunbegrip is een objectief begrip en het Hof van Justitie is exclusief bevoegd om artikel 107, lid 1, VWEU uit te leggen. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat elke steunmaatregel die toerekenbaar is aan een lidstaat en een selectief economisch voordeel verschaft aan één of meerdere ondernemingen volgens het verbod van artikel 107, lid 1, VWEU als staatssteun kwalificeert, voor zover er sprake is van een grensoverschrijdend effect.

Volgens artikel 107, lid 1, VWEU is een steunmaatregel aan te merken als staatssteun indien deze aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoet:

- 1) de steunmaatregel is toerekenbaar aan de staat of wordt bekostigd met staatsmiddelen en;
- 2) verschaft een niet-marktconform voordeel aan;
- 3) één of meerdere ondernemingen of producties (selectiviteit);
- 4) waardoor de mededinging vervalst wordt en;
- 5) het interstatelijke handelsverkeer ongunstig beïnvloed kan worden.

Als aan die voorwaarden is voldaan, is er naar EU-recht sprake van staatssteun en moet een nieuwe steunmaatregel op grond van artikel 108, lid 3, VWEU ter beoordeling aangemeld worden bij de Europese Commissie (hierna: Commissie), tenzij er gebruik gemaakt kan worden van een vrijstellingsmogelijkheid. Bij de beoordeling van steunmaatregelen kan de Commissie, als afwijking op het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU, besluiten dat de steun verenigbaar is met de interne markt. Op grond van de aanmeldings- en *standstill*-verplichting van artikel 108, lid 3, VWEU moeten lidstaten het onderzoek van de Commissie op grond van artikel 108, lid 2, VWEU afwachten en mogen zij de steunmaatregel niet uitvoeren zonder goedkeuring.

II DE VERBODSFASE EN DE VERENIGBAARHEIDSFASE VAN STAATSSTEUN

Steunverlenende overheden zijn gebonden aan het staatssteunverbod en moeten het staatssteunbegrip van artikel 107, lid 1, VWEU toepassen om te concluderen of er sprake is van meldingsplichtige steun, ofwel of er sprake is van steun die onder een (groeps)vrijstelling valt. Het tijdvak waarin steunverlening verboden is en waarin voornoemde beoordeling plaatsvindt, noemen we de **verbodsfase**. Belanghebbenden, zoals concurrenten van de steunontvanger, kunnen zich in het kader van private handhaving van artikel 108, lid 3, VWEU tijdens deze fase voor rechtsbescherming tot de nationale rechter wenden. De nationale rechter kan zich niet uitspreken over de vraag of al dan niet aangemelde steun verenigbaar is met de interne markt, maar kan wel vaststellen dat staatssteun op een verboden manier werd uitgekeerd (bijvoorbeeld in strijd met de *standstill*-bepaling of in strijd met een besluit van de Commissie).

De Commissie is exclusief bevoegd om de verenigbaarheid van de steunmeldingen te onderzoeken en kan door middel van een besluit een aangemelde steunmaatregel verenigbaar verklaren met de interne markt op grond van de verenigbaarheidsartikelen 107, lid 2 en lid 3, VWEU (inzake horizontale en sectorale Uniedoelstellingen), 106, lid 2, VWEU (inzake DAEB) en 93 VWEU (inzake vervoer).

Daarbij weegt de Commissie de effecten van de nieuwe steunmaatregel op de interne markt af tegen de noodzaak om een algemeen belang door middel van staatssteun te verwezenlijken. Een dergelijke afweging door de Commissie in het kader van haar beslissingspraktijk wordt in dit proefschrift als de **verenigbaarheidsfase** aangeduid.

Die verenigbaarheidsfase behoort anno 2024 niet meer louter aan de Europese Commissie toe. Artikel 109 VWEU, alsmede de artikelen 106, lid 3, VWEU en 108, lid 2, VWEU, geven de instellingen van de Europese Unie de mogelijkheid om wettelijke verenigbaarheidskaders op te stellen, waaraan lidstaten zelf materieel kunnen toetsen. Zij dienen te controleren of de beoogde algemene belangdoelstellingen verenigbaar geacht worden volgens de randvoorwaarden die de Commissie hanteert. Op grond van de machtigingsverordening (Verordening 2015/1588/EU) heeft de Raad de Commissie gemachtigd om groepsvrijstellingen op te stellen die verdere voorwaarden stellen aan van melding vrijgestelde steunkaders ten bate van horizontale Unie-doelstellingen (zoals innovatie en milieu- en klimaatbescherming) en sectorale doelstellingen (vervoer, cultuur, sport). Indien de steun binnen het toepassingsgebied van een (groeps-)vrijstelling valt, is een melding niet vereist, zolang de steunmaatregel voldoet aan de inhoudelijke en procedurele voorwaarden van die vrijstelling om toegekend te kunnen worden. In afwijking op de meldings- en *standstill*-verplichting mogen lidstaten in dat geval de steun ter uitvoering brengen, zolang zij de

Europese-Commissie hiervan in kennis stellen en vervolgens rapporteren over de uitvoering van de voorwaarden die gelden voor vrijgestelde steun (zoals het geval is bij de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV) en het DAEB-Vrijstellingsbesluit).

De beoordeling van de steunmaatregelen in de verbodsfase, en de door de Commissie ingekaderde verenigbaarheidstoepassingen van de (groeps) vrijstellingen voor vrijgestelde steun is in de praktijk grotendeels naar de lidstaten gedecentraliseerd. De Commissie heeft namelijk met de uitbreiding van de AGVV en het DAEB-Vrijstellingsbesluit twee vrijstellingsmogelijkheden aangenomen die de verantwoordelijkheid van de lidstaten bij de toepassing van de artikelen 107, lid 3, VWEU en artikel 106, lid 2, VWEU, en de handhaving van artikel 108, lid 3, VWEU, aanzienlijk heeft vergroot. Die decentralisatie is niet wettelijk door de Commissie vormgegeven als een overdracht van handhavingsbevoegdheden, maar meer als een algemene verplichting om de staatssteunregels van de artikelen 106 t/m 109 VWEU na te leven. Inmiddels wordt reeds 93% (!) van alle reguliere nieuwe steunmaatregelen in de Unie vrijgesteld onder de AGVV.

Het staatssteunrecht wordt in de praktijk toegepast door verscheidene nationale en supranationale actoren. Het gaat hier om instellingen van de Unie (Commissie, Hof, Raad) en overheden en rechters van de lidstaten. De rechtmatigheidsbeoordeling van algemene belangen wordt bepaald door de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten. De bevoegdheden van de verschillende actoren verschillen ten aanzien van de kwalificatie van staatssteun in de verbodsfase en de beoordeling van algemene belangen in de verenigbaarheidsfase. Zo mogen de lidstaten in de verbodsfase zich in principe niet beroepen op algemene belangen om zo het staatssteunverbod te omzeilen. Deze belangen moeten in beginsel door de Commissie op hun uitwerkingen op de interne markt beoordeeld worden in de verenigbaarheidsfase.

