



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Aalbers, M.

Citation

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

Version: Publisher's Version

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

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

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

De beoordeling van de maatschappelijke functie van sport in de verbods- en verenigbaarheidsfase op grond van artikel 165 VWEU

1 INLEIDING

Sportactiviteiten vormen een bijzondere categorie aan activiteiten vanwege het maatschappelijke belang dat het Unierecht aan deze activiteiten verbindt. Dit maatschappelijke belang kan betrekking hebben op een combinatie economische en sociale activiteiten en wordt door het interne marktrecht begrensd.¹ Vergelijkbaar aan de legitieme belangen die afgewogen worden in de materiële selectiviteitstest (hoofdstuk 1) en de diensten van algemeen economisch belang (hoofdstukken 2 en 3) valt de maatschappelijke functie van sport onder de beleidsruimte van de lidstaten waar het overheidsmaatregelen betreft die sport bevorderen, reguleren en financieren.

Het Unierecht erkent de beginselen van gelijke en universele toegang tot sport(competities) in artikel 165 VWEU en het kent lidstaten een discretionaire bevoegdheid toe. Deze Verdragsbepaling merkt de maatschappelijke functie van sport aan als Uniebelang en kent aan de Unie een coördinerende bevoegdheid toe in dat verband. Overeenkomend met artikel 106, lid 2, VWEU hebben lidstaten volgens artikel 165 VWEU een discretionaire bevoegdheid om het maatschappelijke belang van sport mee te wegen.² Deze bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Unie laat echter onverlet dat de Europese Commissie exclusief bevoegd is om het belang van artikel 165 VWEU te verzoenen met de voorwaarden en verplichtingen onder de artikelen 107 – 109 VWEU. De Unie garandeert door middel van de gebodsnorm van artikel 107, lid 1, VWEU een gelijke behandeling van sportondernemingen – ofwel *financial fair play* – op de interne markt.³

De staatssteunregels zijn – net zoals de mededingings- en vrij verkeersregels – van toepassing op sportondernemingen die actief zijn in het economisch verkeer. Inmiddels heeft de Commissie een uitvoerige besluitpraktijk opgebouwd over de toepassing van de staatssteunregels op overheidsmaatregelen die het gemeenschappelijke belang van sport volgens artikel 165 VWEU bevorderen. Omdat de Europese dimensie van sport een aaneenschakeling van sociale-maatschappelijke doelstellingen

1 Weatherill 2018, p. 155-156.

2 Hoofdstukken 2 en 3.

3 Zie voor de werking van het beginsel van gelijke behandeling hoofdstuk 1, par. 1. Zie Serby 2016, p. 37-51.

omvat, biedt de besluitpraktijk van de Commissie over *financial fair play* een interessante *case study* ten aanzien van de afwegingen op grond algemene belangdoelstellingen op het gebied van sport als onderdeel van de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Bovendien biedt een analyse van de werking van artikel 165 VWEU in de staatssteuncontext van artikel 107 VWEU ook verdere verdieping in de wijze waarop de Commissie en het Hof van Justitie van de EU omgaan met een inherent spanningsveld tussen gelijke (financiële) behandeling van professionele sportondernemingen en de verscheidenheid van de algemene sportbelangen op de interne markt.

Concreet stelt dit hoofdstuk de vraag in welke mate het Unierecht de lidstaten in staat stelt om artikel 165 VWEU als uitzondering in roepen op het staatssteunverbod. Ter beantwoording van deze vraag wordt onderzocht in welke mate het doel van artikel 165 VWEU wordt meegewogen in de analyse van artikel 107, lid 1, VWEU. Paragraaf 2 beschrijft allereerst de Europese dimensie van sport met zijn economische en maatschappelijke doelstellingen en werkingssfeer. In paragraaf 3 wordt vervolgens onderzocht wat de eigenlijke speelruimte is voor een lidstaat om steun te verlenen voor sportdoeleinden op grond van de besluitpraktijk van de Commissie. In dat kader wordt vervolgens in paragraaf 4 onderzocht of de besluitpraktijk van de Commissie over de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU op sportzaken afwijkt van de standaardtoepassing van het staatssteunbegrip door het Hof. Hiertoe worden vijf algemene belangenafwegingen kritisch geanalyseerd die de Commissie als leidraad toepast bij de beoordeling van maatregelen op staatssteun:

- 1) de aanwezigheid van een zuiver sportief belang;
- 2) de contextuele beoordeling van marktomstandigheden op grond van het voordeelcriterium;
- 3) de mate waardoor de mededinging merkbaar beperkt wordt;
- 4) de mate waardoor het handelsverkeer significant beïnvloed wordt en;
- 5) de wijze waarop artikel 165 VWEU, inzake de Europese dimensie van sport, economische voordelen uitzondert van het staatssteunrecht.

In paragraaf 5 worden vervolgens de bredere implicaties van het handhavingsbeleid van de Commissie in kaart gebracht, door vier knelpunten in de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU te plaatsen in de bredere context van het Unierecht.

2 DE EUROPESE DIMENSIE VAN SPORT IN HET UNIERECHT

2.1 Het Unierecht is van toepassing op economische sportactiviteiten

De bevordering van de Europese dimensie van sport valt onder de doelstellingen van een sociale markteconomie in de Europese Unie, zoals

uiteengezet in artikel 3, lid 3, VEU.⁴ De Europese dimensie van sport kent zowel een economische als een sociale maatschappelijke dimensie.⁵ De zuiver sportieve aard en de economische aard van activiteiten zijn doorgaans niet eenvoudig te scheiden.⁶ In *Walrave en Koch* oordeelde het Hof dat het Unierecht van toepassing is op sportactiviteiten in zoverre zij een economische activiteit inhouden.⁷ In het *Bosman*-arrest bepaalde het Hof dat sporters diensten verrichten wanneer zij, als werknemer of in een andere hoedanigheid, arbeid in loondienst verrichten.⁸ Bovendien oordeelde het Hof in *Bosman* dat wanneer een voetbalclub slechts “verwaarloosbare” economische activiteiten verricht (in vergelijking tot andere clubs) er nog steeds sprake is van economische activiteiten.⁹

In *Deliège* oordeelde het Hof dat ook amateursporters economische activiteiten kunnen verrichten, omdat zij in aanmerking komen voor sponsoring en vergoeding van televisierechten.¹⁰ Het Hof oordeelde dat een sportieve activiteit een economische dimensie heeft wanneer de activiteit een competitiedoel of sportideaal overstijgt.¹¹ De economische dimensie van de sportactiviteit mag niet marginaal zijn, maar moet zich als “wezenlijk bestandsdeel duidelijk onderscheiden van het zuiver sportieve gedeelte.”¹² Sport heeft in dat geval een “eigen economisch belang” en zijn derhalve de regels van de interne markt en mededinging van toepassing.¹³ Het economische belang kan bijvoorbeeld bestaan uit het aanbieden van televisie-uitzendingen of reclamediensten.¹⁴

Daarbij geldt de vuistregel: hoe belangrijker de maatschappelijke waarde van het sportevenement, hoe groter de economische belangen worden.¹⁵ Zo heeft het Hof in het arrest *UEFA t Commissie* geoordeeld dat de uitzendrechten van het EK-eindtoernooi exclusief verkocht mochten worden wegens het “aanzienlijke belang voor de samenleving” van het toernooi dat zich kenmerkt door haar “populariteit bij het grote publiek”.¹⁶

4 Mededeling van de Commissie over de ontwikkeling van de Europese dimensie van sport, 18 januari 2011, COM(2011) 12 definitief.

5 Europese Commissie, Helsinki Rapport over de maatschappelijke functie van sport, 1999, COM(1999) 644 final. Zie ook Weatherill, 2007, p. 163-165.

6 HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*.

7 HvJ EG, 12 december 1974, *Walrave en Koch t UCI*.

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

9 HvJ EG, 15 december 1995, C-415/93, *Bosman*; Zie Weatherill 2018, p. 103.

10 HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*.

11 HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, r.o.43. Zuiver sportieve regels betreffen bijvoorbeeld de lengte van een wedstrijdbad of het bestraffen van spelers met een gele of rode kaart.

12 HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, r.o. 54.

13 Zie Weatherill 2018, p. 79-80, 118-122.

14 HvJ EU, 18 juli 2013, C-201/11 P, *UEFA t Commissie*.

15 HvJ EU, 16 maart 2010, C-325/08, *Olympique Lyonnais t Newcastle UFC*.

16 HvJ EU, 18 juli 2013, C-201/11 P, *UEFA t Commissie*, r.o. 10, 41, 50, 112. Parafrazering door auteur dezes.

In welke mate een sportieve regel ook economische activiteiten betreft, hangt af van het doel en de uitwerking van deze regel.¹⁷ In het feitencomplex van *Deliège* werden de selectiecriteria van de Belgische Judobond voor de deelname aan internationale toernooien niet door het Hof gezien als een beperking van de vrijheid van diensten.¹⁸ Volgens het Hof was er sprake van sportieve regels die inherent waren aan het goede verloop van sportcompetities.¹⁹ De sportieve regels waren niet zuiver sportief en hadden economisch effecten, *ipso facto* voor sponsoring van judoka's. Desondanks waren zij inherent aan het reguleren van toegang tot sportcompetities.²⁰

In *Meca-Medina* kwam het Hof tot de conclusie dat de sportieve regels voor het bestrijden van dopinggebruik als uitwerking hadden dat zij de mededinging kunnen beperken.²¹ In tegenstelling tot het Gerecht, was het Hof niet van mening dat de dopingregels zuiver sportief van aard waren, maar dat zij wel degelijk een economische activiteit inhielden.²² Hoewel deze regels in beginsel sportief zijn, sorteren zij wel degelijk economische effecten, bijvoorbeeld omdat een sport zich als "dopingvrij" kan adverteren.²³ Het Hof merkte op dat de sportieve en economische aard moeilijk te scheiden is bij het beoordelen van topsportmaatregelen en dat een sportieve regel niet automatisch buiten de werkingssfeer van het Unierecht valt.²⁴

2.2 De Europese dimensie houdt rekening met de maatschappelijke functie van sport

Sport neemt vooral sinds het *Bosman*-arrest een speciale plek in binnen het Unierecht.²⁵ Op basis van de doelstellingen van de interne markt heeft het Hof van Justitie in *Bosman* kantlijnen aangebracht tussen de maatschappelijke dimensie en de economische dimensie van sport.²⁶ Het Hof heeft sportieve en economische argumenten gewogen en het transfersysteem voor professionele voetballers getoetst aan het vrij verkeer van werknemers.²⁷

17 EVA-Hof, 16 November 2018, Case E-8/17, *Kristoffersen t Norges Skiforbund*, r.o. 68-69, 114-115.

18 HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, r.o. 69.

19 HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, r.o. 67; HvJ EU, 13 juni 2019, C-22/18, *TopFit & Daniele Biffi t Deutscher Leichtathletikverband*, r.o. 60.

20 Weatherill 2018, p.119-120.

21 HvJ EG, 18 juli 2006, C-519/04 P *Meca-Medina*, r.o. 33; HvJ EU, 13 juni 2019, C-22/18, *TopFit & Daniele Biffi t Deutscher Leichtathletikverband*, r.o. 53.

22 Zie Gerecht EG, 30 september 2004, T-313/02, *Meca-Medina t Commissie*; HvJ EG, 18 juli 2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, r.o. 32-33.

23 Zie Weatherill 2018, p. 132-133.

24 HvJ EG, 18 juli 2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, r.o. 26.

25 De eerste zaak was HvJ EG, 12 december 1974, *Walrave en Koch t UCI*.

26 Zie Van den Bogaert, 2005, p. 25-26, 69, 213-220; Van den Bogaert 2015, p. 174-178.

27 HvJ EU, 15 december 1995, C-415/93, *Bosman*.

In *Bosman* oordeelde het Hof dat belemmeringen van het vrij verkeer van werknemers verboden zijn, tenzij deze objectief gerechtvaardigd kunnen worden door middel van een dwingende reden van algemeen belang.²⁸ In het *Bosman*-arrest neemt het Hof twee voorbeelden van dergelijke dwingende redenen met een maatschappelijke dimensie: evenwicht in competities door gelijke kansen voor clubs en het bevorderen van een jeugdopleiding.²⁹ De beoordeling op dwingende redenen van een sportmaatregel houdt een algemene belangenafweging in waarbij een legitiem belang wordt beoordeeld ten aanzien de vraag of het vrij verkeer onevenredig beperkt wordt. In het *Bosman* arrest kwam het Hof tot de conclusie dat de aangevochten restricties van de transferregels uiteindelijk niet evenredig waren.³⁰

In *Meca-Medina* kwam het Hof tot een andersoortige benadering bij de beoordeling van een mededingingsinbreuk volgens artikel 101, lid 1, VWEU. Deze redenering van het Hof is vergelijkbaar aan de *Wouters*-uitspraak.³¹ Volgens het Hof kon het legitieme belang van dopingbestrijding (dat gericht is op een eerlijk verloop van sportcompetities, gelijke kansen voor sporters en de gezondheid en integriteit van sporters) een inherente beperking van de mededinging objectief rechtvaardigen.³² In *Meca-Medina* oordeelde het Hof daarom dat de antidoping regelgeving weliswaar tot een beperking van de mededinging leidde, maar evenwel niet een (onevenredige) schending van artikel 101, lid 1, VWEU opleverde. In tegenstelling tot het *Bosman*-arrest redeneerde het Hof dat de objectieve rechtvaardiging reeds bij de beoordeling van de verbods-/gebodsnorm beoordeeld kon worden.³³ Deze uitspraak van het Hof staat een algemene belangenafweging toe ten aanzien van een legitiem belang en maakt het mogelijk dat een mededingingsbeperking, die normaal gesproken tot een schending van artikel 101, lid 1, VWEU zouden leiden, vanwege een legitiem en inherent belang niet tot een inbreuk leidt. Dit legitieme belang moet betrekking hebben op de maatschappelijke functie van sport.³⁴

Volgens de Commissie omvat de maatschappelijke functie van sport alle kenmerken die de toegang tot sportactiviteiten en sportcompetities bevorderen. Deze maatschappelijke functie wordt in de Verklaring van Amsterdam nader uiteengezet.³⁵ De Unie draagt bij aan internationale

28 HvJ EU, 15 december 1995, C-415/93, *Bosman*, r.o. 104. Zie voor de nadere werking van dwingende redenen hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.1.

29 HvJ EU, 15 december 1995, C-415/93, *Bosman*, r.o. 106.

30 Zie Van den Bogaert, 2005, p.371-384.

31 HvJ EG, 19 februari 2002, C-309/99, *Wouters*, r.o.104, 108.

32 HvJ EU, 18 juli 2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, r.o. 43.

33 HvJ EU, 18 juli 2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, r.o. 43.

34 Zie Weatherill 2018, p. 119-120.

35 Verklaring van Amsterdam, 10 november 1997, *PbEU* (1997) C-340/136.

amateursportevenementen, sporteducatie, dopingbestrijding, *fair play* en de aansluiting tussen professionele- en amateurcompetities.

In de Verklaringen van Amsterdam en Nice zet de Europese Raad de sociale functie van sport in grote lijnen uiteen.³⁶ De Unie bevordert solidariteit tussen sporters, een eerlijk verloop van wedstrijden en de bescherming van de belangen van jeugdige sporters en het bevorderen van gelijke toegang tot sportcompetities voor eenieder.³⁷

Met het Grondwettelijk Verdrag hebben de lidstaten beoogd deze sociaal-maatschappelijke functie van sport officieel op te nemen als Unie-bevoegdheid.³⁸ In de aanloop naar het Grondwettelijk Verdrag is er lang gediscussieerd tussen de lidstaten welke rol de Unie moet spelen op het gebied van sport.³⁹ Artikel II-282 bepaalde dat de Unie bijdraagt “tot de bevordering van de Europese inzet op sportgebied, rekening houdend met haar specifieke kenmerken, haar op vrijwilligerswerk berustende structuren en haar sociale en educatieve functie”. Artikel II-282 lid g bepaalde dat de Unie een Europese dimensie van sport moet ontwikkelen “door de eerlijkheid en de openheid van sportcompetities en de samenwerking tussen de verantwoordelijke sportorganisaties te bevorderen en door de fysieke en morele integriteit van sportlieden, met name jonge sporters, te beschermen.”⁴⁰

De Europese conventie heeft deze bepaling zo geformuleerd dat de Europese dimensie van sport hoofdzakelijk beperkt bleef tot het bevorderen van de amateursport, de dwingende redenen uit de *Bosman*-jurisprudentie en samenwerking met de lidstaten en sportbonden op het gebied van eerlijkheid en toegankelijkheid tot professionele sportcompetities.⁴¹

De Verdragsluitende partijen hebben bovenal met artikel II-282 *niet* beoogd om een algemene sportexceptie in het Verdrag op te nemen ten aanzien van rechtstreekse werkende bepalingen.⁴² Ook hebben de Verdragsluitende partijen in beginsel geen zelfstandige horizontale werking willen toekennen

36 Bijlage bij de Europese Raad in Nice, 7-10 december 2000, “Verklaring over de specifieke kenmerken van sport en de maatschappelijke functie daarvan in Europa, waarmee bij de uitvoering van Communautaire beleid rekening moet worden gehouden”, te vinden op <https://www.europarl.europa.eu/summits/nice2>.

37 Weatherill 2007, p. 146.

38 Van den Bogaert & Vermeersch, p. 829.

39 *Idem.*

40 Artikel II-282 lid g) ontwerp – Europees Grondwettelijk Verdrag.

41 Zie de geconsolideerde verslagen van de Europese Conventie: <http://european-convention.europa.eu/docs/wd5/3112.pdf>; <http://www.consilium.europa.eu/nl/documents-publications/intergovernmentalconferences/2007convention.europa.eu/>

42 Van den Bogaert & Vermeersch 2006, p. 829; Van Rompuy 2016, p. 782. Zie ook Conclusie A-G Sharpston, 16 juli 2009, C-325/08, *Olympique Lyon t Newcastle United*, randnummer 30.

aan artikel II-282.⁴³ De *travaux préparatoires* van het Grondwettelijk Verdrag sluiten daarnaast handelen van de Unie op het gebied van internationale, commerciële sportevenementen nadrukkelijk uit.⁴⁴ De Europese dimensie van sport ziet hoofdzakelijk op amateursport en het bewaken van toegang tot professionele sport.⁴⁵

2.3 De werking van de doelstelling van artikel 165 VWEU in het materiële recht

Nadat het voorstel voor een Europese grondwet werd verworpen, is de tekst van artikel II-282 van het Grondwettelijk Verdrag in stand gebleven in het Verdrag van Lissabon. De Europese dimensie van sport is opgenomen in artikel 165 VWEU. Deze Verdragsbepaling noemt de doelstelling van het Europese sportbeleid. Artikel 165, lid 1, VWEU bepaalt namelijk: "De Unie draagt bij tot de bevordering van de Europese inzet op sportgebied, rekening houdend met haar specifieke kenmerken, haar op vrijwilligerswerk berustende structureren en haar sociale en educatieve functie." Artikel 165, lid 2, VWEU noemt de onderwerpen en wijze waarop de Unie coördinerend optreedt. Het optreden van de Unie is gericht op onderwijssamenwerking, het ontwikkelen van een Europese dimensie van sport door eerlijkheid en openheid van sportcompetities en het bevorderen van samenwerking tussen sportorganisaties en het beschermen van de integriteit van jonge sporters.

Artikel 165 VWEU kent de Unie een ondersteunde, aanvullende en coördinerende bevoegdheid toe op het gebied van sport.⁴⁶ Het hoofdbeleid van sport blijft berusten bij de lidstaten. Het witboek en mededeling van de Commissie over Sport specificeren de coördinerende, ondersteunende en aanvullende rol die de EU vervult op basis van artikel 165 VWEU.⁴⁷ De mededeling beschrijft de specifieke kenmerken van sport als alle kenmerken die sport speciaal maken, zoals bijvoorbeeld de onderlinge afhankelijkheid tussen tegenstanders in een wedstrijd en de toegankelijkheid van open competities.⁴⁸

Omdat de maatschappelijke functie van sport noch juridisch, noch beleids-

43 Siekmann 2012, p. 6796. Zie ook van Van Rompuy 2016, p.782.

44 Zie de geconsolideerde verslagen van de Europese Conventie <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00014.en07.pdf>; Van den Bogaert 2006, p. 270-272.

