



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).

Algemene belangenafwegingen door nationale actoren op grond van vrijgestelde steuncategorieën voor verenigbaarheid

1 INLEIDING

In de hoofdstukken 1 t/m 4 zijn de belangenafwegingen die in de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU voorkomen geanalyseerd op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het betrof hier de algemene belangenafwegingen tussen de doeltreffende en objectieve toepassing van het staatssteunbegrip enerzijds en anderzijds bijzondere en dwingende afwijkingen op dit begrip. Die afwijkingen konden door de volgende algemene belangen gerechtvaardigd worden:

- i) objectieve rechtvaardigingen (zie hoofdstuk 1);
- ii) diensten van algemeen economisch belang (hoofdstukken 2 en 3) en;
- iii) een expliciet erkend maatschappelijk sportbelang (hoofdstuk 4).

In die hoofdstukken werd geargumenteed dat het toekennen van een bijzonder en dwingend karakter aan deze belangen in de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU op gespannen voet staat met de objectiviteit van het staatssteunbegrip. Eveneens is geconstateerd dat deze belangenafwegingen het onderscheid tussen de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase doen vervagen en gereserveerd moeten blijven voor de verenigbaarheidsfase. Die vaststellingen zijn des te opmerkelijker, omdat soortgelijke belangenafwegingen inmiddels ook uitgewerkt werden in de verenigbaarheidsfase. De groepsvrijstellingen laten daarbij aan de lidstaten eveneens ruimte om in die context vergelijkbare belangenafwegingen te maken.¹

De rechtsleer heeft belangenafweging in de context van het staatssteunrecht grotendeels geanalyseerd vanuit het prerogatief van de Commissie om exclusief staatssteun op grond van verenigbaarheid te beoordelen.² Dat geldt eveneens voor de rol van de nationale rechter om de rechten van particulieren te bewaken op grond van artikel 108, lid 3, VWEU ten tijde

1 Op grond van de vrijstellingscategorieën waartoe de Raad de Commissie gemachtigd heeft.

2 Zie bijvoorbeeld Hancher et al 2021, p. 131-182; Hancher & Nicolaidis 2017, p.193-220; Werner & Verouden 2016, p. 439-475; Saanen 2013; Sauter 2015; Szysszczak 2013; Hauteclocque 2018, p. 271-298; Cseres 2020; Auer 2020.

van een onderzoek naar verenigbaarheid door de Commissie.³ Ondanks die welgekende bevoegdheidsverdeling, stelt dit hoofdstuk dat ook lidstaten een rechtstreekse rol beginnen spelen in deze context. Een dergelijke rol wordt ook door de Commissie expliciet erkend.⁴

Dit hoofdstuk analyseert de procedurele afwijkingen die groepsvrijstellingen toestaan op de *standstill*-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU. Traditioneel verbiedt die bepaling de lidstaten steun uit te voeren alvorens de Commissie haar goedkeuring gegeven heeft. De beleidsruimte die de Commissie en de Raad aan lidstaten bieden om steun op grond van de artikelen 106 t/m 109 VWEU uit te zonderen van de meldingsplicht van artikel 108, lid 3, VWEU kent aan de lidstaten ruimere afwegingsmogelijkheden toe.⁵ De beoordeling van vrijgestelde steun vraagt van een steunverlenende overheid inzicht in de materiële beoordelingscriteria die de Commissie via de groepsvrijstellingen stelt aan vrijgestelde steun op grond van artikel 107, lid 1, VWEU tezamen met de artikelen 107, lid 2 en lid 3, VWEU en artikel 106, lid 2, VWEU. Eveneens is die toepassing toegespitst op een eenvoudige en versnelde procedure voor steunverlening om een (langdurige) aanmelding te voorkomen die zowel de lidstaten, als de Commissie veel tijd en capaciteit kost.⁶

Met die focus als context wordt in dit hoofdstuk de (handhavende) bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten ten aanzien van de toepassing van groepsvrijstellingen geschetst. Allereerst wordt geïnventariseerd welke algemene belangenafwegingen op grond 106 t/m 109 VWEU zijn toegestaan en welke actoren deze mogen maken (paragraaf 2). Deze belangenafwegingen worden ingekaderd door de machtigingsverordening en de groepsvrijstellingen.

De Commissie heeft met de uitbreiding van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV) en het DAEB-Vrijstellingsbesluit twee vrijstellingsmogelijkheden voor een breed scala aan algemene belangen vastgesteld die de verantwoordelijkheid van de lidstaten bij de toepassing en handhaving van de artikelen 107, lid 2 en 3, VWEU en artikel 106,

3 Zie Zippro 2014, p. 705 e.v.; Metselaar 2016, paragrafen 4.5.1.1 en 4.5.1.3; Van den Brink & Den Ouden 2020, p. 289-293 e.v.; Dictus & de Wit 2019, p. 6-12; Langer et al 2016, p. 1169-1188; van den Tweel 2015, p. 553-557; Devroe 2015, p. 1-21; Monti & Pastor-Merchante 2020p. 121-140; Kreuschitz & Bermejo 2017, p. 221-253.

4 Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door nationale rechterlijke instanties, 30 JULI 2021, *PbEU* (2021), C 305/01 ,par. 1. Zie ook Speech M. Vestager, 'State aid rules for fair competition', Brussel, 19 juni 2018; Biondi & Stefan 2018, p. 43-62.

5 Mits voldaan is aan de kennisgevingsplicht aan de Commissie op grond van de artikelen 3 en 11, lid 1 onder a, Algemene Groepsvrijstellingsverordening nr. 651/2014/EU, *PbEU* (2014) L 187.

6 Zie van Buiren & Rose 2016, p. 217-222; Sinnaeve 2001, p. 1479-1495 & Sinnaeve 2012, p. 347 - 367; De Cock 2018, p. 2.

lid 2 VWEU aanzienlijk heeft vergroot.⁷ De lidstaten moeten bovendien bijdragen aan het staatssteuntoezicht op deze vrijgestelde steun door de afwijkingen op artikel 108, lid 3, VWEU te handhaven, om zo de diensten van de Commissie te ontlasten.

Volgens de machtigingsverordening hebben de lidstaten in het bijzonder nieuwe verantwoordelijkheden gekregen op het gebied van het *ex ante* en *ex post* toezicht op de groepsvrijstellingen.⁸ Naast de oorspronkelijke functie van de publieke handhaving door de Commissie, moeten lidstaten ook mechanismen opstellen voor een effectief toezicht op de toepassing en uitvoering van de groepsvrijstellingen onder de artikelen 107 VWEU en 106, lid 2, VWEU.⁹ De omvang van deze staatssteunrechtelijke controleverplichtingen wordt in dit hoofdstuk onderzocht en verbonden aan de belangenafwegingen die voor de overheden van lidstaten ten grondslag liggen aan het toepassen van de groepsvrijstellingen. *In concreto* wordt onderzocht in welke mate de steunverlenende overheden van lidstaten (in het kader van de *ex ante* publieke handhaving van de groepsvrijstellingen) rechtmatig algemene belangenafwegingen kunnen verrichten (paragraaf 3) die verdedigbaar zijn vanuit het oogpunt van de handhaving van het staatssteunverbod (paragraaf 4).

Relevant is daarbij de handhavende rol die de nationale rechter – daarbij de omvang van het geschil en de lijdelijkheid van de nationale rechter indachtig – binnen zijn procesrechtelijke bevoegdheden kan uitoefenen bij de controle op de gezamenlijke toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU en de materiële bepalingen uit de groepsvrijstellingen (paragrafen 4.2 en 4.4). De rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU heeft de nationale rechter een afdwingbaar handhavingskader verschaft. Dit kader sluit uit dat algemene belangenafwegingen van steunmaatregelen beoordeeld worden op hun merites, zolang de Commissie nog geen eindoordeel heeft gevormd.¹⁰ Dat is immers vanuit het oogpunt van zorgvuldigheid een taak van de steunverlenende overheid zelf en vanuit handhavingsoogpunt een exclusieve taak van de Commissie. Ondanks die klassieke taakverdeling, kan de rechtstreekse toepasselijkheid van een groepsvrijstelling er evenwel toe leiden dat partijen aan de nationale rechter vragen om de inhoudelijke uitleg van het staatssteunbegrip alsmede de randvoorwaarden van de groepsvrijstellingen te beoordelen om vervolgens vast te kunnen stellen of

7 Algemene Groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV) nr. 651/2014/EU, *PbEU* (2014) L 187; Verordening (EU) nr. 2023/1315/EU van de Commissie van 23 juni 2023 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 651/2014 *PbEU* (2023) (Wijzigingsverordening AGVV 2023; Green Deal AGVV); DAEB-Vrijstellingsbesluit, nr. 2012/21/EU, *PbEU* (2012), L7. Zie Van Buijen & Rose, 2016, p. 228-234.

8 Zie conclusie A-G Tanchev, 3 april 2019, C-654/17 P, *BMW t Commissie*, randnummer 98; Zie ook Machtigingsverordening 2015/1588/EU van de Raad, *PbEU* (2015), L 248/1.

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

10 Zie Metselaar 2016, p. 326; HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, r.o. 34-35.

de steun in strijd is met artikel 108, lid 3, VWEU.¹¹ Een dergelijke situatie vraagt om een uitdrukkelijker erkende rechtsbeschermingsfunctie.

2 VAN EXCLUSIEVE HANDHAVING OP GROND VAN ARTIKEL 108, LID 3, VWEU NAAR “SMALL ON SMALL”-HANDHAVING DOOR DE LIDSTATEN OP GROND VAN DE ARTIKELEN 106 EN 107 VWEU

2.1 De onderlinge verhouding tussen de artikelen 107 en artikel 108 VWEU in private handhavingszaken

Ten aanzien van het staatssteunonderzoek heeft het Hof een duidelijk onderscheid gemaakt tussen artikel 107, lid 1, VWEU en artikel 108, lid 3, VWEU.¹² Het Hof overwoog reeds in het welbekende *Costa t ENEL*-arrest dat “de lidstaten in artikel 92 EEG-Verdrag (thans artikel 107 VWEU) hebben erkend, dat steunmaatregelen niet in overeenstemming zijn met de gemeenschappelijke markt en zich derhalve stilzwijgend hebben verbonden, buiten de in het Verdrag genoemde uitzonderingen, geen steunmaatregelen in te voeren; dat zij evenwel in artikel 93 EEG-Verdrag (thans artikel 108 VWEU) zijn overeengekomen, zich zowel voor afschaffing van bestaande, als voor invoering van nieuwe steunmaatregelen, aan vaste regels te onderwerpen. Dat de staten, door zich zo nadrukkelijk te verbinden, de Commissie “tijdig” van hun plannen voor steunvoorschriften op de hoogte stellen, en door zich vrijwillig aan de voorschriften van artikel 93 EEG-Verdrag te onderwerpen, derhalve ten opzichte van de Gemeenschap een verbintenis op zich hebben genomen, die hen in hun hoedanigheid van staten bindt, doch die voor burgers geen rechten schept, met uitzondering van de laatste zin van artikel 93 lid 3 EEG-Verdrag (thans artikel 108, lid 3, VWEU).”¹³

De gezamenlijke uitleg van de artikelen 107 en 108 VWEU houdt dus een constitutionele verbintenis in tussen de lidstaten en de instellingen van de Unie (in het bijzonder de Commissie) om te voldoen aan de materiële en procedurele staatssteunvoorschriften.¹⁴ Er is hier sprake van zowel een gebod voor de lidstaten (“*une obligation des Etats membres en vertu du Traité*”) tot voortdurend onderzoek op staatssteun, alsmede een nadrukkelijk verbod op het schenden van de materiële en procedurele staatssteunregels (“*une prohibition formellement exprimée*”), in het bijzonder de *standstill*-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU ten aanzien van nieuwe

11 Zie paragraaf 3. Zie Metselaar 2016, p.104.

12 De bepalingen van 92 en 93 EEG zijn tekstueel niet gewijzigd in het EG-Verdrag (artikel 87 en 88), noch in het VWEU (artikelen 107 en 108).

13 HvJ EG, 15 juli 1964, zaak 6-64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*

14 Weatherill 2016, p. 159-161.

steun.¹⁵ Daarom heeft het Hof aan artikel 108, lid 3, VWEU rechtstreekse werking toegekend zodat concurrente ondernemingen en particulieren voor de nationale rechter de *standstill*-bepaling kunnen afdwingen. Omdat het Hof redeneert vanuit een constitutionele verbintenis tussen de lidstaten en de Unie, zag het Hof – op dat moment – geen verdere rol voor particulieren bij de toepassing van artikel 107 VWEU.¹⁶ Deze redenering werd ingegeven door de toenmalige vaststelling dat artikel 107 VWEU “in hoge mate een technisch onderzoek vereist dat intrekking of wijziging van steun tot gevolg kan hebben.”¹⁷ De Commissie vreesde destijds dat een rechtstreekse werking afdoet aan een stelselmatige uitleg van een algemeen toepasselijk staatssteunbegrip.¹⁸ Het Hof volgde deze benadering van de Commissie en oordeelde dat de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU niet afzonderlijk mag worden beschouwd, maar in samenhang gezien moet worden met artikel 108 VWEU.¹⁹

Ten aanzien van de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU heeft het vervolgens Hof voor nationale rechters wel belangrijke Unierechtelijke randvoorwaarden geformuleerd.²⁰ In het arrest *Deutsche Lufthansa* oordeelde het Hof dat “de toepassing van het toezicht op staatssteun een taak is van de Commissie én van de nationale rechterlijke instanties, waarbij zij aanvullende en onderscheiden taken vervullen.”²¹ Totdat de Commissie een eindbeslissing heeft vastgesteld inzake de verenigbaarheid van de steun, dient de nationale rechter – in het kader van private handhaving van artikel 108, lid 3, VWEU, de rechten van particulieren te beschermen.²² Daartoe dient de nationale rechter als actor die alle feiten (in een Unierechtelijke en procesrechtelijke context) kan beoordelen in een staatssteungeschil – binnen de regels van de nationale procesautonomie – een doeltreffende toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU te verzekeren. Deze toepassing dient gelijkwaardig te zijn aan de toepassing die de Commissie volgens Unierecht hoort uit te voeren.²³

15 HvJ EG, 15 juli 1964, zaak 6-64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*

16 Zie Ottervanger 2015, p. 3-5.

17 HvJ EG, 19 juni 1973, 77-72, *Carmine Capolongo t Azienda Agricole Maya*, p. 614.

18 *Idem.*

19 Het Hof oordeelde in *Capolongo* dat op de bepalingen van artikel 107, lid 1, VWEU voor de nationale rechter wel een beroep kan worden gedaan wanneer deze “effect moet geven aan de uitvoering van handelingen van algemene strekking onder artikel 109 VWEU (lees: de vrijstellingsverordeningen van de Raad voor vrijgestelde steuncategorieën) of Commissiebesluiten op grond van artikel 108, lid 2, VWEU.

20 Zie voor een analyse over de constitutionele randvoorwaarden die het *COSTA/ENEL*-arrest heeft geschapen ten aanzien van de toepassing van het interne marktrecht Weatherill 2016, p. 159-161.

21 HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, r.o. 20. Zie Colombo 2015, p. 319-345

22 HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, r.o. 28.

23 Zie Metselaar 2016, p. 256, p. 560.

Om de rechten van particulieren aanvullend door de nationale rechters te laten beschermen heeft het Hof in *Deutsche Lufthansa* aangenomen dat de controle op de *standstill*-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU ook vereist dat de nationale rechter feitelijk artikel 107, lid 1, VWEU moet toepassen.²⁴ Alvorens consequenties te kunnen verbinden aan een eventuele schending van artikel 108, lid 3, VWEU, dient de nationale rechter zich eerst uit te spreken over de vraag of een overheidsmaatregel als staatssteun te kwalificeren is.²⁵ Het Hof benadrukte dat een beoordeling van een nationale rechter over de kwalificatie van een maatregel als staatssteun, in een parallelle procedure, niet tegenstrijdig mag zijn aan de bevindingen van de Commissie in de formele onderzoeksfase.²⁶ Het Hof oordeelde dat nationale rechter het nuttig effect van artikel 108, lid 3, VWEU zou ondermijnen als hij een maatregel niet als staatssteun aanmerkt en derhalve ook niet de lopende steun schorst, terwijl de Commissie heeft vastgesteld dat de maatregel mogelijk wel staatssteun inhoudt.²⁷ In *Congregación Pias en Eventech* heeft het Hof in dat kader onderstreept dat de nationale rechter alle staatssteunvoorwaarden feitelijk moet nagaan.²⁸ In *PGE* vulde het Hof aan dat de nationale rechter bevoegd is om het onderzoek naar een schending van artikel 107, lid 1, jo. artikel 108, lid 3 VWEU te heropenen, nadat er nieuwe feiten voordoen na een besluit van de Commissie.²⁹ Indien artikel 107, lid 1, VWEU buiten toepassing is gelaten door de nationale rechter, dan zou dit volgens het Hof betekenen dat de rechtstreekse werking van de *standstill*-verplichting van artikel 108, lid 3, VWEU kan worden omzeild door overheden en/of particulieren.³⁰ Daarom oordeelde het Hof in *Klausner Holz Niedersachsen* dat de gezamenlijke toepassing van de artikelen 107, lid 1 en 108, lid 3, VWEU het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken kan doorkruisen.³¹ Dit beginsel houdt in dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput niet meer opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld. Het Hof oordeelde dat nationale procesregels op basis van het gelijkwaardigheidsbeginsel niet

24 HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, r.o. 34. Zie ten aanzien van deze feitelijke controle op het staatssteunbegrip ook Metselaar 2016, p. 248; Zie Ottervanger 2006, p. 65-67.

25 *Idem*.

26 Zie Metselaar 2016, p. 324-329.

27 Zie Metselaar 2016, p. 518.

28 Zie respectievelijk de hoofdstukken 3 en 4.

29 HvJ EU, 15 september 2016, C-574/14, *PGE*, r.o. 55. Dat onderzoek mag uiteraard niet betrekking hebben op een reeds verrichte verenigbaarheidsbeoordeling van de Commissie, zie r.o. 32.

30 HvJ EU, 11 November 2015, C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, r.o. 42-43.

31 HvJ EU, 11 November 2015, C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, r.o. 40, 41. Deze verplichting vereist geen *contra legem* interpretatie met het nationale recht, maar vereist wel dat de nationale rechter een nationaalrechtelijke remedie biedt om de gelijkwaardigheid en effectiviteit van het Unierecht te verzekeren. Zie Flynn & Gilliams 2021, p. 1194-1195.

ongunstiger mogen zijn dan het Unierecht.³² Bovendien oordeelde het Hof dat de nationale rechter op grond van het doeltreffendheidsbeginsel moet nagaan of het toezicht op de staatssteunregels in de praktijk niet uiterst moeilijk wordt gemaakt. Daartoe moet de nationale rechter nagaan of een effectieve rechtsbescherming en het rechtszekerheidsbeginsel gewaarborgd worden. Daarbij zou het buiten toepassing laten van artikel 107, lid 1, VWEU door de nationale rechter de naleving van artikel 108, lid 3, VWEU onmogelijk kunnen maken.³³ Daarom oordeelde het Hof dan ook dat het nuttig effect van artikel 107, lid 1, jo. 108, lid 3 VWEU de toepassing van het beginsel van gezag van gewijsde kan doorkruisen.³⁴

Het Hof beschouwt de nationale rechter bij de kwalificatie van steunmaatregelen als de feitenrechter bij uitstek en het Hof heeft uitleggingsvragen over het begrip staatssteun nadrukkelijk voorzien met de boodschap dat de nationale rechters, artikel 107, lid 1, VWEU als objectieve en onvoorwaardelijke Verdragsbepaling moeten toepassen – uiteraard binnen de begrenzingen van de procesautonomie.³⁵ Soms vraagt het Hof aan de nationale rechter om een inhoudelijke beoordeling te verrichten, die voorbehouden is aan steunverlenende overheden,³⁶ dan wel aan de Commissie.³⁷ Het Hof

32 HvJ EU, 11 November 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, r.o. 40.

33 HvJ EU, 11 november 2015, C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, r.o. 41-42; Flynn & Gilliams 2021, p. 1194-1195.

34 Barratta 2020, p.296-297; Matei 2015.

35 Zie HvJ EU, 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital t Gemeente Rotterdam*, r.o. 45-48.

36 Zo oordeelde het Hof in zaak C-590/14 P, 26 oktober 2016, *DEI t Commissie* – in tegenstelling tot de beoordeling Gerecht in eerste aanleg, dat een nationale rechter in een kort geding – binnen de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid – gehouden is om “de Commissie in kennis te stellen” van een nieuwe steunmaatregel, na vaststelling dat er sprake is van een dergelijke maatregel op grond van de artikelen 107 en 108 VWEU. Het Hof oordeelde in overweging 107: “Het Gerecht heeft blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 58 van het bestreden arrest te oordelen dat een nationale rechterlijke instantie waarbij een geschil betreffende een overeenkomst aanhangig is gemaakt, op grond van het feit dat zij uitspraak doet in kort geding, niet gehouden is om overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU de Commissie in kennis te stellen van „alle maatregelen die de uitlegging en de uitvoering van die overeenkomst raken en gevolgen kunnen hebben voor de werking van de interne markt, voor de mededinging of gewoon voor de daadwerkelijke duur, tijdens een bepaalde periode, van steun die [...] bestaande steun blijft”. Het Gerecht oordeelde dat een nationale rechter in een kort geding procedure op grond van artikel 108, lid 3, VWEU niet verplicht kan worden, nieuwe steun “bij de Commissie aan te melden en door deze preventief te laten toetsen”, omdat deze verplichting er toe zou leiden dat “alle maatregelen die de uitlegging en de uitvoering van die overeenkomst raken en gevolgen kunnen hebben voor de werking van de interne markt” in dat geval preventief getoetst zouden moeten worden door de Commissie” (Gerecht, 8 oktober 2014, T-542/11, *Alouminion t Commissie*, r.o. 58). Een dergelijke meldingsverplichting voor de nationale rechter als handhavende instantie, zoals door het Hof in het *DEI*-arrest uiteengezet, lijkt niet te stroken met de lijdelijkheid van de nationale rechter en de terughoudendheid die de nationale rechter betracht en de verplichting die op de steunverlenende overheid rust om staatssteun conform artikel 108, lid 3, VWEU aan te melden. Zie Metaxes & Spyrou 2017, p. 73 – 76; De Cock 2020 p. 72-82.

