



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).

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 “driestaptest” 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 driestaptest 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 rechtvaardigen.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-discriminatietest.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 verliesgevend 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 drietrapstest 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 driestapstoepassing 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 driestapstest. 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 toepasselbaar 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 drietrappstest 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 redenen 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, *Delière*, r.o. 47-48; EVA Hof, 16 november 2018, zaak E-8/17, *Kristoffersen*, r.o. 68. Zie hoofdstuk 4.

251 In de zaak *Delière* 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, *Delière*. 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 aanbrenge 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.