III BELANGENAFWEGINGEN DOOR DE LIDSTATEN IN DE VERBODSFASE

In dit proefschrift is een onderzoek verricht naar een *capita selecta* van drie situaties waarin een belangenafweging plaatsvindt tijdens de verbodsfase. Het gaat hier om de belangenafweging in de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU aangaande:

- 1) objectieve rechtvaardigingen voor ongelijkheid van behandeling tussen ondernemingen;
- 2) diensten van algemeen economisch belang (DAEB) en;
- 3) een expliciet erkend sportbelang.

1) Objectieve rechtvaardigingen voor ongelijkheid van behandeling tussen ondernemingen

Ten aanzien van *objectieve rechtvaardigingen in geval van ongelijke behandeling tussen ondernemingen* is de “materiële selectiviteitstoepassing” van toepassing. De gelijke behandeling van ondernemingen in gelijke gevallen vormt het fundament van het staatssteunverbod. De materiële selectiviteitstoepassing is ontwikkeld door het Hof om ondernemingen te beschermen tegen de verstoring van de interne markt. Deze toepassing controleert op grond van het gelijkheidsbeginsel of een algemene overheidsmaatregel een legitiem belang nastreeft zonder dat er onderscheid gemaakt wordt tussen groepen ondernemingen. Ook kan op basis van deze toepassing een eventuele afwijking van deze algemene maatregel objectief gerechtvaardigd worden. Toegepast op de materiële selectiviteitstoepassing kan deze belangenafweging op grond van artikel 107, lid 1, VWEU ertoe leiden dat een algemene belangenafweging door de staat wordt uitgevoerd tussen nationale dwingende doelstellingen en de doelstellingen van de interne markt. Daarmee raakt de belangenafweging van een objectieve rechtvaardiging het grensvlak van de verbodsfase en de verenigbaarheidsbeoordeling.

2) Diensten van algemeen economisch belang (DAEB)

Ten aanzien van categorie van de *diensten van algemeen economisch belang* (DAEB) geldt dat de

lidstaten op grond van artikel 106, lid 2, VWEU een beleidsruimte hebben om deze te organiseren, te financieren en uit te voeren, zolang zij wel voldoen aan de staatssteunregels. De *Altmark*-toepassing (HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, *Altmark Trans*) is door het Hof ontwikkeld om de doelstellingen van artikel 106, lid 2, VWEU en die van artikel 107, lid 1, VWEU met elkaar in evenwicht te brengen. De *Altmark*-toepassing vormt een afwijking op het voordeelnbegrip omdat de beoordeling van compensaties niet beoordeeld wordt op marktconformiteit conform het beginsel van een particuliere marktinvesteerder. Als er voldaan is aan vier cumulatieve voorwaarden is er geen voordeel, maar is er sprake van een compensatie aan een onderneming onder normale marktomstandigheden (de zogeheten “compensatiebenadering”).

Uit de geanalyseerde rechtspraak uit hoofdstuk 2 blijkt dat de toepassing van dit arrest evenwel nog steeds ingewikkeld en enigszins omslachtig is voor nationale actoren, waaronder de nationale rechter. De oorzaak van het ingewikkelde karakter van de *Altmark*-voorwaarden ligt in de diversiteit van de DAEB-omschrijvingen door de lidstaten zelf en de geringe beperkingen die het Unierecht hieraan stelt. DAEB-omschrijvingen laten zich als algemene belangen categorie naar hun aard en opzet moeilijk juridisch inkaderen in een objectief staatssteunbegrip (dat in beginsel geen ruimte

toekent aan de lidstaten om algemene belangen in de verbodsfase mee te wegen). De staatssteuntoepassing reserveert deze weging namelijk voor de verenigbaarheidsfase. De compensatiebenadering uit het *Altmark*-arrest beoogt weliswaar staatssteun op zijn effecten te beoordelen en niet op zijn doelstellingen, maar vraagt ook van de nationale rechter als feitenrechter, en ook van de Commissie, om toch wel rekening te houden met de bijzondere aard van DAEB, op grond van artikel 106, lid 2, VWEU.

3) Een expliciet erkend sportbelang

Vergelijkbaar aan DAEB en objectieve rechtvaardigingen betreft het *expliciet erkend maatschappelijk sportbelang* van artikel 165 VWEU een open categorie aan algemene belangen (op het gebied van onderwijs, cultuur en sport en volksgezondheid) die door de lidstaten in de verbodsfase worden ingeroepen als rechtvaardiging voor de steunverlening. De open categorie aan algemene belangen van artikel 165 VWEU heeft bovendien overeenkomsten met de dwingende redenen uit het *interne marktrecht* die objectieve voorwaarden toestaan.

Bij de beoordeling van steunmaatregelen in de sportsector heeft de Commissie aansluiting gezocht bij de doelstellingen van artikel 165 VWEU. De sociaal-maatschappelijke doelstellingen van deze bepaling worden door de Commissie meegewogen bij de beoordeling van de verenigbaarheid, maar worden alvorens eveneens door de Commissie in ogenschouw genomen bij de staatssteunbeoordeling van artikel 107, lid 1, VWEU ten aanzien van:

- 1) De beoordeling op een zuiver sportief niet-economisch belang;
- 2) De beoordeling van marktconformiteit van economische transacties;
- 3) De beoordeling op een merkbare beperking van de mededinging;
- 4) De beoordeling op een significant effect op het handelsverkeer.

De belangenafweging van een expliciet erkend sportbelang van artikel 165 VWEU vormt in dit onderzoek een belangrijk schakelstuk met de DAEB en objectieve rechtvaardigingen. Bij alle drie de thematieken moet een dwingend belang van de lidstaten worden afgewogen tegen individuele voorwaarden van de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Dit dwingende belang moet afgewogen worden tegen de potentiële uitwerkingen op de interne markt.

IV BELANGENAFWEGINGEN DOOR DE LIDSTATEN IN DE VERENIGBAARHEIDSFASE

Gezien de groeiende werklast van de Commissie is een prioriteitenbeleid bij de publieke handhaving van staatssteun praktisch gezien noodzakelijk. Daarom heeft Commissie herhaaldelijk aangegeven dat zij haar publieke

handhavingstaak, gezien de capaciteitsbeperkingen, niet alleen meer aankan zonder handhavingsmechanismen van de lidstaten. De Commissie wil haar onderzoekscapaciteiten zodoende reserveren voor de economische sectoren waarin staatssteun de grootste impact heeft op de interne markt ("big on big"). Met toepasselijke groepsvrijstellingen stuurt de Commissie aan op het opzetten van zelfstandige controlemechanismen voor vrijgestelde steuncategorieën. De lidstaten moeten bijdragen aan het staatssteuntoezicht op deze vrijgestelde steunkaders (om zo de diensten van de Commissie te ontlasten).

De belangenafweging die aan steunverlening op grond van de groepsvrijstellingen ten grondslag ligt, is dat een maatregel beoordeeld wordt op staatssteun volgens artikel 107, lid 1, VWEU en vervolgens getoetst wordt aan de randvoorwaarden voor vrijgestelde steun, zonder dat volgens artikel 108, lid 3, VWEU aangemeld hoeft te worden. Door deze scharnierwerking van artikel 107, lid 1, VWEU is het primaat van staatssteunhandhaving komen te liggen bij de loyale samenwerking tussen de lidstaten en de Commissie in het toepassen, onderhouden en naleven van de groepsvrijstellingen. Zowel de beoordeling van staatssteun in de verbodsfase als van de vrijgestelde steuncategorieën gericht op verenigbaarheid, vragen van de overheden van de lidstaten om een gedegen afwegingskader. Dat kader moet zowel ten overstaan van de Commissie in het kader van publieke handhaving als ten overstaan van de derde partijen in een geschil voor de nationale rechter op rechtmatigheid verdedigd kunnen worden.