37 Zie hoofdstuk 1.

heeft in haar rechtspraak de nationale rechter, zoals geanalyseerd in de hoofdstukken 1 – 4 zelfs opgedragen om, binnen het toepassingsbereik van artikel 107, lid 1, VWEU, belangenafwegingen te verrichten. Sommige van deze materiële belangenafwegingen, zoals de beoordeling van objectieve rechtvaardigingsgronden in *Eventech* en *ANGED*, zijn vergaand en komen dicht in de buurt van de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om steunmaatregelen ten aanzien van hun uitwerkingen op de interne markt te beoordelen (zie conclusie hoofdstuk 1). In wezen zijn dit belangenafwegingen die een steunverlenende overheid dient te maken en zelfs dan is het de vraag of deze belangenafwegingen passen binnen het objectieve toepassingsbereik van artikel 107, lid 1, VWEU.

De Commissie heeft de bovengenoemde procedurele en materiële vereisten voor de feitelijke toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU gecodificeerd voor nationale rechters in de mededeling over de toepassing van de staatssteunregels door nationale rechters en voor steunverlenende overheden en nationale rechters in de mededeling over het staatssteunbegrip.³⁸

In deze mededelingen benadrukt de Commissie de “nog belangrijkere rol” die nationale rechters spelen in de gezamenlijke staatssteunhandhaving.³⁹ Uit een handavingsstudie van de Commissie is gebleken dat nationale rechters in de Unie over de periode 2007-2017 aanzienlijk meer staatssteunzaken behandeld hebben, dan in de periode 1999-2006.⁴⁰ De Commissie concludeert evenwel dat nationale rechters slechts in private handavingszaken in beperkte mate beroepen op grond van de artikelen 107-108 VWEU toegekend hebben.⁴¹

Op grond van artikel 29 van de procedureverordening kan de Commissie overigens op verzoek van een nationale rechter⁴², maar ook op eigen initi-

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

39 Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door nationale rechterlijke instanties *PbEU* (2021), randnummer 1. De Commissie spreekt van “toezicht”. Auteur dezes heeft daarom deze term overgenomen, hoewel hij zich realiseert dat nationale rechters per definitie geen toezichthouder zijn maar een onafhankelijke actor voor handhaving en rechtsbescherming die een aanvullende handavingsrol uitoefent op de publieke handhavingstaak van de Commissie.

40 Zie ‘Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts (COMP/2018/001)’, Luxemburg, Bureau voor publicaties van de EU, 2019, p. 7, 20, 60-62.

41 De Commissie concludeert dat 2/3 van de claims werden afgewezen in 594 onderzochte private handavingszaken. Zie ‘Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts’ (COMP/2018/001), Luxemburg, Bureau voor publicaties van de EU, 2019, p. 7, 62. Zie ook de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door nationale rechterlijke instanties, *PbEU* (2021), randnummer 3.

42 Het *Oberlandesgericht Koblenz* heeft bijvoorbeeld de Commissie als *amicus curiae* gevraagd te adviseren in de nationale procedure over *Deutsche Lufthansa*; HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*, r.o. 17.

atief⁴³, in het kader van een nationale gerechtelijke procedure een advies geven over de toepassing van de staatssteunregels *ex* artikel 107, lid 1, VWEU en artikel 108 VWEU.⁴⁴ De Commissie handelt hier als *amicus curiae* om de nationale rechter behulpzaam te zijn door een nationaalrechtelijk staatssteungeschil op te lossen conform het Unierecht, in beginsel door middel van een niet-bindende interpretatie. Hoewel het advies niet-bindend is, worden deze schriftelijke en/of mondelinge opmerkingen van de Commissie wel als gezaghebbend beschouwd.⁴⁵ Zo interveniëerde de Commissie voor de *Cour administrative d'appel* te Marseille inzake de uitleg van het *Altmark*-arrest en voor het *Oberverwaltungsgericht* te Berlijn inzake de uitleg van het effect op het handelsverkeer in sportzaken.⁴⁶

Naast een actieve interventie van de Commissie in nationale procedures, beïnvloedt de Commissie ook de kwalificatie van het staatssteunbegrip door nationale rechters door middel van de materiële toepassingsleidraden die in de hoofdstukken 1-4 geïdentificeerd zijn. Deze zijn gecodificeerd in de mededeling inzake het staatssteunbegrip (zie paragraaf 2.3) en flexibiliseren het staatssteunbegrip bijvoorbeeld ten opzichte van de “lokale steun”. Hierdoor kunnen rechtbanken een significantietoets op het handelsverkeer verrichten die afwijkt met de interpretatie van het Hof. Ter illustratie dient de rechtbank Noord-Nederland die in de zaak van grensgemeente Oldambt op grond van de leidraden van de Commissie aannam “dat een interstatelijk effect ontbreekt wanneer steunmaatregelen niet een marginaal effect hebben op markten en consumenten uit aangrenzende lidstaten.”⁴⁷ In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de rol die deze mededeling speelt

43 Een *high-profile* interventie van de Commissie betrof de arbitragezaak *Micula* ten overstaande van het *Supreme Court* van het Verenigd Koninkrijk waarin de Commissie de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU en de voorrang van een besluit tot opschorting tot uitvoering van steun (Besluit van de Commissie van 30 maart 2015, SA.38517, *Scheidsrechterlijke uitspraak Micula t Roemenië*). Zie *Supreme Court of the United Kingdom and Northern-Ireland, Case 2020*] UKSC 5 19 februari 2020, *Micula t Roemenië*, Zie Florou 2021, p. 295-303. Zie ook voetnoot 69 (p.321).

44 In de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door nationale rechterlijke instanties, *PbEU* (2021), randnummer 3 concludeert de Commissie dat nog niet intensief gebruikgemaakt van de vormen van samenwerking tussen de Commissie en nationale rechters die in 2009 zijn ingevoerd.

45 Zie ook van Dam 2019, p. 104-105. Zie De Cock 2023, p. 440-441, 449-450.

46 Zie respectievelijk *Cour administrative d'appel de Marseille*, 6 april, rolnummer 12MA02987, *Corsica Ferries t SNCM*, (schriftelijke opmerkingen Commissie ingebracht op 5 augustus 2014, document sj.c(2014)2619877 vinden op http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae.html) en *Oberverwaltungsgericht Berlin*, 18 december 2017, *Magic Mountain Kletterhallen* (schriftelijke opmerkingen Commissie ingebracht op 5 december 2017, document SJ.C(2017) 6722850 te vinden op http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae.html). Zie ook Hoofdstuk 2 par 5.5.

47 Rechtbank Noord-Nederland, 17 april, 2019, *Blauwestadhoeve t Gemeente Oldambt*, ECLI:NL:RBNNE:2019: 1681, r.o. 4.3.11. 4.3.14, 4.3.15. De rechtbank volgde hier de Commissie door haar de “daadwerkelijke marktimpact” te beoordelen op basis het zeer lage marktaandeel van de steunontvanger op de Nederlandse en Europese markt.

in het *ex ante* toezicht op artikel 107, lid 1, VWEU door de overheden van de lidstaten.

2.2 Prioriteringsbeleid bij de publieke handhaving door de Europese Commissie

Sinds de staatssteunmodernisering van 2012 heeft het handhavingsbeleid van de Commissie bovenal een sturende functie op steunverlenende overheden en nationale actoren die betrokken zijn bij *ex ante* en/of *ex post* handhaving. Deze sturing uit zich door het stellen van handhavingsprioriteiten bij het staatssteunonderzoek.⁴⁸

Gezien de groeiende werklast van de Commissie is een prioriteitenbeleid bij de publieke handhaving praktisch gezien noodzakelijk.⁴⁹ Daarom heeft Commissie herhaaldelijk aangegeven dat zij haar publieke handhavingstaak, gezien de capaciteitsbeperkingen, niet alleen meer aan kan.⁵⁰ Daartoe heeft de Commissie een prioriteitenbeleid ("*big-on-big*") en een posterioriteitenbeleid ("*small-on-small*") voor handhaving vormgegeven.

Het *small-on-small* handhavingsbeleid van de EC komt ten eerste tot uiting in de toepassingsstandaarden van de Commissie over de uitleg van het begrip staatssteun. De Commissie heeft in de leidraad voor lokale steun en de mededeling over het begrip staatssteun algemene belangenafwegingen toegestaan tussen enerzijds de impact op het handelsverkeer en anderzijds voor beleidsterreinen waarin lidstaten een beoordelingsruimte hebben, zoals sociaal beleid, sport, cultuur en zorg ("*small on small*").⁵¹ Deze toepassingsstandaarden zijn primair gericht op de overheden van de lidstaten die deze beleidskeuzes maken. Echter de toepassingsstandaarden vormen een uitleg van begrippen van artikel 107, lid 1, VWEU die eveneens in een geschil met derde partijen ingeroepen worden door de overheden van de lidstaten.⁵²

48 Ottervanger 2011, p. 243-255; Börner 1984, p. 12. Zie Michiels et al 2016, p.16-19. Mededeling over de modernisering van het EU-staatssteunbeleid, *PbEU* (2012), paragraaf 21.

49 Zie Nicolaidis 2023, p. 231-233. Zie ook de Mededeling over de modernisering van het EU-staatssteunbeleid, *PbEU* (2012), paragraaf 21. Speech Eurocommissaris Almunia, "An integrated approach to state aid", 26 mei 2011, Londen.

50 Zie hoofdstukken 1-4.

51 Zie het inleidende hoofdstuk van dit proefschrift, paragraaf 7 voor het begrip "goede staatssteun" (Hancher en Verouden 2017, p. 195-196). Zie paragraaf 3.1. voor een overzicht van horizontale steun. Zie voor het onderscheid "*big on big – small on small*" het Persbericht van de Commissie: "Commission simplifies rules for public investment in ports and airports, culture and the outermost regions", 17 mei 2017, IP/17/1341 en Buendía Sierra 2016, p. 501-503.

52 Gerecht EU, 14 mei 2019, T-728/17, *Marinvest t Commissie*, r.o. 82, 109-110; Rechtbank Noord-Nederland, 17 april, 2019, Rechtbank Noord-Nederland, 17 april, 2019, *Blauwe-stadhoeve t Gemeente Oldambt*, ECLI:NL:RBNNE: 2019:1681, r.o. 4.3.11. 4.3.14, 4.3.15.

Met de Commissieleidraden voor zuiver sociale activiteiten, effecten op het handelsverkeer en beperkingen van de mededinging heeft de Commissie het gedrag van de lidstaten willen beïnvloeden, zodat zij deze “*small on small*”-steun niet meer aanmelden.⁵³

Inmiddels is de leidraad vastgelegd in een mededeling over het begrip staatssteun uit 2016.⁵⁴ Het doel van die mededeling is volgens de Commissie om de algemene onderliggende beginselen van het staatssteunverbod te verduidelijken zodat nationale actoren artikel 107, lid 1, VWEU op een meer consistente wijze toepassen. Ondertussen legt de Commissie deze begrippen echter uit door middel van een selectieve interpretatie van de rechtspraak van het Hof en geeft de Commissie ook invulling aan begrippen door “uitsluitend te verwijzen naar haar eigen besluitpraktijk.”⁵⁵ Zo ziet de Commissie in de toepassing van de strikte uitleg van het effect op het handelsverkeer door het Hof zelfs “een beperking voor ondernemingen in bijvoorbeeld Nederland en België” die gezien de omvang van hun grondgebied volgens deze standaard bijna altijd onder het staatssteunverbod vallen.⁵⁶ En hoewel de mededeling over het staatssteunbegrip juridisch gezien enkel de Commissie bindt en niet de lidstaten, heeft de deze wel een gezaghebbend karakter voor overheden en nationale rechters omdat de Commissie in haar besluitpraktijk – en het Gerecht inmiddels ook in de rechtspraak – verwijst naar deze mededeling bij het verrichten van een analyse onder artikel 107, lid 1, VWEU.⁵⁷ Bovendien hebben overheden in de praktijk – die gericht is op preventieve handhaving – door interpretatie en toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU en vervolgens toepassing van de groepsvrijstellingen – in eerste instantie vooral te maken met de (zienswijze van de) Commissie.

Biondi constateert daarom terecht dat er een “constitutionele onbehaaglijkheid” is bij de vaststelling van een “mededeling van over het begrip staatssteun.”⁵⁸ Hij stelt dat de Commissie doorgaans richtsnoeren aanneemt om haar eigen beoordelingsruimte inzake verenigbare steun *ex* artikel 107, lid 3, VWEU in te vullen omwille van rechtszekerheid. Echter, met deze mededeling beoogt de Commissie in de praktijk ook het beoordelingskader van artikel 107, lid 1, VWEU ten opzichte van de lidstaten te beïnvloeden door middel van afwijkende toepassingstandaarden in de verbodsfase. Daarmee is er een spanning in de bevoegdheidsverdeling tussen het Hof en de Commissie omdat het Hof exclusief bevoegd is om artikel 107, lid 1, VWEU te interpreteren. Ook is er sprake van een dergelijke spanning

53 Zie hoofdstuk 4, paragrafen 3.2.2, 5.1 en 5.3.

54 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, *PbEU* (2014), voetnoot nr. 42 in deze mededeling, paragraaf 192, laatste volzin, paragrafen 196-197,

55 Zie Biondi & Stefan 2018, p. 43-62. Zie ook hoofdstuk 4, paragraaf 5.3.

56 *Idem*.

57 Zie Gerecht EU, 14 mei 2019, T-728/17, *Marininvest t Commissie*, r.o. 80,82, 108-111.

58 Biondi & Stefan 2018, p. 43-62.

tussen de lidstaten en de Commissie omdat alleen rechtshandelingen van de Unie, in het geval van staatssteun doorgaans vrijstellingsverordeningen en besluiten, de lidstaten binden. Dit kan vervolgens leiden tot rechtsonzekerheid “omdat de Commissie stuurt op de toepassing van een eigen beleidsregel, ten koste van de rechtspraak van het Hof”, zoals Colombo terecht constateert.⁵⁹ Illustratief is het standpunt van de Commissie dat de Commissiediensten “niet goed geplaatst zijn om puur lokale dossiers te onderzoeken (zoals bijvoorbeeld subsidies voor een plaatselijke basketbalclub). De lidstaten moeten hiervoor nationaalrechtelijke kaders opzetten.”⁶⁰

De Commissie heeft het Gerecht reeds overtuigd van die zienswijze, zo volgt uit de uitspraak *Marinvest*.⁶¹ In het bijzonder werd het Gerecht overtuigd door het argument dat bij de beoordeling van de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer er bij lokale praktijken van gemeenten niet mag worden uitgegaan van een te strikt concept, omdat anders de rechtsonzekerheid én de doelstelling om de staatssteun moderniseren zou worden ondermijnd.⁶² Het Gerecht oordeelde dat de Commissie, op grond van de mededeling over het staatssteunbegrip – en de leidraad over lokale steun – mocht aannemen dat steun voor de havenbeheerder van Izola, Slovenië slechts een lokaal bereik had en daarmee maar een marginaal effect op het handelsverkeer had.⁶³ In hoofdstuk 4 (paragraaf 5.3) is uiteengezet dat deze uitspraak niet strookt met de jurisprudentie van het Hof over het effect op het handelsverkeer.⁶⁴

Bovenstaande uitspraak illustreert dat de concurrente toepassingstandaarden van de Commissie een ongeschikt handhavingsmiddel zijn in de verbodsfase, temeer daar de Commissie vanuit een wetgevende bevoegdheid over voldoende instrumenten beschikt om bepaalde (sociale en lokale) steuncategorieën (nader) vrij te stellen van melding die voldoen aan

59 Zie Colombo 2019, p. 292-316. Colombo merkt op: “The notice on the notion of state aid proves to be limit of steering domestic implementation through administrative rule-making.”

60 Interview Gert-Jan Koopmans, D-G Mededinging, april 2019, Tijdschrift voor staatssteun, p. 20-23.

61 Gerecht EU, 14 mei 2019, T-728/17, *Marinvest t Commissie* r.o. 82, 109-110.

62 Gerecht EU, 14 mei 2019, T-728/17, *Marinvest t Commissie*, r.o. 69.

63 Gerecht EU, 14 mei 2019, T-728/17, *Marinvest t Commissie*, r.o. 109.

64 In de uitspraken *Congregación de Escuelas Pías en Azienda Napoletana* heeft het Hof geoordeeld dat zelfs steunmaatregelen voor binnenlandse activiteiten de kansen voor buitenlandse ondernemingen kunnen doen afnemen en daarom een effect op het handelsverkeer sorteren. HvJ EU, 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías*. HvJ EU, 29 juli 2019, C-659/17, *INPS t Azienda Napoletana Mobilita*, r.o. 30-31.

normen van objectiviteit en rechtszekerheid.⁶⁵ Op grond van artikel 108, lid 4, VWEU kan de Commissie verordeningen aannemen die staatssteun vrijstellen van melding. Zo heeft de Commissie de mogelijkheid om de aanmeldingsdrempel van de de-minimisverordening te verhogen en daar in 2023 ook gebruik van gemaakt.⁶⁶ Tevens heeft de Commissie diverse lokale en sociale steuncategorieën met een beperkte impact op de interne markt vrijgesteld van melding onder de (groeps-)vrijstellingen. Vanuit een praktisch oogpunt, met de wens van lidstaten om de staatssteunregels te flexibiliseren, zijn er dus voldoende wetgevingsalternatieven beschikbaar die niet ten koste gaan van de objectiviteit van het staatssteunbegrip en vanuit het oogpunt van rechtmatigheid en evenredigheid aan te bevelen zijn.⁶⁷

In het kader van de “*small on small*” handhaving vormen vooral de vrijgestelde steuncategorieën van groepsvrijstellingen een belangrijke wettelijke basis voor preventieve controle door de lidstaten. Dit zijn rechtstreeks toepasselijke toepassingsstandaarden voor verenigbaarheid op basis van respectievelijk de artikelen 107, lid 2, en lid 3, VWEU (AGVV) en artikel 106, lid 2, VWEU (DAEB-Vrijstellingsbesluit).⁶⁸ De nieuwe verantwoordelijkheden voor de lidstaten in de handhaving van groepsvrijstellingen maakt het voor de Commissie mogelijk om haar onderzoekscapaciteiten zodoende reserveren voor de economische sectoren waarin staatssteun de grootste impact heeft op de interne markt (“*big on big*”), terwijl de lidstaten bij de controle op de toepassing van de groepsvrijstellingen – binnen de door de Commissie gestelde kaders – een beleidsruimte heeft om te beoordelen of steunmaatregelen voldoen aan horizontale Uniedoelstellingen (zoals duurzaamheid, innovatie, klimaatbescherming, regionale werkgelegenheid).⁶⁹

65 De Commissie kan op grond van de artikelen 108, lid 4, VWEU verordeningen aannemen en op grond van artikel 106, lid 3 VWEU richtlijnen of besluiten. Eveneens kan de Raad – op voorstel van de Commissie – op grond van artikel 109 VWEU (en middels de gewone wetgevingsprocedure via artikel 14 VWEU) verordeningen vaststellen die voldoen aan de Verdragsbepalingen over staatssteun.

66 In artikel 3, lid 2 van de *de-minimis*vrijstellingsverordening 2023/283/EU van 13 December 2023 heeft de Commissie een bedrag tot en met 300.000 euro over drie jaren per onderneming vrijgesteld van aanmelding. Zie voor de achtergrond rondom deze verhoging van 200.000 euro naar 300.000 euro, Koopmans 2019, p. 20-23.

67 Parret 2017, p. 11-12; Zie Dekker 2017, p. 154-163.

68 Er bestaan ook specifieke vrijstellingsverordeningen voor landbouw en voor visserij. Zie de verordening (EU) 2022/2472 van de Commissie van 14 december 2022 over bepaalde categorieën steun in de landbouw- en de bosbouwsector en in plattelandsgebieden op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie met de interne markt verenigbaar worden verklaard (LVV) en de verordening (EU) 2022/2473 voor bepaalde categorieën steun voor ondernemingen die actief zijn in de productie, de verwerking en de afzet van visserij- en aquacultuurproducten, op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard (VVV). Dit onderzoek gaat hier niet nader op in.