45 Weatherill 2018, p. 146-148.

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

47 Witboek van de Commissie over sport, 7 november 2007, COM/2007/0391; Mededeling van de Commissie over de ontwikkeling van de Europese dimensie van sport, 18 januari 2011, COM(2011) 12 definitief.

48 Mededeling van de Commissie over de ontwikkeling van de Europese dimensie van sport, 18 januari 2011, COM(2011) 12 definitief.

matig door de Commissie is afgebakend omvat de Europese dimensie een breed scala van activiteiten op het gebied van sociale cohesie, burgerschap, cultuur, gezondheid, eerlijke mededinging en de balans tussen profsport en amateursport.⁴⁹ Weatherill heeft ten aanzien van deze maatschappelijke doelstellingen opgemerkt dat de Commissie sinds het Helsinki rapport geen duidelijke keuze heeft gemaakt tussen deze algemene belangen.⁵⁰ Omdat de Unie geen rechtstreekse bevoegdheden heeft op het gebied van sport, vermeldt het Witboek daarom nadrukkelijk dat de Commissie de maatschappelijke doelstellingen van sport bewaakt door middel van de toepassing van de interne markt – en mededingingsbepalingen uit het VWEU, waaronder artikel 107, lid 1, VWEU.⁵¹

Weatherill stelt dat aan al deze maatschappelijke deelterreinen van sport ook een economische dimensie te verbinden valt, omdat sportactiviteiten al snel een economisch karakter hebben.⁵² Met de toepassing van de interne markt – en mededingingsregels kan de Commissie zowel stimulerende maatregelen door de lidstaten voor sportactiviteiten bevorderen en de professionele sportsector economisch ordenen.⁵³

Bij de totstandkoming van deze bepaling hebben de Verdragsluitende partijen ook deze keer geen enkele verwijzing opgenomen naar een algemene sportexceptie.⁵⁴ Het Hof heeft voor de interpretatie van artikel 165 VWEU de *travaux préparatoires* van de grondwettelijke conventie gebruikt.⁵⁵ In *Olympique Lyon t Newcastle* heeft het Hof geoordeeld dat artikel 165 VWEU geen inhoudelijke uitwerking heeft op verbodsbepalingen, maar wel een materiële uitwerking heeft op de rechtvaardigingsgronden.⁵⁶ Zo oordeelde het Hof in *Olympique Lyon t Newcastle* dat de toepassing van een rechtvaardigingsgrond op het vrij verkeer vereist dat de doelstellingen van artikel 165 VWEU ook moeten worden meegewogen.⁵⁷

Bij de toepassing van artikel 165 VWEU moeten, in het bijzonder in de rechtvaardigingsfase, alle specifieke kenmerken per sportsector worden onderzocht.⁵⁸ In *FA* heeft het Hof geoordeeld dat een beperking van het vrij verkeer van diensten op het gebied van sportuitzendingen gerechtvaardigd

49 Weatherill 2018, p. 147-148.

50 *Idem*, p.149.

51 Witboek van de Commissie over sport, 7 november 2007, COM/2007/0391.

52 Weatherill 2018, p. 155-156.

53 Weatherill 2018, p. 155. Zie ook Mortelmans 2004, p. 240-252.

54 Siekman 2012, p. 67-96; Parrish & Miettinen 2008, p. 219-222; Mekenkamp 2016, blogpost.

55 HvJ EU, 16 maart 2010, C-325/08, *Olympique Lyon t Newcastle United*.

56 Conclusie A-G Sharpston, 16 juli 2009, C-325/08, *Olympique Lyon t Newcastle United*, r.o. 30. HvJ EU, 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08, *FA Premier League t QC Leisure*.

57 HvJ EU, 16 maart 2010, C-325/08, *Olympique Lyon t Newcastle United*.

58 Conclusie A-G Sharpston, 16 juli 2009, C-325/08, *Olympique Lyon t Newcastle United*, r.o. 30.

kan worden door een “primair sportief belang” op basis van artikel 165 VWEU.⁵⁹

In het *Biffi*-arrest kende het Hof een bredere werking toe aan artikel 165 VWEU en oordeelde dat deze bepaling “een afspiegeling is van het aanzienlijke maatschappelijke belang van sport in de Unie, met name van amateursport en van de rol die sport speelt bij de integratie in de samenleving in één der lidstaten.”⁶⁰ Het Hof oordeelde dat een nationale rechter bij de beoordeling van zowel een toegangsbeperking tot sport – als bij de beoordeling van rechtvaardigingsgronden – op grond van het non-discriminatiebeginsel van artikel 21, lid 1, VWEU en artikel 165 VWEU moet controleren of de openheid van sportcompetities en de integratie van amateursporters wordt geschaad.⁶¹

3 DE BESLUITPRAKTIJK VAN DE COMMISSIE OVER HET MAATSCHAPPELIJKE BELANG VAN SPORT IN DE VERBODSFASE VAN ARTIKEL 107, LID 1, VWEU

3.1 Inleiding

Staatssteun met een positieve uitwerking op maatschappelijke sportprojecten (“social return”) wordt door de Commissie verenigbaar geacht met de interne markt. De Commissie heeft over de periode 2011 t/m 2019 circa twintig besluiten genomen over de maatschappelijke dimensie van staatssteun voor sport.⁶² Voor sport bestaat echter in het Verdrag geen speciale uitzonderingsgrond op artikel 107, lid 1, VWEU.⁶³ Daarom heeft de Commissie aansluiting gezocht bij de doelstellingen van artikel 165 VWEU. De sociaal-maatschappelijke doelstellingen van deze bepaling worden door de Commissie meegewogen bij de beoordeling van de verenigbaarheid. Echter zij worden eveneens al door de Commissie in ogenschouw genomen bij de staatssteunbeoordeling van artikel 107, lid 1, VWEU die voorafgaat aan de verenigbaarheidsfase. Daarom worden de volgende categorieën uiteengezet

59 HvJ EU, 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08, *FA Premier League t QC Leisure*.

60 HvJ EU, 13 juni 2019, C-22/18, *TopFit & Daniele Biffi t Deutscher Leichtathletikverband*, r.o. 33.

61 *Idem*. Zie Sluijs 2020, p. 195.

62 Zie paragraaf 5. Daarbovenop heeft de EVA-autoriteit ook drie besluiten genomen: Besluit van de toezichtautoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), 23 september 2015, Zaaknummer: 76465, *Sandjefjord*, *PbEU* (2015); Besluit van de toezichtautoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), 7 mei 2015, Zaaknummer: 76897, *Templarheimen I*, *PbEU* (2015); Besluit van de toezichtautoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), 29 januari 2018, Zaaknummer: 81396, *Templarheimen II*, *PbEU* (2018).

63 Besluit van de Commissie, 9 november 2011, *Hungarian Sport infrastructure*, C(2011)7287 final, *PbEU* (2011), par. 83.

waarin de werking van artikel 165 VWEU een rol speelt in de besluitpraktijk van de Commissie:

- 1) De beoordeling op een zuiver sportief niet-economisch belang;
- 2) De beoordeling van marktconformiteit van economische transacties;
- 3) De beoordeling op een merkbare beperking van de mededinging;
- 4) De beoordeling op een significant effect op het handelsverkeer en;
- 5) De toepassing van artikel 165 VWEU als rechtvaardigingsgrond voor verenigbaarheid.

De verenigbaarheid van staatssteun in de sportsector wordt door de Commissie beoordeeld aan de hand van het criterium van “social return” volgens artikel 165 VWEU jo. artikel 107, lid 3, sub-paragraphen c) en d) VWEU.⁶⁴ Dit volgt uit de besluitpraktijk van de Commissie die uiteengezet wordt in de volgende paragraaf.

3.2 De beoordeling van zuiver sportief belangen die zich door sociale doelen onderscheiden van economische activiteiten

3.2.1 *Objectieve invulling van de begrippen “economische activiteiten” en “zuiver sociale activiteiten” door het Hof*

Het begrip “economische activiteit” betreft het aanbieden van goederen en diensten op een markt.⁶⁵ Het Unierecht voorziet in enkele situaties die zuiver sociale oogmerken onderscheiden van economische activiteiten. De sociale aard van een maatregel is niet voldoende om voor een afwijking van het staatssteunbegrip, omdat volgens artikel 107, lid 1, VWEU geen onderscheid gemaakt mag worden naar de doelstellingen van overheidsmaatregelen.⁶⁶

Bepaalde categorieën sociale diensten kunnen evenwel vanwege een sociaal oogmerk en een aantoonbaar niet-economisch effect uitgesloten worden van het begrip economische activiteiten.⁶⁷ De eerste categorie betreft een activiteit die verricht wordt op grond van het solidariteitsbeginsel. Op grond van jurisprudentie van het HvJ EU is er sprake van een (niet – economisch) nationaal solidariteitsstelsel wanneer voldaan is aan de volgende voorwaarden: 1) een zuiver sociaal oogmerk; 2) solidariteit en; 3) een effectief

64 De Commissie hanteert vooralsnog het begrip “social return” of “maatschappelijke return”, zie bijvoorbeeld het besluit inzake de *Belgische voetbalstadions*. Auteur dezes heeft gekozen voor de vertaling “maatschappelijke uitwerking” maar evengoed kan men spreken van “een maatschappelijke teruggave.”

65 HvJ EU 11 juni 2020, gevoegde zaken C-262/18 P en C-271/18 P, *Commissie t Dôvera*, r.o. 69; HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, *Klaus Höfner av Macrotron*, r.o. 21.

66 Zie HvJ EU 17 september 2020, C-212/19, *Compagnie des pêches de Saint-Malo*, r.o. 41.

67 *Idem*. Zie ook HvJ EG, 5 oktober 1999, C-251/97, *Frankrijk t Commissie*, r.o. 35-36.

overheidstoezicht.⁶⁸ De tweede categorie betreft een zuiver sociale activiteit. Het Hof heeft in de *Schwarz en Humbel*-arresten bijvoorbeeld onderwijs als zuiver sociale activiteit aangemerkt.⁶⁹ In deze arresten heeft het Hof geoordeeld dat wanneer staatsmiddelen hoofdzakelijk het onderwijs bekostigen er sprake is van een zuiver sociaal oogmerk en artikel 107, lid 1, VWEU niet van toepassing is. Zowel socialezekerheidsstelsels als onderwijsstelsels zijn door de Commissie ook omschreven als sociale (niet – economische) diensten van algemeen belang, in het bijzonder vanwege de kenmerken van solidariteit en overheidsregulering en op voorwaarde dat een winstoogmerk afwezig is bij deze diensten.⁷⁰

3.2.2 De besluitpraktijk van de Commissie ten aanzien van zuiver sociale activiteiten ten aanzien van sport

De Commissie heeft in de besluitpraktijk over staatssteun en sport een leidraad geformuleerd voor sportieve belangen die hoofdzakelijk een sociaal oogmerk hebben. Deze leidraad is gebaseerd op het Commissiebesluit over de Franse trainingscentra voor professionele jeugdsporters.⁷¹ In dat besluit heeft de Commissie een Frans compensatiestelsel voor professionele jeugd sportclubs van het staatssteunbegrip uitgesloten vanwege een “doelstelling van algemeen belang.”⁷² Dit algemeen belang ligt in het aanbieden van schoolonderwijs en geavanceerde sporttraining voor jonge atleten. Door enkel de netto-kosten van de professionele jeugdtrainingscentra te subsidiëren beoogde Frankrijk de positie van jonge sporters op de arbeidsmarkt te doen verbeteren en lokale sportfaciliteiten te stimuleren. Het doel van de steun is ingegeven door de doelstellingen van het *Bosman*-arrest.⁷³ Omwille van een “dwingende reden” en gezien de sportieve doelstelling roept Frankrijk, met verwijzing naar het *Bosman*-arrest, een objectieve

68 Zie HvJ EG, 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, *Poucet et Pistre*; HvJ EG, 6 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK Bundesverband*; Zie ook HvJ EU, 3 maart 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*. Er is sprake van nationale solidariteit als voldaan is aan de volgende cumulatieve voorwaarden: 1) een verplicht en universeel stelsel voor verzekerden en aanbieders; 2) een gegarandeerde minimumuitkering onder gelijke voorwaarden; 3) individuele bijdragen zijn niet gerelateerd aan de omvang van de premies, maar evenredig aan inkomen; 4) een stelsel van risicoverevening onder aanbieders en; 5) een afwezigheid van een winstoogmerk (het zogeheten kapitalisatie- of *non-profit*-beginsel). Zie Sauter 2013, p. 457-478.

69 HvJ EU, 11 september 2007, zaken C-76/05 en C-318/05, *Schwartz*, r.o. 37-38. HvJ EG, 27 september 1988, 263/86, *Humbel*.

70 HvJ EG, 6 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK Bundesverband*; HvJ EU, 11 juni 2020, gevoegde zaken C-262/18 P en C-271/18 P, *Commissie t Dôvera*, r.o. 37-38. Zie ook de Mededeling van de Commissie, 26 april 2006, Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie[EC(2006) 516].

71 Besluit van de Commissie, 9 maart 2000, N118/00, *Aide aux clubs sportifs professionnels (Franse trainingscentra)*, PbEU (2001).

72 *Idem*.

73 Duval & Van Rompuy 2016, p. 173.

rechtvaardiging in om steun te verlenen voor professionele jeugdspelers.⁷⁴ De Commissie beschouwde deze doelstellingen als legitiem en als een overheidsprerogatief op het gebied van sportonderwijs.⁷⁵ Omdat het stelsel overcompensatie uitsloot besloot de Commissie dat de opleidingen van professionele sportclubs “buiten het kader van de mededinging vallen.”⁷⁶ Uit de besluitvorming van de Commissie valt op te maken dat Commissie de steun niet wil beoordelen op de potentiële economische uitwerking, maar exclusief op basis van het sociale doel.⁷⁷

Deze leidraad van de Commissie stelt lidstaten in staat om subsidies voor professionele sportclubs op grond van een zuiver sociaal oogmerk een objectief te rechtvaardigen zonder dat er volgens artikel 107, lid 1, VWEU sprake is van staatssteun.⁷⁸ De Commissie past deze leidraad zowel toe op steun op steun voor professionele jeugdsport als op steun voor sportinfrastructuur die commercieel te exploiteren is.

In de meldingszaak *Arena Stadt Jena* onderzocht de Commissie of de verhuur van sportinfrastructuur voor commerciële doeleinden als staatssteun kwalificeerde.⁷⁹ De Commissie was bij deze beoordeling gebonden aan de *Leipzig-Halle* uitspraak van het Hof, waarin het Hof oordeelde dat in het geval openbare infrastructuur economisch geëxploiteerd kan worden er sprake is van een economische activiteit.⁸⁰ De Commissie merkte de bouw van het stadion aan als een economische activiteit, maar desondanks waren de “niet-professionele” huurders (de amateurclubs) volgens de Commissie geen ondernemingen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU omdat zij zuiver sportieve doelstellingen nastreefden. Zodoende was de transactie volgens de Commissie weliswaar niet-marktconform, maar was er geen sprake van een voordeel omdat de staatssteunregels volgens de Commissie alleen van toepassing zijn op professionele voetbalclubs.⁸¹

In de klachtzaak *Deutsche Alpenverein* heeft de Commissie zowel de economische status van amateursport, als het sociale oogmerk van klimsport volgens artikel 107, lid 1, VWEU beoordeeld.⁸² De Deutsche Alpenverein

74 Besluit van de Commissie, 9 maart 2000, N118/00, *Franse trainingscentra*, par. 8.

75 *Idem*, par. 12-14.

76 *Idem*, par. 14.

77 Zie ook: Parlementaire stukken Europees Parlement, schriftelijke vraag E-0537/03 van Erik Meijer (GUE/NGL) aan de Commissie, 26 februari 2003, “Gemeentelijke subsidies aan commerciële voetbalondernemingen als stimulans voor een harde concurrentiestrijd en extreme betalingen”, *PbEU* Nr. 280 E van 21/11/2003.

78 Besluit van de Commissie, 9 maart 2000, N118/00, *Franse trainingscentra*, par.15 en Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, *PbEU* 2014/C 262, paragraaf 28, voetnoot 42.

79 Besluit Commissie, 20 maart 2013, C(2013) 1521, SA.35440, *Multifunktionsarena Stadt Jena*.

80 HvJ EU, 19 december 2012, C-288/11, *Leipzig-Halle*.

81 Besluit Commissie, 20 maart 2013, C(2013) 1521, SA.35440, *Multifunktionsarena Stadt Jena*, par. 12

82 Besluit van de Commissie, 5 december 2012, SA. 33952, *Deutsche Alpenverein*, *PbEU* (2013), par. 40-43.

ontvang van de Duitse overheid subsidies voor de landelijke exploitatie van klimwanden. Duitsland beschouwde dat de klamsport buiten de werkings-sfeer van artikel 107, lid 1, VWEU viel.⁸³ Daartoe heeft Duitsland conform het besluit *Franse trainingscentra* het zuiver sociale belang van sport als rechtvaardigingsgrond ingeroepen voor de subsidies.⁸⁴ Hierop is door concurrent van de Deutsche Alpenverein (*in casu*: MMK) een klacht ingediend bij de Commissie.⁸⁵ Naar aanleiding van deze klacht heeft de Commissie toepasselijkheid van de objectieve rechtvaardigingsgrond – conform het besluit *Franse trainingscentra* – onderzocht. Omdat er geen sprake was van een compensatiemaatregel, besloot de Commissie dat deze rechtvaardigingsgrond niet van toepassing was. Eveneens oordeelde de Commissie dat ook amateursport, waaronder het aanbieden van klimtrainingen, onder het begrip economische activiteiten valt wanneer er diensten worden aangeboden.⁸⁶ Dit besluit vormt een tegenstelling op het besluit *Arena Stadt Jena* omdat de amateurstatus van sport volgens de Commissie in de zaak Deutsche Alpenverein niet uitsloot dat er sprake was van het aanbieden van diensten op een markt.

In aanvulling op deze klachtzaak is klager MMK bij de Commissie een nationale procedure gestart bij het *Oberverwaltungsgericht* van Berlijn. Op verzoek van MMK heeft de Duitse nationale rechter vervolgens geoordeeld dat amateursport als niet-economische activiteit moet worden aangemerkt.⁸⁷ In 2017 heeft het *Oberverwaltungsgericht* dit oordeel, na een interventie door de Commissie als *amicus curiae*, moeten herzien omdat het op dit punt een onjuiste analyse had verricht.⁸⁸ Uit bovenstaande zaken mag afgeleid worden dat een doelstelling van zuiver sociaal belang niet zonder meer een uitzondering mag vormen op het begrip “economische activiteit”.

3.2.3 Tussenconclusie

De besluitpraktijk van de Commissie laat een aantal ruime interpretaties van het begrip “economische activiteit” zien. De *Franse trainingscentra* zaak biedt lidstaten een objectieve rechtvaardiging die ingegeven is door de doelstellingen van het *Bosman* arrest ten aanzien van het bevorderen van een jeugdopleiding. Echter de belangenafweging die een lidstaat op grond van dit besluit moet maken heeft ook overeenkomsten met de compensa-

83 Besluit van de Commissie, 5 december 2012, SA. 33952, *Deutsche Alpenverein*, PbEU (2013). par. 84.

84 50-62.

85 *Idem*, par. 3-15.

86 *Idem*, par. 45-49.

87 Verwaltungsgericht Berlin, 5 juli 2012, OVG 6 S 16.12, *Magic Mountain Kletterhallen t Land Berlin*. Zie <https://www.berlin.de/gerichte/oberverwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2012/pressemitteilung>.

88 Oberverwaltungsgericht Berlin, 18 december 2017, *Magic Mountain Kletterhallen* (schriftelijke opmerkingen Commissie ingebracht op 5 december 2017, document SJ.C(2017) 6722850) te vinden op http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae.html.

tiebenadering van *Altmark* (zoals uiteengezet in de hoofdstukken 2 en 3) aangezien de maatregel gericht is op het uitsluiten van overcompensatie. Het bijzondere aan het besluit is dat de Commissie, in tegenstelling tot het oordeel van het Hof in *Bosman*, de mogelijkheid dat een jeugdopleiding van professionele clubs economische effecten heeft *per se* uitsluit omwille van een dwingende reden.