V KNELPUNTEN BIJ DE TOEPASSING VAN ALGEMENE BELANGENAFWEGINGEN DOOR DE LIDSTATEN

1) Knelpunten bij objectieve rechtvaardigingen voor ongelijke behandeling

Uit de in hoofdstuk 1 geanalyseerde casusposities volgt dat de Commissie en het Hof van Justitie van de EU inmiddels te maken krijgen met samenlopende of botsende interne marktexcepties in de materiële selectiviteitstoepassing, en geneigd zijn om dwingende redenen voorrang te geven en inherente beperkingen wegens het algemene belang toe te staan. Daardoor lijkt het alsof de jurisprudentie van het Hof afwijkingen toestaat in de verbodsfase, die normaal slechts in de verenigbaarheidsfase aan de orde kunnen komen. Uiteraard stelt het Hof geen *erga omnes* rechtsregels op en zet het Hof nationale rechters er niet bewust toe aan om een omvangrijke materiële toetsing te doen verrichten tussen de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU en interne marktexcepties, zoals dwingende redenen. Niettemin concludeert hoofdstuk 1 dat een dergelijke evolutie niet volledig uit te sluiten valt. De ruimte die het Hof door middel van algemene belangenafwegingen toekent aan objectieve rechtvaardigingen in de vorm van dwingende redenen en inherente beperkingen, kan de nationale rechter er

namelijk wel onbewust toe aanzetten dat hij in strijd met artikel 107, lid 1, VWEU jo. artikel 108, lid 3, VWEU algemene belangen *stricto sensu* tegen elkaar afweegt. De onverkorte doorwerking van interne marktexcepties in de materiële selectiviteitstoepassing zou tot gevolg hebben dat de taak van de nationale rechter om de belangen van derden te bewaken bij de werking van het staatssteunverbod ernstig bemoeilijkt wordt. Een verfijning van de objectieve rechtvaardigingsleer van het Hof zou vanuit Unierechtelijk oogpunt bovenal het preciaire evenwicht tussen de verbodstoepassing en de verenigbaarheidstoepassing uitdrukkelijker kunnen bewaken en benadrukken en bevoegdheidsconflicten tussen de nationale rechter en de Commissie kunnen vermijden.

2) Knelpunten bij compensatie voor DAEB

Om de praktische toepassing van de *Altmark*-voorwaarden op het niveau van de lidstaten te bevorderen is in hoofdstuk 2 van dit onderzoek een leidraad geformuleerd zodat de nationale rechter de *Altmark*-voorwaarden feitelijk kan controleren binnen de bestaande bevoegdheidsverdeling van het staatssteunrecht. Deze leidraad berust op de randvoorwaarden die het Unierecht stelt aan DAEB en deze randvoorwaarden zijn terug te leiden op de beginselen van rechtstreekse werking, transparantie, gelijke behandeling en evenredigheid. Desondanks is deze leidraad slechts een gedeeltelijke oplossing voor de praktische toepassing van de *Altmark*-voorwaarden. In hoofdstuk 3 wordt daarom aan de hand van vijf verschillende interpretatievormen van het *Altmark*-arrest in de rechtspraak van het Hof (de flexibele interpretatie, de teleologische interpretatie, de sectorspecifieke benadering, de strikte benadering en de samenhangende benadering) uiteengezet dat de toepassing van het *Altmark*-arrest tot fundamentele toepassingsproblemen en knelpunten aanleiding geeft. De knelpunten kunnen als volgt omschreven worden. Ten eerste is de *Altmark*-toepassing een afwijking van het voordeelbegrip van artikel 107, lid 1, VWEU dat ongeschikt is voor het objectief beoordelen van normale marktomstandigheden. Ten tweede streeft de *Altmark*-toepassing tegenstrijdige doelstellingen na. Zo moet een compensatie een voordeel uitsluiten, maar ook een concurrentienadeel kunnen neutraliseren. Deze benadering past niet in het voordeelbegrip, omdat een DAEB-compensatie de marktpositie van een bijzondere onderneming op een afgezonderde markt potentieel kan versterken. De *Altmark*-toepassing vervaagt daarmee het onderscheid tussen verbod en rechtvaardiging. Ten derde wordt de rol en de werking van artikel 106, lid 2, VWEU (en het hieraan verbonden criterium van "economisch aanvaardbare omstandigheden") ingeperkt. Als gevolg hiervan wordt de belangenafweging die de nationale rechter – op verzoek van partijen en binnen de omvang van het geschil – kan verrichten op grond van het primaire Verdragsrecht beperkt.

3) Knelpunten bij het expliciet erkende sportbelang

Ten aanzien van expliciet erkende sportbelangen heeft de Europese Commissie in de geanalyseerde besluitpraktijk in hoofdstuk 4 voor de sportsector afwijkende toepassingsleidraden gecreëerd ten opzichte van het begrip “economische activiteit”, het voordeelbegrip en het grensoverschrijdende effect van steun op het handelsverkeer en de mededinging. Op basis van deze benadering zouden “hoofdzakelijk sociale oogmerken” uitgesloten worden van de werking van artikel 107, lid 1, VWEU. Hoewel de leidraden bedoeld zijn als praktische toepassingstandaarden van artikel 107, lid 1, VWEU, heeft de Commissie zich mogelijk niet gerealiseerd dat deze uitleg van de Europese dimensie van sport op begrippen als “economische activiteit” en “effecten op het handelsverkeer” ook gevolgen kan hebben voor de uniforme toepassing van Unierecht in andere takken van de interne markt: in het bijzonder ten aanzien van de vier vrijheden en het mededingingsrecht. Dit knelpunt is ook geconstateerd in hoofdstuk 1 ten aanzien van objectieve rechtvaardigingen in de materiële selectiviteitstoepassing en in hoofdstuk 3 ten aanzien van de compensatiebenadering voor DAEB. De huidige interpretatie van artikel 165 VWEU door de Commissie zet namelijk de economische benadering van artikel 107 VWEU buiten spel. Omdat de niet-economische, maatschappelijke doelstellingen van 165 VWEU legitieme belangen vormen, legitimeert de Commissie in de verbodsfase staatssteun *de facto* in sommige gevallen. Daarmee vervaagt de grens tussen verbod en rechtvaardiging.