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

Dit “*big on big & small on small*”-prioriteringsbeleid, aangevuld door de beleidsmatige wens van de lidstaten om eenvoudiger en sneller staatssteun voor horizontale Uniedoelstellingen te kunnen verlenen, heeft de Raad ertoe aangezet om een machtigingsverordening aan te nemen die het mogelijk heeft gemaakt om de toepassing van vrijstellingscategorieën gedeeltelijk te decentraliseren naar het nationale niveau.⁷⁰ Echter de daadwerkelijke omvang van de publieke handavingsverantwoordelijkheden van de lidstaten in deze context van decentraliserende handhaving van het staatssteunrecht is nog onvoldoende afgebakend.⁷¹

3 DE STAATSSTEUNCONTROLE OP VRIJGESTELDE STEUNCATEGORIEËN VAN ALGEMEEN BELANG

3.1 De machtiging tot vrijgestelde steuncategorieën

Zoals in paragraaf 1 werd vermeld, kan de Raad op grond van artikel 109 VWEU (op voorstel van de Commissie) bepaalde steuncategorieën vrijstellen van melding. Daartoe heeft de Raad een machtigingsverordening aangenomen, zodat de Commissie vrijstellingsverordeningen kan aannemen op bepaalde beleidsterreinen of ten aanzien van bepaalde soorten ondernemingen.⁷²

De machtigingsverordening bepaalt dat de Commissie de bevoegdheid heeft om bij verordening algemene criteria voor vrijstelling te definiëren. De machtigingsverordening bepaalt dat groepsvrijstellingsverordeningen bijdragen aan transparantie en rechtszekerheid en rechtstreeks kunnen worden toegepast door de nationale rechters.⁷³

Steuncategorieën die voor vrijstelling aanmerking kunnen komen zijn:

- kleine en middelgrote ondernemingen;
- onderzoek, ontwikkeling en innovatie;
- milieu- en klimaatbescherming;⁷⁴
- werkgelegenheid;

70 Biondi & Righini 2014, p. 670-690.

71 Zie Adriaanse 2013, p. 514-536.

72 Säcker & Montag 2016, p.322-325.

73 Overweging 5 van Verordening van de Raad 2015/1588/EU (Machtigingsverordening) luidt:

“Groepsvrijstellingsverordeningen zorgen voor transparantie en rechtszekerheid. Zij kunnen, onverminderd de toepassing van artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie en van artikel 267 VWEU, rechtstreeks worden toegepast door de nationale rechtbanken.”

74 Zie de gewijzigde artikelen 36 t/m 44 AGVV in Verordening (EU) nr. 2023/1315/EU van de Commissie van 23 juni 2023 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 651/2014 *PbEU* (2023) (Wijzigingsverordening AGVV 2023; Green Deal AGVV);

- opleiding;
- regionale ontwikkeling;
- cultuur;
- sport, in het bijzonder amateursport;
- bepaalde landbouw – en visserijactiviteiten;
- compensatie voor natuurrampen,
- bepaalde vervoersactiviteiten;
- breedband;
- infrastructuur en;⁷⁵
- cofinanciering van EU-financieringsprogramma's.⁷⁶

Op grond van de machtigingsverordening heeft de Raad de Commissie gemachtigd om groepsvrijstellingen op te stellen die verdere voorwaarden stellen aan horizontale doelstellingen (zoals innovatie en milieu- en klimaatbescherming) en sectorale doelstellingen (vervoer, cultuur, sport) voor de vrijstelling van de meldingsverplichting van artikel 108, lid 3, VWEU.⁷⁷ In 2018 heeft de Commissie een voorstel gedaan om ook een vrijstellingsmogelijkheid te scheppen voor de uitvoering van begrotingsgaranties van de Unie door de lidstaten en sociale cohesie.⁷⁸ Dit voorstel illustreert dat machtigingsverordening een flexibel instrument is voor de sturing van steunmaatregelen die in het belang zijn van de gedeelde politieke en beleidsmatige agenda van de Unie en de lidstaten. Na overleg met het Adviescomité Staatssteun (het orgaan waarin de lidstaten beleidsmatig samenwerken met de Commissie) heeft de Commissie dit voorstel nader uitgewerkt in Algemene Groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV).⁷⁹

De toepasselijkheid van groepsvrijstellingen ontslaat de Commissie en de lidstaten niet van de verplichting tot een gezamenlijk en voortdurend toezicht volgens artikel 108, lid 1, VWEU op de toepassing en handhaving van deze nadere voorwaarden. Zo vereist het transparantiebeginsel dat de lidstaten de Commissie tijdig en volledig inlichten over de toepassing van de vrijstellingsverordeningen. Daartegenover heeft de Raad de Commissie verplicht “met het oog op de samenwerking tussen de Commissie en de bevoegde autoriteiten in de lidstaten, het Adviescomité inzake overheidssteun en verschillende staatssteunwerkgroepen bestaande uit vertegenwoordigers uit EU-landen, te raadplegen” bij het opstellen en vernieuwen

75 Zie artikel 1, lid 1 onder a van de Machtigingsverordening.

76 Zie artikel 1 Verordening 2018/1911 /EU, *PbEU* (2018).

77 Zie Huurnink & van den Tweel 2015, p. 8-20.

78 De Europese Commissie heeft op 6 juni 2018 een voorstel gedaan om de vrijstellingscategorieën machtigingsverordening (EU) 2015/1588/EU uit te breiden en de Raad heeft dit voorstel aangenomen met een aanvullende categorie vrijgestelde steun onder verordening 2018/911/EU, *PbEU* (2018) L311/8.

79 Deze wijzigingen zijn door de Commissie vastgesteld in verordeningen 2020/972/EU *PbEU* 2020/L 215, verordening 2021/452/EU *PbEU* 2021/L 89 en Verordening 2021/1237/EU *PbEU* 2021/ L 270.

van vrijstellingscategorieën.⁸⁰ Een belangrijke recente vernieuwing van de vrijstellingscategorieën is de aanpassing van het milieu- en klimaatsteun kader op grond van de Europese Green Deal in 2023.⁸¹

3.2 De Algemene groepsvrijstellingsverordening: een onmisbaar handhavinginstrument voor horizontale steun

In de AGVV heeft de Commissie op grond van artikel 108, lid 4, VWEU vrijgestelde steuncategorieën verfijnd en voorzien van nadere materiële en procedurele criteria.⁸² Deze criteria berusten op de beginselen van non-discriminatie, transparantie en evenredigheid.⁸³ Zo vereist de AGVV dat een steunmaatregel “een doelstelling van gemeenschappelijk belang dient, dat deze een duidelijk stimulerend effect heeft, passend en evenredig is, in volledige transparantie wordt toegekend, dat daarvoor een controlemechanisme bestaat en geregeld evaluatie plaatsvindt, en dat deze de mededinging en het handelsverkeer niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang (van de Unie) wordt geschaad.”⁸⁴ De randvoorwaarden die de Commissie gesteld heeft aan deze vrijgestelde steuncategorieën, vormen een controlemechanisme voor steunverlenende overheden, nationale rechters en de Europese Commissie.⁸⁵

De toepassing van vrijgestelde steun is voorwaardelijk aan de bestaande toepassingsdrempels, die variëren tussen bijvoorbeeld € 3 miljoen (opleidingssteun) en € 165 miljoen per steunmaatregel (cultuursteun).⁸⁶ Bovendien regelt de verordening voorwaarden inzake de steunintensiteit van de maatregel (het percentage van kosten van een activiteit die voor steun in aanmerking komt), cumulatie (samenloop met andere toegekende staatssteun) en publicatie.⁸⁷ Op grond van artikelen 9 en 11 van de AGVV moeten lidstaten, in afwijking op de *standstill*-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU,

80 Zie overwegingen 23 en 26-28 en artikel 7 van de Machtigingsverordening.

81 Zie de Verordening (EU) nr. 2023/1315/EU van de Commissie van 23 juni 2023 tot wijziging van (de artikelen 36-44 van) Verordening (EU) nr. 651/2014 *PbEU* (2023) (Wijzigingsverordening AGVV 2023; Green Deal AGVV).

82 De Commissie heeft in 2008 Verordening 800/2008 aangenomen en deze in 2015 gemoderniseerd en uitgebreid. Bovendien heeft de Commissie in 2017 nog enkele steuncategorieën toegevoegd; Persbericht Europese Commissie, “Commissie vereenvoudigt regels voor overheidsinvesteringen in havens en luchthavens en cultuur”, 17 mei 2017, IP/17/1341. Zie artikel 1 AGVV inzake het toepassingsgebied en artikel 2 inzake definities van vrijgestelde steun.

83 Zie Sinnaeve 2001, p. 1479, 1495.

84 Zie considerans 5 van de AGVV inzake gemeenschappelijke belangen en de gemeenschappelijke basisbeginselen.

85 Zie considerans 5, 6 en 13 van de AGVV.

86 Zie voor een overzicht artikel 4 AGVV; zie artikel 53 AGVV voor cultuursteun; zie artikel 31 AGVV voor opleidingssteun.

87 Zie de artikelen 7, 8, 9 AGVV.

uiterlijk 20 werkdagen na de inwerkingtreding van een steunmaatregel, een kennisgeving versturen naar de Commissie.⁸⁸ Op grond van artikel 11 AGVV moet de lidstaat ook rapporteren over de uitvoering van de steun onder de AGVV.⁸⁹

Anno 2024 is de AGVV een onmisbaar handhavinginstrument voor de Commissie, getuige ook de introductie van de Green Deal AGVV in 2023, waarin het milieu- en klimaatsteunkader is aangepast op de Europese Green Deal.⁹⁰ In een eerder stadium stelde D-G Koopmans: “De Commissie heeft aandachtig geluisterd naar de noden van de lidstaten en de noodzaak om ‘small on small en big on big’ te zijn. Met name de algemene groeps-vrijstelling laat de Commissie toe om zich te focussen op de belangrijkste zaken.⁹¹ In 2021 werd circa 93% (!) van alle nieuwe steunmaatregelen in de Unie vrijgesteld onder het vrijstellingskader van de AGVV en was er een toename aan vrijgestelde steunmaatregelen ten aanzien van 2020 met 36%.⁹² De AGVV heeft een duidelijk sturend effect naast de verlichting van de administratieve lasten: lidstaten ontwerpen hun maatregelen zodat ze aan de vrijstellingsvoorwaarden voldoen.”⁹³ Deze lijn heeft de Commissie consistent doorgevoerd sinds de mededeling over staatssteunmodernisering van 2012.⁹⁴ In deze mededeling verkondigde de Commissie dat voor het staatssteunonderzoek de prioriteiten gelegd worden bij “steun met een aanzienlijke impact interne markt, daaronder begrepen fiscale steun”, terwijl “vereenvoudiging van de beoordeling voor zaken die meer lokaal van aard zijn en het handelsverkeer minder sterk beïnvloeden, bereikt kan worden door gedifferentieerde regels uit te werken en door de procedures voor het staatssteuntoezicht te moderniseren, waarbij lidstaten een grotere verantwoordelijkheid krijgen bij het vormgeven en ten uitvoer leggen van

88 Zie ook considerans nr. 8 AGVV. Deze kennisgevingen worden elektronisch verstuurd via de State Aid Notification Interactive (hierna: SANI).

89 Deze verplichting houdt een jaarlijkse rapportage in, waarvan de gegevens geanalyseerd en gepubliceerd worden door de Commissie in het State Aid Scoreboard. Bovendien moet de lidstaat bij steunverleningen boven de € 100.000 de maatregel publiceren in een openbare EU-database. Deze publicaties zijn terug te vinden in de Transparency Awarding Module (hierna: TAM).

90 Verordening (EU) nr. 2023/1315/EU van de Commissie van 23 juni 2023 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 651/2014 *PbEU* (2023) (Wijzigingsverordening AGVV 2023; Green Deal AGVV).

91 Huurnink & van den Tweel 2015 p. 8-20.

92 De Commissie laat hierbij de vijf grootste lopende aangemelde steunregelingen buiten beschouwing. Zie State Aid Scoreboard 2022, p.12, 22, 69-70. Zie ook Verouden & Ibanez Colomo 2018, p. 152. Zie voor de laatste status het State Aid Scoreboard 2022, p. 12 en p.22. In 2021 was 93% van alle steun vrijgestelde AGVV-steun, los van de COVID-19-steun. Inclusief de Covid-19-steun vormde 81% van de totale nieuwe steunmaatregelen AGVV-steun.

93 Koopmans 2019, p. 20-23; Verouden & Ibáñez-Colomo 2018, p. 150 – 166. Zie Zondag & Merkus 2018, p. 147-149.

94 Quigley 2013, p. 35-55. Aalbers & Ottervanger 2018, p. 780-781.

steunmaatregelen. Hierdoor zal, in zaken waar het om kleinere steunbedragen gaat, ook de regeldruk voor overheden en begunstigden afnemen.”⁹⁵

Zodoende heeft de Commissie een vrijstellingspakket ontworpen op basis waarvan de lidstaten in eerste instantie hun steunmaatregelen op maat snijden, en daarmee lange meldingsprocedures voorkomen, terwijl zij hun beleid afstemmen op de “automatische verenigbaarheidskaders” van de Commissie.⁹⁶ Belangenafwegingen van de lidstaten tussen de positieve en negatieve effecten van steunmaatregelen zijn in de AGVV ingekaderd.⁹⁷

3.3 Een groepsvrijstelling voor DAEB: het DAEB-Vrijstellingsbesluit

Op grond van artikel 106, lid 3, VWEU heeft de Commissie eveneens in het kader van het “*big on big, small on small*-beleid” een vrijstellingsmogelijkheid uitgebreid voor DAEB-compensaties die staatssteun vormen volgens artikel 107, lid 1, VWEU. Op deze wijze wordt de werklast van de Commissie verminderd, nu de beoordeling op grond van artikel 106, lid 2, VWEU grotendeels aan de lidstaten wordt overgelaten.⁹⁸

Het DAEB-Vrijstellingsbesluit is door de Commissie aangenomen om de lidstaten rechtszekerheid te geven over de vraag of een DAEB-compensatie tot onrechtmatige staatssteun leidt (zie ook hoofdstuk 2). Omdat de *Altmark*-standaard van het Hof deze rechtszekerheid ontbeert, biedt de Commissie de lidstaten een praktische oplossing.⁹⁹ Zolang een DAEB-compensatie voldoet aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden, maar niet aan de vierde efficiëntievoorwaarde, is er sprake van staatssteun, maar hoeft de compensatie niet bij de Commissie te worden aangemeld op basis van de artikelen 106, lid 2, jo. 108, lid, 3 VWEU als voldaan wordt aan de specifieke voorwaarden van het Vrijstellingsbesluit.¹⁰⁰ Artikel 4 van het DAEB-Vrijstellingsbesluit vereist dat een DAEB duidelijk omschreven is en dat een onderneming door middel van een besluit het beheer krijgt aangewezen. Artikel 5 vereist dat de compensatie niet hoger is dan nodig is om de netto – kosten van de DAEB-activiteiten te dekken. Hiertoe dienen de lidstaten strikte en complexe specifieke kostenberekenningsmethodes toe te

95 Mededeling van de Commissie over de modernisering van het staatssteunbeleid, *PbEU* (2012), paragraaf 19. Parafrazering door auteur dezes.

96 Verouden & Ibáñez-Colomo 2018, p. 152; Van Buijen & Rose, 2016, p.227; Van de Castele 2021, p. 217-222; Hessel 2009, p.59-66.

97 Gerecht EU, 25 april 2018, gevoegde zaken T-554/15 en T-555/15, *Hongarije t Commissie (Hongaarse tabaksindustrie)*, r.o. 150.

98 Werner & Verouden 2017, p. 460. Gallo & Mariotti 2021, p. 323-342; Sinnaeve 2012, p. 347-367.

99 Zie hoofdstuk 2.

100 Zie artikel 3 DAEB-Vrijstellingsbesluit.

passen.¹⁰¹ In samenhang met de mededeling over DAEB en staatssteun stelt het DAEB Vrijstellingsbesluit nadere materiële voorwaarden over een efficiënte besteding van de DAEB-compensatie, inclusief een redelijke winst.¹⁰² Zo heeft de Commissie ingekleurd hoe een DAEB op grond van efficiënte parameters kan worden uitgevoerd.¹⁰³ De lidstaten moeten volgens het Hof deze efficiëntievoorwaarden niet als dwingend recht beschouwen. De invulling van de tweede *Altmark*-voorwaarde als efficiëntievoorwaarde is namelijk door het Hof als onwettig aangemerkt in het arrest *Viasat*. Het Hof oordeelde dat noch de tweede *Altmark*-voorwaarde, noch artikel 106, lid 2, VWEU vereist dat lidstaten efficiëntieprikkels opnemen bij het vaststellen van compensatieparameters. (Zie hoofdstuk 2).¹⁰⁴ Verder moet een overheidsinstantie volgens artikel 6 van het DAEB-Vrijstellingsbesluit controleren op overcompensatie. Zij moeten een toezichtmechanisme opzetten en dienen regelmatig (om de drie jaar) controles uit te voeren op de overschrijding van budgetten. In het geval van maximaal 10 % jaarlijkse overcompensatie mag de steunverlenende overheid dit bedrag verevenen met het budget voor het volgende jaar.¹⁰⁵

De belangrijkste materiële wijziging van de vrijstelling, ten opzichte van de eerdere DAEB-Vrijstellingsbeschikking uit 2005 is dat de vrijstellingscategorieën meer ruimte bieden voor DAEB met een lokaal en sociaal karakter.¹⁰⁶ Het DAEB-Vrijstellingsbesluit differentieert tussen verschillende categorieën DAEB. Voor de sociale DAEB, waaronder: medische zorg, kinderopvang, sociale huisvesting, toegang tot de arbeidsmarkt en zorg- en welzijnswerk, geldt geen aanmeldingsplafond.¹⁰⁷ Lidstaten hebben in aanvulling op de bestaande beleidsruimte voor DAEB-omschrijvingen een beleidsruimte om sociale DAEB te omschrijven op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit, zolang er sprake is van “duidelijk afgebakende sociale diensten die voorzien in sociale behoeften met betrekking tot gezondheidszorg en langdurige zorg, kinderopvang, toegang tot de arbeidsmarkt en herintreding, sociale huisvesting en de zorg voor en sociale inclusie van

101 Zo noemt artikel 5 lid 2 van het DAEB Vrijstellingsbesluit twee methoden om de nettokosten van de DAEB-compensatie te berekenen: 1) De methode van kostentoerekening. Alleen de netto-kosten die betrekking hebben op de DAEB worden gecompenseerd. 2) De zogeheten *Net Avoided Cost* (NAC) methode. Het verschil tussen de netto-kosten van de onderneming incl. de kosten die de DAEB met zich mee brengt en de netto-kosten of nettowinst van dezelfde onderneming is het compensatiebedrag. Zie Werner & Verouden 2017, p. 465.

102 Mededeling over DAEB en staatssteun, *PbEU* 2012, punt 61, 70.

103 Werner & Verouden 2017, p. 461-462.

104 Zie ook Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*, r.o. 70, 74-76; Gerecht EU, 24 september 2015, T-674/11, r.o. 104-105.

105 Zie Artikel 6 van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

106 Zie Hoofdstuk 2, paragraaf 3.3.

107 Zie artikel 2, lid 1, sub b en c van het DAEB-Vrijstellingsbesluit; Zie ook Ministerie van BZK, *Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang*, 14 juli 2014, Den Haag, te vinden op <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2014/07/Handreiking-DAEB-2014.pdf>.

kwetsbare groepen.”¹⁰⁸ Voor andere DAEB-activiteiten geldt de algemene drempel van € 15 miljoen euro per DAEB-beheerder.¹⁰⁹ De looptijd voor een DAEB is in principe tien jaar, “tenzij een aanzienlijke investering wordt geveerd, die, in overeenstemming met algemeen aanvaarde boekhoudkundige beginselen, over een langere periode moet worden afgeschreven.”¹¹⁰

Om een effectief toezicht te houden op de DAEB-compensatie moet de DAEB-beheerder een gescheiden boekhouding hanteren.¹¹¹ Ook moeten de lidstaten tweejaarlijks aan de Commissie rapporteren over de uitgaven (kwantitatief) en de omvang en invulling van de DAEB (kwalitatief).¹¹²

3.3 Gedecentraliseerde handhaving: het ontstaan van gedeelde handhavingsbevoegdheden

Sinds de staatssteunmodernisering van 2012 heeft de Commissie de verantwoordelijkheid voor een correcte toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU en de vrijgestelde categorieën voor artikel 107, lid 2 en 3 VWEU en 106, lid 2, VWEU in de *ex ante* fase hoofdzakelijk bij de lidstaten gelegd.¹¹³ Volgens het huidige handhavingsbeleid van de Commissie moeten steunverlenende overheden eerst nagaan of artikel 107, lid 1, VWEU volgens de mededeling over het staatssteunbegrip, van toepassing is. Vervolgens moeten zij – op voordracht van de Commissie – “nadrukkelijker hun verantwoordelijkheid nemen” in het *ex ante* toezicht op de toepassingen van vrijstellingen.¹¹⁴ Daarnaast verwacht de Commissie van de lidstaten ook verbeteringen in de verslaglegging over steun, in de *ex post* fase, in het bijzonder ten aanzien van maatregelen die de € 100.000 overschrijden.¹¹⁵ De Commissie heeft daarom de lidstaten opgedragen te voldoen aan “betere medewerking wat betreft de kwaliteit en snelheid” van kennisgevingen en

108 Zie considerans 11 van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

109 Artikel 2, lid 1, sub a, DAEB-Vrijstellingsbesluit. Vervoer is in beginsel uitgesloten met uitzondering van specifieke voorwaarden voor verbindingen met luchthavens en zeehavens met eilanden

110 Artikel 2, lid 2, DAEB-Vrijstellingsbesluit.

111 Artikel 5, lid 9, DAEB-Vrijstellingsbesluit.

112 Artikel 9 DAEB-Vrijstellingsbesluit.

113 Adriaanse 2013, p. 514-536.

114 Mededeling van de Commissie inzake de staatssteunmodernisatie 08/05/2012, COM(2012) 209 final.

115 Speech Eurocommissaris Almunia, 7 juni 2012, ‘The modernisation initiative’, te vinden op http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-424_en.htm. Handreiking Transparency Award Module, Ministerie van BZK, juli 2023; te vinden op: https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2023/07/CSDO-Handleiding-voor-de-TAM.-v_1.7.2023-v2.pdf. Het drempelbedrag voor transparantiepublicatie is voor AGVV-steun → € 100.000 (voor 2023 was dit bedrag € 500.000). zie <https://europadecentraal.nl/onderwerp/staatssteun/procedures-staatssteun/transparantie/>.

rapportages.¹¹⁶ Bovendien moeten zij volgens de Commissie “in het kader van private handhaving, doeltreffende nationale systemen opzetten, die de naleving van de toepassingen door overheden verzekeren.”¹¹⁷ Adriaanse bespeurt hier een verschuiving naar gedecentraliseerd toezicht en noemt het belang van staatssteuncoördinatie, bijvoorbeeld door de oprichting van staatssteunautoriteiten, die in de *ex ante* fase toezicht houden op de toepassing van staatssteunvrijstellingen.¹¹⁸ Ten aanzien van vrijgestelde DAEB-steunmaatregelen ziet Fiedziuk in deze verplichtingen eveneens een decentralisatie op het gebied van toezicht op de naleving van verenigbaarheidsvoorwaarden.¹¹⁹

Omdat de term “decentralisatie” inderdaad uitgelegd kan worden als de decentralisatie van bevoegdheden op gebied van handhaving en verenigbaarheid, spreekt de Commissie liever van “het verbeteren van coördinatie en het vergroten van de verantwoordelijkheden voor toepassing en naleving van verplichtingen.”¹²⁰ Bij de modernisering van het staatssteuntoezicht op de vrijstellingen heeft de Commissie geen decentralisatie van toezichtsbevoegdheden vergelijkbaar aan Verordening 1/2003 in het Europese mededingingsrecht voorgestaan.¹²¹ Op grond van deze verordening heeft de Commissie aan de mededingingsautoriteiten en nationale rechters de bevoegdheid gegeven om de artikelen 101, lid 1, VWEU en 102 VWEU, toe te passen, alsmede de rechtvaardigingsgronden van artikel 101, lid 3, VWEU.¹²² Met het oog op een meer doeltreffend toezicht en een vereenvoudiging van de administratieve controle kent Verordening 1/2003 rechtstreekse werking toe aan de verbodsbepalingen én uitzonderingsgronden.¹²³ In dat kader heeft de Commissie het eerdere gecentraliseerde handhavingssysteem (en de bijkomende aanmeldingsverplichtingen) opgeheven en omgezet in een gedecentraliseerd handhavingssysteem met

116 Munoz de Juan 2018, p. 483.

117 Mededeling van de Commissie inzake de staatssteunmodernisatie, 8 mei 2012, COM(2012) 209 final; Gedragscode van de Commissie voor een goed verloop van de staatssteunprocedures, 19 juli 2018, *PbEU* 2018 C 253/05; Zie Colombo 2019, p. 292-316.