De Commissie kijkt bij het beoordelen van economische activiteiten vooral naar de status van de ontvanger van de steun en dicht de Commissie aan amateurclubs generiek een zuiver sportieve functie toe, hetgeen in strijd lijkt met de *Deliège* en *Meca Medina* rechtspraak van het Hof. Deze leidraad komt terug in klachtzaak over de *Deutsche Alpenverein* en de aanverwante nationale procedure voor het *Oberverwaltungsgericht* Berlijn. Deze zaken bieden inzicht in de omstandigheid dat amateursport wel degelijk als een economische activiteit kan kwalificeren wanneer amateursportinfrastructuur zich op een concurrerende markt bevindt. Bovendien laat de *Deutsche Alpenverein* zaak zien dat de nationale rechter soms tot andere uitkomsten komt dan de Commissie bij het beoordelen van sociale belangen in de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Omdat de Commissie en de nationale rechter samenwerken in het bewaken van een eenduidige uitleg van artikel 107, lid 1, VWEU heeft de Commissie met een *amicus curiae* succesvol geïntervenieerd in deze nationale procedure.⁸⁹ Echter, de verschillende afwegingen van de Commissie enerzijds en het *Oberverwaltungsgericht* anderzijds zijn wel illustratief voor het lastige afwegingskader inzake zuiver sportieve belangen en het staatssteunbegrip.

3.3 De beoordeling van een niet-marktconform voordeel

3.3.1 De besluitpraktijk van de Commissie in meldingszaken

Maatregelen die, in welke vorm ook, ondernemingen – direct of indirect – kunnen bevoordelen worden door het Hof als een economisch voordeel aangemerkt.⁹⁰ Het economisch voordeel versterkt de concurrentiepositie van de begunstigde onderneming op een artificiële wijze; dat wil zeggen dat onder normale marktvoorwaarden de onderneming dit voordeel niet zou hebben verkregen.⁹¹ Daarom wordt ook van een niet-marktconform voordeel gesproken.⁹²

Het voordeel begrip is doorslaggevend voor de toepassing van artikel

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 57-66.

⁹¹ HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías t Ayuntamiento de Getafe*, r.o. 65.

⁹² Hancher 2021, p. 96-112; Cyndecka 2016, hoofdstuk 3. Nicolaidis 2013, p. 300-304.
Zie ook conclusie van A-G Wathelet, 1 juli 2015, C-357/14 P, *Electrabel*, randnummers 119-120.
Zie HvJ EU, 21 december 2016, C-164/15 P en C-165/15 P, *Ryan Air en Aer Lingus*, r.o. 87.

107, lid 1, VWEU en is bovenal een objectief begrip dat geheel los gezien moet worden van de nagestreefde doelen en de beoogde rechtvaardigingsgronden van de lidstaten.⁹³

De besluitpraktijk van de Commissie heeft zich hoofdzakelijk toegespitst op de marktconformiteit van transacties tussen de overheden en exploitanten en commerciële gebruikers van professionele sportinfrastructuur.⁹⁴ In veel van deze gevallen heeft de Commissie dergelijke transacties in strijd verklaard met het beginsel van de particulier marktinvesteerder (maar deze in de verenigbaarheidsfase wel verenigbaar verklaard met de interne markt).⁹⁵

In één van deze zaken – *Hungary Big Five* – moest de Commissie een fiscale maatregel en een investeringsfonds voor de vijf meest beoefende professionele sporten beoordelen.⁹⁶ Private investeerders in professionele sportinfrastructuur (de zogeheten: sportdonateurs) kwamen in aanmerking voor belastingvrijstelling en professionele sportclubs kregen subsidies voor investeringen. Het doel van de maatregel was een marktfalen, namelijk een gebrek aan private investeringen in de sportinfrastructuur te verhelpen en sportbeoefening onder het Hongaarse publiek te vergroten.⁹⁷

Ten aanzien van de sportdonateurs was de Commissie van mening dat er geen sprake was van een selectief voordeel. De belastingvrijstelling stond namelijk open voor elke onderneming die sportclubs wil sponsoren en hun sponsoring was “van vitaal belang voor het verhelpen van een marktfalen en het opgang brengen van een privatisering van de Hongaarse sportinfrastructuursector.”⁹⁸ Uit deze koppeling van doelstellingen aan effecten door de Commissie mag afgeleid worden dat bij de beoordeling of een maatregel een selectief voordeel toekent, reeds de positieve uitwerkingen op dienstenontvangers meegewogen worden. De Commissie stelde

93 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 61.

94 Zie bijv. Besluit van de Commissie, 18 december 2013, SA 35501, *Euro 2016*. De maatregel komt ten gunste van FC Girondins de Bordeaux, Lille OSC, Olympique Lyon, Olympique Marseille, Toulouse FC, AS Saint – Étienne en RC Lens.

95 Zie Besluit van de Commissie, SA.37109, 20 november 2013, *Vlaamse voetbalstadions*. Zie eveneens Besluit van de Commissie van 22 juli 2016, SA 44438, *Sporting Arena Cork*, C(2016) 4625 final. Zie ook Besluit van de Commissie, 9 maart 2014, SA37342, *Irish Football Association; Ulster Council Gaelic Athletic Association; Irish Rugby Union*. Zie ook Besluit van de Commissie, SA.37373, 14 december 2013, *Renovatie ijsstadion Thialf*, par. 19. Zie ook besluit van de Commissie, SA.36105, 2 oktober 2013, *Fußballstadion Chemnitz*.

96 Besluit van de Commissie, 9 november 2011, SA.31722, *Hungarian Sport infrastructure*, *PbEU* 2011, par. 11.

97 Besluit van de Commissie, 9 november 2011, SA. 31722, *Hungarian Sport infrastructure*, *PbEU* 2011, par. 20. “The idea behind the scheme is to correct a market failure now and planning that the market will be sustainable on its own later”. Parafrazering door auteur dezes.

98 Besluit van de Commissie, 9 November 2011, SA. 31722, *Hungarian Sport infrastructure*, *PbEU* 2011, par. 67.

vast dat er geen sprake is van een voordeel, op voorwaarde dat het vrij verkeer van vestiging en kapitaal niet belemmerd worden.⁹⁹ Deze conditionele benadering van marktconformiteit lijkt niet te stroken met de objectiviteit van het voordeelbegrip.

Daarentegen krijgen de sportclubs via de belastingvrijstelling wel een selectief voordeel. Daartegenover staat dat de sportclubs een tegensprestatie moeten leveren door de sportinfrastructuur open te stellen voor het brede publiek: in het bijzonder voor scholieren, jongeren en amateurcompetities. De Commissie concludeerde dat de maatregel in strijd is met artikel 107, lid 1, VWEU, maar kondigde daarbij direct aan dat, gezien het feit dat de doelstelling aansluit bij de doelen van artikel 165 VWEU, de maatregel in aanmerking komt voor verenigbaarheid met de interne markt. Vervolgens heeft de Commissie de steunmaatregel vanwege het belang van een maatschappelijk effect van steun, mede op grond van artikel 165 VWEU, verenigbaar verklaard (zie paragraaf 3.5).

Conform de leidraad die de Commissie in de *Hongaarse Big Five* zaak formuleerde, heeft de Commissie in de zaken betreffende de multifunctionele stadions van Kopenhagen en Uppsala de investeringen van respectievelijk de gemeente Kopenhagen en de gemeente Uppsala gecontroleerd op marktconformiteit.¹⁰⁰ De Commissie maakte in deze zaken reeds bij de beoordeling van marktconformiteit een afweging tussen het belang van toegankelijke multifunctionele sportinfrastructuur enerzijds en de objectiviteit van het voordeelbegrip anderzijds. Daarbij kent de Commissie de overheden van lidstaten op grond van artikel 165 VWEU een beleidsruimte toe om een maatschappelijke rol te vervullen in het financieren van professionele sportinfrastructuur en steunmaatregelen zo te ontwerpen dat deze bijdragen aan een maatschappelijke uitwerking. *In casu* nam de Commissie als belang in overweging dat de steunmaatregelen bijdragen aan het promoten van Europese sportzaken en culturele diversiteit, marktfalen bij de aanbouw van internationale sportinfrastructuur tegengaan en de lidstaten in staat stellen “een maatschappelijke verantwoordelijkheid jegens het algemene publiek om sport-, cultuur- en muziek-evenementen te realiseren.”¹⁰¹ Wat de Zweedse maatregel betreft besloot de Commissie verder dat er waarschijnlijk sprake was van een selectief voordeel voor de onderneming die het stadion bouwt.¹⁰² Echter, omdat de steun “verenigbaar zal zijn met de interne markt” achtte de Commissie het niet nodig om een definitief oordeel te vormen over vraag of de exploitant staatssteun ontving.¹⁰³ In de

99 Besluit van de Commissie, 9 November 2011, SA. 31722, *Hungarian Sport infrastructure*, PbEU 2011, voetnoot 23.

100 Besluit van de Commissie, 15 mei 2013, SA.33728, *Multiarena in Kopenhagen*, PbEU 2013.

101 *Idem*.

102 Besluit van de Commissie, 2 mei 2013, SA.33618, *Sportarena Uppsala*, PbEU 2013.

103 Besluit van de Commissie, 2 mei 2013, SA.33618, *Sportarena Uppsala*, PbEU 2013.

besluitpraktijk van de Commissie komt het vaker voor dat de Commissie niet toetst aan het voordeelsbegrip, maar al in de verbodstoets aangeeft dat er mogelijk sprake is van een voordeel dat waarschijnlijk – vanwege het maatschappelijke belang van sport – verenigbaar verklaard kan worden.¹⁰⁴ Verschillende lidstaten hebben namelijk aangevoerd dat de steunmaatregelen een “maatschappelijke uitwerking” hadden ten aanzien van een groter sportpubliek, waardoor er technisch gezien geen voordeel zou zijn voor sportondernemingen, maar voor de inwoners van de lidstaten.¹⁰⁵ In sommige gevallen slaat de Commissie de verbodstoepassing zelfs over. Zo heeft de Commissie in het onderzoek naar het Slowaakse nationale voetbalstadion investeringen en exploitatiebijdragen van ruim € 100 miljoen euro niet beoordeeld op marktconformiteit. De Commissie stelde vast dat de steun ten gunste kwam van professionele voetbalclub Slovan Bratislava en als staatssteun moest worden aangemerkt. Vervolgens ging de Commissie over tot een verenigbaarheidsbeoordeling op grond van de maatschappelijke doelstellingen van artikel 165 VWEU.¹⁰⁶

3.3.2 De besluitpraktijk van de Commissie in *ex officio*-onderzoeken

In *ex officio*-onderzoeken naar onrechtmatige staatssteun hebben de lidstaten weliswaar het algemene belang van sport ingeroepen, maar initieel niet de maatschappelijke uitwerking van steun ingeroepen om een voordeel uit te sluiten.¹⁰⁷ Zo beoogden de Nederlandse maatregelen voor professionele voetbalclubs – in vergelijking tot de hierboven beschreven meldingszaken – geen doelstellingen van algemeen belang, maar goedkeuring van de reeds uitgevoerde maatregelen om de professionele voetbalclubs uit de financiële moeilijkheden te redden.¹⁰⁸

De onderzoeken betroffen PSV Eindhoven, Vitesse Arnhem, NEC Nijmegen, MVV Maastricht, Willem II Tilburg en FC Den Bosch.¹⁰⁹ De Commissie onderzocht investeringen in infrastructuur en exploitatiesteun ten bate van ondernemingen in moeilijkheden.¹¹⁰

104 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium*, PbEU 2017.

105 *Idem*.

106 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium*, PbEU 2017.

107 Van Maren 2017, p.155-176.

108 Een onderneming in moeilijkheden is een onderneming die, wegens verliezen, op korte of middellange termijn niet in staat is een faillissement af te wenden Deel. 2.1. punt 9 van de richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun. Zie ook Bourgeois 2021, p.1005-1008.

109 Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, Steunmaatregel SA. 33583, *Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch*, PbEU 2013.

110 Daarbij bracht de Commissie een onderscheid aan tussen instrumenten in de vorm van verkoop, verhuur, lease, verpachting van gronden en gebouwen (de zogeheten grondtransacties) en financiering door middel van leningen en garanties.

Na het vooronderzoek besloot de Commissie dat de gemeenten Den Bosch, Tilburg en Maastricht schulden en/of huurachterstanden aan *hun* BVO onrechtmatig hadden kwijtgescholden.¹¹¹ In alle drie de gevallen verkeerden de professionele voetbalclubs in financiële moeilijkheden. Tussen de gemeente Nijmegen en NEC onderzocht de Commissie een zogeheten afkooptransactie. NEC is via een transactie met de gemeente overeengekomen afstand te doen van het recht tot verwerving van het sportcomplex van NEC in ruil voor een geldbedrag van 2,22 miljoen euro.

De Commissie concludeerde dat alle onderzochte transacties, met uitzondering van die tussen de gemeente Arnhem en Vitesse, niet-marktconforme voordelen betreffen die in strijd zijn met artikel 107, lid 1, VWEU. Juist omdat de gemeenten, uitgezonderd de gemeente Arnhem, volgens de Commissie niet gehandeld hebben als een particuliere schuldeiser c.q. particuliere investeerder was er sprake van een voordeel dat de professionele voetbalclubs onder normale marktomstandigheden niet ontvangen zouden hebben.

Een bijzondere beoordeling van de mogelijke aanwezigheid van een voordeel betreft het *ex officio*-onderzoek van de Commissie naar een grondtransactie tussen de gemeente Eindhoven en PSV. *Grosso modo* speelden dezelfde elementen als bij de andere Nederlandse voetbalclubs. Zo verkeerde PSV in financiële moeilijkheden. In deze omstandigheid ging de gemeente met PSV Eindhoven een “*sale and lease back*” constructie aan voor trainingscomplex de Herdgang. De gemeente kocht de gronden onder het stadion en het trainingscomplex voor ruim 48 miljoen euro. Om deze aankoop te financieren ging de gemeente voor een vergelijkbaar bedrag bij een bank een rentevaste langlopende lening aan. De gronden zijn vervolgens in erfpacht uitgegeven aan PSV in ruil voor een pandrecht over de inkomsten van de seizoenkaarten en de extra onvoorziene inkomsten uit de erfpachtcanon voor 40 jaar.¹¹²

In het inleidingsbesluit oordeelde de Commissie dat de grondtransactie in strijd is met artikel 107, lid 1, VWEU en waarschijnlijk niet verenigbaar verklaard zou kunnen worden.¹¹³ De Commissie is echter teruggekomen op deze aanvankelijke beoordeling, nadat de gemeente Eindhoven aanvoerde dat de zogeheten “*sale-and-lease-back*” overeenkomst geen voordeel – en daarmee geen staatssteun – opleverde. In het eerste besluit oordeelde de

111 Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.40168, *Staatssteun aan Willem II Tilburg*.

112 Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, Steunmaatregel SA. 33583, *Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch, PbEU 2013*, par. 58, 62.

113 Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, Steunmaatregel SA. 33583, *Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch, PbEU (2013) C 116/19*. De gemeente tekende tegen dit besluit beroep aan op basis van artikel 263 VWEU. Het beroep van de gemeente Eindhoven is uiteindelijk aangehouden door het Gerecht en daarna doorgehaald.

Commissie dat de gemeente Eindhoven niet heeft gehandeld als een particuliere investeerder in een markteconomie en dat er sprake was van staatssteun volgens artikel 107, lid 1, VWEU. Door de overeenkomst met PSV aan te gaan, op een tijdstip dat de club zich in financiële moeilijkheden bevond en bij diverse banken en andere investeerders aanklopte, heeft de gemeente volgens de Commissie de financiële lasten voor PSV willen verlagen. Bovendien moest de gemeente bij een bank een rentevaste langlopende lening aangaan om de Herdgang van PSV te kunnen kopen. De gemeente had als oogmerk om de Herdgang aan te kopen en door middel van een lage erfpacht de investering uiteindelijk terug te verdienen zonder PSV op kosten te willen jagen. Daarbij wilde de gemeente een verlies vermijden, maar niet een maximale winstonslag bereiken, hetgeen wel een vereiste is onder het beginsel van de particuliere marktinvesteerder.¹¹⁴ De Commissie oordeelde daarom dat de gemeente een ongunstige financiële transactie was aangegaan met als het doel om PSV te redden. Via de verkoop en de erfpacht kon PSV de hypotheek en andere leningen met een veel hogere rente aflossen, in ruil voor de betrekkelijk lage canon die het de gemeente moest betalen. Opmerkelijk is dat PSV vervolgens spelers voor 18 miljoen euro aankocht na deze transactie.¹¹⁵ De Commissie oordeelde dat er sprake was van een voordeel dat tot staatssteun leidde en kondigde aan dat deze steun naar alle waarschijnlijkheid niet met de interne markt was te verenigen.¹¹⁶

De Commissie wijzigde vervolgens deze eerste beoordeling na het afronden van de formele onderzoeksprocedure en nam een tweede besluit waarin het besloot dat een voordeel niet te bewijzen valt.¹¹⁷ Op basis van de aangeleverde taxatierapporten concludeerde de Commissie dat de gemeente Eindhoven zo heeft gehandeld als een “hypothetische marktdeelinvesteerder” zou hebben gedaan. De gemeente had namelijk niet alleen de waarde van de gronden meegewogen, maar ook het feit dat de grond bestemd kan zijn voor gemengde doeleinden.¹¹⁸ Uit het besluit volgt niet exact wat deze doeleinden zijn, maar wel is duidelijk dat de gronden ook bestemd zijn voor kantoren en woningen.¹¹⁹ De Commissie oordeelde dat het doel was PSV te helpen met een “budgettair neutrale transactie” die de club geen financieel voordeel zou verschaffen dat zij niet zou hebben verkregen onder normale marktvoorwaarden. Bij gebrek aan betrouwbare marktmaatstaven kwam de Commissie tot het oordeel dat de transactie verdacht veel op een voordeel lijkt, maar dat dit niet te bewijzen valt. Ondanks

114 Hancher 2021, p. 96-112; Cyndecka 2016, hoofdstuk 3. Nicolaidis 2013, p. 300-304.

115 “Wethouder Depla: Reddingsplan PSV is geen staatssteun”, Binnenlands bestuur, 29 juni 2011. <http://www.binnenlandsbestuur.nl/financien/nieuws/depla-reddingsplan-psv-geen-staatsteun>.

116 Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, Steunmaatregel SA. 33583, *Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch, PbEU(2013) C 116/19*, par. 61.

117 Commissiebesluit SA.41613, *Steun aan PSV Eindhoven*.

118 Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, steunmaatregel SA. 41613, *PSV Eindhoven, PbEU 2016*, par. 5.

119 Commissiebesluit SA.41613, *Steun aan PSV Eindhoven*, par. 21.

het feit, dat de gemeente Eindhoven een lening afsloot om PSV's trainings-complex te kopen en terug te leasen, met als doel deze club in moeilijkheden financieel te accommoderen, was de Commissie van mening dat elke andere particuliere investeerder ook deze transactie was aangegaan tegen dezelfde voorwaarden. Omdat er geen benchmark in de markt voor professionele sportinfrastructuur voorhanden was, nam de Commissie aan dat de leaseconstructie "waarschijnlijk" een marktconform rendement oplevert.¹²⁰ De vaststelling dat de *sale-and-lease-back* overeenkomst tussen de gemeente Eindhoven en PSV "waarschijnlijk marktconform was" lijkt de objectieve standaard voor het vaststellen van een voordeel niet te benaderen, omdat de Commissie op grond van het beginsel van de private investeerder in de markteconomie voldoende aanwijzingen had om te concluderen dat de gemeente niet een transactie was aangegaan die particuliere marktinvesteerders ook zouden verrichten.