4) Knelpunten bij de belangenafwegingen rondom de toepassing van de groepsvrijstellingen

In hoofdstuk 5 wordt uiteengezet dat de bevoegdheid van de lidstaten om inhoudelijke beoordelingen te verrichten op grond van de groepsvrijstellingen een vorm van *ex ante* handhaving betreft die om inhoudelijke belangenafwegingen vraagt en *de facto* gelijkstaat aan verenigbaarheidsbeoordelingen. Desondanks heeft het Hof van Justitie van de EU voorlopig de positie ingenomen dat de lidstaten slechts een voorwaardelijke verenigbaarheidstoepassing verrichten die enkel definitief gemaakt kan worden door de Commissie als eindverantwoordelijke handhavingsactor. Deze positie houdt eveneens in dat besluiten van lidstaten geen vertrouwen kunnen opwekken en dat nationale rechters wel (binnen de omvang van het geschil) de voorwaarden kunnen controleren, maar hier alleen negatieve rechtsgevolgen (terugvordering) en geen positieve rechtsgevolgen (verenigbaarheidsverklaring) aan mogen verbinden. Hierdoor kunnen de steunverlenende instanties op grond van de groepsvrijstellingen geen rechtszekerheid bieden aan steunontvangers.

In de in hoofdstuk 5 bestudeerde casusposities hebben steunontvangers tegen nationaal steunbeleid bij het Hof voorzieningen ingesteld, terwijl

zij in wezen op willen komen tegen nationale besluiten op grond van de AGVV. Maar zij hebben van het Hof vernomen dat de besluiten van nationale overheden op grond van de AGVV geen enkel vertrouwen kunnen opwekken, gezien de eindverantwoordelijkheid van de Commissie. Deze premisse gaat uit van een eventueel eindbesluit van de Commissie; terwijl de standaardprocedure van de AGVV er juist niet op gericht is dat de Commissie AGVV-kennisgevingen op hun merites beoordeelt zoals in een meldingsprocedure. De enige mogelijkheid is dat de steunontvanger de Commissie verzoekt om de verenigbaarheid van steunmaatregel te onderzoeken, hetgeen indruist tegen de doelstellingen van de groepsvrijstellingen om vereenvoudigd en versneld steun te verlenen.

Wanneer steunverlenende overheden groepsvrijstellingen, in het bijzonder de AGVV, onjuist (dreigen) toe (te) passen, voorziet het huidige gedecentraliseerde toezicht op de groepsvrijstellingen niet in doeltreffende toezicht – en rechtsbeschermingsfuncties, op nationaal niveau, noch op Unieniveau. In deze fase beperken de groepsvrijstellingen dat de nationale rechter – desgevraagd door de procespartijen – de algemene belangenafweging van de steunverlenende overheid op grond van deze vrijstellingen effectief en gelijkwaardig kan controleren.

V CONCLUSIE

De belangenafwegingen die de lidstaten maken in de toepassing van het staatssteunbegrip in de verbodsfase, aangevuld met de verantwoordelijkheden die de lidstaten hebben op grond van de groepsvrijstellingen in de verenigbaarheidsfase, leiden tot drie knelpunten bij de toepassing en handhaving van het staatssteunrecht. Ten eerste treedt er een vervaging op tussen de verbodstoepassing en de verenigbaarheidstoepassing. De overheden van de lidstaten zijn op grond van artikel 107, lid 1, VWEU niet bevoegd algemene belangen mee te wegen in de beoordeling van een maatregel op staatssteun in de verbodsfase, maar de *capita selecta* aan belangenafwegingen in de verbodsfase maken dit desondanks mogelijk. De belangenafwegingen ten aanzien van objectieve rechtvaardigingen voor ongelijke behandeling, compensaties voor DAEB en het expliciete sportbelang staan op gespannen voet met het onderscheid tussen de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase van staatssteun.

Ten tweede mist het rechtmatigheidskader van belangenafwegingen door de lidstaten in de verbodsfase rechtszekerheid. De toepassingsleidraden die de Commissie heeft vastgesteld voor de cumulatieve voorwaarden van artikel 107, lid 1, VWEU kunnen de rechtspraak van het Hof niet vervangen en kunnen botsen met de uitleg van het Hof van Justitie. In de verbodsfase kunnen de overheden van de lidstaten, gelet op de zorgvuldige voorbereiding van steun, voor een eventueel keuzeconflict kunnen staan tussen

de uitleg van de Commissie en het Hof. Dit leidt tot onzekerheid: voldoet de steunmaatregel aan compliance-standaarden van de Commissie, maar kan de beoordeling ook in een geschil voor de nationale rechter succesvol verdedigd worden? Tot slot bieden de toepassingsleidraden voor de drie geïdentificeerde algemene belangenwegingen en de categorisch vrijgestelde steunmaatregelen geen doeltreffende rechtsbescherming in de *ex post* fase van steunverlening. De lidstaten hebben nieuwe verantwoordelijkheden bij handhaving van de groepsvrijstellingen, maar nationale rechters kunnen bij geschillen over inhoudelijke belangenafwegingen in de *ex post* rechtmatigheidscontrole niet veel anders doen dan belanghebbenden doorverwijzen naar de Europese Commissie, omdat deze de eindverantwoordelijke blijft voor de verenigbaarheids toepassingen van de lidstaten.

Tegen die achtergrond werd de volgende onderzoeksvraag gesteld:

- *Hoe kunnen de geïdentificeerde knelpunten van doeltreffende rechtsbescherming, rechtszekerheid en bevoegdheidsverdeling tussen de Europese Unie en haar lidstaten bij belangenafweging door lidstaten aangepakt worden naar EU-recht?*

Deze vraag is als volgt beantwoord. De geïdentificeerde afwijkingen op het objectieve staatssteunbegrip staan een effectieve rechtsbescherming door de nationale rechter in de weg. De algemene belangenafwegingen zouden gereserveerd behoren te blijven voor de verenigbaarheidsfase en daartoe worden in dit concluderende hoofdstuk op grond van drie toekomstige handhavingsscenario's aanbevelingen gedaan om de lidstaten een duidelijk afgebakende beleidsruimte toe te kennen in de toepasselijke groepsvrijstellingen voor vrijgestelde steun. Een her-evaluatie door het Hof van deze afwijkingsmogelijkheden (en een structurering en verfijning van deze belangenafwegingen als vrijstellingscategorieën door de Commissie) zou bijdragen aan meer duidelijkheid, transparantie en rechtszekerheid voor steunverlenende overheden, steunontvangers en derde belanghebbenden.

Door algemene belangenafwegingen niet meer toe te staan in de verbodsfase zou het Hof een rechtstreekse werking kunnen toekennen aan het gebod van gelijke behandeling van ondernemingen volgens artikel 107, lid 1, VWEU. Dit zou het waarborgen van effectieve en gelijkwaardige handhavingmechanismen door nationale actoren vergroten in aanvulling op de rechtstreekse werking van de *standstill*- en meldingsverplichting van artikel 108, lid 3, VWEU. Eveneens zou de rechtstreekse werking van artikel 107, lid 1, VWEU recht doen aan de huidige rechtspraktijk die gericht is op de toepassing van groepsvrijstellingen: die immers een afwijking op artikel 108, lid 3, VWEU mogelijk maken. De belangenafweging die steunverlenende overheden en nationale autoriteiten op grond van de groepsvrijstellingen maken, mogen evenwel volgens het Hof niet gelijkstaan aan een verenigbaarheidsbeoordeling. Eveneens lijkt het Hof de nationale rechter niet toe te staan een *ex post* controle op de belangenafweging gelijk

te stellen aan een beoordeling op verenigbaarheid. Omdat de toepassing van de groepsvrijstellingen in het kader van een gedecentraliseerd handhavingsbeleid op het niveau van de lidstaten plaatsvindt, concludeert dit onderzoek dat door middel van een herordening van het gedecentraliseerde staatssteuntoezicht er nieuwe scenario's voor algemene belangenafweging door nationale actoren in de verenigbaarheidsfase zouden kunnen worden toegestaan door de Commissie. In het concluderende hoofdstuk worden hiertoe aanbevelingen gedaan.