118 Adriaanse 2013, p. 514.

119 Fiedziuk 2013a, p. 105, 109, 122; Fiedziuk 2013b, p. 387-408.

120 Zie de Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures (2018/C 253/05).

121 Speech Eurocommissaris Almunia, 7 juni 2012, ‘The modernisation initiative’, te vinden op http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-424_en.htm. Zie ook het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité, 14 november 2012, State aid modernisation, INT/647-EESC-2012-1689, COM(2012) 209 final, OJ C 11, 15.1.2013, p. 49. Het EESC legt de link tussen effectieve handhaving en het oprichten van nationale staatssteunagentschappen.

122 Swaak & van der Woude, 2019 p. 765-778; Wils 2013, p.52.

123 Verordening 1/2003/EG van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (thans de artikelen 101 en 102 VWEU).

onderscheidende maar ook overlappende handhavingsbevoegdheden voor de mededingingsautoriteiten, nationale rechters en de Commissie.

Ten tijde van de staatssteunmodernisering heeft toenmalig Eurocommissaris Mededinging Joãoquin Almunia de oprichting van nationale staatssteunagentschappen overigens afgewezen “aangezien het Verdrag de Commissie, én uitsluitend de Commissie, de bevoegdheid geeft om het staatssteunrecht op de interne markt te handhaven”.¹²⁴ Almunia voegde hier aan toe: “De staatssteunmodernisering kan én zal deze bevoegdheid niet veranderen. Wat wij willen proberen te doen, is meer verantwoordelijkheid te plaatsen op de schouders van de lidstaten.”¹²⁵ Een opmerkelijke uitspraak omdat reeds ten tijde van het decentralisatieproces van de artikelen 101 en 102 VWEU er onder wetenschappers consensus bestond dat ook nationale rechters, nationale rekenkamers en nationale staatssteuntoezichthouders reeds betrokken waren bij de handhaving van de artikelen 107, lid 1 jo. 108, lid 3, VWEU.¹²⁶ Daarom bestond er al een vorm van decentralisatie en gedeeld toezicht op staatssteun tussen de lidstaten en de Commissie.¹²⁷ In het bijzonder ten aanzien van de monitoring van bestaande en nieuwe staatssteun zijn er al decennia decentralisatieontwikkelingen te bespeuren, waar het beginsel van loyale samenwerking de handhavingsverdeling inkleurt.¹²⁸

Met de modernisering heeft de Commissie hoofdzakelijk een verschuiving van de werklust van haar diensten naar de lidstaten willen bewerkstelligen. Het betreft hier de *ex ante* beoordelingen van artikel 107, lid 1, VWEU en van de groepsvrijstellingen. Deze verschuiving moest volgens de Commissie vooral geen nieuwe bevoegdheden toekennen.¹²⁹ Echter, zoals A-G Tachev in zijn opinie bij *BMW t Commissie* uiteenzette, komt in het stelsel van groepsvrijstellingen, gelet op de machtigingsverordening, wel een “decentralisatie van het toezicht op staatssteun” tot uitdrukking.¹³⁰ Volgens A-G Tachev beoogt de machtigingsverordening dat “de Commissie niet langer zaken moet onderzoeken in situaties waarin zij een groot aantal aanmeldingen

124 Speech Eurocommissaris Almunia, 7 juni 2012, ‘The modernisation initiative’, te vinden op http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-424_en.htm.

125 Speech Eurocommissaris Almunia, 7 juni 2012, ‘The modernisation initiative’, te vinden op http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-424_en.htm. “The Treaty gives to the Commission – and to the Commission alone – the responsibility to enforce State aid law in the internal market. The State aid modernisation initiative cannot and will not change this provision. What the initiative will try to do is to put more responsibility on the shoulders of EU countries.”

126 Zie bijvoorbeeld Ehlerman & Amato 1999, p. 471-666.

127 Kreuzschitz 2016, p. 451.

128 Munoz de Juan 2018, p. 483.

129 Mededeling van de Commissie inzake de staatssteunmodernisatie, 08/05/2012, COM(2012) 209 final. De Gedragscode procedures benadrukt dat deze mededeling “geen nieuwe rechten” toekent. Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures (2018/C 253/05), par. 8.

130 Conclusie A-G Tachev C-654/17, 3 april 2019, *BMW t Commissie*.

krijgt met als voornemen de invoering of wijziging van steunmaatregelen die verenigbaar geacht worden met de interne markt omdat zij voldoen aan de door de Commissie vastgestelde verenigbaarheidscriteria.”¹³¹

Bezien vanuit de context van de machtigingsverordening en de rechtsbases van de twee groepsvrijstellingen zijn er daarom wel degelijk parallellen te trekken met het delegatieproces van toezichtsbevoegdheden aan de nationale rechters en nationale mededingingsautoriteiten zoals dat onder Verordening 1/2003 geschiedde.¹³² Zo bestaan er inmiddels verschillende werkgroepen zoals een “Adviescomité Staatssteun” en een “*State aid modernisation working group*” waarin de lidstaten en de Commissie ervaringen en praktische uitwisselen, vergelijkbaar aan het European Competition Network, en waar handhavingsbeleid van de Commissie in samenwerking met de lidstaten verfijnd en gecoördineerd wordt.¹³³ Bovendien waarborgt dit netwerk de actieve participatie van lidstaten in een netwerk van wederzijdse sturing op prioriteiten van *ex ante* en *ex post* handhaving van de artikelen 107, lid 1 t/m 3, 106, lid 2, en 108 VWEU.¹³⁴ Hiertoe heeft de Commissie instrumenten toegekend zoals de zogeheten “portefeuillebenadering” waarbij “lidstaten de diensten van de Commissie kunnen verzoeken om voor zaken die zij als prioritair beschouwen, een voorspelbaarder tijdschema aan te houden.”¹³⁵ Vergelijkbaar aan de doelstellingen van verordening 1/2003 heeft de procedureverordening ook samenwerkingsmechanismen tussen de lidstaten en de Commissie opgezet.¹³⁶ Zo voorziet de procedureverordening in de mogelijkheid tot *amicus curiae* verzoeken of interventies in nationale rechterlijke procedures en kan de Commissie een beroep doen op nationale (mededingings-) autoriteiten bij marktanalyses in het kader van klachtenprocedures of voorlopige of formele onderzoeksprocedures.¹³⁷ Ook kan de Commissie het voordeel van de groepsvrijstelling

131 Conclusie A-G Tanchev C-654/17, 3 april 2019, *BMW t Commissie*, randnummer 98. Zie ook punt 2.1 van het advies van het Economisch en Sociaal Comité over het „Voorstel voor een verordening (EG) van de Raad betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EG-Verdrag op bepaalde soorten van steunmaatregelen” (PB 1998, C 129, blz. 70).

132 Zie Anestis 2012, p. 551-555.

133 Zie Negenman 2011, p. p. 621-627. Zie Gedragscode van de Commissie voor een goed verloop van de staatssteunprocedures, 19 juli 2018, *PbEU* 2018 C 253/05, punten 88-91; Sinds de staatssteunmodernisering bestaat er een werkgroep voor de State Aid Modernisation waarin de Europese Commissie en de lidstaten deelnemen en ervaringen in staatssteunhandhaving uitwisselen. Zie Commissie Staff Working Document over Fitness Checks voor de Staatssteunmodernisering, Brussel, 2020, SEC(2020) 372 final} – {SWD(2020) 258 final, p. 32.

Press release State aid: Commission invites comments on simplified rules for State aid combined with EU support, Brussels, 27 juni 2019.

134 Colombo 2019, p. 292-316.

135 Gedragscode van de Commissie voor een goed verloop van de staatssteunprocedures, 19 juli 2018, *PbEU* 2018 C 253/05.

136 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

137 Zie artikel 29 van de procedureverordening.

intrekken ten aanzien van vrijgestelde steuncategorieën of bepaalde nationale autoriteiten in het geval van niet – naleving.¹³⁸ In het geval partijen een klachtprocedure starten bij de Commissie, terwijl zij zich reeds tot de nationale rechter hebben gewend, dan beschouwt de Commissie deze klachten als non-prioritair.¹³⁹

De inzet van deze handhavingsinstrumenten, in samenwerking met de autoriteiten en rechters van de lidstaten is onmiskenbaar geïnspireerd op het doel en de werking van Verordening 1/2003.¹⁴⁰ En hoewel de machtigingsverordening geen bepaling bevat op grond waarvan de lidstaten een algemene bevoegdheid krijgen om rechtstreeks de verenigbaarheid van steunmaatregelen te beoordelen, draagt de machtigingsverordening de Commissie op om haar exclusieve bevoegdheid tot handhaving van de verenigbaarheidsvoorwaarden van de groepsvrijstellingen te delen.¹⁴¹ Op grond van de machtigingsverordening mag opgemaakt worden dat de beoordeling inzake de verenigbaarheid van steun met de interne markt hoofdzakelijk, maar niet uitsluitend, toekomt aan de Commissie.¹⁴² Deze lezing doet ten eerste recht aan de aan de specifieke bevoegdheid die de Raad heeft om in bijzondere gevallen de verenigbaarheid van staatssteun te beoordelen.¹⁴³ Meer nadrukkelijk onderkent deze passage tevens de nieuwe realiteit van een gedeelde handhavingsstructuur voor vrijgestelde steun, waarbij de Raad de Commissie heeft opdragen om “in nauwe en voortdurende samenwerking met de lidstaten, de werkingssfeer van groepsvrijstellingen en de daaraan verbonden voorwaarden te omschrijven.”¹⁴⁴ De bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Commissie luistert hier nauw. De Commissie moet duidelijke procedurele en materiële verenigbaarheidsvoorwaarden vaststellen voor de lidstaten. De lidstaten moeten binnen dit rechtskader van verenigbaarheidsvoorwaarden steunmaatregelen beoordelen op grond van de artikelen 107, lid 2 en 3 en artikel 106, lid 2, VWEU, en de bijzondere afwijkingen op artikel 108, lid 3, VWEU die in de groepsvrijstellingen vermeld staan. Voor de coördinatie van samenwerkingsbeleid wordt het eerdergenoemde adviescomité als het Europees Staatssteunnetwerk periodiek bij wet- en regelgevingsinitiatieven, handhavingsprioriteiten en toepassingsproblemen geconsulteerd.¹⁴⁵

138 Zie ter vergelijking de artikelen 10 AGVV en artikel 38 lid 1 van verordening 1/2003.

139 Zie de gedragscode van de Commissie voor een goed verloop van de staatssteunprocedures, 19 juli 2018, *PbEU* 2018 C 253/05, paragraaf 76.

140 Colombo 2019, p. 292-316.

141 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

142 Zie overweging 2 van de verordening van de Raad 2015-1588/EU, *PbEU* (2015) (hierna: “Machtigingsverordening”).

143 Gilliams 2019, p. 3-5; Lageard 2004, p. 273-292.

144 Overweging 26 van de Machtigingsverordening.

145 Press release State aid: Commission invites comments on simplified rules for State aid combined with EU support Brussels, 27 June 2019.

Ondanks de nieuwe handhavingsstructuur, waar de machtigingsverordening aan ten grondslag lag, wordt deze nieuwe realiteit in de rechtspraak van het Hof van Justitie nog maar ten dele onderkend. Zo stelt het Hof de bevoegdheden van de lidstaten ten aanzien van vrijgestelde steun niet gelijk aan een *ex ante* verenigbaarheidsbeoordeling.¹⁴⁶ Het Hof ziet de exclusieve bevoegdheid die de Commissie heeft krachtens van het primair recht om steunmaatregelen op verenigbaarheid te beoordelen vooralsnog als ondeelbaar en onoverdraagbaar.¹⁴⁷ Daarom beschouwt het Hof dat de lidstaten bevoegd zijn om een voorwaardelijke-, maar niet een definitieve, beoordeling te maken over de verenigbaarheid van een AGVV-maatregel.¹⁴⁸ Deze lezing is verklaarbaar omdat de Commissie altijd nog bevoegd is om onderzoek een onderzoek te starten naar de verenigbaarheid van de maatregelen. Het Hof heeft echter mogelijk niet in overweging genomen dat elk besluit over de verenigbaarheidsstatus, of dat afkomstig is van de Commissie, Raad of genomen wordt door een nationale overheid of de nationale rechter op grond van een groepsvrijstelling, aan (uitvoerings-) voorwaarden onderhevig is. Worden deze voorwaarden voor verenigbaarheid geschonden, dan is de Commissie inderdaad de aangewezen instantie om de niet-naleving van verenigbaarheidsvoorwaarden te onderzoeken volgens de procedureverordening.¹⁴⁹ Als nationale autoriteiten de voorwaarden dus niet correct uitvoeren, dan kan de Commissie altijd een onderzoek starten, of dit nu gaat om AGVV-toepassingen door de lidstaten of om de uitvoering van besluiten van de Commissie op grond van de Verdragsuitzonderingen.¹⁵⁰

De bovenstaande normatieve invulling van de beoordeling op verenigbaarheid door autoriteiten van de lidstaten binnen vrijstellingskaders gaat uit van een *de facto* juridische realiteit op het gebied van meervoudig toezicht. In zijn onderzoek naar convergenties en decentralisaties in het markttoezicht van de Unie heeft Van Cleynenbreugel inzichtelijk gemaakt dat een exclusieve bevoegdheid voor de Unie niet uitsluit dat deze gedeeld kan worden met de lidstaten.¹⁵¹ In deze context is de uitoefening van gedeelde handhavingsbevoegdheden door zowel lidstaten als de Commissie niet in strijd met de idee van exclusiviteit van het toezicht op verenigbaarheid.¹⁵² De bevoegdheid om verenigbaarheid te beoordelen van vrijgestelde steun is op grond van secundaire rechtskaders, *in casu* de groepsvrijstellingen, aan de lidstaten gedelegeerd, onder strikte voorwaarden. De Commissie, als

146 HvJ EU, 29 juli 2019, C-654/17, *BMW t Commissie*, r.o. 134.

147 HvJ EU, 29 juli 2019, C-654/17, *BMW t Commissie*, r.o. 142, 144, 149; Conclusie A-G Tanchev C-654/17, 3 april 2019, *BMW t Commissie*, randnummer 100.

148 HvJ EU, 29 juli 2019, C-654/17, *BMW t Commissie*, r.o. 142, 144. Zie ook HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 56, 85.

149 Zie artikel 20 van de procedureverordening inzake de procedures over misbruik van steun.

150 Quigley 2015, p. 540-552.

151 Van Cleynenbreugel 2014c, p. 162-178; Van Cleynenbreugel 2015, p. 275-279.

152 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

gemandateerde, blijft ten aanzien van deze beoordeling *primus inter pares* en kan de voorwaarden voor verenigbaarheid, in overleg met het staatssteunadviescomité van de lidstaten nader inkaderen, herschikken of herroepen.¹⁵³ Zo heeft de Commissie ten tijde van de COVID-19-crisis de AGVV – na rugenspraak met de lidstaten – van toepassing verklaard op ondernemingen die – als gevolg van de crisis – in financiële moeilijkheden verkeerden.¹⁵⁴

De bovengenoemde bevoegdheidsverdeling tussen actoren van Unierecht bestaat reeds in de institutionele werkingssfeer van het staatssteunrecht.¹⁵⁵ Zo wordt de uitoefening van de bevoegdheid tot verenigbaarheidsbeoordeling tussen de Commissie en Raad volgens het primaire Unierecht geregeld door het blokkerende effect van het beginsel van *pre-emption* (“terzijdestelling”).¹⁵⁶

Dit constitutionele beginsel vormt een praktische gevolgtrekking van de beginselen van voorrang en loyale samenwerking in een situatie waarin een bevoegdheidsconflict tussen verschillende bevoegde Unierechtelijke actoren kan ontstaan.¹⁵⁷

In het geval de Commissie nog geen onderzoeksprocedure heeft ingeleid,

153 *Idem.* Zo heeft de Commissie op verzoek van de lidstaten per 2 juli 2020 de AGVV tijdelijk van toepassing verklaard op ondernemingen in moeilijkheden. Deze tijdelijke aanpassing van de AGVV loopt tot juli 2021 en is bedoeld om lidstaten meer horizontale steun te laten verlenen aan ondernemingen die per 1 januari 2020, door de economische gevolgen van COVID-19, in de problemen zijn gekomen. Zie verordening EU/2020/972, 2 juli 2020, Aanpassing van verordening EU/1407/2013 (Aanpassing AGVV vanwege COVID-19).

154 Hierdoor kon de Commissie zich op crisissteunzaken richten met een grote impact op de interne markt en werd aan de lidstaten beleidsruimte geboden om “kleinere” crisissteunmaatregelen vanwege de bijzondere omstandigheden in lijn te brengen met de AGVV. Artikel 2 Verordening (EU) 2020/972 van de Commissie van 2 juli 2020 tot wijziging van Verordening (EU) 1407/2013 en tot wijziging van Verordening (EU) 651/2014. Zo stelt de Europese Commissie bij aanvang van de crisis in de Mededeling van 3 maart 2020, getiteld ‘*Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak*’ in paragraaf 5 (“state aid”) dat de AGVV met enkele aanpassingen, de mogelijkheid biedt om steun voor de economische gevolgen van COVID-19 te verlenen zonder tussenkomst van de Commissie; Mededeling van de Commissie van 22 januari 2009: Tijdelijke communautaire kaderregeling inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering in de huidige financiële en economische crisis (2009/C 16/01), paragraaf 3.

155 HvJ EU, 4 december 2013, zaken C-111/10, C-117/10, C-118/10, C-121/10, *Commissie t Raad (Landbouwsteun financiële crisis)*, C-111/10, r.o. 45-48, 72, 98.

156 Het Hof maakt een duidelijk onderscheid in de Franse en Engelstalige versies van haar rechtspraak tussen “primacy” en “pre-emption”. In de Nederlandstalige versies wordt het beginsel van pre-emptie vaak vertaald als “voorrang”, maar dit rechtsfiguur moet juist eerder als een gevolgtrekking van voorrang van Unierecht gezien worden, waarbij de uitoefening van een gedeelde bevoegdheid door de ene bevoegde actor (Unie-instelling of agentschap of lidstaat) een gelijktijdige uitoefening door de andere bevoegde actor blokkeert. Daarom spreekt het Hof ook wel van “toe-eigening”, “terzijdestelling” of “vooruitlopen”. Zie ook de conclusies van A-G Mengozzi, 12 februari 2015, C-18/14, *CO Sociedad de Gestión*, randnummer 32, voetnoot 2.