In de zaak "*kavel B-32*" kan de Commissie ten aanzien van een grondtransactie tussen de gemeente Madrid en Real Madrid wel voldoende bewijzen dat er sprake was van een voordeel dat de gemeente Madrid had verschaft aan Real Madrid.¹²¹ Na een langslpende bestuursrechtelijke procedure over de overdracht van een kavel voor de uitbreiding van het Santiago Bernabéu stadioncomplex, sloten de gemeente Madrid en Real Madrid een schikking.¹²² De gemeente compenseerde Real Madrid met een andere kavel en liet de tegenprestatie van de bouw van de parkeergarage en diverse belastingschulden vervolgens vervallen. In ruil hiervoor gaf Real Madrid een andere kavel terug die eerder in het beheer was gesteld van de club. Deze landruil-overeenkomst tussen Real Madrid en de gemeente Madrid was de aanleiding voor de Commissie om de formele onderzoeksprocedure in te stellen. De Commissie besloot dat Real Madrid geen belasting heeft betaald over de eigendom van kavel B-32. Daarbij had de gemeente de uitstaande belastingschulden en daadwerkelijke marktwaarde van de kavels mee moeten nemen in de berekening. Daarom was er volgens de Commissie sprake van staatssteun op basis van artikel 107, lid 1, VWEU. Real Madrid heeft echter een actie tot nietigverklaring ingesteld tegen dit besluit van de Commissie (zie paragraaf 4).¹²³

In de zaken rondom de staatsgarantie aan de Spaanse voetbalclubs in de regio Valencia¹²⁴ en de speciale vrijstelling van de vennootschapsbelasting

120 Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, steunmaatregel SA. 41613, *PSV Eindhoven*, PbEU 2016, par. 65.

121 Besluit van de Commissie van 4 juli 2016, SA.33754, *Staatssteun aan Real Madrid*, PbEU 2016.

122 Tribunal Supremo de España, 6 Juni 1997, beroepszaak 1610/1993. Zie Besluit van de Commissie van 4 juli 2016, SA.33754, *Staatssteun aan Real Madrid*. par. 12.

123 Gerecht EU, 22 mei 2019, T-791/16, *Real Madrid t Commissie*.

124 Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.36387, *Staatssteun van Spanje aan Valencia Club de Fútbol, Hércules Club de Fútbol en Elche Club de Fútbol*, PbEU 2017.

voor de professionele Spaanse voetbalclubs met een statutaire non-profitdoelstelling,¹²⁵ hebben de Spaanse autoriteiten – in tegenstelling tot de Nederlandse BVO-gemeenten – de bijzondere status van sport volgens artikel 165 VWEU ingeroepen als objectieve rechtvaardiging op het voordeelbegrip.¹²⁶

Vergelijkbaar aan de Nederlandse voetbalclubs verkeerden de professionele voetbalclubs Valencia, Hercules Alicante en Elche ten tijde van het Commissie-onderzoek eveneens in financiële moeilijkheden.¹²⁷ Hiertoe heeft de regio Valencia deze clubs garanties verschaft. Spanje voerde aan dat volgens het Unierecht een algemene sportexceptie op basis van artikel 165 VWEU, staatssteun objectief kan rechtvaardigen. Daarbij voerden Spanje en de *Liga Nacional de Futbol Profesional* aan dat de sportsector in het algemeen, en voetbal in het bijzonder, een speciale en afwijkende behandeling mag verwachten op basis van artikel 165 VWEU. Ook beheerden de professionele voetbalclubs volgens de Spaanse autoriteiten een DAEB op basis van artikel 106, lid 2, VWEU. De speciale behandeling van professionele sportclubs stond volgens de Spaanse autoriteiten gelijk aan een openbare dienst, onder artikel 106, lid 2, VWEU – en daarmee een speciale status bij de beoordeling van artikel 107, lid 1, VWEU.

De Commissie merkte op dat professionele voetbalclubs marktconform kunnen en moeten handelen en daarom niet aangewezen hoeven te worden met een DAEB.¹²⁸ De drie garanties vormden volgens de Commissie een voordeel omdat zij in strijd verleend waren met de mededeling inzake garanties en staatssteun.¹²⁹ Zo heeft de regio Valencia 100% van de uitstaande leningen van de genoemde clubs gegarandeerd, terwijl volgens deze mededeling maar 80% is toegestaan.¹³⁰ De Commissie besloot dat de regio Valencia geen vooruitzicht had op een marktconforme terugbetaling van de leningen die verstrekt zijn aan Valencia CF. Daarmee heeft deze voetbalclub volgens de Commissie het financiële risico verlegd naar de

125 Besluit van de Commissie, 7 maart 2014, SA.29769, *Staatssteun voor bepaalde Spaanse professionele sportclubs*, PbEU 2014.

126 Besluit van de Commissie, 7 maart 2014, SA.29769, *Staatssteun voor bepaalde Spaanse professionele sportclubs*, PbEU 2014; Besluit van de Commissie van 4 juli 2016, SA.33754, *Staatssteun aan Real Madrid*, PbEU 2016. Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.36387, *Staatssteun van Spanje aan Valencia Club de Fútbol, Hercules Club de Fútbol en Elche Club de Fútbol*, PbEU 2017.

127 Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.36387, *Staatssteun van Spanje aan Valencia Club de Fútbol, Hercules Club de Fútbol en Elche Club de Fútbol*, PbEU 2017, par. 29-35.

128 Besluit van de Commissie, 4 juli 2016, SA.36387, *Staatssteun van Spanje aan Valencia Club de Fútbol, Hercules Club de Fútbol en Elche Club de Fútbol*, PbEU 2017, L 55, par. 102.

129 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van staatssteun in de vorm van garanties, 20 juni 2008, PbEU C 155/02 (2008).

130 Deze mededeling is nu aangepast door de mededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, PbEU 2014/C 262/1, par. 108-114.

overheid. Daarom besloot de Commissie dat de clubs geen marktconforme premie betaalden voor de garanties en was er volgens de Commissie sprake van staatssteun aan Valencia en Elche. Naar aanleiding van het negatieve Commissiebesluit heeft Spanje hiertegen verschillende acties tot nietigverklaring ingesteld (zie paragraaf 4).

Ook ten aanzien van een Spaanse belastingvrijstelling voor professionele sportclubs riep Spanje de bijzondere status van artikel 165 VWEU in. Spaanse belastingwetgeving verplichtte professionele sportclubs om de status aan te nemen van een naamloze vennootschap.¹³¹ Professionele sportclubs met een positieve balans werden uitgezonderd van deze verplichting. Het effect van dit beleid was dat slechts vier non-profit ondernemingen in aanmerking kwamen voor deze uitzondering: Athletic Club Bilbao, Club Atlético Osasuna, FC Barcelona en Real Madrid. Dit zijn *de facto* de grootste Spaanse clubs in de *Champions League* en de *Primera Division*. Deze clubs mochten hun non-profit status behouden, hoofdzakelijk wegens het goede financiële beheer. Het resultaat was dat deze clubs slechts 25% – in plaats van 30% – vennootschapsbelasting hoefden te betalen.

Ten aanzien van de Spaanse belastingwetgeving besloot de Commissie dat de ongelijke behandeling van *Primera Division* clubs in strijd is met artikel 107, lid 1, VWEU. Spanje stelde dat de fiscale maatregel niet als staatssteun kwalificeerde omdat deze volgens de Spaanse autoriteiten maatschappelijk verantwoordelijk ondernemerschap beoogde conform de doelstellingen van artikel 165 VWEU. De clubs voerden eveneens aan dat concurrenten in andere Europese voetbalcompetities (gezien hun juridische status als naamloze vennootschappen) niet dezelfde risico's op financieel gebied liepen. Vanwege dit onderscheid voerde Spanje aan dat de Spaanse clubs zich niet in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden ten opzichte van die andere clubs.

De Commissie was niet overtuigd van dit betoog en oordeelde dat mogelijke nadelen niet rechtvaardigden dat de Spaanse voetbalclubs ongelijk behandeld worden volgens het Spaanse belastingstelsel. Daarom was de Commissie van oordeel dat de maatregel een selectief voordeel opleverde en er sprake was van staatssteun volgens artikel 107, lid 1, VWEU.

3.3.3 *Tussenconclusie*

De beoordeling van een voordeel vergt het meeste onderzoek van de Commissie in haar besluitpraktijk. Doorgaans toetst de Commissie investeringen en/of exploitatie van sportinfrastructuur aan marktconformiteit. De Commissie doet dit echter wel met goedkeuring in de verenigbaarheidsfase

131 Besluit van de Commissie, 7 maart 2014, SA.29769, Staatssteun voor bepaalde Spaanse professionele sportclubs, PbEUC 69/2014, par. 115-121.

ingedachte. Zo sloeg de Commissie in de zaken *Stadion Uppsala* en het *Slowaakse voetbalstadion* de stap om een voordeel in staatssteunbeoordeling over om vervolgens de verenigbaarheidsbeoordeling te verrichten. In de zaak *Hungary Big Five* woog de Commissie het doel van sportbevordering op grond van artikel 165 VWEU zelfs (zwaar) mee en redeneerde de Commissie dat een belastingvrijstelling voor sponsorondernemingen een positieve uitwerking heeft op dienstenontvangers.

De beoordeling van de grondtransactie tussen de gemeente Eindhoven en PSV lijkt de objectieve standaard voor het vaststellen van een voordeel niet te benaderen, omdat de Commissie op grond van het beginsel van de private investeerder in de markteconomie voldoende aanwijzingen had om te concluderen dat de gemeente niet een transactie was aangegaan die particuliere marktinvesteerdere ook zouden verrichten. Mogelijk heeft de Commissie de grondtransactie toch beoordeeld in de context van de professionele sportmarkt – temeer de grondtransactie naast een economisch belang ook een sportief belang beoogde na te streven. Desondanks heeft de Commissie de weging van een sportief en maatschappelijk belang in de Spaanse ex officio-onderzoeken niet geaccepteerd bij de beoordeling van een voordeel. Ten aanzien van de Spaanse garanties voor de professionele voetbalclubs uit de regio Valencia en de belastingvoordelen voor Athletic Club Bilbao, Club Atlético Osasuna, FC Barcelona en Real Madrid liet de Commissie zich eveneens niet overtuigen dat artikel 165 VWEU een objectieve rechtvaardiging toestaat op het voordeelcriterium. Omdat professionele sportclubs onder normale marktvoorwaarden hun diensten aanbieden, kan er ook geen sprake zijn van een dienst van algemeen economisch belang.

3.4 De beoordeling op een merkbaarheid van een beperking van de mededinging

De Commissie hanteert in haar besluitpraktijk twee verschillende benaderingen voor het beoordelen van een vervalsing van de mededinging. De eerste benadering gaat uit van een potentiële beperking van de mededinging. Bij het vaststellen van een potentieel effect op de mededinging concludeert de Commissie dat de steun voor professionele sportinfrastructuur lokale of nationale marktverhoudingen kunnen beïnvloeden.¹³² In het besluit *Euro 2016* overwoog de Commissie dat de steun de marktpositie van de professionele voetbalclubs die de EK-stadions beheren potentieel

132 Besluit Commissie, 20 maart 2013, C(2013) 1521, SA.35440, *Multifunktionsarena Stadt Jena*, par. 11. Besluit van de Commissie, 18 december 2013, SA 35501, *Euro 2016*, PbEU 2016, par. 262-263.

versterkt op de markt voor het organiseren van internationale sportevenementen.¹³³

De tweede benadering gaat uit van een merkbaar effect op de mededinging waarbij de Commissie het geografische bereik van een productmarkt analyseert. Hoewel de Commissie in haar besluitpraktijk benadrukt dat het niet nodig is om een relevante markt af te bakenen, verricht de Commissie desondanks toch een merkbaarheidstoets in diverse besluiten, zoals in de *Deutsche Alpenverein*.¹³⁴ De Commissie besloot dat subsidies de marktpositie van de *Deutsche Alpenverein* versterkten ten opzichte van andere marktdeelnemers op de relevante markt voor klimsport in Berlijn.

Criteria voor merkbaarheid hebben vooral betrekking op het geografische bereik van de activiteiten op de mededinging, maar soms ook op de product – en geografische markten, zoals in meldingszaken *Deutsche Alpenverein*, *Tsjechische sportaccommodaties* en de *Kopenhagen en Uppsala arena*-besluiten.¹³⁵ Ook wanneer de doelstelling gericht is op privatisering, ziet de Commissie aanvankelijk alleen een markt voor nationale investeerders, zoals in het *Hungary Big Five*-besluit. In dit besluit oordeelde de Commissie dat de belastingvrijstelling voor Hongaarse sponsorondernemingen – in tegenstelling tot de exploitanten van de sportinfrastructuur – de mededinging niet vervalste, omdat hun bijdragen essentieel waren voor de privatisering van de sportinfrastructuursector en daarmee de maatschappelijke doelstellingen van artikel 165 VWEU.¹³⁶

Voor de Commissie geeft het de doorslag of steunmaatregelen het aanbod van diensten in een afgebakend (deel)gebied in een lidstaat beperken. Als het effect van een maatregel is dat een onderneming exploitatiesteun krijgt en de markt hierdoor niet merkbaar verandert, dan ziet de Commissie slechts een marginaal effect op de mededinging.¹³⁷

3.5 De beoordeling van een effect op het handelsverkeer

De Commissie beoordeelt een effect op het handelsverkeer eveneens vanuit drie benaderingen. Eén benadering weegt het potentiële effect op het handelsverkeer. De andere benadering neemt het daadwerkelijke effect op

133 Besluit van de Commissie, 18 december 2013, SA 35501, *Euro 2016*, PbEU 2016.

134 Besluit van de Commissie, 5 december 2012, SA. 33952, *Deutsche Alpenverein*, PbEU 2013.

135 Besluit van de Commissie, 5 december 2012, SA. 33952, *Deutsche Alpenverein*, PbEU 2013; Besluit van de Commissie, 11 juni 2014, SA.33575, *Tsjechische sportaccommodaties* PbEU 2015; Besluit van de Commissie, 15 mei 2013, SA.33728, *Multiarena in Kopenhagen*; Besluit van de Commissie, 2 mei 2013, SA.33618, *Investerings in de sportarena van Uppsala*, PbEU 2013.

136 Besluit van de Commissie, 9 November 2011, SA. 31722, *Hungarian Sport infrastructure*, PbEU 2011.

137 Besluit van de Commissie, 4 mei 2018, SA.34815, *Jachthaven Scharendijke Zeeland*.

het handelsverkeer in overweging. Tot slot gaat de Commissie bij de derde benadering überhaupt niet in op het effect op het handelsverkeer.

De eerste benadering ziet op een potentieel effect op het handelsverkeer. Ten aanzien van de Nederlandse en Spaanse voetbalclubs nam de Commissie aan dat de steun aan professionele voetbalclubs een effect heeft op het handelsverkeer. Het feit dat sommige clubs, zoals FC Den Bosch en Elche, niet actief waren in Europese voetbalcompetities deed voor de Commissie niets af aan het feit dat er sprake kan zijn van een effect op het handelsverkeer. In de zaak *Deutsche Alpenverein* nam de Commissie namelijk ook een effect op het handelsverkeer aan, omdat op de klmsportmarkt in Berlijn ook een Nederlandse onderneming actief was.

De tweede benadering ziet op een beoordeling van een daadwerkelijk effect op het handelsverkeer volgens de leidraad voor lokale steun.¹³⁸ Deze leidraad berust op *best practices* waarin de Commissie tot het oordeel is gekomen dat er geen effect is op het handelsverkeer.

Een aantal van deze *best practices* gaan over steunmaatregelen voor sportactiviteiten. Ten aanzien van deze steunmaatregelen besluit de Commissie driemaal dat zij “geen – of hoogstens marginale – voorzienbare effecten hebben op grensoverschrijdende investeringen.”¹³⁹ Opmerkelijk is vooral het besluit inzake *Glennmore Lodge* waarin de Commissie outdoor sportactiviteiten in Schotland beoordeelde als “gericht op regionale of hoogstens nationale klanten, waardoor er geen overtuigend bewijs is van grensoverschrijdende investeringen of vestigingen” voor het soort diensten dat door *Glennmore Lodge* wordt aangeboden.¹⁴⁰

Ook het besluit *Sportcamp Nordbayern* geeft een brede interpretatie aan het begrip “lokale steun”.¹⁴¹ De Commissie redeneerde dat een hypothetisch effect op het handelsverkeer niet zomaar mag worden aangenomen, omdat dit effect gesubstantieerd moet worden.¹⁴² De Commissie oordeelde dat de toeristische sportinfrastructuur enkel marginale effecten kunnen hebben op buitenlandse toeristen. Daarom heeft volgens de Commissie de steunmaat-

138 Persbericht Europese Commissie, “Leidraad voor lokale steunmaatregelen van de overheid die zonder voorafgaande goedkeuring van de Commissie kunnen worden toegekend”, 29 april 2015, IP/15/4889.

139 Besluit van de Commissie, 15 augustus 2018, Steunmaatregel SA.37963, *Glennmore Lodge*, PbEU 2015; Besluit van de Commissie, 21 december 2015, Steunmaatregel SA.43983, *BLSV-Sportcamp Nordbayern*, PbEU 2016;

140 Besluit van de Commissie, 15 augustus 2018, Steunmaatregel SA.37963, *Glennmore Lodge*, PbEU 2015.

141 Besluit van de Commissie, 21 december 2015, Steunmaatregel SA.43983, *BLSV-Sportcamp Nordbayern*.

142 Besluit van de Commissie, 21 december 2015, Steunmaatregel SA.43983, *BLSV-Sportcamp Nordbayern*.

regel een lokaal effect en is artikel 107, lid 1, VWEU niet van toepassing. De Commissie nam dit besluit, terwijl het Hof in haar rechtspraak dergelijke toeristische infrastructuur nadrukkelijk niet heeft uitgesloten van een grensoverschrijdend effect.¹⁴³

Een derde benadering valt vervolgens ook op. Uit de besluitpraktijk van de Commissie volgt dat de Commissie niet bij alle steunonderzoeken in de sportsector überhaupt nagaat of er een potentieel effect is. Zo heeft de Commissie in het onderzoek naar het Slowaakse nationale voetbalstadion investeringen van 75 miljoen euro en exploitatiesteun van 27 miljoen euro niet beoordeeld op een effect op het handelsverkeer, ondanks de nabijheid van de Oostenrijkse grens. Zowel een voordeel als een effect op het handelsverkeer werden niet beoordeeld door de Commissie. Vervolgens ging de Commissie over tot een verenigbaarheidsbeoordeling op grond van de doelstellingen van artikel 165 VWEU.¹⁴⁴

3.6 De toepassing van artikel 165 VWEU als rechtvaardiging voor verenigbaarheid

3.6.1 *De toepassing van artikel 165 VWEU als rechtvaardigingsgrond bij het beoordelen van verenigbaarheid op grond van artikel 107, lid 3, VWEU*

Uit de besluitpraktijk van de Commissie volgt dat bij de staatssteunbeoordeling de beleidsdoelstellingen van artikel 165 VWEU incidenteel in overweging worden genomen in de verbodsfase (paragraaf 2). Ten aanzien van de beoordeling van staatssteun in de verenigbaarheidsfase vormt artikel 165 VWEU een nieuw en structureel beoordelingskader voor verenigbare staatssteun voor de sportsector. In sommige besluiten sloeg de Commissie in dat kader (een onderdeel van) de staatssteuntoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU over, omdat de steunmaatregelen *prima facie* voldeden aan de doelstellingen van artikel 165 VWEU.¹⁴⁵

Omdat specifieke richtsnoeren in de sportsector ontbraken heeft de Commissie de doelstellingen van artikel 165 VWEU als leidraad genomen voor verenigbare steun. De zaak *Hungary Big Five* illustreert deze ontwikkeling

143 Zie bijvoorbeeld HvJ EU, 21 juli 2016, C-493/14, *Dilly's Wellnesshotel t Finanzamt Linz*.

144 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium, PbEU* 2017.