Summary

The balancing of general interests in EU State Aid Law: blurred lines between the prohibition and the compatibility of aid.

I. THE STATE AID PROHIBITION OF ARTICLE 107(1) TFEU AND THE NOTIFICATION- AND STANDSTILL- OBLIGATIONS

The provision of EU state aid law is laid down in articles 106 to 109 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU). National policies aimed at stimulating the economic activity of certain undertakings or certain economic sectors are bound by the application of the EU state aid rules. The notion of State aid was developed by the European Court of Justice (ECJ) as an objective legal concept. The ECJ has the exclusive competence to explain the concept of state aid, as laid down in article 107(1) TFEU.

According to the ECJ's settled case-law any measure constitutes 'state aid' within the meaning of Article 107(1). TFEU when it is imputable to the State and confers an economic advantage to one or more undertakings, provided that the aid is liable to affect trade between Member States and (threatens) to distort competition.

Accordingly, Article 107(1) TFEU prohibits State aid to undertakings or productions if the following cumulative conditions are fulfilled;

- 1) the aid measure is imputable to the State or granted through State resources;
- 2) the aid confers an advantage which deviates from normal market conditions;
- 3) the aid must be selective, favouring an undertaking or a specific group of undertakings;
- 4) the aid must be liable to affect trade between the Member States and;
- 5) the aid must distort or threaten to distort competition.

If all above-mentioned conditions are fulfilled Article 107(1) TFEU applies and the measures qualify as 'state aid' according to EU law. As a result, a new aid measure must be notified for approval to the European Commission (Commission) in accordance with Article 108(3) TFEU (save for the possibility that an exemption applies). Although state aid is in principle prohibited according to Article 107(1) TFEU, the Commission has the competence to assess the notified aid measure and can determine that the aid is compatible with the internal market. During the Commission's investigation in accordance with article 108(2) TFEU, Member States must refrain

from implementing the aid without approval from the Commission (in line with the notification- and standstill-obligations).

II. THE PROHIBITION PHASE AND THE COMPATIBILITY PHASE CONCERNING STATE AID

Granting authorities are bound to the state aid prohibition of Article 107(1) TFEU and must apply the notion of state aid in their assessment whether state aid must be notified or whether state aid can be (block-) exempted. The phase in which state is prohibited is referred to as the “prohibition phase”. Within the framework of private enforcement of the article 108(3) TFEU, interested parties, such as competitors of the aid recipient, may seek judicial protection before the national courts. The competent national court can assess whether state aid was implemented in breach of article 108(3) TFEU (for instance because the aid was implemented in breach with the standstill-obligation or in breach of a decision of the Commission). However, national courts have no competence to determine whether the aid was compatible with the internal market.

The Commission is exclusively competent to investigate the compatibility of notified aid and may decide to declare such aid compatible with the internal market in accordance with the provisions of respectively Article 107(2) TFEU and/or Article 107(3) TFEU (concerning horizontal and sectoral Union objectives), Article 106(2) TFEU (concerning SGEI) and Article 93 TFEU (concerning transport). In its compatibility assessment the Commission weighs the effects of new aid measures on the internal market against the necessity to realise general interests by means of state aid. This balancing act, which the Commission conducts in its decisional practice, will be referred to as the “compatibility phase”.

The compatibility phase is in 2024 no longer solely reserved for the Commission. Article 109 TFEU, in addition to the Articles 106(3) TFEU and 108(2) TFEU, provides the institutions of the EU with the possibility to adopt a legal compatibility framework for substantive assessment by the Member States. Accordingly, the Member States need to verify whether certain pursued general interest objectives can be deemed compatible with the applicable conditions that were set out by the Commission. In accordance with the Enabling regulation (Regulation 2015/1588/EU) the Council attributes the Commission with the powers to adopt block exemptions which provide the conditions to declare certain horizontal EU objectives exempted from notification under Article 108(3) TFEU. Examples of horizontal aid are for instance innovation and environmental and climate protection and examples of sectoral objectives. Examples of sectoral objectives are for instance transport, culture and sports. Aid which falls within the scope of a block exemption is exempted from notification on the condition that

the relevant procedural and substantive conditions are met. Consequently, Member States may implement block exempted aid measures in deviation from the notification and standstill duties of Article 108(3) TFEU, as long as they inform the Commission of the application of a block exemption and report on the implementation of the exempted aid.

In practice, the assessment of aid measures in the prohibition phase and the application of the pre-conditioned compatibility assessments for exempted aid categories were decentralised to the national level of the Member States. This can be explained by the extension of two of the block exemptions (*ergo* the GBER and the SGEI-Exemption Decision) which were adopted by the Commission to enlarge Member States' responsibilities in applying Articles 107(3) and 106(2) TFEU and to share in the enforcement of Article 108(3) TFEU. The abovementioned decentralisation was not construed in a legal framework by the Commission, and does not qualify as an attribution of enforcement powers, but can be seen as a general obligation for the Member States to comply with the state aid rules as set out in the Articles 106 to 109 TFEU. This development can be illustrated by the fact that currently 93% of new aid measures in the Union are block-exempted by the GBER.

In the field of State Aid law several national and supranational actors play a role in its application. The Commission, Council and Court are supranational actors, and the national authorities and national courts are active on the national level of state aid enforcement. When it concerns the legal review of general interests there is a division of competences between the Union and its Member States. Accordingly, the powers of these different actors vary when it comes to the act of determining whether measures constitute as state aid (in the prohibition phase) and the assessments of general interests (in the compatibility phase). An important distinction is that the Member States may not invoke general interests in the prohibition phase so that they can circumvent the state aid prohibition. In principle these interests (and their effects on the internal market) must be assessed by the Commission in the compatibility phase.

III. BALANCING OF INTERESTS EXERCISED BY THE MEMBER STATES IN THE PROHIBITION PHASE

This dissertation investigates a *capita selecta* of three circumstances in the prohibition phase in which a balancing of interests takes place. This investigation involves a balancing of interests in the application of Article 107(1) TFEU concerning:

- 1) objective justifications in case of unequal treatment of undertakings;
- 2) services of general economic interests (SGEI) and;
- 3) an explicitly recognised sports interest.

1) Objective justifications in case of unequal treatment of undertakings

The material selectivity test applies in case Member States invoke objective justifications for unequal treatment of undertakings. This test is relevant since the equal treatment of undertakings in equal circumstances constitutes an important foundation of the state aid prohibition. The ECJ developed the material selectivity test to protect undertakings from disturbances of the functioning of the internal market. In line with the principle of equal treatment, relevant actors in state aid enforcement, can apply the material selectivity test to determine whether a general measure of economic policy pursues a legitimate interest without discriminating between undertakings in a comparable situation. Furthermore, this test provides a yardstick for assessing objective justifications for unequal treatment. However, this balancing of interests within the application of Article 107(1) TFEU may result in the circumstance that a Member State conducts a balancing act between overriding national objectives and the objectives of the internal market. Such a balancing of interests may lead to an interfacial tension between the different assessment phases, namely the assessment of the concept of aid in the prohibition phase opposite to the assessment of compatibility reserved for the compatibility phase.