157 Lenaerts & Van Nuffel 2017, p. 84; Timmermans, 2014, p. 155-167. Weatherill 1994, p. 18.

en daarmee geen standpunt heeft ingenomen over de verenigbaarheid van een steunmaatregel, kan de Raad, binnen het beoordelingskader van artikel 108, lid 2, VWEU een steunmaatregel op verenigbaarheid onderzoeken.¹⁵⁸ Daarmee eigent de Raad de bevoegdheidsoefening rechtmatig toe en stelt hij de uitoefening door de Commissie terzijde.¹⁵⁹ Dit geldt ook *vice versa* wanneer de Commissie een onderzoek instelt, op terreinen waar de Raad bevoegd is. Zodra de ene bevoegde toezichthouder een onderzoek start, mag de andere bevoegde toezichthouder dat onderzoek niet dwarsbomen door zijn onderzoeksbevoegdheid in te zetten.¹⁶⁰ Het beginsel van terzijdestelling vormt in het geval van een bevoegdheidsconflicten zo een constitutioneel waarborgen tegen het ontstaan van conflicterende besluiten.¹⁶¹

Resumerend kan er wel degelijk gesproken worden van een decentralisatie van *ex ante* toezichtsbevoegdheden op grond van de artikelen 107, lid 3, en artikel 106, lid 2, VWEU. De uitoefening van deze bevoegdheden wordt door het Hof vooralsnog niet gelijkgesteld aan een bevoegdheid tot verenigbaarheid, gezien het voorwaardelijke karakter. Echter, omdat deze voorwaarden direct herleidbaar zijn tot doelstellingen van Uniebelang en de basisbeginselen van transparantie, non-discriminatie, geschiktheid en noodzakelijkheid, hebben de nieuwe bevoegdheden van de lidstaten veel kenmerken gemeen met een verenigbaarheidsbeoordeling. De doelstellingen van artikel 108 VWEU en de machtigingsverordening sluiten in elk geval een dergelijke beoordeling door andere actoren niet uit, noch volgt hier uit dat een exclusieve bevoegdheid niet gedeeld kan worden.¹⁶²

De beleidsmatige realiteit van de staatssteundecentralisatie is in elk geval de toepassing van een groepsvrijstelling – inhoudende een preventieve staatssteuncontrole op de formele en materiële randvoorwaarden voor verenigbaarheid – bovenal een beleidskeuze is van een overheid die gericht is op verenigbaarheid.¹⁶³ Door een vrijstellingsmogelijkheid toe te passen kan bovendien afgeweken worden van de verplichting tot voorafgaande melding. Daartegenover staat dat een dergelijk overheidsbesluit vooralsnog geen rechtszekerheid biedt voor de steunontvanger, omdat de Commissie in potentie altijd nog een onderzoek kan stellen.¹⁶⁴ In praktijk gebeurt dit slechts in geringe mate, hoewel uit steekproeven van de Europese Reken-

158 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

159 *Idem.*

160 *Idem.*

161 HvJ EU, 29 juni 2004, C-110/02, *Commissie t Raad*, r.o 26, 36. Zie ook de Conclusie van A-G Jacobs, 11 december 2003, *Commissie t Raad*, randnummers 20-24.

162 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

163 Sinnaeve 2001, p. 1479-1495; Hessel 2009, p.59-66.

164 Luja 2012, p. 765-767.

kamer volgt dat AGVV-toepassingen achteraf een relatief hoge foutmarge bevatten.¹⁶⁵

3.5 Tussenconclusie: naar een meer gedecentraliseerde handhaving

De constitutionele verbintenis van artikel 107, lid 1, VWEU zoals uiteengezet door het Hof in *Costa Enel* en *Capalongo*, berust inmiddels niet meer op dezelfde situatie. In vergelijking met

de toenmalige context van het ontluikende EEG – staatssteuntoezicht is het gebod tot gelijke behandeling van ondernemingen en het verbod om onrechtmatige staatssteun te verlenen geen technische aangelegenheid meer die exclusief is voorbehouden aan de Commissie. De rechtspraak van het Hof gedurende de referentieperiode van dit onderzoek toont aan dat de kwalificatie van een steunmaatregel op grond van artikel 107, lid 1, VWEU door steun verlenende overheden en nationale rechters inmiddels verricht kan worden op grond van objectieve maatstaven. Binnen zijn bevoegdheden en de omvang van het geschil kan de nationale rechter materieelrechtelijke keuzes van steunverlenende overheden op rechtmatigheid beoordelen op grond van alle elementen van het staatssteunbegrip.¹⁶⁶ Krachtens artikel 108, lid 3, VWEU dient de nationale rechter – op grond van deze feitelijke analyse – alle procedureelrechtelijke gevolgtrekkingen hieraan verbinden. Een aansluitende ontwikkeling van de verbreding en de verdieping van de oorspronkelijke staatssteunverbintenis vormen de aanvullende verantwoordelijkheden van de lidstaten om de groepsvrijstellingen voor de artikelen 107, lid 3, VWEU en 106, lid 2, VWEU toe te passen. Deze ontwikkeling maakt duidelijk dat de Commissie de lidstaten vertrouwt dat zij het staatssteunbegrip kunnen toepassen, en tot op zekere hoogte een *preventieve* beoordeling op verenigbaarheid met de interne markt kunnen verrichten, binnen de randvoorwaarden van de groepsvrijstellingen. Van een technische bepaling die exclusief de beoordeling van de Commissie vereist, heeft artikel 107, lid 1, VWEU zich daarom de afgelopen jaren verder ontwikkeld tot een objectieve toepassing die toegepast moet worden door nationale

165 Munoz de Juan 2018, p. 483-493. De Europese Rekenkamer heeft herhaaldelijk de Commissie aangespoord om in het kader van rechtmatigheid meer ex post controles te verrichten op de toepassing van de groepsvrijstellingen. Ten aanzien van blokvrijstellingen constateert de Europese Rekenkamer d.m.v. een steekproef bijv. een foutmarge van 12% gevolgen heeft voor de verenigbaarheid. Zie verslag Europese Rekenkamer, 'Meer inspanningen nodig om te zorgen voor grotere bekendheid en voor naleving van de staatssteunregels in het kader van het cohesiebeleid' Luxemburg: Bureau voor publicaties van de EU, 2016, p. 34 (te vinden op: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR16_24/SR_STATE_AIDS_NL.pdf).

166 Zie conclusie A-G Wissink voor de uitspraak van de Hoge Raad der Nederlanden, 11 december 2020, *Stichting Karmedia t Gemeente Rotterdam*, ECLI:NL:PHR:2020:562, r.o. 3.20.1-3.20.2.

actoren, in samenhang met artikel 108, lid 3, VWEU of in afwijking hiervan op grond van de groepsvrijstellingen.

Desondanks blijven spanningsvelden bestaan tussen de beoordeling op staatssteun en de beoordeling op verenigbaarheid. Het eerste spanningsveld vormen de beleidsmatige leidraden van de Commissie ten aanzien van onderdelen van het staatssteunbegrip. Door voor deze belangenafwegingen nadere toepassingsleidraden (zoals voor “sociale en lokale steun”) te formuleren heeft de Commissie hoofdzakelijk beoogd een flexibilisering en vereenvoudiging van de administratieve procedures voor overheden mogelijk te maken. Desondanks botst deze beleidsmatige benadering van staatssteun met de *sec* juridische benadering van het Hof. Steunverlenende overheden krijgen zo een keuzemogelijkheid tussen een standaard uit de jurisprudentie of een afwijking hierop die door de Commissie in een leidraad is vastgelegd. Deze twee benaderingen plaatsen eveneens de nationale rechter in een eventueel keuzeconflict tussen botsende toepassingen die door partijen in een nationale procedure kunnen worden ingeroepen. Bijkomend kan deze rechtsonzekerheid nationale rechters ertoe aanzetten de kwalificatie van het begrip staatssteun categorisch ter controle voor te leggen aan de Commissie; een ontwikkeling die zowel het Hof én de Commissie onwenselijk zullen achten en bijdraagt aan rechtsonzekerheid. In lijn met de het onderzoek naar de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechter door Metselaar kan daarom ook vanuit de analyse van artikel 107, lid 1, VWEU bevestigd worden dat op dit moment “de nationale rechter niet voldoende de teruggred van de Commissie als handhaver van het staatssteunverbod kan opvangen.”¹⁶⁷

Eerder komt deze teruggred in de Commissiecontrole op de toepassing van (groeps-) vrijstellingsmogelijkheden te liggen.¹⁶⁸ De Raad heeft immers de groepsvrijstellingen rechtstreeks toepasselijk verklaard in procedures voor de nationale rechter en lidstaten moeten zelf “doeltreffende controlemechanismen” opzetten om de Commissie administratief te ontlasten, omdat de

167 Metselaar 2016, zie stelling 1, zie ook p. 251, 369, 397-398.

168 De Cock, 2020, p. 82; Zie Metselaar 2016, p. 108: “In de steeds belangrijker wordende gevallen waarin steunmaatregelen van aanmelding en goedkeuring zijn vrijgesteld, op basis van met name de Algemene groepsvrijstellingsverordening en het DAEB-besluit, moet de rechter controleren of aan de voorwaarden van de toepasselijke regelgeving is voldaan. Zijn rol is hier in potentie een beduidende, nu ernstig kan worden getwijfeld aan het vermogen van de Commissie om op vrijgestelde steun voldoende *ex post* toezicht uit te oefenen.”

Commissie anders de veelomvattende onderzoeks- en handhavingstaken op grond van artikel 108 VWEU niet meer aankan.¹⁶⁹

In dat kader is het niet alleen meer de vraag of een decentralisatie wenselijk is, maar in welke mate een decentralisatie reeds heeft plaatsgevonden.¹⁷⁰ Dit is een vraag waar op dit moment de Commissie en het Hof nader invulling aan zullen moeten geven. De Commissie wil lidstaten onderdeel maken van het handhavingsbeleid, maar haar exclusieve bevoegdheid op verenigbaarheid niet delen analoog aan de werking van Verordening 1/2003. Ook het Hof onderkent dat nationale rechterlijke instanties en nationale autoriteiten bevoegd zijn om te beoordelen of voldaan is aan de specifieke verenigbaarheidsvoorwaarden van de groepsvrijstellingen, maar wil de uitoefening van deze bevoegdheid slechts zien als een voorwaardelijke beoordeling op verenigbaarheid. Deze beoordeling kan volgens het Hof alleen door een Commissiebesluit tot definitieve verenigbaarheidsbeoordeling worden verheven.¹⁷¹ Het Hof beziet dat de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de lidstaten verschuift, maar houdt voorsnog vast aan de oorspronkelijke constitutionele verbintenis uit *Costa t ENEL*.

Deze verdeling is inmiddels door de staatssteunmodernisering van 2012 ingehaald. Om de verandering in het huidige constitutionele evenwicht vast te kunnen leggen moet daarom de vraag onderzocht worden in welke mate deze verplichtingen ook de bevoegdheden toekennen om inhoudelijke belangenafwegingen te verrichten op grond van artikel en 107, lid 3, VWEU en artikel 106, lid 2, VWEU. Daarom wordt de afbakening van deze bevoegdheden aan de hand van deze bepalingen nader geanalyseerd in paragraaf 4 op grond van de huidige rechtspraak van het Hof over de groepsvrijstellingen.

4 TUSSEN TOEPASSING EN HANDHAVING: DE INHOUDELIJKE BELANGENAFWEGINGEN VOOR VRIJGESTELDE STEUN

4.1 Het *ex ante* beoordelingskader voor de toepassing van de AGVV door de lidstaten

De AGVV vormt een systeem van preventief toezicht op nieuwe vrijgestelde steun voor de lidstaten. De AGVV is een zeer gedetailleerde vrijstellings-

169 Overweging 5 van Verordening van de Raad 2015/1588/EU (Machtigingsverordening) luidt: "Groepsvrijstellingsverordeningen zorgen voor transparantie en rechtszekerheid. Zij kunnen, onverminderd de toepassing van artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie en van artikel 267 VWEU, rechtstreeks worden toegepast door de nationale rechtbanken." Zie ook Nicolaides 2023, p. 231-232.

170 Zie voor de wenselijkheid van de decentralisatie van staatssteun Nicolaides 2008, p 552-568.

171 HvJ EU, 29 juli 2019, C-654/17, *BMW t Commissie*, r.o.144.

verordening met zeventien steuncategorieën, die vervolgens 69 specifieke materiële vrijstellingsartikelen beslaan.¹⁷² De toepassing van deze steuncategorieën is gebonden aan de procedurele vereisten van Hoofdstukken I (Gemeenschappelijke bepalingen) en II (Monitoring) en de materiële vereisten van Hoofdstuk III (Specifieke bepalingen voor verschillende categorieën steun). De belangenafwegingen die de lidstaat moeten verrichten, zijn in beginsel ingekaderd door de Commissie. Artikel 3 AGVV bepaalt dat steunmaatregelen die voldoen aan alle voorwaarden van Hoofdstuk I en Hoofdstuk III “verenigbaar zijn met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 2 of 3, VWEU en zijn vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting van artikel 108, lid 3, VWEU.” Voorts moeten lidstaten volgens Hoofdstuk II voldoen aan *ex post* verslaglegging en kan de Commissie alsnog een onderzoek instellen naar de correcte toepassing van de procedurele en materiële voorwaarden van de Hoofdstukken I en III.¹⁷³ De procedurele bepalingen zijn gebaseerd op de beginselen van non-discriminatie, evenredigheid en transparantie. In artikel 1 wordt het toepassingsbereik van de AGVV omschreven en worden bepaalde activiteiten uitgesloten van de werking van artikel 107, lid 1, VWEU, bijvoorbeeld op het gebied van zuiver sociale activiteiten (denk aan bepaalde onderwijs- en onderzoeksactiviteiten).¹⁷⁴ Artikel 2 geeft de toepassingsdefinities weer en omschrijft welke activiteiten geschikt als vrijgestelde steuncategorieën. Met de specifieke vrijstellingsdrempels (artikel 4), vereisten voor stimulerend effect (artikel 6) en de steunintensiteiten (artikel 7) komt het noodzakelijkheidsvereiste tot uitdrukking. Per maatregel kunnen deze vereisten verschillen, naar gelang de omvang en de mogelijke uitwerkingen van de steun op de interne markt. De artikelen 8, 9 en 11 AGVV (publicatie, informatie, verslaglegging en tijdige kennisgeving) vullen het transparantiebeginsel nader in.

In hoofdstuk III van de AGVV heeft de Commissie per materiële vrijstellingsgrond nadere voorwaarden voor ontwerp en uitvoering van steunmaatregelen gesteld. De rechtsbases uit Hoofdstuk III zijn afgeleid van artikel 107, lid 2 en 3, VWEU waarin doelstellingen worden opgesomd die verenigbaar (kunnen) zijn met de interne markt.¹⁷⁵ Binnen de basisbeginselen van de AGVV – transparantie, non-discriminatie en evenredigheid – hebben de lidstaten in Hoofdstuk III van de AGVV een zekere beleidsruimte om de inhoudelijke rechtsbasis voor de beoogde vrijgestelde steun te kiezen.¹⁷⁶ Wanneer lidstaten twijfelen over de toepassing van materiële vrijstellingsgronden kunnen zij de leidraad “Veelgestelde vragen AGVV”

172 Verordening (EU) nr. 2023/1315/EU van de Commissie van 23 juni 2023 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 651/2014 *PbEU* (2023) (Wijzigingsverordening AGVV 2023; Green Deal AGVV). Zie ook Knook 2018.

173 Zie de artikelen 10 en 11 AGVV.

174 Zie considerans 49 van de AGVV.

175 Van Buiren & Rose 2017, p. 236; Van de Castele 2021, p. 217-222.

176 Van Buiren & Rose 2017, p. 224, 236-239, 245-249.

of de database “State Aid Wiki” raadplegen voor praktische richtsnoeren van de Commissie.¹⁷⁷ Een uitwisseling van toepassingsknelpunten van de staatssteunregels kan ook via de staatssteunwerkgroepen die de Europese Commissie met de lidstaten heeft opgezet.¹⁷⁸

Het kiezen van de rechtsbasis heeft gevolgen voor de aard en omvang van de steun, maar ook de nadere implementatie van de steunmaatregelen. Zo bepaalt de rechtsbasis: i) de (groep van) steunontvangers; ii) de kosten die in aanmerking komen voor steun, iii) de hoogte van de steun (d.w.z. de steunintensiteit); iv) het drempelbedrag voor melding; v) de toepasselijkheid van nadere voorwaarden inzake transparantie, evenredigheid en non-discriminatie van de steunmaatregel en in sommige gevallen het steuninstrument (bijvoorbeeld een subsidie of een garantie).¹⁷⁹ De beoordeling van een correcte rechtsbasis vult de beleidsruimte van de lidstaten nader in en vraagt steunverlenende overheden om steunmaatregelen te specificeren en te begrenzen op grond van minimumvoorwaarden.¹⁸⁰ Deze begrenzen zijn soms in de AGVV vormgegeven als specifieke voorwaarden, maar in andere gevallen als gebod om steunmaatregelen te toetsen aan de basisbeginselen van de AGVV. Illustratief voor een nadere voorwaarde die hoofdzakelijk op het evenredigheidsbeginsel berust, is het bepaalde in artikel oud artikel 36 AGVV waarin vastgesteld is dat steunmaatregelen voor milieubescherming alleen evenredig zijn wanneer nationale maatregelen verder gaan dan de bestaande Unienormen.¹⁸¹ Bovendien moeten steunverlenende overheden eerst toetsen aan de (inhoudelijk complexe) rechtsbasis van 36 bis t/m 44 AGVV om te beoordelen of de steunmaatregel niet onder een meer gespecificeerde vrijstellingsgrond valt.¹⁸² Binnen de vrijstellingscategorie voor onderzoek en innovatie is het kiezen van de juiste rechtsbasis een belangrijke beleidsopgave waarbij lidstaten een afweging moeten maken tussen één van de specifieke doelstellingen van de artikelen 25 t/m 30 AGVV en deze doelstelling moeten afwegen tegen

177 Het gaat hier om het Commissiedocument “General Block Exemption Regulation (GBER) – Frequently Asked Questions” – beschikbaar op de website van D-G Mededinging te vinden op http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/gber_practical_faq_en.pdf. Zie ook de conclusie van A-G. Dit document is voor de autoriteiten van de lidstaten in geactualiseerde vorm beschikbaar als „eState Aid Wiki”. Zie Werkdocument Commissie, D-G Regio, ‘Common State Aid Action Plan 2017-2018: Strengthening Administrative Capacity for the Management of the Funds of Member States in the Field of State Aid’, Brussel 2017, par 4.3.3. te vinden op https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/how/improving-investment/state-aid/stateaid_plan2017.pdf. Zie ook conclusie A-G Wathelet voor zaak C-349/17, *Eesti Pagar*, randnummers 66, 83.

178 Zie de Gedragscode van de Commissie voor een goed verloop van de staatssteunprocedures, 19 juli 2018, *PbEU* 2018 C/253/05, par. 88-91.

179 Zie voor een overzicht Van de Castele, p.222-245 Zie ook Aalbers 2021, p. 113-121.

180 Zie bijlage I.

181 Artikel 36, lid 2, AGVV.

182 Artikel 36, lid 1, AGVV. Voor de complexiteit van de toepassing van de AGVV door steunverlenende zie ook Nicolaidis 2023, p.232-233.

de vereisten uit de AGVV op het gebied van transparantie, proportionaliteit en non-discriminatie.¹⁸³ Zo kan het een steunmaatregel die op grond van een onjuiste rechtsbasis in de AGVV gekozen is, aangevochten worden voor de nationale rechter als gevolg van de rechtstreekse toepasselijkheid van de AGVV. Zo oordeelde het CBB dat een subsidie ten onrechte op grond van artikel 25 AGVV als industrieel onderzoek was aangemerkt, terwijl dit experimentele ontwikkeling had moeten zijn.¹⁸⁴

Bij het beoordelen van de rechtsbasis van vrijgestelde steun moeten lidstaten in sommige gevallen belangenafwegingen maken tussen de beoogde algemene belangen van de steunmaatregel en de minimumvoorwaarden van de AGVV.¹⁸⁵ Voor steun voor sportinfrastructuur geldt volgens artikel 55 AGVV eveneens een belangenafweging tussen de doelstelling van toegang tot sportvoorzieningen voor het grote publiek enerzijds en een evenwicht ten aanzien van de marktverhoudingen anderzijds. Zo moet ten minste 20% van de sportcapaciteit gereserveerd zijn voor amateursport. Artikel 55 AGVV vraagt van de steunverlenende overheid om de belangen van profsport, amateursport, maar ook de mededingingsbelangen op de interne markt te wegen bij het implementeren van een van melding vrijgestelde steunmaatregel.¹⁸⁶

4.2 *Ex post* controle op deze belangenafweging door de nationale rechter en de Commissie

Met de AGVV heeft de Commissie een gedetailleerd toepassingskader geschapen, dat volgens de Commissie in beginsel geen ruimte voor interpretatie meer openlaat voor de lidstaten bij het ontwerpen van vrijgestelde steun. Desondanks hebben nationale rechters reeds prejudiciële vragen gesteld over de mogelijke beoordelingsruimte die lidstaten volgens het Unierecht hebben bij de toepassing van de AGVV en de hieraan verbonden begrenzingsen.

In *Nerea t Regione Marche* vroeg een bestuursrechter aan het Hof in welke mate een steunverlenende overheid zelfstandig onderzoek moet doen naar de vervulling van de voorwaarden van AGVV, meer specifiek ten aanzien

183 Zie bijlage I.

184 College van Beroep voor het bedrijfsleven, 6 oktober 2020, *Stichting X t minister van Economische Zaken en Klimaat*, ECLI:NL: CBB:2020:678, r.o. 6: "Industrieel onderzoek en experimentele ontwikkeling is dat industrieel onderzoek is gericht op het verwerven van nieuwe kennis en vaardigheden, terwijl experimentele ontwikkeling is gericht op het verwerven, combineren, vormgeven en gebruiken van bestaande wetenschappelijke, technische, zakelijke en andere relevante kennis en vaardigheden". Zie Al Khatib & Walon 2021, AB 2021/198.