145 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium, PbEU* 2017; Besluit van de Commissie, 2 mei 2013, SA.33618, *Investeringen in de sportarena van Uppsala, PbEU* 2013.

en diende voor de Commissie als een blauwdruk voor vrijgestelde steun voor sport in de Algemene Groepsvrijstellingsverordening.¹⁴⁶

In deze zaak heeft Commissie overwogen dat artikel 107, lid 3, onder c, VWEU van toepassing was als algemene uitzonderingsgrond. Wanneer de steun bijdraagt aan de economische ontwikkeling in lidstaten kan deze steun verenigbaar verklaard worden, voor zover de steun het handelsverkeer niet dusdanig belemmert dat dit het gemeenschappelijk belang van de Unie schaadt. Om tot een dergelijke beoordeling te komen past de Commissie normaal gesproken de economische beginselen van het Actieplan Staatssteun 2005 toe.¹⁴⁷ Deze beginselen houden in dat de maatregel moet bijdragen aan: het corrigeren van een marktfaal, het bereiken van een stimulerend effect en een evenredigheid tussen doelstelling en uitwerking.

Hoewel de Commissie deze economische beginselen in de afwegingstoets van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU ook toepaste in de Hongaarse zaak, vormde de economische beoordeling niet het zwaartepunt van haar beoordeling. De Commissie startte met het benoemen van het maatschappelijke belang van sport als gemeenschappelijk belang. In dat kader moest de Commissie de specifieke eigenschappen van sport op basis van artikel 165 VWEU beoordelen, omdat de Commissie in de besluitpraktijk van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU de specifieke eigenschappen van sport niet eerder heeft meegewogen. De afwegingstoets van de Commissie tussen sport (als gemeenschappelijk belang) en de effecten op de interne markt komt daarom neer op een "uitruil" van de negatieve effecten en de positieve effecten. Negatieve effecten op het economisch verkeer en positieve effecten in de vorm van maatschappelijke uitwerkingen (Europees) sportbeleid.¹⁴⁸

De Commissie constateerde dat de maatregel bijdroeg aan maatschappelijke doelstellingen omdat, volgens de Commissie, de Hongaarse bevolking de werkelijke begunstigde was van de steunmaatregel. Vervolgens heeft de Commissie deze gezamenlijke uitleg van de artikelen 107, lid 3, sub c en artikel 165 VWEU consistent doorgevoerd in de besluitpraktijk over professionele sport.¹⁴⁹

In deze zaken heeft de Commissie steunmaatregelen verenigbaar

146 Besluit van de Commissie, 9 November 2011, C(2011)7287 final, *Hungarian Sport infrastructure*; Zie artikel 55 AGVV. Zie ook Craven 2014, p. 453-460. Zie ook <http://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-eu-state-aid-and-sport-saga-hungary-s-tax-benefit-scheme-revisited-part-1>.

147 Mededeling van de Commissie over het Actieplan Staatssteun 2005 COM (2005) 107 final.

148 Het besluit spreekt van een "trade-off". Zie par. 84.

149 Het besluit spreekt van "social and equity objectives". Zie ook besluit van de Commissie, SA.36105, 2 oktober 2013, *Fußballstadion Chemnitz*; Besluit van de Commissie, SA.35135, 20 maart 2013, *Multifunktionsarena Stadt Erfurt*, Besluit van de Commissie, 15 mei 2013, SA.33728, *Multiarena in Kopenhagen*; Besluit van de Commissie, 2 mei 2013, SA.33618, *Investerings in de sportarena van Uppsala*, PbEU 2013.

verklaard op grond van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU, maar de materiële beoordeling verricht conform de doelstellingen van artikel 165 VWEU. Steun bij de bouw van sportstadions geldt als een gemeenschappelijk belang en “een maatschappelijke verantwoordelijkheid richting het grotere publiek”.¹⁵⁰ Het gemeenschappelijke belang komt volgens de Commissie tot primair uiting in artikel 165 VWEU: het bevorderen van de Europese dimensie van sport. Secundair werd dit gemeenschappelijke belang volgens de Commissie in verschillende zaken gekenmerkt door de Verdragsdoelstellingen over cultuur (artikel 167 VWEU), volksgezondheid (artikel 168 VWEU) en sociale cohesie (artikel 178 VWEU).¹⁵¹ Ten aanzien van de beoordeling op verenigbaarheid heeft de Commissie aan economische beginselen, zoals marktfalen getoetst, maar heeft daarbij benadrukt dat de lidstaten, zoals Tsjechië, ten aanzien van sportaccommodaties, een beleidsruimte hebben om te sportactiviteiten die bijdragen aan de sportpromotie, cultuur en sociale inclusie te financieren in het algemene belang.¹⁵² Illustratief is het besluit inzake Euro 2016.¹⁵³ Om de organisatie van Euro 2016 in Frankrijk mogelijk te maken is de investeringssteun door de Commissie goedgekeurd op basis van artikel 107, lid 3, sub c VWEU jo. artikel 165 VWEU. De Commissie onderbouwde de goedkeuring met de voorwaarde dat de steun een maatschappelijke uitwerking zal hebben op lokale jeugdsportprojecten. De steun is volgens de Commissie geschikt omdat de steunmaatregel twee legitieme niet-economische Uniedoelstellingen en een economisch legitiem belang nastreeft: algemene toegang tot sport en cultuur en het tegengaan van een erkend marktfalen.

Een soortgelijk verenigbaarheidsbesluit betreft de steunmaatregel aan de Belgische voetbalstadions.¹⁵⁴ Om te beoordelen of de steun verenigbaar was op basis van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU moest de steun een “marktfalen of een andere doelstelling van gemeenschappelijk belang” aanpakken.¹⁵⁵ De Commissie onderzocht primair de geschiktheid van de doelstelling en liet het bestaan van een marktfalen in het midden. Allereerst stelde de Commissie dat op basis van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU de steun ten goede kwam aan een doelstelling van gemeenschappelijk belang: namelijk sport als maatschappelijk belang op basis van artikel 165 VWEU. De maatregel was geschikt volgens de Commissie omdat de steun een “onder-investering

150 Besluit van de Commissie, SA.35135, 20 maart 2013, *Multifunktionsarena Stadt Erfurt*; Besluit van de Commissie, 15 mei 2013, SA.33728, *Multiarena in Kopenhagen*, PbEU 2014; Besluit van de Commissie, 18 december 2013, SA 35501, *Euro 2016*, PbEU 2016.

151 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium*, PbEU 2017.

152 Besluit van de Commissie, 11 juni 2014, SA.33575, *Tsjechische sportaccommodaties*, PbEU 2015.

153 Besluit van de Commissie, 18 december 2013, SA 35501, *Euro 2016*, PbEU 2016.

154 Besluit van de Commissie, 20 november 2013, SA.37109, *Vlaamse voetbalstadions*, PbEU 2014.

155 *Idem*, overweging 29.

in de voetbalsector” aanpakte. Door de steun kunnen de clubs een UEFA-status behouden en blijven meedingen op het niveau van Europese voetbalcompetities (*Champions League*) en daarmee ook als gastheer optreden tijdens toernooien en finales. Tevens droeg de steun volgens de Commissie bij aan de toegang tot sportprojecten voor sociale groepen, waaronder jongeren.

Ten aanzien van de steun aan het nationale voetbalstation van Slowakije heeft de Commissie eveneens besloten dat deze gerechtvaardigd was omdat Slowakije – vanuit een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor het algemene publiek – een sportevenementenbeleid realiseerde. De “sociale significantie” van sport, onder artikel 165 VWEU, rechtvaardigde de steunmaatregel volgens de Commissie.¹⁵⁶ De Commissie besloot dat de steun noodzakelijk was omdat Slowakije “in het verleden negatieve ervaringen heeft gehad met het initiatief van de private sector om internationaal erkende grootschalige sportinfrastructuur te bouwen.”¹⁵⁷ Dit besluit illustreert de beleidsruimte die de Commissie aan lidstaten toekent om af te wijken van normale marktomstandigheden en de wijze waarop artikel 165 VWEU staatssteun legitimeert in de verenigbaarheidsfase. De Commissie geeft in deze zaak geen nadere onderbouwing voor een marktfaalen en spreekt enkel de verwachting uit dat Slovan Bratislava – de beheerder- het stadion efficiënt zal beheren.¹⁵⁸

In de zaken over de herstructureringssteun aan de *Nederlandse voetbalclubs Willem II, MVV, NEC en FC Den Bosch* hebben de Nederlandse gemeenten artikel 165 VWEU niet ingeroepen. Omdat zij ten principale aanvoerden er geen staatssteun verleend is op basis van artikel 107, lid 1, VWEU bood de Commissie Nederland *guidance* aan over verenigbaarheid van herstructureringssteun aan de voetbalclubs.¹⁵⁹ De Commissie zag in dat kader artikel 107, lid 3, sub c, VWEU en de richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun als enige mogelijke verenigbaarheidsgrond.¹⁶⁰ Bij het beoordelen van het begrip “ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid” in de sportsector houdt de Commissie terdege rekening met de maatschappelijke uitwerkingen van artikel 165 VWEU. De Commissie bood de clubs de mogelijkheid om remedies in te dienen. Op basis van deze remedies kon de Commissie de KNVB en de UEFA aanraden om “compen-

156 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium*, C(2017) 3222 final

157 Besluit van de Commissie, 24 mei 2017, SA.46530, *Slovakia National football stadium*, par. 50.

158 *Idem*.

159 Van alle Nederlandse voetbalclubs heeft alleen FC Den Bosch gepleit voor verenigbaarheid.

160 Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, Steunmaatregel SA. 33583, *Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch, PbEU* (2013) C 116/19, overweging 75.

serende maatregelen” te nemen, waaronder extra uitgaven vanuit de clubs voor maatschappelijke activiteiten en de opleiding van amateurs.¹⁶¹

De Commissie verantwoorde haar keuze om deze “compenserende maatregelen” toe te staan omdat “dit soort maatregelen de clubs die steun hebben ontvangen, dwingen om middelen, die deze anders voor zijn concurrerende activiteiten had kunnen inzetten, naar andere doeleinden om te buigen, en zou bovendien de in artikel 165 VWEU genoemde doeleinden kunnen dienen.”¹⁶²

Tot slot heeft de Commissie besloten dat de belastingvrijstelling voor de Spaanse voetbalclubs *Athletic Club Bilbao*, *Club Atlético Osasuna*, *FC Barcelona en Real Madrid* niet gerechtvaardigd kon worden op basis van artikel 165 VWEU jo. artikel 107, lid 3, VWEU. Artikel 165, lid 2, VWEU moet namelijk zo uitgelegd worden maatregelen namens de Unie bijdragen aan eerlijke en transparante sportcompetities.¹⁶³ De Commissie besloot dan ook dat de doelstelling van de maatregel niet de promotie van sport aanging, maar eerder de preferentiële behandeling van vier professionele voetbalclubs.¹⁶⁴ Daarom droeg de maatregel niet bij aan de Uniedoelstelling van artikel 165 VWEU en was volgens de Commissie artikel 107, lid 3, sub c, VWEU niet van toepassing. De Spaanse voetbalclubs hebben een actie tot nietigverklaring ingesteld tegen dit besluit dat in paragraaf 4 nader besproken zal worden.

3.6.2 *De toepassing van artikel 165 VWEU als rechtvaardigingsgrond voor verenigbaarheid op grond van artikel 106, lid 2, VWEU*

Omdat artikel 165 VWEU voorziet in een beleidsruimte voor lidstaten om sport als algemeen belang te organiseren en te financieren hebben verschillen lidstaten steunmaatregelen voor professionele sport geprobeerd te rechtvaardigen als DAEB op grond van artikel 106, lid 2, VWEU in samenhang met artikel 165 VWEU. Ten aanzien van de steunmaatregel voor de Nürburgring voerde Duitsland bijvoorbeeld aan dat artikel 165 VWEU in

161 De gemeenten in de zaken Willem II, Den Bosch, NEC en MVV voerden primair aan dat er geen schending was van artikel 107, lid 1, VWEU, maar boden wel voldoende remedies om de Commissie te overtuigen om de steun verenigbaar te verklaren met artikelen 107, lid 3, sub c, VWEU jo. artikel 165 VWEU. Willem II, FC Den Bosch en NEC zijn met de KNVB een herstructureringsplan overeengekomen en beloofden het aantal spelers in dienst en de salarissen te beperken. MVV deed hetzelfde maar bood ook nog aan dat de sportinfrastructuur opengesteld werden voor schoolklassen, waardoor de steun eveneens op basis van artikel 165 VWEU werd goedgekeurd.

162 Besluit van de Commissie van 6 maart 2013, Steunmaatregel SA. 33583, *Steun aan PSV Eindhoven, MVV, NEC, FC Den Bosch*, PbEU (2013) C 116/19, par.79.

163 Besluit van de Commissie, 7 maart 2014, SA.29769, *Staatssteun voor bepaalde Spaanse professionele sportclubs*, PbEU 2014, C 69/2014, par.85-87.

164 Idem, par. 89.

samenhang met artikel 106, lid 2, VWEU voorziet in een rechtvaardiging voor professionele racesport en amateurmotorsport. De Commissie heeft conform de besluitpraktijk geoordeeld dat er geen sprake was van een maatschappelijke uitwerking van de sport en dat de steunmaatregel gericht was op toerisme, waardoor de steun niet kon voldoen aan de doelstellingen van artikel 165 VWEU, noch aan die van artikel 106, lid 2, VWEU.¹⁶⁵ In de zaak *Real Madrid (B-32"-grondtransactie)* en de *Deutsche Alpenverein*-zaak heeft de Commissie de lidstaten Spanje en Duitsland erop gewezen dat steunmaatregelen met een Europese dimensie van sport op grond van de artikelen 106, lid 2, VWEU en 165 als DAEB aangemeld kunnen worden.¹⁶⁶ In beide gevallen hebben respectievelijk Spanje en Duitsland deze mogelijkheid echter niet nader onderzocht.

Ten aanzien van de steunmaatregelen aan Valencia, Hercules Alicante en Elche erkende de Commissie dat artikel 165 VWEU een speciale rol heeft, maar voelde de Commissie er niet voor om verenigbaarheid te beoordelen op grond van de artikelen 106, lid 2, VWEU en 165 VWEU. De Commissie was van oordeel dat professioneel voetbal onder normale marktomstandigheden moet functioneren en er geen noodzaak is om een DAEB aan te wijzen (hetgeen bovendien ook niet meer mogelijk was met terugwerkende kracht). Artikel 165, lid 2, VWEU werkt volgens de Commissie een sociaal-maatschappelijke functie uit en vereist de gelijke toegang tot sportcompetities. In tegenstelling tot de uitleg die de Commissie gaf aan Real Madrid bij de beoordeling van verenigbaarheid moet het speciale karakter van artikel 165 VWEU volgens de Commissie niet gelijkgesteld worden aan een DAEB.¹⁶⁷ Omdat er een markt bestaat voor professioneel voetbal is er geen noodzaak om een DAEB aan te wijzen. Bovendien was er geen sprake van een aanwijzing in dit geval. De Commissie verklaarde de steunmaatregelen als onrechtmatige en onverenigbare staatssteun. De Spaanse voetbalclubs uit de regio Valencia hebben dit besluit aangevochten bij het Gerecht (zie paragraaf 4).

165 *Nürburgring* is tegen het Commissiebesluit in beroep gegaan. Het Gerecht oordeelde dat het Commissiebesluit voldoende gemotiveerd was en heeft het besluit in stand gelaten (Gerecht EU, 19 juni 2019, T-373/15, *Ja zum Nürburgring t Commissie*, r.o. 146, 158-159, 168, 176, 188). In hogere voorziening heeft Het Hof het besluit van de Commissie gedeeltelijk nietig verklaard ten aanzien van de beoordeling op een open, niet-discriminerende en marktconforme selectieprocedure. Voor het overige heeft het Hof het Commissiebesluit in stand gelaten. HvJ EU, 2 september 2021, C-647/19, *Ja zum Nürburgring t Commissie*, dictum, r.o. 105-110.

166 Besluit van de Commissie van 4 juli 2016, SA.33754, *Staatssteun aan Real Madrid*, PbEU 2016/L/358. Het onderdeel "DAEB" is in de gerechtelijke fase vervolgens niet meer aan de orde gekomen. Zie Gerecht EU, 22 mei 2019, T-791/16, *Real Madrid*, r.o. 128. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie bij het beoordelen van de vraag of de land-ruilovereenkomst een voordeel inhield onzorgvuldig handelde. Bij de berekening van de perceelwaarde heeft de Commissie zich hoofdzakelijk gebaseerd op taxatiegegevens van de gemeente Madrid, terwijl de Commissie volgens het Gerecht zelf de waarde van de grondoverdracht had moeten berekenen.

167 Besluit van de Commissie van 4 juli 2016, SA.33754, *Staatssteun aan Real Madrid*, PbEU 2016/L/358.

3.7 Tussenconclusie: nieuwe toepassingsstandaarden voor artikel 107 VWEU

Uit de analyse van circa twintig Commissiebesluiten over de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU valt op te maken dat de Commissie vier methoden hanteert om staatssteun – vanwege het sociaal-maatschappelijke belang van sport – uit te sluiten, alvorens de Commissie overweegt over te gaan tot de verenigbaarheidsfase. Ten eerste gaat de Commissie na of een steunmaatregel een zuiver sociaal oogmerk beoogt en bereikt (*Franse trainingscentra*; de sportdonateurs in Hongarije, amateursporters in *Stadt Jena*). Ten tweede past de Commissie een leidraad voor lokale steun toe in de vorm van een significantietoets (*Stadt Jena, Glenmore Lodge, Sportcamp Bayern, Hungary Big Five en Thialf*). Ten derde gaat de Commissie na wat het daadwerkelijke effect is op de mededinging, waarbij de Commissie de relevante markt afbakent. Tot slot beoordeelt de Commissie, binnen het verbod van artikel 107, lid 1, VWEU, in welke mate de doelstelling op het eerste oog verenigbaar is met de interne markt. Dit komt veelal voor bij de toepassing van de voordeeltets waarbij de Commissie weliswaar aanneemt dat er (mogelijk) sprake is van een voordeel, maar daarbij direct verwijst naar de waarschijnlijke verenigbaarheid op grond van de doelstellingen van artikel 165 VWEU. Deze toets vervaagt vervolgens de daadwerkelijke verenigbaarheidstoepassing.

De besluitpraktijk van de Commissie is inmiddels in een aantal arresten onderworpen geweest aan een rechtmatigheidsbeoordeling door het Gerecht op grond van artikel 107 VWEU. Na deze rechtmatigheidsbeoordeling is gebleken dat de economische invulling van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU inmiddels materieel is overgenomen door artikel 165 VWEU als haast eigenstandige rechtvaardigingsgrond (zie ook paragraaf 6.4.2). De Commissie heeft de Europese dimensie van sport verbreed en ook van toepassing verklaard op professionele sport, terwijl de Verdragssluitende partijen met artikel 165 VWEU slechts coördinatie op het gebied van amateursport beoogd hadden.¹⁶⁸ Hiertegenover staat dat de economische uitleg van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU niet consistent lijkt te worden toegepast door de Commissie op professionele voetbalclubs. Eerder lijkt een verband tussen professionele sport en hieraan verbonden maatschappelijk belang (van sociale, culturele, opvoedkundige aard) steunmaatregelen op grond van artikel 165 VWEU te legitimeren.¹⁶⁹

Deze vier methoden worden in paragraaf 5 getoetst aan de conceptuele

168 Zie voor de beperkingen aan een algemene sportexceptie ook Weatherill 2018, hoofdstukken 3, 4 en 5.

169 In de besluitpraktijk over staatssteun voor sport (- infrastructuur) betreft de Commissie overigens ook op cultuur *ex* artikel 167 VWEU en volksgezondheid *ex* artikel 168 VWEU als legitieme doelstellingen.

standaarden die het Hof gesteld heeft aan het begrip staatssteun. Eveneens worden deze methoden getoetst aan de toepassingsstandaarden die het Hof stelt aan het inroepen van algemene belangen binnen het staatssteunverbod. Daartoe worden allereerst in de volgende paragraaf de rechtmatigheidsbeoordelingen van de in paragraaf 3 beschreven besluitpraktijk door het Hof en het Gerecht geanalyseerd.