2) Services of general economic interest (SGEI)

Article 106(2) TFEU allows Member States to determine the policies for organising, financing and providing services of general economic interest as long as the state aid rules are abided. In its *Altmark*-judgment (ECJ 24 July 2003, C-280/00, *Altmark Trans*) the ECJ created an application to reconcile the objectives of Article 106(2) TFEU and 107(1) TFEU. This application provides a test which deviates from the regular test to determine whether an undertaking receives an advantage. In contrast to the market investor test, the *Altmark*-test contains four cumulative criteria to ascertain whether a measure constitutes a compensation for a SGEI under market conditions (the so-called “compensation approach”).

On the basis of the case law analysed in Chapter 2, this thesis argues that the application of the *Altmark*-judgment remains complicated and somewhat cumbersome for national actors, including national courts. The reason for the complicated nature of the *Altmark*-conditions can be found in the diversity of SGEI descriptions on the national level and the lack of limitations on the descriptions at the EU law level. Consequently, the SGEI descriptions constitute a general interest category which, according to its nature, does not fit well within the objective legal concept of state aid. Since the application of Article 107(1) TFEU does not provide a discretion to invoke general interests in the prohibition phase, it would be better to assess SGEI in the compatibility phase. According to the current compensation approach of

the *Altmark*-judgment a national court will have to determine if the compensation would in fact constitute state aid. However, according to Article 106(2) TFEU the same national court will also have to take into consideration that EU law attributes a special nature to SGEI.

3) An explicitly recognised sports interest

Comparable to the SGEI and objective justifications it is reasoned that an explicitly recognised sports interest, as mentioned in Article 165 TFEU, also has the characteristics of a broad general interest category (for instance in the field of education, culture, sports and public health). An interest which can also be invoked in the prohibition phase and the compatibility phase. Moreover, this category has parity with the concept of mandatory requirements which allow for objective justifications in internal market law.

Indeed, in the assessment of aid measures in professional sports the Commission has applied the objectives mentioned in Article 165 TFEU. The Commission takes the social objectives of this provision into consideration for determining the compatibility, but also the concept of aid. The Commission incorporates these objectives in the application of Article 107(1) TFEU concerning sub-assessments:

- 1) The assessment of a purely sportive non-economic interest;
- 2) The assessment whether transactions were conducted under normal market conditions;
- 3) The assessment whether there was a measurable effect on competition;
- 4) The assessment whether there was a significant effect on trade between Member States.

The balancing exercises concerning explicitly recognised sports interests (according to Article 165 TFEU) constitute a substantive connection with the concepts of SGEI and legitimate expectations. In all the *capita selecta* categories EU law allows the Member States to balance an overriding public interest against the functioning of certain concepts of Article 107(1) TFEU and the (potential) effects on the internal market.

IV BALANCING OF INTERESTS BY MEMBER STATES IN THE COMPATIBILITY PHASE

The Commission faces a growing workload and, therefore, a prioritising policy of public state aid enforcement is both necessary and practically. To that end the Commission has repeatedly stated that, due to the limitations of its capacity, it needs the support of national mechanisms for public state aid enforcement. Accordingly, the Commission wishes to reserve its investigation capacity for those economic sectors in which state aid has the biggest

impact on the internal market (big-on-big-policy). With the extension of the scope of the GBER and with the SGEI Exemption Decision, the Commission has been steering towards *ex ante* enforcement mechanisms for exempted aid. The Member States must contribute to the state aid supervision on these exempted frameworks and by doing so ease the burden of cases for the Commission services.

The balancing of interests concerning the application of the block exemptions takes shape in the prior assessment of Article 107(1) TFEU, followed by an assessment of the substantive pre-conditions for exempted aid, without the need to notify under Article 108(3) TFEU. This pivotal effect of Article 107(1) TFEU has placed the prime focus of State aid enforcement on the loyal cooperation between Member States and the Commission in applying, maintaining, and complying with the block exemptions. Both the assessments in the prohibition phases and the phase for assessing the block exempted aid (aimed at compatibility) require that national authorities apply a thorough decision-making framework. That framework must lead to decisions which can withstand a public enforcement action by the Commission, but also can be defended on their legality before third parties in a judicial review case before a national court.

V IDENTIFIED PROBLEMS CONCERNING THE BALANCING OF GENERAL INTERESTS BY MEMBER STATES

1) Problems concerning the objective justifications for unequal treatment.

The analysed cases in Chapter 1 make clear that both the Commission and the ECJ are confronted with certain converging or conflicting internal market exceptions in the application of the material selectivity test. The Commission and the ECJ are inclined to give precedence to mandatory requirements and inherent restrictions when invoked by the Member States. This inclination gives the impression that the ECJ allows certain deviations, which normally can only be invoked in the compatibility phase, to be also invoked in the prohibition phase. Naturally, the ECJ does create rules of law *erga omnes* and therefore its case law does not actively obligate national courts to conduct an extensive substantive review of possible conflicts between objectives of Article 107(1) TFEU and certain internal market exceptions, such as mandatory requirements. However, Chapter 1 concludes that such an evolution cannot be fully ruled out. It is argued that the discretion the ECJ adheres to mandatory requirements and inherent restrictions as objective justifications, may very well lead to the unintended effect that national courts conduct a balancing act *strictu sensu*, in breach of Article 107(1) TFEU *jo.* 108(3) TFEU. In addition, an unrestricted application of the internal market exceptions would seriously hinder the national courts

in providing judicial protection to third parties by the application of Article 107(1) TFEU jo. 108(3) TFEU. Therefore, a refining of the ECJ's doctrine of objective justifications applied to the material selectivity test is proposed. From an EU law perspective this would safeguard the precarious balance between the state aid prohibition and the compatibility test, and therefore also avoid any conflicts of competence between the national courts and the Commission.

2) Identified problems concerning the compensations for SGEI.

Chapter 2 contains a guidance for national courts with the aim of improving the practical application of the *Altmark*-conditions, allowing for a framework for judicial review within the division of competences in state aid law. This guidance is based on the conditions set out in EU law regarding SGEI. Those conditions are based on the principles of direct effect, transparency, equal treatment and proportionality. Nevertheless, this guidance is only a partial solution for the practical application of the *Altmark*-conditions. Chapter 3 therefore explains, on the basis of five different interpretations of the *Altmark*-judgment in the case law of the ECJ (the flexible interpretation, the teleological interpretation, the sector-specific approach, the strict approach and the coherent approach), that the application of the *Altmark*-judgment gives rise to fundamental application problems. These application problems can be described as follows. Firstly, the *Altmark*-application is a deviation from the concept of benefit in Article 107.1 TFEU that is proving unsuitable for objectively assessing normal market conditions. Secondly, the *Altmark*-application pursues conflicting objectives, since a compensation must exclude an advantage, but at the same time must also neutralise a competitive disadvantage. Such an interpretation is not a suitable yardstick for objectively determining an advantage. The *Altmark*-application thus blurs the distinction between prohibition and justification. Thirdly, the *Altmark*-application limits the role and functioning of Article 106(2) TFEU (and hence the related criterion of "economically acceptable conditions"). As a result, the judicial review the national court can provide on the basis of primary Treaty law (on the request of parties and within the scope of the dispute) is limited.