185 Zie bijlage 1.

186 Van Rompuy 2021, p. 841, 842.

van de vraag of de steunontvanger in financiële moeilijkheden verkeert. De AGVV is namelijk (buiten bijzondere omstandigheden zoals de Covid-19-crisis) niet van toepassing op ondernemingen in moeilijkheden.¹⁸⁷ In *Nerea* is het Hof nog terughoudend om in de AGVV een verplichting voor de overheid te lezen die een “autonoom onderzoek verplicht.”¹⁸⁸ Het Hof overwoog dat “de bevoegdheid om volgens de AGVV te steun verlenen”, niet een dergelijk concrete beoordeling vraagt, omdat dit volgens het Hof “in strijd zou zijn met het doel van de vereenvoudiging van steunverlening.”¹⁸⁹

Het Hof laat deze terughoudendheid varen in *Dilly’s Wellnesshotel I*.¹⁹⁰ In deze prejudiciële zaak moest het Oostenrijkse *Bundesfinanzgericht* beoordelen of een energiebelastingmaatregel onder de vrijstellingsgrond van de AGVV 2008 viel (thans artikel 44 AGVV) en daarmee op grond van milieubescherming verenigbaar geacht werd met de interne markt. In *casu* had Oostenrijk deze teruggave aan Dilly’s Wellnesshotel als steunmaatregel kennisgegeven onder de AGVV, maar twijfelde het *Bundesfinanzhof* of er voldaan was aan de formele criteria voor verenigbaarheid. Zo ontbrak in de kennisgeving een verwijzing naar de AGVV en de vindplaats in het Publicatieblad van de EU (hierna: “PbEU”), een verplichting op grond van de toen geldende AGVV 2008.¹⁹¹ Het *Bundesfinanzhof* heeft vervolgens aan het Hof gevraagd of een steunmaatregel van melding is vrijgesteld wanneer niet aan alle procedurele verplichtingen van de AGVV 2008 is voldaan.

Het Hof oordeelde dat een steunmaatregel alleen vrijgesteld is van melding als strikt aan alle materieelrechtelijke én procedureelrechtelijke voorwaarden van de AGVV is voldaan.¹⁹² Dat betekent dat aan *alle* procedurele bepalingen van hoofdstuk I en hoofdstuk II van de AGVV moet worden voldaan, alvorens een materiële vrijstellingsbepaling van hoofdstuk III kan worden ingeroepen.¹⁹³ De steunmaatregel moest derhalve een ‘uitdrukkelijke verwijzing’ naar de AGVV bevatten, waarbij de titel en de vindplaats in het PbEU worden aangehaald. Omdat deze ontbrak, was volgens het Hof niet voldaan aan het dwingende karakter van de AGVV en daarmee was er sprake van onrechtmatige steun volgens artikel 108, lid 3, VWEU.

Deze uitspraak heeft grote implicaties gehad omdat de toepassing van de AGVV voor deze uitspraak vooral een beleidsmatige aangelegenheid was, waarvan de onderliggende beginselen nog niet op grond van de doeltreffendheid van artikel 108, lid 3, VWEU door het Hof waren beoordeeld.¹⁹⁴

187 Zie artikel 1 AGVV. Zie ook van den Gronden 2020, p. 584-595; Marchisio 2020, p. 373-383

188 HvJ EU, 6 juli 2017, C-245/16, *Nerea*, r.o. 35-36.

189 *Idem*.

190 HvJ EU, 21 juli 2016, C-493/14, *Dilly’s Wellnesshotel t Finanzamt Linz* (hierna: *Dilly’s Wellness I*).

191 Inmiddels vereist artikel 9 AGVV 2015 slechts een verwijzing naar de AGVV zelf.

192 HvJ EU, 21 juli 2016, C-493/14, *Dilly’s Wellness I*, r.o. 45-47.

193 HvJ EU, 21 juli 2016, C-493/14, *Dilly’s Wellness I*, r.o. 45, 57.

194 Engelen & Sente 2020, p. 71-79.

De belangrijkste gevolgtrekking van dit arrest was dat de onjuiste toepassing van de AGVV directe consequenties heeft ten aanzien van de rechtmatigheid van de steun, temeer omdat de AGVV geen reparatiemogelijkheid biedt tegen achteraf geconstateerde omissies.¹⁹⁵

Het arrest *Eesti Pagar* geeft nader inzicht in het beschermingsbereik van de AGVV-toepassing. Het Hof heeft de lijn van het arrest *Dilly's Wellnesshotel I* doorgetrokken en geoordeeld dat een verkeerde toepassing van vrijgestelde steun onder de AGVV, ook als is deze tijdig kennisgegeven, in strijd is met het *standstill*-verbod van artikel 108, lid 3, VWEU. Het Hof heeft hieraan toegevoegd dat de lidstaten vervolgens direct zelfstandig over moeten gaan tot terugvordering.¹⁹⁶ Deze zaak is bijzonder relevant voor de uitleg die het Hof toekent aan de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en Commissie bij het *ex ante* en *ex post* toezicht op de AGVV. Omdat ook de nationale rechter een belangrijke rol speelde in deze zaak is het in het kader van het meervoudig toezicht relevant om kort de nationale procedure weer te geven.

Eesti Pagar heeft in 2008 een steunaanvraag gedaan voor de bouw van een broodfabriek. Vervolgens heeft Estland deze steunmaatregel op grond van de AGVV kennisgegeven aan de Commissie. Bij een *ex post* controle op de toepassing van de AGVV hebben de Estse autoriteiten geconstateerd dat Eesti Pagar reeds voor de steunaanvraag een koopovereenkomst had gesloten voorafgaand aan de bouw van de fabriek. Dat is in strijd met het stimulerend effect van steun onder artikel 6 van de AGVV, omdat reeds uitvoering is gegeven aan de bouwwerkzaamheden, voordat Estland de steunaanvraag had beoordeeld. Daarom heeft Estland de steun uiteindelijk teruggevorderd. Hierop heeft Eesti Pagar een bestuursrechtelijke procedure doorlopen tot in cassatie bij de *Riigikohus* (de hoogste rechterlijke instantie van Estland). De *Riigikohus* heeft het besluit van de Estse overheid gedeeltelijk vernietigd omdat het ontbreken van een stimulerend effect niet bewezen zou zijn. Bovendien was de *Riigikohus* van mening dat het Unierecht lidstaten niet verplichtte om op eigen initiatief over te gaan tot terugvordering, rekening houdend met het gewettigde vertrouwen van de begunstigde, dat door het optreden van een nationale autoriteit kan ontstaan.

Hierop is de zaak terugverwezen naar de hogere bestuursrechter. Omdat de uitleg van de AGVV in het geding was, is de Commissie als *amicus curiae* tussengekomen in deze procedure op grond van artikel 29 van de procedureverordening. De Commissie heeft de bovenstaande overwegingen van de *Riigikohus* bestreden. Hierop heeft de hogere bestuursrechter uitleggingvragen gesteld bij het Hof. Deze hogere bestuursrechter vroeg het Hof of de lidstaten op grond van de AGVV bevoegd zijn om inhoudelijk te

195 Stromsky 2016, p. 146-147.

196 HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 89-94.

beoordelen of steun een stimulerend effect heeft. Aansluitend verzocht de Riigikohus of lidstaten bij een onjuiste toepassing van de AGVV een zelfstandige verplichting hebben om steun terug te vorderen en of het beginsel van gewettigd vertrouwen van toepassing was op een nationaal besluit op grond van de AGVV.

Ten aanzien van de laatste twee vragen was het Hof kort en krachtig. Wanneer niet voldaan is aan alle procedurele en materiële voorwaarden van de AGVV is de steun onrechtmatig en moet deze direct en zelfstandig door de steunverlenende autoriteit teruggevorderd worden. Het Hof merkte op dat “de rechtstreekse werking van artikel 108, lid 3, VWEU voor alle autoriteiten van de lidstaten geldt, inclusief bestuursorganen.”¹⁹⁷ Het vertrouwensbeginsel kan daarbij alleen ingeroepen worden tegen de Commissie, en niet tegen besluiten die lidstaten nemen op grond van de AGVV. Zelfs indien een steunverlenende autoriteit verantwoordelijk is voor een incorrecte toepassing van de AGVV, kan hij geen vertrouwen opwekken bij een steunontvanger.¹⁹⁸

Over de beoordelingsbevoegdheden van de lidstaten voerde Eesti Pagar voor het Hof aan dat op grond van de AGVV-Commissieleidraad “Veelgestelde vragen AGVV” Estland had moeten vaststellen dat de steun aan een stimulerend effect voldeed. De Commissie voerde hiertegen in dat dit document noch bindend, noch relevant is voor overheden en nationale rechters. Daarop heeft Eesti Pagar aangevoerd dat deze insteek van de Commissie in strijd was met de algemene rechtsbeginselen van gewettigd vertrouwen, duidelijkheid en rechtszekerheid, en bovendien een schending vormde van het recht op een behoorlijk bestuur op grond van artikel 41 van het Handvest van de Grondrechten. De Commissie heeft ten aanzien van dit punt betoogd dat de regels voor de groepsvrijstellingen geen beoordelingsmarge mogen hebben omdat zij anders niet eenduidig kunnen worden toegepast in de Unie.

Omdat de kennisgevingsprocedure van de AGVV niet voorziet in de tussenkomst van de Commissie zijn de nationale autoriteiten verantwoordelijk voor de tenuitvoerlegging, “en logischerwijs bevoegd om de beoordeling op een stimulerend effect te verrichten.”¹⁹⁹ Het Hof oordeelde dien omtrent dat de leidraden van de Commissie over de toepassing van de AGVV als uitgangspunt dienen voor de beoordelingen die nationale autoriteiten moeten verrichten.²⁰⁰ Volgens het Hof gaat deze onderzoeksbevoegdheid niet zover dat lidstaten daadwerkelijk vaststellen dat er sprake is van een

197 HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 90.

198 HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 104-106.

199 Zie ook de conclusie van A-G Wathelet voor zaak C-349/17, *Eesti Pagar*, randnummer 78.

200 Commissiedocument ‘General Block Exemption Regulation (GBER) – Frequently Asked Questions’, Brussel, 2016.

stimulerend effect, omdat de verenigbaarheidsbeoordeling volgens artikel 107, lid 3, VWEU niet is overgedragen aan de lidstaten. Het volstaat om te onderzoeken of een steunaanvraag tijdig is verricht, voor de aanvang van werkzaamheden of de uitvoering van activiteiten.²⁰¹ Het Hof vervolgde dat de controle op een “een stimulerend effect niet kan worden beschouwd als een duidelijk en door de nationale autoriteiten eenvoudig toe te passen criterium, onder meer omdat complexe economische beoordelingen moeten worden verricht om na te gaan of een dergelijk effect zich voordoet.”²⁰² Daarbij kan “een zuiver formele benadering niet volstaan”, gegeven dat de AGVV als doelstelling heeft dat steunverlening voldoet aan de beginselen van rechtszekerheid en transparantie.²⁰³ Zodoende vereist de beoordeling van een stimulerend effect toch een inhoudelijke beoordeling door de overheden lidstaten die door de nationale rechter op juridische afdwingbaarheid moet worden beoordeeld.²⁰⁴ Omwille van duidelijkheid en rechtszekerheid mogen de lidstaten daarbij hun individuele beoordeling op “een gedetailleerde analyse” baseren binnen de contouren van de leidraden van de Commissie.²⁰⁵

Er is zodoende een inhoudelijke beoordelingsmarge voor steunverlenende overheden die door de Commissiestandaarden wordt ingevuld. In het geval van de toepassing van artikel 6 AGVV “mag de autoriteit die de steun verleent zich niet verschuilen achter formalisme, maar moet hij ten gronde beoordelen of werkzaamheden zijn aangevat in de zin van de AGVV.”²⁰⁶ Deze beoordeling houdt een gedetailleerd onderzoek in, dat volgens A-G Wathelet niet zover gaat als een daadwerkelijke beoordeling op verenigbaarheid.²⁰⁷ Echter, gezien de doelstellingen van de machtigingsverordening is er wel sprake van een *de facto* verenigbaarheidsbeoordeling. Een beoordeling, zoals in paragraaf 3.2 reeds is uiteengezet, die in het geval van niet-naleving van de verenigbaarheidsvoorwaarden uit de AGVV nog altijd door de Commissie onderworpen kan worden aan een onderzoek, omdat elke verenigbaarheidsverklaring voorwaardelijk is.

De voorzichtigheid van het Hof om de beoordeling door de lidstaten niet als een verenigbaarheidsbeoordeling te kwalificeren, berust op de stellingname van het Hof in het geschil tussen BMW en de Commissie over de absolute vraag bij welke actor de verenigbaarheidsbevoegdheden ten aanzien van de

201 HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 67.

202 HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 68.

203 Conclusie A-G Wathelet voor zaak C-349/17, *Eesti Pagar*, randnummer 83, HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 73-75.

204 Zie ook Engelen en Sente, ‘Eesti Pagar: een duwtje in de rug van steunverlenende autoriteiten en een mes op de keel van begunstigden’, in: *SEW 2020/2*, p. 71-79.

205 Zie HvJ EU, 5 maart 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, r.o. 73-75.

206 Zie ook conclusie A-G Wathelet voor zaak C-349/17, *Eesti Pagar*, randnummers 91-92.

207 *Idem*.

groepsvrijstellingen liggen: bij de lidstaten of bij de Commissie?²⁰⁸ Het Hof oordeelde in het arrest *BMW t Commissie* dat “de AGVV niet de bevoegdheid om steun met de interne markt te beoordelen op verenigbaarheid heeft overgedragen aan de lidstaten, noch deze bevoegdheid ontnomen van de Commissie.”²⁰⁹ Deze laatste volzin is correct, omdat de Commissie op grond van artikel 10 AGVV bij niet-naleving het voordeel (in de betekenis van het beschermingsbereik) van de groepsvrijstelling kan ontnemen (vergelijkbaar aan de werking van artikel 35 van Verordening 1/2003). Dit blijft het exclusieve recht van de Commissie. Echter het Hof heeft, in de context van het geschil, deze bevoegdheid van de Commissie te absoluut en limitatief uitgelegd. De eerste volzin vereist daarom een nuance omdat het oordeel van het Hof er ten principale van uit gaat dat de uitoefening van een exclusieve bevoegdheid tot verenigbaarheid niet gedeeld kan worden. Deze zienswijze neemt niet in ogenschouw dat in meervoudige toezichtsystemen de Commissie, door middel van secundaire wetgeving, haar exclusieve handhavingsbevoegdheid vaak deelt, om de doeltreffendheid van het toezicht te vergroten.²¹⁰ Door middel van secundaire wetgeving kadert de Commissie wederzijdse samenwerking in en delegeert zij *de facto* binnen een bestaande bevoegdheidsverdeling verenigbaarheidstoepassingen. Deze delegatie is aan voorwaarden gebonden en bij inbreuken op deze voorwaarden kan de uitoefening door deze bevoegdheden door nationale autoriteiten ontzegd worden door middel van het beginsel van terzijdestelling.

Deze vorm van delegatie bestaat volgens Van Cleynenbreugel in beginsel ook in het gedecentraliseerde staatssteunrecht, omdat de machtigingsverordening de uitvoering en implementatie van vrijgestelde steun de facto verplaatst naar nationale autoriteiten en nationale rechters.²¹¹ In *BMW t Commissie* heeft het Hof onvoldoende rekening gehouden met de omstandigheid dat de machtigingsverordening niet van exclusiviteit spreekt, maar eenvoudig vastlegt dat de beoordeling op verenigbaarheid met de interne markt “hoofdzakelijk” (maar niet exclusief) toekomt aan de Commissie.²¹² Bovendien spreekt de machtigingsverordening van vrijgestelde steuncategorieën die “onder duidelijk voorwaarden verenigbaar zijn” en bovendien “rechtstreeks worden toegepast door de nationale rechtbanken.”²¹³

In *BMW* oordeelde het Hof desondanks dat “wanneer een nationale rechter vaststelt dat een steunvoornemen aan de voorwaarden van de AGVV voldoet dat deze vaststelling slechts een vermoeden van verenigbaarheid

208 HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW t Commissie*, r.o. 122-123.

209 HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW t Commissie* r.o. 133-134, 124-126.

210 Van Cleynenbreugel 2014c, p. 162-178.

211 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

212 HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW t Commissie*, r.o. 127, 132.

213 Machtigingsverordening, randnummer 5.

inhoudt.”²¹⁴ Deze rechtsopvatting lijkt strijdig met de doelstellingen van de machtigingsverordening die juist de nationale rechters de bevoegdheid geeft om, binnen de contouren van de AGVV, de verenigbaarheid na te gaan.²¹⁵ Bovendien miskent deze benadering dat de nationale rechter doorgaans in de praktijk de steunverlening onder AGVV *ex post* en niet *ex ante* controleert of de steunverlenende overheid correct alle procedurele en materiële verenigbaarheidsgronden heeft toegepast.²¹⁶ De praktijk wordt gevormd door het vereiste dat uiterlijk 20 werkdagen na de steunverlening de Commissie een kennisgeving ontvangt van de toepassing van de AGVV, zodat de Commissie, als eindverantwoordelijke, nog een onderzoek naar verenigbaarheid zou kunnen verrichten.²¹⁷ Wanneer de nationale rechter, volgens de lezing van het Hof in *BMW t Commissie*, het vermoeden heeft dat de steun verenigbaar is, dan kan hij de steunuitkering opschorten totdat de Commissie, middels een eindbeslissing, zich heeft uitgesproken over de verenigbaarheid, wat in wezen op een verkapte meldingsverplichting voor de steunverlenende overheid neerkomt.²¹⁸ In het arrest *DEI t Commissie* heeft het Hof zelfs geoordeeld dat een kort gedingrechter geacht kan zijn zelfstandig “de Commissie in kennis te stellen van een nieuwe steunmaatregel”, hetgeen indruist tegen de lijdelijkheid en terughoudendheid van de nationale rechter en verantwoordelijkheden bij de rechter zou plaats, die volgens de verplichtingen artikel 107, lid 1, VWEU en artikel 108, lid 3, VWEU voorbehouden zijn aan de steunverlenende autoriteiten van de lidstaat.²¹⁹

Het moge duidelijk zijn dat de Commissie én de lidstaten overigens niet op dergelijke meldingen zitten te wachten, temeer omdat de Commissie lidstaten aanmoedigt om zelf “*ex ante* controlemechanismen” op te zetten.²²⁰ Bovendien heeft de rechtsregel uit *Eesti Pagar* het gevolg dat de

214 HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW t Commissie*, r.o. 144.

215 Zie randnummer 5 Machtigingsverordening: Groepsvrijstellingsverordeningen zorgen voor transparantie en rechtszekerheid. Zij kunnen, onverminderd de toepassing van artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie en van artikel 267 VWEU, rechtstreeks worden toegepast door de nationale rechtbanken.”

216 Zie HvJ EU, 6 juli 2017, C-245/16, *Nerea*, r.o. 32-33.

217 Dit komt hoogst zelden voor. Zie Nicolaides 2015.

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

219 Zie hoofdstuk 1, voetnoten 61 en 62. HvJ EU, 26 oktober 2016, C-590/14 P, *DEI t Commissie*, r.o. 107 en 108 met verwijzing naar de uitspraak in eerste aanleg Gerecht EU, 8 oktober 2014, T-542/11, *Alouminion t Commissie* r.o. 58; Metaxes & Spyrou 2017, p. 73-76; De Cock 2020, p. 72-82.

220 Zie ook naar analogie Metselaars analyse over de discussie in het bestuursprocesrecht inzake een benodigde vergewisplicht van aanmelding bij de rechtstreekse toepasselijkheid van de *de-minimis*vrijstellingsverordening, Metselaar, 2016, p. 560-561. Hoewel dergelijke vragen op grond van het bestuursrechtelijke zorgvuldigheidsbeginsel relevant zijn, zoals de Moor-Vugt ook onderkende, hebben zij volgens Metselaar vanuit Unierechtelijke perspectief “weinig te maken met de naleving van de *standstill*-bepaling.” Zie voor een overzicht van deze discussie ook Moor-van Vugt 2015, p. 603-607.

nationale rechter weinig ruimte heeft om een tussenweg te kiezen tussen verenigbaarheid of onrechtmatigheid. Voor de belanghebbende volgens de procedureverordening (concurrent, begunstigde én steunverlenende overheid) geldt dat, bij de afwezigheid van een nationale remedie over de verenigbaarheidsbeoordeling, hij zich volgens het Hof moet wenden tot de Commissie als klager of “behoedzame ondernemer”, waarop de Commissie een onderzoek kan instellen.²²¹ In deze uitspraak laat het Hof onbesproken dat het eigenlijke doel van de AGVV, de vereenvoudiging en versnelling van steunprocedures, haaks staat op deze “kastje-naar-de muur”-hulplijn voor belanghebbenden.

Voor alle drie soorten belanghebbenden geldt dat zij rechtszekerheid willen over de vraag of nationaal steunbeleid voldoet aan de groepsvrijstellingen. Het artificiële onderscheid tussen “toepassing” en “verenigbaarheidsbeoordeling” draagt hier niet aan bij. Meegenomen dat de partijen die prejudiciële procedure of een hogere voorziening hebben ingesteld bij het Hof, allemaal steunontvangers zijn, die in wezen op willen komen tegen nationale besluiten op grond van de AGVV, maar gezien de eindverantwoordelijkheid van de Commissie, jarenlange procedures doorlopen hebben om rechtszekerheid te krijgen van het Hof, om vervolgens te vernemen dat besluiten van nationale overheden op grond van de AGVV geen enkel vertrouwen kunnen opwekken, ontbreekt op nationaal niveau op dit moment een doeltreffende rechtsbescherming.