4 RECHTMATIGHEIDSBEOORDELING HOF VAN JUSTITIE OVER DE TOEPASSING ARTIKEL 165 VWEU IN DE STAATSTEUNBEOORDELING VAN ARTIKEL 107 VWEU

In de rechtsbeschermingsfase tegen besluiten van de Commissie hebben verschillende steunontvangers met succes voor het Gerecht een beroep tot nietigverklaring ingesteld. Zo oordeelde het Gerecht dat bij de landruilovereenkomst tussen Madrid en Real Madrid dat de Commissie niet voldoende had bewezen dat er sprake was van een voordeel, en daarmee niet bewezen heeft dat er sprake was van staatssteun.¹⁷⁰ In deze zaak draaide het geschil niet om de werking van artikel 165 VWEU in de staatssteunbeoordeling.

In de zaak *Hamr Sport* moest het Gerecht beoordelen of artikel 165 VWEU onderdeel mag uitmaken van het beoordelingskader van de Commissie op verenigbaarheid.¹⁷¹ Een concurrent van de begunstigden voerde tegen een verenigbaarheidsbesluit van de Commissie aan dat de steun de concurrentiepositie van concurrenten op de dienstenmarkt voor sportlessen in Praag aantastte omdat alleen non-profit organisaties steun konden ontvangen. De Commissie voerde voor het Gerecht aan dat de maatregel noodzakelijk en geschikt was, in het bijzonder met betrekking tot de bewustwording van jongeren ten aanzien van sport. De Commissie voegde hieraan toe dat zonder subsidies de sportaccommodaties niet hadden kunnen verwezenlijken naar maatschappelijke vereisten op het gebied van sportbeoefening. Het Gerecht overwoog dat de Commissie op juiste gronden heeft aangenomen dat de maatregel verenigbaar was.¹⁷² Volgens het Gerecht heeft de Commissie de doelstelling van artikel 165 terecht meegewogen binnen het toepassingskader van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie binnen haar discretionaire bevoegdheid was gebleven om, op basis van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU, afwegingen van economische en sociale aard zwaarder te wegen dan de gevolgen voor de mededinging. Het Gerecht wees daarmee het beroep af.

Een soortgelijk beroep werd ingesteld door MMK tegen het besluit inzake

170 Gerecht EU, 22 mei 2019, T-791/16, *Real Madrid*, r.o. 128.

171 Gerecht EU, 12 mei 2016, T-693/14, *Hamr Sport t Commissie*.

172 Gerecht EU, 12 mei 2016, T-693/14, *Hamr Sport t Commissie*, r.o. 70-74.

de *Deutsche Alpenverein*.¹⁷³ Evenals in het arrest *Hamr t Commissie*, voerde een concurrent aan dat de steun onverenigbaar was met artikel 107, lid 3, VWEU, maar met onderbouwing dat de Commissie bij de beoordeling op verenigbaarheid de economische benadering van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU – waaronder een beoordeling op marktfalen – onterecht buiten toepassing had gelaten.¹⁷⁴ Ten gronde oordeelde het Gerecht dat deze economische benadering (die voortvloeit uit het Commissiewerkdocument "Actieplan staatssteun 2005") als richtsnoer dient bij de beoordeling van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU. Het Gerecht oordeelde dat de economische benadering, waaronder het marktfalen-criterium, niet als enkel als een gedragsnorm geldt en niet als een wettelijke norm.¹⁷⁵ Daarom mocht de Commissie van de economische benadering afwijken en een besluit volledig baseren op objectieve regels uit het Verdrag, te weten artikel 107, lid 3, VWEU en artikel 165 VWEU.¹⁷⁶

Ten aanzien van het argument van MMK dat er geen sprake was van een marktfalen merkte het Gerecht op dat de toepassing van artikel 107, lid 3, VWEU in beginsel niet de aanwezigheid van een marktfalen vereist. Het Gerecht oordeelde vervolgens dat het bestaan van een marktfalen maar één van de openstaande redenen is om overheidsingrijpen te rechtvaardigen.¹⁷⁷ Daarmee oordeelde het Gerecht dat het bewijs van een daadwerkelijk marktfalen geen *conditio sine qua non* is om een doelstelling van algemeen belang te rechtvaardigen. Een legitiem belang op basis van artikel 165 VWEU biedt volgens het Gerecht een voldoende rechtsbasis voor de rechtvaardiging onder artikel 107, lid 3, sub c, VWEU.

De werking van artikel 165 VWEU in de staatssteunbeoordeling stond eveneens centraal bij de beroepen die Hercules Alicante en Valencia tegen het negatieve besluit in beroep hebben ingesteld bij het Gerecht.¹⁷⁸ In 2019 heeft het Gerecht het besluit van de Commissie inzake Hércules Alicante ten gronde beoordeeld en nietig verklaard.¹⁷⁹ Het Gerecht oordeelde dat de Commissie in haar besluit onvoldoende gemotiveerd heeft waarom de garantie van de regio Valencia aan deze voetbalclub een voordeel inhield.¹⁸⁰ Het Gerecht kwam tot de conclusie dat de Commissie nagelaten had om

173 Gerecht EU, 9 juni 2016, T-162/13 *Magic Mountain Kletterhallen t Commissie*.

174 Mededeling van de Commissie over het Actieplan Staatssteun 2005 COM (2005) 107 final.

175 Gerecht EU, 9 juni 2016, T-162/13, *Magic Mountain Kletterhallen t Commissie*, r.o. 57, 61.

176 Gerecht EU, 9 juni 2016, T-162/13, *Magic Mountain Kletterhallen t Commissie*, r.o. 79.

177 Zie ook uitspraak van het Gerecht EU, 6 oktober 2009, T-21/06, *Brandenburg t Commissie*, r.o. 53, 62, 63.

178 Zaken T-766/16R; T-732/16 R; T-901/16; T-134/17, Zaken T-865/16; T-846/16; T-845/16; T-679/16; T-791/16; Gerecht EU, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol t Commissie*; Zaak T-901/16.

179 Gerecht EU, 6 april 2017, T-732/16, *Valencia t Commissie*; Gerecht EU, 15 mei 2018, T-901/16 R, *Elche Club de Fútbol t Commission*.

180 Gerecht EU, 20 maart 2019, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol*.

een voordeel te beoordelen op basis van “de context en het geheel van rechtsregels die op de betrokken materie beheersen”.¹⁸¹ Daarbij nam het Gerecht het argument van Hercules in overweging dat de afwijking van de “Commissiemededeling over marktconformiteit van garanties” toegestaan was omdat de marktconformiteit van de garantie beoordeeld moest worden “in de context van de sportsector, die een bijzondere bescherming geniet op grond van artikel 165 VWEU”.¹⁸² Ten aanzien van deze contextuele beoordeling van de marktconformiteit verweet het Gerecht aansluitend de Commissie dat zij niet alle relevante factoren had meegewogen, waaronder het bestaan van een contragarantie die afgegeven was door de eigenaar van het Hercules stadion.¹⁸³

Het Gerecht heeft dit oordeel herhaald in *Valencia CF t Commissie* en geoordeeld dat de Commissie onvoldoende bewezen heeft dat de garanties niet marktconform waren.¹⁸⁴ Echter, in tegenstelling tot de uitspraak in het arrest *Hercules t Commissie*, nuanceert het Gerecht haar standpunt over de werking van de doelstelling van artikel 165 VWEU in de staatssteunbeoordeling. Bij de kwalificatie van maatregel als staatssteun volgens artikel 107, lid 1, VWEU kan volgens het Gerecht niet van de Commissie verlangd worden dat een onderscheid gemaakt wordt op grond van de redenen of doeleinden van steunmaatregelen.¹⁸⁵ In het bijzonder kan dit volgens het Gerecht ook niet op grond van ingeroepen redenen die voldoen aan de doelstellingen van artikel 165 VWEU.¹⁸⁶ Deze uitspraak voldoet aan de standaardrechtspraak van het Hof, maar geeft desondanks inzicht in de situatie dat het Gerecht bij een gelijk feitencomplex tot twee verschillende (en tegenstrijdige) benaderingen komt:

- i) een objectieve benadering in *Valencia CF t Commissie* die geen algemene belangenafweging in artikel 107, lid 1, VWEU toestaat, en;
- ii) een contextuele benadering in *Hercules t Commissie* die dat op grond van artikel 165 VWEU juist wel vereist.

In 2019 heeft het Gerecht eveneens de beoordeling van de Commissie over het Spaanse belastingstelsel nietig verklaard. Ten aanzien van het beroep van Athletic de Bilbao kwam het Gerecht tot het oordeel dat het doel van de Spaanse belastingwetgeving, de bevordering van sport, irrelevant is bij de beoordeling op grond van artikel 107, lid 1, VWEU.¹⁸⁷ Dat doel, en de effecten van de belastingvrijstelling, zijn volgens het Gerecht overtuigend

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

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

183 Gerecht EU, 20 maart 2019, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol*, r.o. 69, 70, 71, 74.

184 Gerecht EU, 12 maart 2020, T-732/16, *Valencia CF t Commissie*, r.o. 136-138.

185 Gerecht EU, 12 maart 2020, T-732/16, *Valencia CF t Commissie*, r.o. 73-77.

186 Gerecht EU, 12 maart 2020, T-732/16, *Valencia CF t Commissie*, r.o. 74-76.

187 Besluit van de Commissie, 7 maart 2014, SA.29769, *Staatssteun voor bepaalde Spaanse professionele sportclubs*, PbEU 2014, C 69/2014, par. 100.

meegewogen door de Commissie in de verenigbaarheidsbeoordeling.¹⁸⁸ Athletic Bilbao voerde daarnaast aan dat de maatregel alleen Spaanse clubs treft en daarom niet selectief was. Het Gerecht verwierp dit beroep, omdat de Commissie in haar besluit heeft onderzocht in welke mate de vier *Primera Divison* clubs bevoordeeld werden.¹⁸⁹

Ondanks deze beoordeling van het Gerecht, wordt Commissiebesluit in de parallelle zaak *FC Barcelona t Commissie* alsnog nietig verklaard door het Gerecht.¹⁹⁰ In tegenstelling tot Athletic weet FC Barcelona het Gerecht wel te overtuigen dat de belastingvrijstelling niet resulteerde in een voordeel. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie op basis van de beschikbare gegevens onvoldoende bewezen heeft dat de Spaanse professionele sportsector fiscaal anders werd behandeld dan ondernemingen in andere sectoren.¹⁹¹ Het Gerecht oordeelde dat de Commissie had moeten aantonen dat het Spaanse belastingstelsel voordeliger uitpakte voor de sportvennootschappen zonder winstoogmerk, *in casu* de vier *Primera Division* clubs.¹⁹² Ondanks dat op grond van de belastingmaatregel de vier Spaanse clubs als enige ondernemingen in de Spaanse professionele sportsector potentieel konden profiteren, stelde het Gerecht deze omstandigheid niet gelijk aan een preferentieel voordeel.¹⁹³ Dit is opmerkelijk omdat het begrip voordeel uitgaat van de potentiële versterking van de marktpositie. Het Gerecht doorliep bovendien bij haar beoordeling niet de vereiste driestappentest die het Hof ontwikkeld heeft voor de beoordeling van een *a priori* selectief voordeel.¹⁹⁴ Daarmee heeft het Gerecht haar uitspraak niet gebaseerd op de juridische methode van het Hof. De uitspraak van het Gerecht in *FC Barcelona t Commissie* staat helaas niet op zichzelf als afwijkende beoordeling door het Gerecht op het leerstuk van een selectief voordeel (zie hoofdstuk 1, paragraaf 2).

In de door de Commissie ingestelde hogere voorziening tegen deze uitspraak kwam het Hof tot het oordeel dat het Gerecht het voordeelbegrip niet objectief heeft toegepast.¹⁹⁵ Het Gerecht heeft reeds bij het beoordelen van het voordeel het algemene belang van sport meegewogen. Het Hof wijst er op dat het Gerecht een *prima facie* voordeel op grond van artikel 107, lid 1, VWEU had moeten controleren op grond van de voorwaarden die het Hof in het *World Duty Free* arrest heeft gesteld over materiële selectiviteit (zie hoofdstuk 1).¹⁹⁶ Daarbij had het Gerecht volgens het Hof in overweging

188 Gerecht EU, 26 februari 2019, T-679/16, *Athletic Club de Bilbao* 84-85.

189 *Idem*, r.o. 59-67.

190 Gerecht EU, 26 februari 2019, T-865/16, *FC Barcelona*.

191 Gerecht EU, 26 februari 2019, T-865/16, *FC Barcelona*, r.o. 66.

192 *Idem*, r.o. 55, 59, 62.

193 *Idem*, r.o. 52, 60, 75.

194 Zie hoofdstuk 1.

195 HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*.

196 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 60.

moeten nemen dat het begrip ‘voordeel’ een objectief begrip is dat “inherent is aan de kwalificatie van een maatregel als staatssteun en onafhankelijk is van de motieven van de opstellers van een overheidsmaatregel”.¹⁹⁷ Het Hof benadrukt dat artikel 107, lid 1, VWEU geen onderscheid maakt naar redenen of doeleinden van overheidsmaatregelen.¹⁹⁸

Het onderzoek naar de belastingvrijstelling had gericht moeten zijn op de vraag of de steunregeling een voordeel verschafte aan de professionele voetbalclubs met een non-profit status ten opzichte van hun concurrenten.¹⁹⁹ Het Hof concludeerde dat de Commissie – in tegenstelling tot de uitspraak van het Gerecht – zowel de steunregeling als de individuele steun voor FC Barcelona en de andere begunstigden kon onderzoeken. De Commissie heeft volgens het Hof terecht besloten dat de regeling voornamelijk de professionele voetbalclubs die profiteerden van de belastingvrijstelling bevoordeelde.²⁰⁰

Op grond van deze brede uitleg van het voordeelbegrip vernietigde het Hof de beoordeling van het Gerecht in eerste aanleg. Gelet op de objectiviteit van het voordeelbegrip staat artikel 107, lid 1, VWEU, noch artikel 165 VWEU – in tegenstelling tot de uitspraak van het Gerecht – niet een contextuele beoordeling toe die het specifieke belang van de professionele voetbalsector objectief kan rechtvaardigen.²⁰¹ Het Hof verwijst hier naar het *Meca-Medina*-arrest en overweegt dat een sportieve activiteit de toepassingsvoorwaarden van de artikelen 107 en 108 VWEU niet kan wijzigen.²⁰² Het Hof verwijst specifiek naar de stelregel in *Meca-Medina* waarin het Hof oordeelde dat sportieve activiteiten van economische aard binnen de werkingssfeer van het VWEU vallen en bijgevolg onderwerpen zijn aan de “voorwaarden en verplichtingen van de verschillende bepalingen van het VWEU.”²⁰³ De verwijzing naar deze rechtsregel uit het *Meca-Medina* arrest door het Hof betreft vooral een verwijzing naar de rechtspraak van het Hof – in lijn met het *Deliège* arrest – waarin de voorwaarden van het Unierecht van toepassing zijn verklaard op economische sportactiviteiten (zie paragraaf 2.1).²⁰⁴ Het Hof verwijst nadrukkelijk niet naar de rechtsregel uit het *Meca-Medina* arrest waarin een schending op het Unierecht vanwege een legitiem en inherent sportbelang niet tot een inbreuk leidt (zie paragraaf 2.2). Een dergelijke contextuele uitleg van het voordeelbegrip door het Gerecht – gebaseerd op de doelstellingen van artikel 165 VWEU – heeft het

197 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 61.

198 *Idem*.

199 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 65.

200 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 65, 66, 68, 71, 75-77.

201 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 100.

202 *Idem*. Het Hof verwijst naar r.o. 28 van het *Meca-Medina*-arrest.

203 *Idem*.

204 Zie HvJ EG, 18 juli 2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, r.o. 27-29; HvJ EG, 11 april 2000, C-51/96 en C-191/97, *Deliège*, r.o. 54.

Hof met het *FC Barcelona*-arrest nadrukkelijk afgewezen ten aanzien van de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU.

5 DE TOEPASSING VAN DE SPORTEXCEPTIE BINNEN HET VERBOD:
KNELPUNTEN IN DE HUIDIGE BESLUITPRAKTIJK

5.1 Het Unierecht stelt grenzen aan de sociale uitzonderingen op economische activiteiten

In paragraaf 3.2 is uiteengezet dat het Unierecht in enkele situaties zuiver sociale oogmerken onderscheidt van economische activiteiten. De eerste categorie betreft een activiteit die verricht wordt op grond van het solidariteitsbeginsel en de tweede betreft een zuiver sociale activiteit.

Het staatssteunrecht is een rechtsgebied waarin deze rechtscategorieën ingeroepen worden door de lidstaten om sociale diensten van algemeen belang uit te zonderen van een economische (en daarmee Unierechtelijke) werkingssfeer. De toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU bevat daarom een Unierechtelijke begrenzing van zuiver sociale oogmerken. Het beste voorbeeld waarin het Hof de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU afwoog ten aanzien van zuivere sociale belangen is het arrest *Congregación Escuelas Pías*.²⁰⁵ In deze zaak moest het Hof beoordelen of een belastingvrijstelling voor een katholieke school betrekking had op economische activiteiten of op zuiver sociale activiteiten. Het Hof oordeelde dat kerken, net als sportverenigingen, economisch actief kunnen zijn, bijvoorbeeld als het gaat om bouwactiviteiten en naschoolse opvangactiviteiten.²⁰⁶ In het arrest *Congregación Escuelas Pías* sloot het Hof niet uit dat verschillende economische activiteiten (zoals maaltijdendiensten en vervoersactiviteiten) verricht werden naast religieuze en educatieve activiteiten. Volgens het Hof kan op deze wijze “kruissubsidiëring” tussen economische activiteiten en niet-economische (zuiver sociale) activiteiten ontstaan en is er in dat geval sprake van staatssteun volgens artikel 107, lid 1, VWEU. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat een hoofdzakelijk sociaal doel, zoals natuurbeheer of naschoolse opvang, simpelweg niet volstaat om een activiteit van zijn economische karakter te ontdoen.²⁰⁷

De achterliggende reden is dat het Hof de werking van de interne markt beschermt door vast te houden aan een brede interpretatie van het begrip

205 HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías t Ayuntamiento de Getafe*.

206 Zie ook conclusie A-G Kokott, 16 februari 2017, zaak C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías t Ayuntamiento de Getafe*, randnummer 32.

207 Zie HvJ EU, 11 december 2014, C-113/13, *Spezzino t San Lorenzo Sociale*, r.o. 62; Gerecht EU, 12 september 2013, T-347/0, *Duitsland t Commissie (Duitse natuurbeheerorganisaties)*; HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías t Ayuntamiento de Getafe*.

economische activiteit.²⁰⁸ Het bredere interne markt- en mededingingsrecht vereist van een zuiver sociale activiteit dat er sprake is van: i) een zuiver sociaal doel; ii) het financiële beheer berust op nationale solidariteit en; iii) dat de activiteit georganiseerd wordt op een niet-economische wijze (namelijk: onder staatstoezicht en zonder marktwerking).²⁰⁹

Met deze Unierechtelijke begrenzings in ogenschouw genomen, staat de toepassing van het begrip “zuiver sociale activiteit” door de Commissie in het *Franse trainingscentra*-besluit op gespannen voet met de interpretatie van het Hof. Omdat in dat besluit de Commissie overheids subsidies met een “hoofdzakelijk sociaal oogmerk” niet als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU kwalificeert staat deze toepassingsleidraad haaks op deze verbodsnorm.²¹⁰ De jurisprudentie van het Hof vereist namelijk dat de staat educatieve activiteiten primair bekostigt, willen zij in aanmerking komen voor het predicaat “zuiver sociaal.”²¹¹ In de casus van de *Franse trainingscentra* bekostigden de clubs normaal gesproken de opleiding van jeugdopleidingen en sprong de staat desgevraagd bij voor de kosten van sportinfrastructuur, door jaarlijks maximaal 2,3 miljoen euro per professionele sportclub te subsidiëren. De omstandigheid dat deze maatregel direct bijdroeg aan professionele trainingsinfrastructuur in de voetbalsector en niet onder gelijke voorwaarden toepassing was op alle sportinfrastructuur en sportopleidingen in Frankrijk, sluit eveneens een beroep op een zuiver sociaal activiteit uit. Analoog aan het feitencomplex in *Congregacion Escuelas Pías*, verrichtten de professionele voetbalclubs dus gewoon economische activiteiten bij de bouw van infrastructuur.