3) Identified problems concerning the explicitly recognized sports interests.

Chapter 4 provides an analysis of the decisional practice of the Commission with regard to explicitly recognized sports interests. For these interests the Commission created application guidelines which deviate from the state aid concepts of "economic activity", "advantage" and the concepts of "the effect on trade" and the "limitation of competition". The Commission's

approach allows for the exclusion of “pre-dominant social objectives” from the scope of Article 107(1) TFEU. Although the Commission’s guidance is intended to provide practical standards for the application of Article 107(1) TFEU, the Commission may not have realised that this interpretation of the European dimension of sport could also have implications for the uniform application of concepts such as “economic activity” and “effects on trade” in other branches of the internal market (in particular with regard to the four freedoms and competition law). This identified problem is similar to those identified in Chapter 1 (with regard to objective justifications in the material selectivity test) and Chapter 3 (with regard to the compensation approach for SGEL). In addition, the current Commission interpretation of Article 165 TFEU sidelines the economic approach of Article 107 TFEU. This approach, which gives greater weight to the legitimate interests of Article 165 TFEU, may in some cases *de facto* legitimise state aid in the prohibition phase. This leads to blurred lines between the prohibition phase and the compatibility phase.

4) Identified problems in the balancing of interests in the application of the block exemptions.

Chapter 5 explains that the power of Member States to carry out substantive assessments under the block exemptions concerns a form of *ex ante* enforcement which requires a substantive weighing of interests. This balancing of interests can be seen as a *de facto* equivalent to a compatibility assessment. Nevertheless, the ECJ has provisionally taken the position that Member States can only make a conditional compatibility application, which can only be finalised by the Commission as the ultimately responsible enforcement actor. This position also means that decisions by Member States cannot raise any legitimate expectations. Furthermore, national courts may verify the applicable conditions of block-exempted aid (within the scope of the dispute), but they may only attach negative legal consequences (a recovery order) and no positive legal consequences (a declaration of compatibility) to judicial review. As a result, the aid granting authorities cannot provide legal certainty to aid recipients on the basis of the block exemptions.

In the cases studied in Chapter 5, aid recipients have brought direct actions before the ECJ against national aid policy, while in essence they wanted to challenge national decisions based on the GBER. The ECJ has cited that the decisions of national authorities on the basis of the GBER cannot inspire any confidence, given the final responsibility of the Commission. This premise is based on the possible need for a final decision by the Commission; while the standard procedure of the GBER explicitly does not involve the Commission to make a substantive assessment, like for instance in a notification procedure under Article 108(3) TFEU. To obtain legal certainty, the remaining option for the aid recipient is to request the Commission to examine the

compatibility of the aid measure. Such a procedural step would actually go against the objectives of the block exemptions to provide simplified and accelerated aid.

Chapter 5 concludes that when granting authorities (threaten to) incorrectly apply the block exemptions (in particular the GBER) the current decentralised supervision of the block exemptions does not provide for effective remedies at the national nor the Union level. In the *ex-post* phase of block exempted aid, the national court (if requested by the parties to review the assessment of granting authorities) cannot effectively verify the balancing of interests on the basis of these exemptions.

VI CONCLUSION

The balancing of interests conducted by the Member States with regard to the concept of state aid in the prohibition phase, added by their responsibilities according to the block exemptions in the compatibility phase, creates three legal problems in the application and enforcement of state aid law. Firstly, they blur the distinction between the prohibition and the compatibility of state aid. National authorities do not have the competence to weigh general interests in their assessment whether a measure constitutes state aid according to Article 107(1) TFEU. However, the identified *capita selecta* general interests do enable such a balancing exercise. The balancing of interests with regard to objective justifications for unequal treatment, compensations for SGEI and the explicitly recognized sports interests are at odds with the legal distinction between the prohibition phase and the compatibility phase of state aid.

Second, the legal framework for balancing of interests by the Member States in the prohibition phase lacks legal certainty. The guidelines for application that were established by the Commission for the cumulative conditions of Article 107(1) TFEU cannot replace the case law of the ECJ and can indeed collide with the ECJ's interpretations. Consequently, in the prohibition phase national authorities may find themselves in a potential conflict with two types of interpretation. This may lead to legal uncertainty: should they assess an aid measure in accordance with the compliance standards set out by the Commission, or by the standards of the ECJ and can they successfully defend their assessments in case of a judicial review by a national court?

Finally, the guidelines for the balancing exercises for the three identified general interests and the guidance for the application of block exempted aid do not provide effective legal protection in the *ex-post* phase of aid granting. The Member States have new responsibilities for enforcing the block exemptions, but in the event of the legal review of these balancing exercises, national judges cannot do much other than refer interested parties to the Commission to provide legal certainty, since the Commission remains

the ultimately responsible actor for the compatibility applications of the Member States.

Against the background of the abovementioned context, the following research question was investigated:

- *How can the identified problems concerning effective judicial protection, legal certainty and the division of competences between the European Union and its Member States be addressed in accordance with EU law with regard to the balancing exercises of general interests by the Member States?*

This question is answered as follows. The identified deviations from the objective notion of state aid prevent an effective judicial protection. The balancing exercises of general interests should remain reserved for the compatibility phase. Accordingly, based on three possible scenarios for enforcement in the future, the concluding chapter consists of recommendations to attribute a clearly defined discretion for Member States to apply the block exemptions. A new evaluation by the ECJ on these balancing exercises (and a restructuring and refining of these exercises for block exemptions) would contribute to more clarity, transparency, and legal certainty for granting authorities, aid recipients and third parties.

By preventing the application of the balancing exercises in the prohibition phase, the ECJ can also attribute a direct effect to the requirement of equal treatment of undertakings according to Article 107(1) TFEU. In addition to the direct effect of Article 108(3) TFEU, this act would enhance the effectiveness and equivalence of enforcement mechanisms at the national level. Moreover, the direct effect of Article 107(1) TFEU would do justice to the existing legal practice, which is aimed at the application of the block-exemptions as exemption to the standstill- and notification duty of Article 108(3) TFEU. It is important to note that, according to the ECJ, balancing exercises that were conducted by the national authorities on the basis of the block exemptions, are not equivalent to a compatibility assessment. Nor does the ECJ consider an *ex-post* verification by the national court of those balancing exercises to be equal to a compatibility assessment. Given the reality that the application of the block exemptions takes place in a decentralised enforcement system, this thesis concludes that a rearrangement of the current decentralised enforcement is necessary, in which the Commission can attribute new possibilities for Member States to conduct balancing exercises in the compatibility phase for block-exempted aid. To that end the concluding chapter consists of three scenarios for further decentralised enforcement and contains several recommendations.

Curriculum vitae

Maarten Aalbers is senior juridisch adviseur en onderzoeker aan de universiteit Leiden.

Hij behaalde zijn Master in Europees recht aan de Universiteit Utrecht, waar hij zijn masterscriptie over diensten van algemeen economisch belang en staatssteun schreef (2010). Tijdens zijn studie liep hij onder meer stage bij de Directie West- en Midden-Europa van het Ministerie van Buitenlandse Zaken (2008) en bij het Coördinatiepunt Staatssteun voor decentrale overheden van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (2009).