In de beroepszaak *Kerkosand t Commissie* bevestigde het Gerecht dat zowel steunverlenende autoriteiten als steunontvangers geen rechtszekerheid kunnen ontlenen aan de toepassing van de AGVV, zelfs niet nadat de Commissie een marginale rechtmatigheidscontrole heeft uitgevoerd op de toepassing van vrijgestelde steuncategorieën door een lidstaat.²²² Naar aanleiding van een declaratoir besluit ter controle op een AGVV-toepassing door Slowakije, moest de Commissie in een beroepszaak onderbouwen waarom de Commissie niet bevoegd zou zijn om de reeds vrijgestelde staatssteun op verenigbaarheid te beoordelen.²²³ De Commissie concludeerde in het besluit “dat aangezien deze maatregelen vrijgesteld

221 HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW t Commissie*, r.o. 142. Zie overweging 33 en artikel 24 Procedureverordening. Artikel 1 sub h) van de procedureverordening heeft als belanghebbende-begrip: “een lidstaat en een persoon, onderneming of ondernemersvereniging waarvan de belangen door de toekenning van steun kunnen worden geraakt, in het bijzonder de begunstigde van de steun, concurrerende ondernemingen en beroepsverenigingen.” Zie voor het begrip “behoedzame ondernemer” HvJ EU, 4 maart 2021, C-362/19 P, *FC Barcelona t Commissie*, r.o. 120. Zie ook Nicolades 2023, p. 231-233.

222 Gerecht EU 9 september 2020, T-745/17, *Kerkosand t Commissie*.

223 In 2017 heeft de Commissie op verzoek van klager Kerkosand de toepassing van de AGVV door Slowakije marginaal getoetst aan de AGVV en per declaratoir besluit aan Slowakije (en niet aan de klager) geconstateerd dat de betrokken steunmaatregelen in overeenstemming met de AGVV waren toegepast.

zijn onder een groepsvrijstelling, de Commissie derhalve niet bevoegd is om deze maatregelen te beoordelen in het kader van een voorlopige onderzoeksprocedure.”²²⁴ Het Gerecht heeft dit besluit op verzoek van Kerkosand nietig verklaard omdat de Commissie volgens het Gerecht de bevoegdheidsverdeling tussen lidstaten en de Commissie ten aanzien van het toezicht op de groepsvrijstelling strijdig met het *BMW t Commissie*-arrest heeft uitgelegd.²²⁵ Het Gerecht oordeelde dat de Commissie “door groepsvrijstellingen vast te stellen, de controle en beslissingsbevoegdheid op het gebied van staatssteun niet overdraagt aan de nationale autoriteiten, maar ten volle haar toezichthoudende bevoegdheid behoudt ten aanzien van de naleving van de meldingsplicht en het verbod om deze maatregelen uit te voeren op grond van artikel 108, lid 3, VWEU.”²²⁶ “Dergelijke groepsvrijstellingsverordeningen kunnen, ondanks de doelstelling van een vereenvoudigd en doelmatig toezicht op staatssteun, de toezichthoudende bevoegdheid van de Commissie op geen enkele wijze verzwakken.”²²⁷ Het Gerecht motiveerde deze uitspraak door te oordelen dat nationale autoriteiten niet de bevoegdheid hebben verkregen om op grond van de AGVV om over te gaan “tot definitieve besluitvorming over de omvang van de vrijstelling van de aanmeldingsverplichting en derhalve evenmin over de beoordeling of is voldaan aan de in deze verordening gestelde voorwaarden waaraan een dergelijke vrijstelling is onderworpen.”²²⁸ Bovendien constateerde het Gerecht dat “deze autoriteiten zich in dit opzicht op hetzelfde niveau als potentiële begunstigers van steun bevinden.”²²⁹ Tot slot onderkende het Gerecht dat een klager ten aanzien van de correcte toepassing van vrijgestelde steun zich kan wenden tot “zowel een nationale rechterlijke instantie of een nationale autoriteit als tot de Commissie”, maar dat slechts de Commissie op grond van *BMW t Commissie* als enige actor een uitsluitende bevoegdheid heeft om de rechtmatigheid te beoordelen op grond van de AGVV.²³⁰ Bij een vermeende niet-naleving van de AGVV door de nationale autoriteiten is volgens het Gerecht alleen de Commissie bevoegd om na te gaan of de betrokken rechtmatig is, omdat “anders de nationale autoriteiten bij de uitvoering van de bepalingen van de groepsvrijstelling te

224 “In light of the foregoing assessment, the Commission has accordingly found that the aid scheme SA.28652(X518/2009) introduced by the Slovak Republic falls under Regulation (EC) 800/2008 and that the individual financing granted on the basis of that scheme and analysed in the present Decision complies with that scheme and with Regulation (EC) 651/2014. Therefore, those measures are block exempted and the Commission is hence not competent to examine them on the basis of the preliminary investigation procedure foreseen in Article 4 Regulation (EU) 2015/1589.”

225 Zie Van de Castele 2021, p. 250.

226 Gerecht EU 9 september 2020, T-745/17, *Kerkosand t Commissie*, r.o. 39.

227 Gerecht EU 9 september 2020, T-745/17, *Kerkosand t Commissie*, r.o. 40, 41. Zie Nicolaidis 2020a.

228 Gerecht EU 9 september 2020, T-745/17, *Kerkosand t Commissie*, r.o. 43.

229 *Idem*, r.o. 43.

230 Gerecht EU 9 september 2020, T-745/17, *Kerkosand t Commissie*, r.o. 44, 45; HvJ EU, C-654/17 P, 29 juli 2019, *BMW t Commissie*, r.o. 146.

veel autonomie zouden genieten en (door de toepassing van groepsvrijstellingen de nationale autoriteiten het toezicht op artikel 108, lid 3, VWEU) zouden kunnen blokkeren.”²³¹

Kort en goed was het Gerecht van oordeel dat de formele onderzoeksprocedure geopend had moeten worden, omdat de toepassing van de AGVV geen *sui generis* werking heeft en de Commissie niet kan volstaan met een declaratoir besluit gericht aan een lidstaat.²³² Het Gerecht lijkt met deze uitspraak eigenlijk te zeggen dat, ondanks de bevoegdheid die nationale autoriteiten en nationale rechters ontleen aan de machtigingsverordening en de groepsvrijstellingen, deze nationale actoren niet eigenstandig mogen beoordelen of een steunmaatregel op grond van een groepsvrijstelling correct is toegepast. Het Gerecht gaat zelfs zo ver door nationale autoriteiten dezelfde rechtspositie toe te kennen als steunontvangers, waardoor alleen de Commissie een oordeel mag vellen over de rechtmatigheid van de staatssteunanalyse. Deze benadering door het Gerecht gaat vooral uit van een zeker wantrouwen richting lidstaten om doeltreffende controlemechanismen voor vrijgestelde steun op te zetten. Bovendien doet het oordeel van het Gerecht afbreuk aan de mechanismen van loyale samenwerking zoals vastgelegd in de machtigingsverordening op grond waarvan de lidstaten en de Commissie een gezamenlijke rol hebben in de publieke handhaving van de groepsvrijstellingen.²³³ De uitspraak van het Gerecht doet bovendien af aan de afwijking op de meldings- en *standstill*-plicht die de Raad en de Commissie wettelijk mogelijk hebben gemaakt via de AGVV met het beginsel van terzijdestelling als achtergrond. De lidstaten genieten wel degelijk een autonomie om, binnen de randvoorwaarden van de groepsvrijstellingen, ten bate van algemene belangen die zowel de Unie alsmede de lidstaten onderschrijven, de rechtsgevolgen van artikel 108, lid 3, VWEU tijdelijk te blokkeren. Indien uit een *ex post* handhavingsactie ten overstaande van de Commissie of een procedure voor de nationale rechter volgt dat de steunmaatregel materieel en/of procedureel niet voldeed aan deze randvoorwaarden, dan heft deze tijdelijke blokkade zich automatisch op en treden de rechtsgevolgen van artikel 108, lid 3, VWEU in werking. Daarom zou, gelet op de praktische uitwerking van de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Commissie, het Gerecht meer terughoudend moeten zijn ten opzichte van de beoordeling van het controlemechanisme voor vrijgestelde steun, zeker wanneer de Commissie na een marginale *ex post* controle besloten heeft dat de AGVV rechtmatig is toegepast door nationale autoriteiten. Indien de Commissie gevolg zou geven aan deze benadering van het Gerecht, dan zou de Commissie bij elke klacht over een

231 Gerecht EU 9 september 2020, T-745/17, *Kerkosand t Commissie*, r.o. 47, 48.

232 Het Gerecht was van oordeel dat conform artikel 12 van de procedureverordening de Commissie een besluit over de vermeende onrechtmatigheid had moeten nemen. Zie Van de Castele 2021, p. 250; Heijnsbroek et al 2021, p. 22-23.

233 Machtigingsverordening, randnummers 4-5,18, 23-26.

AGVV-toepassing telkens de formele onderzoeksprocedure moeten openen, hetgeen een effectieve werking van het stelsel van vrijgestelde steun in de praktijk zou ondergraven en ook niet past binnen het “*big-on-big-small-on-small*” handhavingbeleid.²³⁴

Bovendien onderkennen de oordelen van respectievelijk Gerecht en Hof in *Kerkosand t Commissie* en *BMW t Commissie* onvoldoende dat de nationale rechters, naast de publieke controle door de Commissie, in het kader van private handhaving een aanvullende rol hebben op grond van de machtigingsverordening, alsook op basis van de rechtspraak van het Hof, om *ex post* de materiële en procedurele toepassing van groepsvrijstellingen op verzoek van partijen te controleren op rechtmatigheid en niet enkel op grond van een schending van artikel 108, lid 3, VWEU. Op grond van de uitspraak *Kerkosand t Commissie* zou het een nationale rechter enkel toegestaan zijn om de Commissie te verzoeken om een formele onderzoeksprocedure te starten naar de daadwerkelijke toepassing van de AGVV ofwel de steun wegens een inbreuk op artikel 108, lid 3, VWEU als onrechtmatig verklaren.

In *Dilly's Wellness II* kiest het Hof (in contrast tot bovengenoemde uitspraken) echter voor een andere benadering die in lijn is met de bevoegdheid die nationale rechters ontleen aan de machtigingsverordening om de *ex ante* verenigbaarheidsbeoordeling door overheden te controleren. In deze prejudiciële verwijzing vraagt het *Verwaltungsgerichtshof* omwille van rechtszekerheid aan het Hof of de eerder genoemde milieubelastingregeling volgens de huidige AGVV verenigbaar is met de interne markt.²³⁵ Het Hof bevestigt zowel de correcte toepassing van artikel 44 AGVV door Oostenrijk, alsmede de verenigbaarheid van de regeling, die gebaseerd is op een rechtmatige uitoefening van beoordelingsruimte die deze bepaling toestaat.²³⁶ Artikel 44 AGVV stelt de lidstaten in staat om een belastingteruggave te doen voor milieudoelinden. Het Hof constateert dat indien het *Verwaltungsgerichtshof* heeft gecontroleerd dat maatregel daadwerkelijk voldoet aan de hoofdstukken I en III een steunregeling verenigbaar is met de artikelen 107, lid 2 of 3, VWEU en eveneens is vrijgesteld van aanmelding.²³⁷ Het Hof spreekt hier geenszins van een “vermoeden van verenigbaarheid”. Het Hof merkt nadrukkelijk op dat “of een dergelijke steunregeling voldoet aan de vereisten van artikel 44, lid 3, van AGVV blijkt uit de keuze die de Uniewetgever op grond van deze bepaling aan de lidstaten heeft gelaten” – door in een daadwerkelijke toepassing voor belastingverlaging te voorzien middels berekeningsmechanismen – “waarbij de lidstaten enige

234 Zie ook Nicolaidis 2020b.

235 HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Finanzamt Linz t Dilly's Wellnesshotel* (hierna: *Dilly's Wellness II*), r.o. 81, 83.

236 HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Dilly's Wellness II*, r.o. 95.

237 HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Dilly's Wellness II*, r.o. 84-85.

speelruimte wordt geboden wat betreft de nadere bepalingen ervan.”²³⁸ Het Hof oordeelde dat deze speelruimte ingevuld wordt door het transparantiebeginsel en dat een steunmechanisme onder artikel 44 AGVV “in de lijn ligt van de doelstelling van de AGVV, namelijk de transparantie en het toezicht op de naleving van de staatssteunregels op nationaal en Unieniveau te versterken.”²³⁹ Het Hof benadrukte dat deze beoordelingsruimte voor de nationale autoriteit overigens niet “vrijelijk bepaald mag worden, maar moet voldoen aan de toepasselijke berekeningsmethode van artikel 44 AGVV.”²⁴⁰

De uitleg van het Hof in *Dilly's Wellness II* staat haaks op de eerdere interpretaties van het Hof van Justitie van de EU over de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Commissie bij de verenigbaarheidsbeoordelingen wat betreft de AGVV. Ten eerste stelt het Hof de *ex post* controle op de verenigbaarheidscriteria onder de AGVV door de nationale rechter gelijk aan verenigbaarheid. Ten tweede illustreert deze uitspraak dat de lidstaten in de *ex ante* beoordeling voor bepaalde vrijgestelde steuncategorieën een beoordelingsruimte hebben die evenwel ook weer omlijnd wordt door rechtstreeks toepasselijke randcriteria die de AGVV stelt op grond van de vereisten van transparantie. Deze criteria kunnen ook betrekking hebben op non-discriminatie en evenredigheid.²⁴¹ Maar bovenal doet deze uitspraak recht aan de huidige realiteit van het meervoudige handhavingstelsel van de groepsvrijstellingen dat voorziet in een afgebakend belangenafwegingskader voor nationale actoren.

238 HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Dilly's Wellness II*, r.o. 86. Parafrazering door auteur dezes. Het woordelijke citaat is: “Met betrekking tot de vraag of een dergelijke steunregeling voldoet aan de vereisten van artikel 44, lid 3, van verordening nr. 651/2014, blijkt uit de keuze die de Uniewetgever op grond van deze bepaling aan de lidstaten heeft gelaten – aangezien deze laatste mogen voorzien in een verlaging van het toepasselijke belastingpercentage dan wel in de betaling van een vast compensatiebedrag (belastingteruggave), of in een combinatie van beide – dat deze bepaling, zoals de Commissie stelt, tot doel heeft te waarborgen dat het gekozen mechanisme van belastingverlaging het mogelijk maakt om op transparante wijze vast te stellen welke belastingverlaging daadwerkelijk van toepassing is, waarbij de lidstaten enige speelruimte wordt geboden wat betreft de nadere bepalingen ervan.”

239 Zie HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Dilly's Wellness II*, r.o. 88. De nationale autoriteit heeft overigens geen beoordelingsruimte wat betreft het uiteindelijke bedrag belastingverlaging dat uit deze berekeningsformule voortvloeit.

240 HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Dilly's Wellness II*, r.o. 89, 90, 92. Parafrazering door auteur dezes.

241 Zie bijvoorbeeld artikel 55 AGVV waar in lid 4 randvoorwaarden worden gesteld op grond van non-discriminatie en transparantie in lid 7 nadere voorwaarden voor evenredigheid gesteld worden. Van Rompuy 2021, p. 841-842.

4.3 De *ex ante* belangenafwegingen door de lidstaten op grond van de toepassing van het DAEB-Vrijstellingsbesluit

In hoofdstuk 3 van dit onderzoek is uiteengezet dat de toepassingen van artikel 106, lid 2, VWEU en het *Altmark*-arrest twee verschillende belangenafwegingen impliceren. De verenigbaarheidstoepassing van artikel 106, lid 2, VWEU heeft een ruimer toepassingsbereik dan de *Altmark*-toepassing. Onder deze bepaling mag de Commissie exclusief controleren of een DAEB “onder economisch aanvaardbare omstandigheden” kan worden uitgevoerd door de DAEB-beheerder.²⁴² Bij deze afweging is het criterium van “economisch aanvaardbare omstandigheden”, op basis van artikel 106, lid 2, VWEU, doorslaggevend en niet de mate van efficiëntie van de DAEB-compensatie.²⁴³ Het Hof oordeelde dat dit anders het begrip “economisch aanvaardbare omstandigheden” te eng zou maken en daarmee de evenredigheidstoepassing van artikel 106, lid 2, VWEU zou beperken.²⁴⁴ Omdat het *Altmark*-arrest beoogt dat een compensatie voldoet aan meerdere subdoelstellingen, moet een steunverlenende overheid op basis van de Uniebeginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en evenredigheid een belangenafweging verrichten (zie hoofdstuk 2).

In hoofdstuk 2 (paragrafen 3.2 en 5.3) is reeds vastgesteld dat de werking van het DAEB-Vrijstellingsbesluit de lidstaten weliswaar een alternatief voor melding biedt, maar dat dit rechtsinstrument de beoordelingsruimte van de lidstaten te veel invult op grond van de *Altmark*-voorwaarden en de onderliggende efficiëntiecriteria. Zo heeft het Hof geoordeeld dat de interpretatieve mededeling van de Commissie over DAEB en staatssteun de lidstaten niet bindt.²⁴⁵

De belangenafweging die de lidstaten moeten maken berust op de samenhangende toepassing van de eerste drie *Altmark*-voorwaarden.²⁴⁶ Daarbij dienen de minimumvoorwaarden die in hoofdstuk 1 geformuleerd zijn in overweging genomen worden. Deze komen in beginsel overeen met de criteria uit artikel 106, lid 2, VWEU, maar ontberen een duidelijke inbedding van algemene beginselen van Unierecht: in het bijzonder de beginselen van non-discriminatie en evenredigheid. Deze discrepantie is mogelijk nog niet gerealiseerd door het Hof van Justitie van EU. Zo oordeelde het Gerecht in *Sardinië t Commissie* dat het DAEB-Vrijstellingsbesluit en artikel 106, lid 2, VWEU dezelfde doelstellingen hebben, terwijl artikel 106, lid 2, VWEU

242 Zie hoofdstuk 2.

243 Zie HvJ EU 8 maart 2017, *Viasat*, r.o. 44-46.

244 Zie ook Conclusie van A-G Wahl voor zaak *Viasat*, randnummer 42.

245 HvJ EU 8 maart 2017, C-660/15 P, *Viasat*, Gerecht EU, 24 september 2015, T-125/12, *Viasat Broadcasting UK*.

246 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 4.4.

meer beleidsruimte gunt aan de lidstaten om een steunmaatregel voor DAEB te ontwerpen.²⁴⁷

4.4 *Ex post* controle op deze belangenafweging door de nationale rechter

In de hoofdstukken 2 en 3 is uiteengezet dat het Hof in het *Altmark*-arrest de nationale rechter als primaire actor zag om in de handhavingfase de feitelijke naleving van de *Altmark*-voorwaarden te verzekeren. De controle op het DAEB-Vrijstellingsbesluit berust op de eerste drie *Altmark*-voorwaarden en nadere materiële voorwaarden. Deze voorwaarden vormen het afwegingskader voor steunverlenende overheden tussen een dienst van algemeen belang en het belang van normale marktvoorwaarden op de interne markt. In de praktijk is de controle op de naleving van de toepassing van het DAEB-Vrijstellingsbesluit een gedeelde handhavingsbevoegdheid van de nationale rechter en de Commissie.²⁴⁸ Ten aanzien van de belangenafweging op grond van de eerste *Altmark*-voorwaarde is strikt juridisch gezien de Commissie beperkt tot een kennelijke fout-beoordeling en kan de nationale rechter, op grond van de rechtstreekse werking van de DAEB-omschrijving volgens artikel 106, lid 2, VWEU, binnen de omvang van een geschil, deze omschrijving feitelijk controleren op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.

Desondanks ervaren nationale rechters in de EU in de praktijk moeilijkheden bij het controleren van de *Altmark*-voorwaarden in het kader van de staatssteunhandhaving.²⁴⁹ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in België (hierna: de Afdeling) noemt bijvoorbeeld ten aanzien van de *Altmark*-toepassing dat zij “erg voorzichtig is bij de beoordeling van de eerste drie *Altmark*-criteria.”²⁵⁰ De Afdeling verleent weliswaar een advies aan de partijen over de toepassing, maar “in dat advies laat de Afdeling het in essentie aan de stellers zelf over om zich te conformeren.”²⁵¹ Omdat de Afdeling bij een zelfstandige toepassing vreest fouten te maken, hanteert de Afdeling de praktijk om een melding voor rechtszekerheid te doen te verrichten bij de Commissie om zo “een mogelijke *Köbler*-staatsaansprakelijkheid te vermijden”, en voor de betrokken bestuursorganen “de

247 Gerecht EU, 6 april 2017, T-219/14, *Regione autonoma de Sardegna t Commissie*, r.o. 165, 166, 172.

248 Zie ook Fiedziuk 2013b, p. 387-408.

249 Onderzoeksrapport Commissie, ‘Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts, Final study’, 2019 (<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf>), p. 8, 86, 92. Zie ook annex 3 bij dit onderzoeksrapport inzake de landenrapporten van Finland, Litouwen, p. 125, 311.