De *Franse trainingscentra*-zaak is overigens geen anomalie in de besluitpraktijk van de Commissie. Deze zaak bevat een toepassingsstandaard voor het beoordelen van steunmaatregelen voor (jeugd)sportactiviteiten. In het besluit over de *Hungary Big Five* voor sport en het *Deutsche Alpenverein* besluit heeft de Commissie als eerste de steunmaatregelen aan de objectieve rechtvaardiging uit de *Franse trainingscentra* – regel onderworpen.

In *Deutsche Alpenverein* heeft de Commissie als eerste reflex gehad om te verkennen welke ruimte een toepassing van het *Franse trainingscentra*-regel

208 Zo stond het Hof in het *Bosman*-arrest niet toe dat professionele voetbalclubs uitgezonderd werden van het begrip economische activiteit enkel omdat zij “verwaarloosbare economische activiteiten zouden verrichten in vergelijking tot andere clubs”, zie Weatherill 2018, p. 103.

209 Zie HvJ EU, 11 juli 2013, C-57/12, *Femarbel t GGC*; HvJ EU, 19 juni 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal t SUCH*, r.o. 40; Sauter 2013a, p. 457-478; Zahn 2014, p. 1521-1538.

210 Parlementaire stukken Europees Parlement, schriftelijke vraag E-0537/03 van Erik Meijer (GUE/NGL) aan de Commissie, 26 februari 2003, “Gemeentelijke subsidies aan commerciële voetbalondernemingen als stimulans voor een harde concurrentiestrijd en extreme betalingen”, *PbEU* 2003, Nr. 280 E van 21/11/2003 blz. 0065 – 0066.

211 HvJ EG, 11 september 2007, C-318/05, *Schwartz*; HvJ EG, 27 september 1988, 263/86, *Humbel*.

biedt, om zo de maatregel buiten de werking van artikel 107, lid 1, VWEU te plaatsen. De Commissie besloot dat het feit dat de Deutsche Alpenverein een nationale sportorganisatie is die ook in andere lidstaten opereert een toepassing van de *Franse trainingscentra*-regel in de weg stond.²¹²

De besluitpraktijk laat zien dat de Commissie het sociale en educatieve doel van artikel 165 VWEU reeds wil meewegen in de vraag of artikel 107, lid 1, VWEU van toepassing is. Zo gebruikt de Commissie de *Franse Trainingscentra* zaak als *best practice* voor het invoeren van een sociale dienst van algemeen belang.²¹³ Bovendien legt de Commissie de rechtspraak van het Hof over zuiver sociale activiteiten op grond van dit besluit foutief uit in de Commissiemededeling over het staatssteunbegrip.²¹⁴ Het sociale karakter van het sportbelang van artikel 165 VWEU biedt namelijk geen objectieve toepassingsstandaard als uitzondering op artikel 107, lid 1, VWEU. De uitleg van de Commissie biedt de lidstaten evenwel de mogelijkheid om een belangenafweging te verrichten tussen het staatssteunbegrip en de doelstelling van artikel 165 VWEU. Deze belangenafweging mag geen plaats mag hebben in de beoordeling van steunmaatregelen omdat de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU geen ruimte bieden om af te wijken van een verbodsnorm die objectief en ordenend van aard is.²¹⁵ Zodra een toepassingsstandaard afwijkt en ongelijke voorwaarden schept voor een bepaalde economische sector, is deze in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en het legaliteitsbeginsel.²¹⁶ Sociale belangen kunnen pas tegenover economische belangen worden afgewogen in de verenigbaarheidsfase, waar de Commissie de uitwerkingen van maatregelen daadwerkelijk kan afzetten tegen de gevolgen voor de interne markt.

5.2 Bijzondere belangen vormen geen uitzondering op normale marktvoorwaarden

Bij de beoordeling van de garanties aan de voetbalclubs Hercules Alicante en Valencia heeft Spanje de Commissie verzocht om de professionele voetbalsector speciaal te behandelen op basis van artikel 107, lid 1, VWEU jo. 165 VWEU. De Commissie was hiertoe niet bereid omdat de artikelen 106, lid 2, VWEU en 165 VWEU slechts passend zijn bij een beoordeling op verenigbaarheid en niet bij de beoordeling op staatssteun.²¹⁷ De Commissie besloot ten aanzien van de Spaanse voetbalclubs terecht dat markt

212 Besluit van de Commissie, 9 maart 2000, N118/00, *Franse trainingscentra*.

213 Mededeling van de Commissie over diensten van algemeen belang in Europa, PB C 17 van 19.1.2001.

214 Commissie Mededeling over het staatssteunbegrip, punt 28, voetnoot 42.

215 Zie Gerecht EU, 31 mei 2018, T-160/16, *Groningen Seaports t Commissie*, r.o. 100 en 131.

216 Zie Gerecht EU, 31 mei 2018, T-160/16, *Groningen Seaports t Commissie*, r.o. 117.

217 Zie paragraaf 3.5 van dit hoofdstuk.

voor professioneel voetbal onder normale marktomstandigheden functioneert, waardoor er geen noodzaak was voor een speciale behandeling door middel van het aanwijzen van DAEB.

In het arrest *Hercules Alicante t Commissie* heeft het Gerecht echter bij het vaststellen van normale marktomstandigheden wel gehoor gegeven aan het argument van een bijzondere behandeling omwille van een sportief belang.²¹⁸ Het Gerecht gaf aan artikel 107, lid 1, VWEU jo. artikel 165 VWEU een contextuele interpretatie en oordeelde dat het vraagstuk van marktconformiteit “in de context van de sportsector die een bijzondere bescherming geniet op grond van artikel 165 VWEU” bezien moest worden.²¹⁹ Kortom: de Commissie had volgens het Gerecht beter moeten onderzoeken of dergelijke garanties gebruikelijk zijn in de professionele sportsector. Hier valt een vergelijking op met de flexibele interpretaties die het Gerecht, omwille van sectorspecificiteit, heeft toegekend aan de compensatiebenadering van *Altmark* (zie Hoofdstuk 3, paragraaf 4.2.2). Een speciale behandeling van sportondernemingen bij het beoordelen van een voordeel is een misvatting van het Gerecht omdat er een algemeen toepasselijk beoordelingskader bestaat voor een elke onderneming in financiële moeilijkheden, zoals *Hercules Alicante*, dat geen sectoraal onderscheid maakt naar de economische sector (op grond van de reddings- en herstructureringsrichtsnoeren).

De Unierechtelijke dimensie van artikel 165 VWEU biedt professionele sportclubs bovendien geen bijzondere bescherming, zeker niet bij het beoordelen of er sprake is van een inbreuk op Unierecht, zoals het Gerecht heeft erkend in *Valencia CF t Commissie*, maar heeft miskend in *Hercules t Commissie*. Hier gaat ook de vergelijking op met artikel 14 VWEU jo. protocol nr. 26 bij het VWEU waarin een discretionaire bevoegdheid voor DAEB constitutioneel is vastgelegd, zonder dat DAEB uitgesloten wordt van de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU.

De bijzondere bescherming die ontleend kan worden aan artikel 165 VWEU is bestemd voor de toegang van de amateursporter tot sportcompetities.²²⁰ Het Gerecht, zo oordeelde het Hof in *Commissie t. FC Barcelona*, had in *Hercules t Commissie* moeten oordelen dat de lidstaten de beleidsruimte ten aanzien van sport niet zo ver strekt dat zij daarmee de artikelen 107 en 108 VWEU mogen omzeilen.²²¹

De twee uiteenlopende uitspraken van het Gerecht confronteren de Com-

218 Gerecht EU, 20 maart 2019, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol t Commissie*, r.o. 56,61,74.

219 Gerecht EU, 20 maart 2019, T-766/16, *Hércules Club de Fútbol t Commissie*, r.o. 56,61-62, 71, 74-75.

220 HvJ EU, 13 juni 2019, C-22/18, *TopFit & Daniele Biffi t Deutscher Leichtathletikverband*, r.o. 33-34.

221 Zie HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 100, 104.

missie met haar eigen inconsistente toepassingsstandaarden uit de geanalyseerde besluitpraktijk. In verschillende besluiten heeft de Commissie een onderdeel van artikel 107, lid 1, VWEU niet beoordeeld, zoals het bestaan van een voordeel bij de *Slowaakse steunmaatregel voor het nationale stadion* omdat de steun waarschijnlijk toch verenigbaar zal zijn. De belangrijkste inconsistentie is wederom het *Franse trainingscentra*-besluit. Met het *Bosman* arrest als referentiekader besloot de Commissie in deze zaak dat de training van jonge spelers – en daarmee het legitieme algemene belang van jeugdsport – zwaarder weegt dan eventuele beperkingen in de vorm van een economisch voordeel dat mededinging beperkt.²²² De wijze waarop de Commissie deze belangenafweging – binnen de toepassing van een verbodsnorm – verrichtte, komt wat betreft methode overeen met het *Meca-Medina*-arrest. Omdat de Commissie besloot dat de subsidiemaatregel inherent was aan de Europese dimensie van sport en buiten het domein van de mededinging viel was er namelijk geen schending van een verbodsnorm.

Toegepast op de objectieve rechtvaardiging uit het *Franse trainingscentra* besluit kan allereerst opgemaakt worden dat een *Bosman* – achtige “dwingende reden” voor jeugdsport niet is toegestaan om een maatregel uit te sluiten van de economische dimensie van artikel 107, lid 1, VWEU. Dit volgt nadrukkelijk uit het *Bosman* arrest zelf, maar ook uit de arresten *Valencia CF t Commissie* en *Commissie t. FC Barcelona*. Zo gaat de Commissie er in het *Franse trainingscentra* besluit aan voorbij dat de maatregelen voor professionele jeugdspelers economische activiteiten betreffen op de vastgoed- en transfermarkten.²²³

Door vergelijkbaar aan de beoordeling in het *Meca-Medina*-arrest het inherente sportbelang reeds mee te wegen binnen de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, heeft de Commissie met de *Franse trainingscentra* leidraad een speciale belangenafweging doen ontstaan. Deze belangenafweging staat vanwege het inherente sportbelang een beleidsruimte toe om af te wijken van het voordeelbegrip van artikel 107, lid 1, VWEU. Echter de Commissie heeft de compensatie van de Franse overheid buiten de werking van artikel 107, lid 1, VWEU geplaatst zonder de normale marktomstandigheden te onderzoeken. In dit geval heeft de Commissie de professionele en commerciële aard van sport onvoldoende meegewogen en aan de dwingende reden van *Bosman* (jeugdopleiding) een zwaarder gewicht toegekend ten koste van het objectieve begrip “voordeel”. De regel uit de *Franse trainingscentra* zaak voorziet namelijk in de mogelijkheid om een speciale compensatiebenadering, vergelijkbaar aan het *Altmark*-arrest, in te kunnen roepen ten

222 In paragraaf 5.1 wordt beschreven hoe de Commissie steun voor trainingscentra uitsluit van de werking van artikel 107, lid 1, VWEU.

223 Er is volgens de rechtsregels van het Hof uit het *Deliège*-arrest sprake van een normale marktomstandigheid waarbij de jeugdspelers in loondienst staan van de voetbalclubs en diensten verrichten.

gunste van een algemeen belangdoelstelling. Zo compenseert de Franse steunmaatregel volgens de Commissie alleen de netto-kosten van een dienst met een algemeen belang.

Deze compensatietoepassing in haar besluitpraktijk staat daarmee op gespannen voet met de interpretatie van het staatssteunbegrip door het Hof. Het Hof laat zich, in tegenstelling tot de Commissie, thans niet meer verleiden om lidstaten beleidsruimte toe te kennen om algemene belangafweging in de verbodsfase te laten verrichten, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van het bijzondere belang van DAEB volgens het *Altmark*-arrest.²²⁴ Dit is onwenselijk omdat het niet ondenkbeeldig is dat deze compensatiebenadering voor sportactiviteiten in de toekomst ingeroepen zal worden door lidstaten. Zo staat deze benadering, samen met de *Hungary Big Five* zaak, expliciet opgenomen als “*favourable decision concerning aid to amateur sports and youth teams*” en spreekt de gezamenlijke Verklaring van UEFA en de Commissie over *financial fair play* over een rechtskader voor “specifieke behandeling” van professionele voetbalclubs.²²⁵

Het leidt daarom niet tot een verwondering dat de lidstaten, zoals Spanje, deze ruimte zoeken waar het professioneel voetbal betreft, en het Gerecht effectief bewegen om de Commissie te verplichten tot een “contextuele” interpretatie van artikel 165 VWEU in de beoordeling op een economisch voordeel. Bovendien staat het invoeren van objectieve rechtvaardiging ten aanzien van het voordeelbegrip haaks op de besluiten over de *Spaanse en Nederlandse voetbalclubs* waarin de Commissie besloot dat het financieren van trainingscentra onder normale marktomstandigheden moet worden verricht.²²⁶ Artikel 107, lid 1, VWEU staat nadrukkelijk geen compensatiebenadering toe ten aanzien van professionele sport. Daarom moet de *Franse trainingscentra* regel in de toekomst door de Commissie terzijde worden geschoven, om te voorkomen dat een ondoorzichtige standaard, zoals in het geval van *Altmark*, onduidelijkheid en ongelijkheid creëert.

5.3 Lokale staatssteun is nog steeds staatssteun

Uit de besluitpraktijk van de Commissie valt op te maken dat in veel besluiten de Commissie niet controleert of er een effect op het handelsverkeer bestaat, omdat de steun toch reeds als verenigbaarheid wordt geacht. Zo gaat de Commissie in het besluit over de *Hongaarse sportdonateurs* niet na of de belastingvrijstelling voor sportdonateurs een potentieel effect heeft op

224 HvJ EG, 24 juni 2003, C 280/00, *Altmark Trans*. Zie hoofdstuk 2.

225 Gezamenlijke verklaring van Eurocommissaris Almunia en UEFA-voorzitter Platini, 12 maart 2012; terug te vinden op http://ec.europa.eu/competition/sectors/sports/joint_statement_en.pdf, punt 10.

226 Zie paragrafen 3.2.2 en 5.1 van dit hoofdstuk.

het handelsverkeer. Dit is opmerkelijk omdat de Commissie in haar onderzoeken naar belastingvrijstellingen in de culturele sector lidstaten verplicht heeft om te verzekeren dat dergelijke vrijstellingen voor ondernemingdonateurs effectief openstaan voor alle EU ondernemingen die gevestigd zijn in een lidstaat.²²⁷

De leidraad voor het begrip “lokale steun” is sinds 2015 een standaardbeoordeling voor de Commissie geworden voor het beoordelen van een grensoverschrijdend effect.²²⁸ Inmiddels lijkt de Commissie lokale steun snel goed te keuren en gaat in haar besluitpraktijk zover dat zij de geografische relevante markt afbakt met marktaandeelpercentages om te bepalen of er een lokaal effect is.²²⁹

Een aantal *best practices* in de besluitpraktijk betreft (lokale) steunmaatregelen voor sport. De Commissie is van mening dat maatregelen met een verwaarloosbaar grensoverschrijdend effect buiten de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU vallen.²³⁰ Het begrip “lokale steun” lijkt een *contradictio in terminis*, zeker omdat het Hof in haar rechtspraak op grond van artikel 107, lid 1, VWEU een lokaal bereik van steun doorgaans uitsluit, omwille van theoretische en praktische bezwaren.²³¹ Zelfs een katholieke school die in centraal Spanje economische activiteiten verricht, ontsnapt daarom volgens de toepassingsstandaard van het Hof niet aan brede bereik van een “effect op het handelsverkeer.”²³² Met de zaken *Sportcamp Bayern* en *Glenmore Lodge* lijkt de Commissie een bepaalde significantietest ontwikkeld te hebben die niet strookt met de rechtspraak van het Hof. Desondanks is de leidraad door de Commissie overgenomen in de mededeling over het staatssteunbegrip.²³³

Het begrip “marginaal effect op het handelsverkeer” staat evenwel te veel open voor interpretaties van de lidstaten en ontbeert een objectieve en gekwantificeerde significantietoets, zoals bijvoorbeeld in de *de-mini-*

227 Zie besluit van de Commissie, 12 december 2017, steunmaatregel SA.49411 en besluit van de Commissie, 20 maart 2017, steunmaatregel SA.34357. Zie ook deze verklaring van de Commissie, 4 oktober 2017, Statement 17/3714.

228 Interview Gert-Jan Koopman, DG Mededinging, Tijdschrift voor staatssteun. 2019-1, p. 20-23.

229 Besluit van de Commissie, 19 september 2016, SA.38920, C(2016) 5054 final, *SCMT, PbEU* (2017); Besluit van de Commissie, 27 april 2017, SA.37316, *Komunala Izola Marina*, C 291/1 PbEU (2017).

230 Interview Gert-Jan Koopmans, DG Mededinging, april 2019, Tijdschrift voor staatssteun p. 20-23.

231 HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania t Ayuntamiento de Getafe*, r.o. 79-86; HvJ EU, 29 juli 2019, C-659/17, *INPS t Azienda Napoletana Mobilita*, r.o. 30; Dekker 2015, p.170.

232 HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania t Ayuntamiento de Getafe*, r.o. 79-86.

233 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, *PbEU* 2014/C 262/1.

misvrijstellingen besloten ligt.²³⁴ Uiteenlopende interpretaties van deze significantietoets worden inmiddels al verricht door de nationale rechter (zie hoofdstuk 5) en door het Gerecht in het arrest *Marinvest* (zie paragraaf 4.2). In de zaak *Marinvest* heeft het Gerecht de leidraad van de Commissie overgenomen en geoordeeld dat de Commissie, op grond van de “mededeling het staatssteunbegrip” mocht aannemen dat een voordeel aan een lokale havenexploitant (nabij de grenzen van Slovenië met Oostenrijk, Italië en Kroatië) slechts een lokaal bereik had en daarmee geen effect had op het handelsverkeer volgens artikel 107, lid 1, VWEU. Dit is opmerkelijk omdat Italiaanse dienstenaanbieders zich beklaagd hadden over een concurrentievervalsing.²³⁵ Gelet op een verwaarloosbaar marktaandeel van de haven op de nationale markt voor buitenlandse aanlegplekken in toeristenhavens (1%) en de Adriatische markt voor kleine toeristenhavens (0,05%) was er volgens de Commissie geen significant effect op het handelsverkeer. Deze uitspraak is voornamelijk een *unicum* in het staatssteunrecht.²³⁶ Opmerkelijk genoeg heeft het Gerecht niet verwezen naar de standaardjurisprudentie van het Hof waarin slechts een potentieel effect op het handelsverkeer (en niet een daadwerkelijk effect) moet worden aangetoond. Bovendien is de afbakening van een relevante geografische markt aan de hand van markt-aandelen niet eigen aan de toets op het handelsverkeer op grond van artikel 107, lid 1, VWEU, maar maakt deze onderdeel uit van het kartelrecht.²³⁷ Omdat een hogere voorziening uit is gebleven heeft het Hof deze interpretatie door het Gerecht niet van een beoordeling kunnen voorzien. Desondanks lijkt deze benadering in strijd met de objectieve werking van artikel 107, lid 1, VWEU die vereist dat elk potentieel effect op het handelsverkeer onder het staatssteunbegrip valt, alvorens er een algemene belangenafweging kan plaatsvinden in de verenigbaarheidsfase.

5.4 Beperkingen van de mededinging hoeven niet merkbaar te zijn

Artikel 107, lid 1, VWEU verbiedt een afbakening van de relevante markt, omdat een dergelijke afbakening de effectiviteit van het staatssteunverbod omzeilt.²³⁸ Een niet-markconform voordeel kan namelijk per definitie de mededinging potentieel vervalsen op de interne markt en daarvoor is het niet nodig om een daadwerkelijk effect vast te stellen.²³⁹ Desondanks hanteert de Commissie in de besluitpraktijk voor sport in sommige gevallen

234 Dit ligt specifiek besloten in de toepasselijke financiële meldingsdrempels van de *de-minimis*vrijstellingen.

235 Zie ook Schotanus 2019, p.359-365.

236 Gerecht, 14 mei 2019, T-728/17, *Marinvest t Commissie*. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 2.3.2.

237 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 3.2.3.