Met een sterke interesse en expertise in Europees materieel recht heeft Maarten sindsdien meerdere posities in het publieke domein vervuld waaronder als jurist Europees recht bij het Kenniscentrum *Europa decentraal*. In de periode 2009-2013 werkte hij hier aan de implementatie en toepassing van het Europees recht in de nationale rechtsorde en de praktijk van decentrale overheden.

Vanaf 2013 werkt hij als Phd-fellow bij het Europa Instituut van de Universiteit Leiden verrichtte Maarten zijn promotieonderzoek naar de wegging van sociaal-maatschappelijke belangen in het staatssteunrecht onder leiding van promotoren professor Stefaan Van den Bogaert en professor Pieter Van Cleynenbreugel. Gedurende deze periode was Maarten o.a. LERU-gast-onderzoeker aan de rechtenfaculteiten van de universiteiten van Cambridge (2016) en Heidelberg, Duitsland (2017) en wetenschappelijk medewerker aan de Université de Liège, België.

Sinds 2019 is Maarten werkzaam als senior juridisch adviseur bij de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Hij houdt zich primair bezig met de coördinatie van staatssteun, advisering over het materiële en institutionele Europese recht en de coördinatie van Hofzaken.

Zijn onderzoek is nationaal en internationaal gepresenteerd, o.a. aan de universiteiten van Brussel (VUB), Cambridge, Leuven, Oslo, Porto en Wenen en bij verschillende Belgische en Nederlandse overheidsinstanties. Eveneens heeft Maarten in samenwerking met de *Leiden Expert Group on State Aid* jaarlijks workshops gepresenteerd voor praktijkbeoefenaars.

Wat betreft onderwijs verzorgde Maarten verschillende bachelor- en mastervakken over de periode 2013-2019 op het gebied van Europees recht en was hij gedurende deze periode vaste medewerker van het *Tijdschrift voor Staatssteun* vanuit een redactionele rol. Sinds 2024 maakt hij onderdeel uit van de redactie van het *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun*. Hij heeft verschillende publicaties geschreven in Nederlandse en Europese *peer-reviewed* tijdschriften. Ook verscheen zijn werk in verschillende handboeken over het staatssteunrecht. Naast een academisch publiek vindt zijn werk zijn weg naar verschillende beleidsleiders, zoals de Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2023 en 2024 verschenen:

- MI-395 A.H.A. Mohammad, *De normering van academisch ondernemerschap. Perspectieven vanuit het onderwijs(bekostigings)recht, het Europees staatssteunrecht en de academische vrijheid & wetenschappelijke integriteit*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-396 T.L. Masson-Zwaan, *Widening the Horizons of Outer Space Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023, ISBN 978 94 6421 977 7
- MI-397 W. Zhang, *Achieving decent work in China. A case study of decent working time*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-398 T.M. Vergouwen, *The effect of directives within the area of direct taxation on the interpretation and application of tax treaties*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-399 R. de Massol de Rebetz, *Beyond the Dichotomy between Migrant Smuggling and Human Trafficking. A Belgian Case Study on the Governance of Migrants in Transit*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-400 W. Ruijs, *Pandbelening*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2023, ISBN 978 94 6212 819 4, ISBN 978 94 0011 288 9 (e-book)
- MI-401 C. Sriporm, *Franchising Legal Frameworks. A Comparative Study of the DCFR, US Law and Australian Law Regarding Franchise Contracts*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023, ISBN 978 94 6473 088 3
- MI-402 N. Amin, *State-building, Lawmaking, and Criminal Justice in Afghanistan: A case study of the prison system's legal mandate, and the rehabilitation programmes in Pul-e-charkhi prison*, (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing 2023, ISBN 978 90 4730 156 1
- MI-403 J. Tobing, *The Essence of the 1999-2002 Constitutional Reform in Indonesia: Remaking the Negara Hukum. A Socio-Legal Study*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-404 W. Zhang, *Protection of aviation security through the establishment of prohibited airspace*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023, ISBN 978 94 6473 103 3
- MI-405 A.J. Pasma, *Re-entry support from prison-based and community-based professionals*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-406 K.R. Filesia, *Speaking the same language. De invoering van de Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse recht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2023
- MI-407 H.A. ten Oever, *Zorginkoopovereenkomst. De rechtsverhouding tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder in contractenrechtelijk perspectief*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2023, ISBN 978 94 6212 859 0, ISBN 978 94 0011 339 8 (e-book)
- MI-408 F.H.K. Theissen, *Sincerely believing in freedom. A Reconstruction and Comparison of The Interpretation of The Freedom of Religion and Belief on The Canadian Supreme Court, The South African Constitutional Court and the European Court of Human Rights*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023, ISBN: 978 94 6473 247 4
- MI-409 R.M.S. van Es, *The mind in the courtroom. On forensic mental health reports in judicial decision-making about guilt and sentencing in the Netherlands*, (diss. Leiden) Alblasterdam: Ridderprint 2023
- MI-410 I. Kokorin, *Intra-group financing and enterprise group insolvency: Problems, principles and solutions*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-411 J.T. Tegelaar, *Single Supervision, Single Judicial Protection? Towards effective judicial protection in Single Supervisory Mechanism composite procedures*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-412 A.M.H. van der Hoeven, *Met de vlam in de pijp door Europa. De arbeidssituatie van internationale vrachtwagenchauffeurs: constructies en percepties*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-413 H.T. Vethaak, *Empirical analysis of social insurance, work incentives and employment outcomes*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2023
- MI-414 E. Hutten, *Belastingprofessionals onder maatschappelijke druk: Een Nederlandse casestudie naar reacties op BEPS*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-415 R. Stolk, *Procederende belangenorganisatie in de polder. Een interdisciplinair perspectief op de toegang tot de rechter*, (diss. Leiden), Zutphen: Uitgeverij Paris 2024
- MI-416 A. Sarris, *International law and governance of the Arctic in an era of climate change*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024, ISBN 978 94 6473 382 2

- MI-417 F. Heitmüller, *Combatting tax avoidance, the OECD way? The impact of the BEPS Project on developing and emerging countries' approach to international tax avoidance*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-418 F.I. Kartikasari, *Mining and environmental protection in Indonesia: Regulatory pitfalls*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024, ISBN 978 94 6473 462 1
- MI-419 S.H. Starrenburg, *Striking a balance between local and global interests. Communities and cultural heritage protection in public international law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-420 D. Stefoudi, *Legal and policy aspects of space big data. Legal implications of the use of large amounts of space data – Regulatory solutions and policy recommendations* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024, ISBN 978 94 6473 479 9
- MI-421 S. Pouloupoulou, *Towards the establishment of a new International Humanitarian Law compliance mechanism. Lessons learned from monitoring systems within the International Humanitarian and Human Rights Law frameworks*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-422 M. Aalbers, *De werking van algemene belangenafwegingen in het Europese staatssteunrecht. Tussen verbod en verenigbaarheid?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-423 J.M. Elbers, *Reward Systems in Prison*, (diss. Leiden), Alblasterdam: Ridderprint 2024