238 HvJ EU, 9 juni 2011, gevoegde zaken C-71/09 P, C-73/08 P en C-76/09 P, *Hotel Cipriani et al t Commissie*, r.o. 114-116.

239 HvJ EU, 21 december 2016, gevoegde zaken C-164/15 en C-165/15, *Commissie t Aer Lingus en Ryanair*, ro. 99-102.

een relevante markttoets om de product en geografische relevante markt vast te stellen. De Commissie heeft in haar besluitpraktijk benadrukt dat het niet nodig is om een relevante markt af te bakenen, maar verricht vervolgens toch een merkbaarheidstoets in diverse besluiten, zoals in de *Deutsche Alpenverein*.²⁴⁰ In het *Hungary Big Five* besluit oordeelde de Commissie zelfs dat de belastingvrijstelling voor Hongaarse sponsorondernemingen – in tegenstelling tot de exploitanten van de sportinfrastructuur – de mededinging niet vervalste, omdat hun bijdragen essentieel waren voor de privatisering van de sportinfrastructuursector en daarmee de maatschappelijke doelstellingen van artikel 165 VWEU.²⁴¹

5.5 De Commissie heeft onbedoeld lidstaten de ruimte gegeven om belangenafwegingen te maken tussen de doelstellingen van artikel 165 VWEU en artikel 107 VWEU

5.5.1 *De maatschappelijke dimensie van artikel 165 VWEU is te ruim door de Commissie geïnterpreteerd*

Een duidelijke observatie die volgt uit de besluitpraktijk is dat de Commissie de maatschappelijke dimensie van artikel 165 VWEU zeer ruim interpreteert en dus de commerciële sportwereld veel ruimte geeft onder het Unierecht. Ten eerste vallen sociale, culturele en educatieve doelstellingen van artikel 165 VWEU onder deze dimensie. Het gaat hier om een open categorie, waar doelstellingen op het gebied van: sociale inclusie, volksgezondheid, burgerschap, maatschappelijk verantwoord ondernemen, sportbevordering, sporteducatie, sporttoerisme, internationale sportevenementen, culturele festivals, eerlijke toegang tot sportcompetities én de UEFA-normen voor stadioncapaciteit onder vallen. Bij sommige besluiten heeft de Commissie artikel 165 VWEU zo breed geïnterpreteerd dat de constitutionele beperkingen van dit artikel duidelijk overschreden worden. In de besluiten over de Franse en Belgische stadions combineert de Commissie als rechtvaardigingsgronden de UEFA normen, maatschappelijke uitwerkingen van steun en de populariteit van internationale sport- en cultuurevenementen.²⁴² Beide steunmaatregelen moesten ervoor zorgen dat respectievelijk Belgische en Franse voetbalstadions grote professionele sporttoernooien (zoals EURO 2016; finales in de UEFA-cup en de *Champions League*) konden organiseren.

Deze invulling van de maatschappelijke dimensie van sport is in strijd met

240 Besluit van de Commissie, 11 juni 2014, SA.33575, *Tsjechische sportaccomodaties PbEU 2015*; Besluit van de Commissie, 15 mei 2013, SA.33728, *Multiarena in Kopenhagen, PbEU 2014*.

241 Besluit van de Commissie, 9 November 2011, SA. 31722, *Hungarian Sport infrastructure, PbEU 2011*.

242 Besluit van de Commissie, 18 december 2013, SA 35501, *Euro 2016, PbEU 2016*; Besluit van de Commissie, SA.37109, 20 november 2013, *Vlaamse voetbalstadions, PbEU 2013*.

de wetsgeschiedenis van artikel 165 VWEU. Uit de *travaux préparatoires* en de literatuur volgt dat de Unie internationale sportevenementen promoot, zolang het gaat om amateurevenementen of het bevorderen van de toegang van amateursporters tot professionele sport.²⁴³ De Commissie interpreteert de maatschappelijke dimensie van artikel 165 VWEU als een dwingende reden die staatssteun legitimeert en niet daadwerkelijk op economische effecten beoordeeld hoeft te worden. In de *multi-arena* besluiten heeft de Commissie de doelstellingen van artikel 165 VWEU zelfs uitgelegd als een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor de staat om de organisatie van internationale professionele sportevenementen binnen te halen.²⁴⁴ De besluiten van de Commissie inzake de *Franse en Vlaamse voetbalstadions* en het *nationale stadion van Slowakije* hadden ook deze insteek. Zonder staatssteun had Frankrijk niet *Euro 2016* kunnen organiseren en zouden de Belgische en Slowaakse voetbalstadions niet meer van de UEFA als gastheer mogen optreden tijdens toernooien van de hoogste Europese liga's.

Deze uitleg van artikel 165 VWEU lijkt in strijd te zijn met de grondbeginselen van dit artikel: eerlijkheid en toegankelijkheid van sportcompetities.²⁴⁵ Artikel 165 VWEU is niet ontworpen om de *status quo* van professionele voetbalclubs te beschermen, maar moet een eerlijke competitiedoorstroming van amateurniveau naar professionele sportcompetities beschermen. Dat sport speciaal is, betekent echter niet dat de Europese dimensie van het beginsel van de gelijke behandeling van ondernemingen in gelijke situaties in het staatssteunrecht mag doorkruisen.²⁴⁶ Als een "normale onderneming" zich niet op de gevolgen van de financiële crisis kan beroepen om onder het staatssteunverbod uit te komen, dan kunnen voetbalclubs dit ook niet.²⁴⁷

5.5.2 Een bijzondere behandeling voor sport op grond van artikel 165 VWEU legitimeert staatssteun de facto en vervaagt de grens tussen verbod en rechtvaardiging

De doelstellingen van artikel 165 VWEU worden in de besluitpraktijk van de Commissie als een legitieme rechtvaardiging door de lidstaten ingeroepen, maar vervolgens worden de uitwerkingen van sport op het gelijke speelveld niet op basis van bestaande objectieve en gelijke standaarden beoordeeld. De nadruk van de Commissie in besluiten op grond van artikel 165 VWEU – zoals uiteengezet in paragraaf 3 geeft de impressie dat lidstaten ten aanzien van sport een speciale behandeling kan verwachten bij de beoordeling van staatssteun.

243 Zie ook paragrafen 2.2-2.3 van dit hoofdstuk.

244 Besluit van de Commissie, 15 mei 2013, SA.33728, *Multiarena in Kopenhagen*, par. 51-53.

245 Weatherill, 2018, p.155.

246 Zie HvJ EU 30 juni 2016, C-270/15 P, *België t Commissie*; HvJ EU, gevoegde zaken C-20/15 P en C-21/15P, 21 December, *Commissie t World Duty Free*; HvJ EU, 21 december 2016, C 524/14P; *Hansestadt Lübeck*.

247 Zie HvJ EU, 8 maart 2016, C-431/14 P, *Griekenland t Commissie (Piraeus)*, r.o. 51-59.

Door de zeer brede interpretatie van artikel 165 VWEU heeft de Commissie in het publieke handhavingsbeleid lidstaten een beleidsruimte gegeven om de eigenheid van sport mee te wegen in de beoordeling van normale marktomstandigheden. Het Gerecht is hier in *Hercules t Commissie* zelfs (geheel ten onrechte) in meegegaan door het voordeelbegrip afhankelijk te maken van de context van artikel 165 VWEU.

De bredere implicatie voor de rechtsbescherming is dat het Gerecht nu ook op twee gedachten hinkt: tussen een objectieve benadering in *Valencia CF t Commissie* en een contextuele belangenafwegingbenadering in *Hercules t Commissie*. Het Hof heeft deze contextuele interpretatie van artikel 107, lid 1 jo. 165 VWEU op grond van de objectiviteit van het voordeelbegrip terecht een halt toegeroepen in *Commissie t. FC Barcelona*. Het Hof heeft duidelijkheid geschapen en benadrukt dat artikel 165 VWEU niet als een objectieve rechtvaardiging kan werken voor sportactiviteiten. Deze heldere uitspraak van het Hof zal voor de Commissie een nieuwe leidraad moeten vormen om sportzaken gelijk te blijven behandelen en de beoordeling van voordelen in de sportsector niet reeds in de verbodsfase te onderwerpen aan een rechtvaardigingsbeoordeling. Deze beoordeling moet gereserveerd blijven voor de verenigbaarheidsfase.

Op basis van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU heeft de Commissie een discretionaire bevoegdheid om steun voor de economische bedrijvigheid en de ontwikkeling van regionale economieën verenigbaar verklaren met de interne markt. Deze verdragsuitzondering op het staatssteunverbod is zeer ruim geformuleerd en geldt als een algemene economische uitzonderingsgrond.²⁴⁸ Bij de toepassing van deze rechtvaardiging spelen ook (niet-economische) maatschappelijke belangen een rol, maar het toepassingskader ziet vooral op de economische uitwerkingen van maatregelen.²⁴⁹ Op grond van artikel 107, lid 3, sub c, VWEU kan de Commissie een evenwicht bieden tussen nationale belangen en de economische effecten van steunmaatregelen op de interne markt.²⁵⁰

De afwegingstoets tussen sport en de effecten op de interne markt zou echter in principe moeten neerkomen op een “uitruil” van de negatieve effecten op het handelsverkeer en de mededinging en de positieve effecten, in de vorm van maatschappelijke uitwerkingen, die de maatregel genereert ten aanzien van de doelstellingen van de EU op het gebied van sport. Een belangrijke standaard is dat het algemeen belang zo precies mogelijk gemotiveerd wordt op grond van legitimiteit, geschiktheid en noodzakelijkheid.²⁵¹ Dit geldt in het bijzonder voor maatschappelijke uitwerkingen van artikel 165 VWEU – gelet op de vele deeldoelstellingen die in paragraaf 5.5.1 zijn

248 Nicolaidis 2021, p. 39-42; Hancher et al 2021, p. 143-150.

249 Hancher & Nicolaidis 2016, p. 196-207.

250 Zie Garcia, Vermeersch & Weatherill 2017, p. 28-61.

251 Zie Nic Shuibhne & Maci 2013, p. 965-1005.

genoemd. Bij deze afwegingstoets moet de Commissie economische effecten en niet-economische doelstellingen tegen elkaar afwegen. In de besluitpraktijk van de Commissie blijft deze “balancing act” veelal uit. Zo neemt de Commissie in meerdere besluiten aan dat alle staatssteuncriteria van artikel 107, lid 1, VWEU niet toegepast hoeven te worden, omdat de steun vanwege het beoogde maatschappelijke effect “waarschijnlijk” toch verenigbaar is.²⁵² De Commissie controleert niet of er een daadwerkelijk marktfalen is en stelt het inroepen van een marktfalen gelijk aan het inroepen van een legitiem Uniebelang.²⁵³ In het geval van het *nationale voetbalstadion van Slowakije* volstaan “negatieve ervaringen” van Slowakije met de private sector zelfs. Het Gerecht heeft deze beoordeling goedgekeurd en in de zaak *MMK t Commissie* de economische benadering eenvoudig afgedaan als een gedragscode, zonder de economische doelstellingen van artikel 107, lid 3, sub c VWEU erin te betrekken.²⁵⁴

Een eenzijdige beoordeling – die zich hoofdzakelijk richt op de niet-economische doelstellingen van staatsinterventie – doet afbreuk aan de objectieve juridische en economische criteria die artikel 107 VWEU vereisen. Deze benadering kan in de toekomst leiden tot een glijdende schaal, waarbij de lidstaten de werking van artikel 165 VWEU enkel inroepen als een “morele rechtvaardiging” om zo de professionele sportsector “buiten de werking van de mededinging” te plaatsen.²⁵⁵ Daarmee vervaagt het onderscheid tussen de toepassing van het verbod en de toepassing van de verenigbaarheid. Ten aanzien van steunmaatregelen voor sportondernemingen onderzoekt de Commissie in verschillende instanties niet of er een potentieel effect is op het handelsverkeer en een mogelijke beperking van de mededinging, om vervolgens in de verenigbaarheidsfase ook niet na te gaan wat de daadwerkelijke grensoverschrijdende effecten zijn op het handelsverkeer en de mededinging. De Commissie volstaat dan met de vaststelling dat een legitiem belang volstaat.

252 Zie paragrafen 5.4 en 5.16.

253 Dit volgt in elk geval uit de analyse die de Commissie verricht in deze zaken. In het geval van de Belgische, Franse en Slowaakse en Hongaarse sportstadions is er sprake van een “onder-investering” in de sportsector” die aangepakt moet worden. Deze benadering heeft het Gerecht ook toegepast in haar rechtmatigheidstoetsing van de besluiten *Tsjechische sportverenigingen* en de *Deutsche Alpenverein*.

254 Gerecht EU, 9 juni 2016, T-162/13 *MMK t Commissie*, r.o. 57-58.

255 Besluit van de Commissie, 9 maart 2000, N118/00, *Franse trainingscentra*, par. 14. Zie bijvoorbeeld het afgewezen beroep van de supporters van FC Barcelona die “de waarden van het voetbal en, meer in het algemeen, van de sport als gemeenschappelijk goed” wilden inroepen om als belanghebbende in een klachtzaak een zienswijze tegen geven t.a.v. de vermeende steun aan (Paris Saint-Germain FC (Klachtzaak SA.64489 – kenmerk COMP.C.4/AH/mdr 2021(092342) in de uitspraak Gerecht EU, 8 februari 2023, -538/21, *Penya Barça Lyon t Commissie*, r.o. 32.

6 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht welke ruimte de Europese dimensie van sport overheden biedt om, op basis van de maatschappelijke doelstellingen van artikel 165 VWEU, steunmaatregelen uit te zonderen van het staatssteunverbod. Uit de besluitpraktijk van de Commissie volgt dat voor overheden in de Unie inmiddels ook een speciale rol is toegekend om “brood en spelen” mogelijk te maken. In het bijzonder is er ook een speciale rol weggelegd voor de Unie zelf bij de ontwikkeling van de Europese dimensie van sport. Zo heeft Commissie zich niet laten weerhouden door de bedoelingen van de Verdragsluitende Partijen en heeft zij aan artikel 165 VWEU een brede invulling gegeven. Buiten de coördinerende rol voor amateursport en het bewaken van toegang tot professionele sport heeft de Commissie ook een aanvullende en coördinerende rol aangenomen op het gebied van internationale profsportevenementen (zie paragraaf 5). Het oprekken van de werking van artikel 165 VWEU lijkt in strijd te zijn met de constitutionele begrenzingen van deze Verdragsbepaling (zie paragraaf 5.5.1).

Vanuit een materieelrechtelijk oogpunt beslaat de maatschappelijke functie van sport volgens de Commissie een breed spectrum, dat overlapt met andere doelstellingen van het verdrag op het gebied van onder meer: sociale cohesie (artikel 174 VWEU), cultuur (artikel 167 VWEU), volksgezondheid (168 VWEU) en onderwijs (artikel 165 VWEU). Het resultaat van deze brede benadering heeft gevolgen voor de toepassing en de handhaving van het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU.

Vanuit het oogpunt van handhaving wordt staatssteun gezien als een “goed” instrument om maatschappelijke doelstellingen van sport te bereiken. Op basis van de handhavingsprioriteiten voor staatssteun betekent dit dat de Commissie sympathiek tegenover “*social return*” steunmaatregelen staat. Daar is op zich niets mis mee, ware het niet dat de analyse van de besluitpraktijk aantoont dat de Commissie voor de professionele sportsector een doelbenadering op het staatssteunverbod hanteert. Dit is in strijd met de grondbeginselen van staatssteun en sport: gelijke behandeling en eerlijke mededingingsomstandigheden.

Om deze strijdigheid aan te tonen zijn in paragraaf 5 een aantal knelpunten in de besluitpraktijk van de Commissie uitgewerkt. Het belangrijkste knelpunt op dit moment betreft de adoptie van Commissieleidraden voor de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU in de sportsector. Deze leidraden zijn in strijd met het Unierecht (zie paragrafen 5.1, 5.2 en 5.3). Zo heeft de Commissie het begrip “zuiver sociale activiteit” gepoogd te verruimen op basis van de *Franse Trainingscentra* toepassing. Deze leidraad voorziet in een “morele exceptie” op artikel 107, lid 1, VWEU. Bovendien heeft de regel opmerkelijk veel weg van een gecombineerde toepassing van “*Altmark*” en “*Meca-Medina*” waarin een compensatiebenadering – als afwijking op het

voordeelbegrip – een inherent belang rechtvaardigt en subsidies voor professionele sportclubs buiten de verbodsnorm van artikel 107, lid 1, VWEU plaatst. Op basis van deze benadering wil de Commissie zelfs dat het Hof “hoofdzakelijk sociale oogmerken” uitsluit van de werking van artikel 107, lid 1, VWEU.

Ook heeft de Commissie twijfelachtige leidraden gecreëerd ten opzichte van het grensoverschrijdende effect van steun op het handelsverkeer en de mededinging. Deze leidraden worden aan lidstaten voorgespiegeld als een speciaal toepassingskader van artikel 107, lid 1, VWEU voor sport (zie paragraaf 5). Hoewel zij bedoeld zijn als praktische toepassingsstandaarden van artikel 107, lid 1, VWEU, heeft de Commissie zich mogelijk niet gerealiseerd dat deze uitleg van de Europese dimensie van sport op begrippen als “economische activiteit” en “effecten op het handelsverkeer” ook gevolgen kan hebben voor de uniforme toepassing van Unierecht in andere takken van de interne markt: in het bijzonder ten aanzien van de vier vrijheden en het mededingingsrecht.

Tot slot betreft het belangrijkste knelpunt voor de toekomst de kwetsbare scheidslijn tussen de verbods – en verenigbaarheidsstoepassing in de professionele sportsector. Dit knelpunt is ook geconstateerd in hoofdstuk 1 ten aanzien van objectieve rechtvaardigingen in de materiële selectiviteitstoepassing en in hoofdstuk 3 ten aanzien van de compensatiebenadering voor DAEB. De huidige interpretatie van artikel 165 VWEU door de Commissie zet namelijk de economische benadering van artikel 107 VWEU buiten spel. Omdat de niet-economische, maatschappelijke doelstellingen van 165 VWEU legitieme belangen vormen, legitimeert de Commissie staatssteun *de facto* in sommige gevallen. Daarmee vervaagt de grens tussen verbod en rechtvaardiging en verliest de Commissie de objectiviteit van het staatssteunbegrip, alsmede het toezicht hierop, uit het oog. Illustratief is hier de uitspraak van het Gerecht in *Hercules t Commissie* waarin het Gerecht oordeelde dat eigenheid van sport op grond van artikel 165 VWEU meegevoegd moet worden bij het beoordelen van de vraag of er sprake is van een voordeel of een transactie onder normale marktomstandigheden op grond van artikel 107, lid 1, VWEU. Bovendien heeft het Gerecht voorts nog de Commissie niet herinnerd aan de minimumcriteria van economische bewijslast die het Hof stelt in de verenigbaarheidsfase. Deze vereisen dat lidstaten de verwachte maatschappelijke uitwerkingen van staatssteun op een objectieve en transparante wijze staven. Het is daarom aan het Hof van Justitie van Europese Unie om een duidelijk precedent te scheppen in toekomstige zaken over de maatschappelijke functie van sport en staatssteun. Het Hof heeft in de zaak *Commissie t. FC Barcelona* de contextuele benadering van het Gerecht in *Hercules t Commissie* verworpen en daarmee de mogelijkheid om op grond van artikel 165 VWEU objectieve rechtvaardigingen voor steunmaatregelen voor sport binnen de werking van de artikelen 107 en 108 VWEU uit willen sluiten. Op grond van deze uitspraak zal de Commissie

haar besluitpraktijk ten aanzien van de maatschappelijke uitwerkingen van sport moeten heroverwogen. In dat kader zal de Commissie de werking van doelstellingen van sportieve aard principieel moeten verplaatsen van de verbodsfase naar de verenigbaarheidsfase.