250 Zie paragraaf 2.3 van dit hoofdstuk.

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

draconische gevolgen van eventuele terugvordering te voorkomen”.²⁵² In sommige gevallen kennen rechtscolleges onterecht de Commissie een haast exclusieve bevoegdheid toe om DAEB-maatregelen op staatssteun te beoordelen. Zo verwees de rechtbank Den Haag de betrokken procespartijen, in het bijzonder het bestuursorgaan, ten aanzien van de toepassing van het *Altmark*-arrest op natuurbeheerzaken, rechtstreeks door naar de Commissie “die over een specifieke deskundigheid beschikt bij de beoordeling of een overheidsmaatregel als staatssteun moet worden gekwalificeerd.”²⁵³ Uiteraard stond het de rechtbank vrij om het bestuursorgaan door te verwijzen naar de Commissie, als *amicus curiae*, maar de geciteerde passage is wel opmerkelijk omdat de *Altmark*-toepassing is nu eenmaal ontworpen als een rechtsinstrument voor feitelijke geschillenbeslechting door de nationale rechter. Deze praktijk, hoe prudent ook gelet op de belangen voor burgers om toegang te behouden tot DAEB, staat haaks op de handhavingsprioriteiten van de Commissie, die die lidstaten vragen om een doeltreffende voorziening te voorzien in de controle op het staatssteunbegrip in samenhang met de toepassing van groepsvrijstellingen.

In de zaak *Libert* moest het Grondwettelijk Hof van België een combinatie van een compensatiemechanisme voor het bouwen van sociale huisvesting en een bindingsvereiste van toekomstige bewoners met de gemeente beoordelen op grond van de DAEB-Vrijstellingsbeschikking.²⁵⁴ Op basis van een formele toepassing van de *Altmark*-criteria kwam het Hof tot het oordeel dat sociale huisvesting een daadwerkelijke DAEB kan zijn, maar onderzocht het Hof niet of het doel geschikt was om “sociale verdringing” te bereiken, omdat het tot de discretie van een lidstaat behoort een DAEB aan te wijzen. Wel oordeelde het Hof dat de parameters voor compensatie ondoorzichtig en niet-objectief waren, zonder evenwel te concluderen dat zij op discriminerende wijze werden toegepast.²⁵⁵ Vervolgens liet het Hof de feitelijke toepassing van de derde en vierde *Altmark*-voorwaarden uitsluitend over tot de beoordeling van de nationale rechter. Eveneens moest het Grondwettelijk Hof zelf bepalen of het DAEB-Vrijstellingsbesluit van toepassing is, zolang aan de eerste drie *Altmark*-voorwaarden is voldaan.²⁵⁶

Het Grondwettelijk Hof heeft de prejudiciële uitspraak van het Hof overgenomen en ten aanzien van de compensatiemaatregel besloten dat er sprake is van staatssteun, omdat niet aan de tweede *Altmark*-voorwaarde was voldaan, zoals het Hof heeft geconcludeerd. Het Grondwettelijk Hof

252 *Idem*.

253 Rechtbank Den Haag, 28 mei 2014, *Stichting Het Zuid-Hollands Landschap*, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726, r.o. 4.2; Van Herwijnen 2015, p. 225-231.

254 Zie Hoofdstuk 1, par. 5.2.1 en 5.2.2. Van Harten omschrijft dit vereist van een “voldoende band” terecht als een bindingseis. Zie van Harten & Fröger 2013, p. 265-273.

255 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 90.

256 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, r.o. 101, 102.

voegde hier geen nadere feitelijke analyse aan toe. Bij de toepassing van het DAEB- Vrijstellingsbesluit besloot het Grondwettelijk Hof dat er sprake is van overcompensatie en vernietigde daarop de compensatiemaatregel.²⁵⁷ Voorts heeft het Grondwettelijk Hof de beoordeling van het Hof van Justitie van de EU over de toepassing van het vrij verkeer op bindingsvereiste overgenomen en kwam tot de slotsom dat de bindingseis in strijd is met de Uniebeginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.²⁵⁸

De uiteindelijke uitkomsten van de rechterlijke samenwerking tussen het Hof en het Grondwettelijk Hof, namelijk vernietiging van zowel het compensatiemechanisme als de bindingsvereiste, zijn allebei bevredigend. Echter, het Grondwettelijk Hof had, op basis van de kernelementen van de eerste *Altmark*-voorwaarde, het compensatiemechanisme evengoed principieel in strijd kunnen verklaren met het non-discriminatiebeginsel, omdat de toegang tot de DAEB effectief werd uitgesloten voor bewoners van buiten de desbetreffende gemeenten. Het Hof koos echter voor een formele toetsing aan meerdere *Altmark*-voorwaarden, waarbij het Grondwettelijk Hof geen instructie kreeg om aan de kernelementen van artikel 106, lid, 2, eerste volzin VWEU te toetsen, maar enkel de aanwezigheid van een beleidsruimte diende te verifiëren.²⁵⁹

De bovenbeschreven samenwerking tussen de nationale rechter en het Hof in de prejudiciële procedure van *Libert* illustreert dat een strikte interpretatie van de *Altmark*-voorwaarden, zoals het Hof deze voorschrijft (zie hoofdstuk 3) verhindert dat de nationale rechter zijn verplichtingen op basis van de beginselen van artikel 106, lid 2, VWEU, eerste volzin kan volbrengen. Temeer omdat het Grondwettelijk Hof bij de eerste *Altmark*-voorwaarde volgens het Hof niet expliciet aan deze beginselen behoefde te toetsen, maar slechts formeel moest controleren of een DAEB-omschrijving tot de beleidsruimte van de overheid behoort, knelt het *Altmark*-arrest met de taak van de nationale rechter om ingeroepen belangen tegen elkaar af te wegen.²⁶⁰ De omstandigheid dat het DAEB-Vrijstellingsbesluit vervolgens een rechtvaardiging biedt, verhelpt dit knelpunt niet, omdat ook dit rechtsinstrument een formele toepassing van de eerste drie *Altmark*-voorwaarden (*minus* de vierde voorwaarde) vereist, zonder dat de nationale rechter alle belangen kan afwegen. Daarmee biedt de toepassing van de vrij verkeersregels de nationale rechter een toepassing die ook meer rechtszekerheid biedt op het eerste oog.

257 Arrest van het Grondwettelijk Hof, 7 november 2013, zaaknummer, 144/2013, *Eric Libert*.

258 Arrest van het Grondwettelijk Hof, 7 november 2013, zaaknummer, 144/2013, *Eric Libert*.

259 HvJ EU, 8 mei 2013, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Eric Libert*, *dictum*, ro. 94-95. Zie De Cock 2023, p.279.

260 Namelijk: het bijzondere belang van de DAEB tegenover het belang van het economisch verkeer.

Met exact dit knelpunt werden de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag (hierna: voorzieningenrechter) en het Gerechtshof Den Haag in de zaak *Gendia t Ministerie van Volksgezondheid, Wetenschap en Sport* geconfronteerd.²⁶¹ Deze zaak draaide om een civiele procedure die het Belgische zorgbedrijf Gendia had ingesteld tegen een subsidieregeling van het ministerie van Volksgezondheid, Wetenschap en Sport (hierna: VWS) wegens vermeende onrechtmatige staatssteun. Deze subsidieregeling stond open voor Nederlandse academische ziekenhuizen die een zogeheten “non-invasieve prenatale test” (hierna: NIPT) aanbieden.²⁶² In deze zaak moesten bovenstaande rechtscolleges een feitelijke belangenafweging verrichten tussen de handelsbelangen van een Belgische dienstenaanbieder en de belangen van betaalbaarheid, continuïteit en toegankelijkheid van openbare diensten op het gebied van volksgezondheid. In het bijzonder moesten de voorzieningenrechter en het Gerechtshof een belangenafweging verrichten op basis van het DAEB-Vrijstellingsbesluit en artikel 106, lid 2, VWEU ten aanzien van de verschillende kernelementen van de DAEB.²⁶³ Voor de voorzieningenrechter had Gendia aangevoerd dat VWS had moeten aantonen dat zij met de maatregel een bestaand marktfalen beoogde tegen te gaan. VWS deed daarentegen een beroep op de DAEB-mededeling en voerde aan dat de overheid binnen haar discretie handelde om een DAEB aan te wijzen, omdat de markt, naar maatschappelijke normen, deze ontoereikend aanbod. De voorzieningenrechter oordeelde dat de overheid mag besluiten een DAEB aan te wijzen, wanneer andere marktaanbieders van de NIPT dit niet op een bevredigende wijze doen (omdat *in casu* het geval omdat de prijs te hoog lag).²⁶⁴ Vervolgens bekrachtigde het Gerechtshof deze beoordeling van de voorzieningenrechter.²⁶⁵ Het Gerechtshof besloot dat het aanneembaar is dat volgens de staat de markt er niet in voorziet

261 Vvr Rechtbank Den Haag, 26 april 2017, zaaknummer C/09/528721 / KG ZA 17/328, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*, ECLI:NL:RBDHA:2017:4278; Gerechtshof Den Haag, 11 december 2018, zaaknummer 200.225.476/01, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*, ECLI:NL:GHDHA:2018:3331.

262 De NIPT is bestemd voor zwangere vrouwen die bloed kunnen laten prikken, zodat getest kan worden of hun ongeboren kind een risico loopt op o.m. het syndroom van Down.

263 *In casu* stond vast dat niet voldaan was aan de vierde *Altmark*-voorwaarde en dat er sprake was van staatssteun.

264 Vvr Rechtbank Den Haag, 26 april 2017, zaaknummer C/09/528721 / KG ZA 17/328, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*, ECLI:NL:RBDHA:2017:4278, r.o. 4.6. De voorzieningenrechter verwees hierbij nadrukkelijk naar de DAEB-Mededeling van de Commissie. DAEB-Mededeling, punten 47 en 48.

265 Gerechtshof Den Haag, 11 december 2018, zaaknummer 200.225.476/01, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*, ECLI:NL:GHDHA:2018:3331, r.o. 10. Met verwijzing naar de DAEB-Mededeling besloot het Gerechtshof dat het begrip DAEB “in ontwikkeling met behoeften van burgers, technologische ontwikkeling en ontwikkelingen op de markt en de maatschappelijke en politieke voorkeuren in de lidstaat”, moet worden uitgelegd.

de NIPT aan te bieden op een voor eenieder betaalbare wijze.²⁶⁶ In hoger beroep heeft het Gerechtshof ten aanzien van deze kernelementen blijk gegeven van veel inzicht in deze standaarden. In lijn met de meeste recente rechtspraak van het Hof van Justitie EU en de DAEB-mededeling van de Commissie heeft het Gerechtshof voorrang gegeven aan de legitimiteit van het algemene belang: continuïteit van universele gezondheidszorg onder gelijke voorwaarden voor grote groepen burgers. Waar het Grondwettelijk Hof in *Libert* gelijke behandeling van burgers niet meewoog in de eerste *Altmark*-voorwaarde deden voorzieningenrechter en het Gerechtshof dit in *Gendia* nadrukkelijk wel. Desondanks moesten ook deze rechtscolleges erkennen dat zij niet aan alle kernelementen konden toetsen, waaronder evenredigheid, zonder af te doen aan de rechtszekerheid van de bepalingen van de DAEB-mededeling en het DAEB-Vrijstellingsbesluit.²⁶⁷ Beide rechtscolleges merkten hier terecht op dat zij gebonden zijn aan standaarden die de Commissie gesteld heeft aan deze vrijstelling.²⁶⁸ Het Gerechtshof Den Haag merkte op dat “indien voldaan is aan de voorwaarden van het DAEB-Vrijstellingsbesluit er discussie is over de vraag of een maatregel nog onderworpen kan worden aan de proportionaliteitstoets van artikel 106, lid 2, VWEU. Deze vraag is nog niet door het Hof van Justitie beantwoord.”²⁶⁹ In het kader van de rechtszekerheid koos het Gerechtshof ervoor om deze evenredigheidstoets niet uit te voeren omdat anders in strijd zou handelen met de bepalingen van het DAEB-Vrijstellingsbesluit.²⁷⁰ Gezien het spoedeisend belang van de voorlopige voorziening koos het Gerechtshof ervoor om de zaak zelf af te doen en geen prejudiciële vraag te stellen, hetgeen begrijpelijk is gezien het maatschappelijke belang van dit geschil. Uit deze overwegingen kan evenwel het knelpunt geïdentificeerd worden dat nationale rechters te maken kunnen krijgen met concurrerende toepassingsstandaarden in de controle op de belangenafweging door een steunverlenende overheid tussen het primaire recht (artikel 106, lid 2, eerste volzin, VWEU) en vrijstellingskaders van de Commissie.

De zaken *Gendia* en *Libert* zijn daarmee in elk geval illustratief voor beperkte speelruimte die de nationale rechter op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit heeft bij het bewaken van zowel het staatssteunverbod in samenhang met de “minimumcriteria” van het begrip DAEB op basis

266 Gerechtshof Den Haag, 11 december 2018, zaaknummer 200.225.476/01, *Gendia t Staat der Nederlanden*, ECLI:NL:GHDHA:2018:3331, r.o. 12.

267 Gerechtshof Den Haag, 11 december 2018, zaaknummer 200.225.476/01, *Gendia t Staat der Nederlanden*, ECLI:NL:GHDHA:2018:3331, r.o. 9. V.zr. Rechtbank Den Haag, 26 april 2017, zaaknummer C/09/528721 / KG ZA 17/328, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*, ECLI:NL:RBDHA:2017:4278, r.o.4.4.

268 *Idem*.

269 Gerechtshof Den Haag, 11 december 2018, zaaknummer 200.225.476/01, *Gendia t Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)*, ECLI:NL:GHDHA:2018:3331, r.o. 9.

270 *Idem*.

van het VWEU. De nationale rechter is ten aanzien van deze criteria de enige controlerende instantie die, op basis van Unierecht en nationaal recht, feitelijk de onrechtmatigheid van een DAEB- aanwijzing kan vaststellen.²⁷¹ De nationale rechter is vanuit handhavingperspectief de enige actor die daadwerkelijke alle belangen tegen elkaar kan afwegen – uiteraard binnen de begrenzingen van de procedurele autonomie.²⁷²

5 CONCLUSIE: DE GEDECENTRALISEERDE STAATSSTEUNHANDHAVING
VRAAGT OM EEN EFFECTIEVE AFBAKENING VAN RECHTEN EN PLICHTEN
EN EEN DOELTREFFENDE RECHTSBESCHERMINGSFUNCTIE

Anno 2023 is de toepassing van het staatssteunbegrip geen technische aangelegenheid meer die enkel voorbehouden is aan de Commissie. Steunverlenende autoriteiten worden geacht de gebods- en verbodsnorm van artikel 107, lid 1, VWEU eigenstandig toe te passen en het Hof van Justitie heeft voor nationale rechters een feitelijk en objectief beoordelingskader opgesteld. Het staatssteunbegrip wordt ook door de Commissie van toepassingsstandaarden voorzien die onderdeel uitmaken van een overkoepelend prioriteitenbeleid gericht op de beïnvloeding van lidstaten richting belangenafwegingen.

Inmiddels is er ten opzichte van nationale autoriteiten sprake van een decentralisatie van de *ex ante* publieke handhaving van vrijgestelde steuncategorieën. Op het gedecentraliseerd niveau van de lidstaten moet de steunverlenende overheid een feitelijke analyse maken op grond van artikel 107, lid 1, VWEU en een inhoudelijke belangenafweging verrichten conform de randvoorwaarden van artikelen 106 t/m 109, dewelke door de Commissie zijn ingekaderd in de groepsvrijstellingen. Dat betekent zowel in de publieke als private handhavingfase dat respectievelijk de nationale autoriteiten, alsmede de nationale rechter (op verzoek van de procespartijen) afzonderlijk dienen na te gaan of er sprake is van een steunmaatregel onder artikel 107, lid 1, VWEU en of deze is vrijgesteld op grond van een groepsvrijstelling, alvorens de vraag komt of de *standstill*-clausule is geschonden. Nationale autoriteiten dienen vervolgens de rechtmatigheid van de beoordelingen op het staatssteunverbod en op eventuele verenigbaarheid in de *ex post* fase van verlening in het kader van publieke handhaving te kunnen verdedigen ten overstaan van de Commissie en bij private handhaving ten overstaan van derde partijen die een geschil voor de nationale rechter gestart zijn.

271 Zie ook HvJ EU, 26 April 2018, C-91/17 P, *Cellnex Telecom t Commission*; HvJ EU, 20 december 2017, gevoegde zaken C-66/16 P tot en met C-69/16 P, *Pais Vasco*.

272 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 6.

Ten aanzien van de controlemechanismen voor vrijgestelde steun waar de groepsvrijstellingen in voorzien is er een decentralisatie van de uitoefening van bevoegdheden, hoewel deze op dit moment onvoldoende is afgebakend. De bevoegdheid van lidstaten om inhoudelijke beoordelingen te verrichten op grond van de groepsvrijstellingen geldt als een vorm van *ex ante* handhaving die inhoudelijke belangenafwegingen vereist en *de facto* gelijkstaat aan verenigbaarheidsbeoordelingen. Desondanks heeft het Hof van Justitie van de EU voorlopig de positie ingenomen dat de lidstaten slechts een voorwaardelijke verenigbaarheidsbeoordeling verrichten die enkel definitief gemaakt kan worden door de Commissie als eindverantwoordelijke handhavingsactor. Deze positie houdt eveneens in dat besluiten van lidstaten geen vertrouwen kunnen opwekken en dat nationale rechters wel (binnen de omvang van het geschil) de voorwaarden kunnen controleren, maar hier alleen negatieve rechtsgevolgen (terugvordering) en geen positieve rechtsgevolgen (verenigbaarheidsverklaring) aan mogen verbinden. Hierdoor kunnen de steunverlenende instanties op grond van de groepsvrijstellingen geen rechtszekerheid bieden aan steunontvangers.

In de bestudeerde casusposities hebben steunontvangers tegen nationaal steunbeleid bij het Hof voorzieningen ingesteld, terwijl zij in wezen op willen komen tegen nationale besluiten op grond van de AGVV, maar hebben zij van het Hof vernomen dat de besluiten van nationale overheden op grond van de AGVV geen enkel vertrouwen kunnen opwekken, gezien de eindverantwoordelijkheid van de Commissie. Deze premisse gaat uit van een eventueel eindbesluit van de Commissie; terwijl de standaardprocedure van de AGVV er juist niet op gericht is dat de Commissie AGVV-kennisgevingen op hun merites beoordeelt zoals in een meldingsprocedure. De enige mogelijkheid is dat steunontvanger de Commissie verzoekt om de verenigbaarheid van steunmaatregel te onderzoeken, hetgeen indruist tegen de doelstellingen van de groepsvrijstellingen om vereenvoudigd en versneld steun te verlenen.

Wanneer steunverlenende overheden groepsvrijstellingen, in het bijzonder de AGVV, onjuist (dreigen) toe (te) passen, voorziet het huidige gedecentraliseerde toezicht op de groepsvrijstellingen niet in doeltreffende toezicht – en rechtsbeschermingsfuncties, op nationaal niveau, noch op Unieniveau. De toezichtfunctie is beperkt omdat lidstaten (door een afwezigheid van een herstelmechanisme) kleine omissies niet procedureel kunnen repareren. De rechtsbeschermingsfunctie is beperkt omdat steunontvangers in hun rechtspositie volledig afhankelijk zijn van de steunverlenende overheid en in de *ex post* fase – in het geval van een geschil tussen de overheid en een belanghebbende – geen rechtszekerheid kunnen krijgen. In deze fase beperken de groepsvrijstellingen dat de nationale rechter – desgevraagd door de procespartijen – de algemene belangenafweging van de steunverlenende overheid op grond van deze vrijstellingen effectief en gelijkwaardig kan controleren.

In dit hoofdstuk is bepleit dat een toepassing van de groepsvrijstelling altijd voorwaardelijk is – namelijk voorwaardelijk aan de randvoorwaarden die de Commissie aan toepassing heeft gesteld. De Commissie beschikt over voldoende handhavende instrumenten om deze voorwaardelijke verenigbaarheidsbeoordeling – en de hieruit voortvloeiende algemene belangenafwegingen door steunverlenende overheden – in de *ex post* fase op rechtmatigheid te beoordelen, danwel wettelijk te verfijnen of te herroepen.

Vanuit het oogpunt van private handhaving kan de verenigbaarheidstoepassing – conform de groepsvrijstellingen – door de lidstaten eveneens op rechtmatigheid door de nationale rechter gecontroleerd worden, waarbij deze rechtmatigheidstoets – voor een goede werking van het gedecentraliseerde handhavingstelsel – ook moet zien op de materiële naleving van de groepsvrijstellingen. Deze mogelijkheid wordt door het Hof – als positieve uitzondering op het voorlopige terughoudende standpunt – in de uitspraak *Dilly Wellness II* uiteengezet, waarin het Hof oordeelde dat een *ex post* controle door de nationale rechter (waarin de correcte toepassing van de AGVV is vastgesteld) gelijkstaat aan verenigbaarheid – ook wanneer er een beleidsruimte is voor de lidstaten om een verenigbaarheidsgrond conform de randvoorwaarden van de AGVV – in te vullen. Met deze incidentele uitspraak voor ogen kan de positie van het Hof mogelijk dus nog wijzigen.

Om het Hof deze wijziging mogelijk te maken is het echter wel raadzaam dat de Commissie afwijkende toepassingsstandaarden ten aanzien van het primaire recht (het staatssteunbegrip en de uitleg van artikel 106, lid 2, VWEU voor vrijgestelde steunkaders) heroverweegt en weer in lijn brengt met de interpretaties van het Hof. In sommige gevallen kunnen nationale autoriteiten bij de rechtmatigheidsbeoordeling namelijk voor keuzemogelijkheden komen te staan ten aanzien van de toepassing van Commissiestandaarden en interpretaties van het Hof. Deze afwijkende toepassingsstandaarden van de Commissie kunnen de nationale rechter in de weg staan en ofwel voor een keuzeconflict plaatsen, danwel de omvang van de rechterlijke toetsing aan het primaire recht beperken. Meest in het oog springend gaat het hier om de leidraad voor lokale steun in de verbodsfase en de koppeling van DAEB-omschrijvingen aan de (gedeeltelijke) compensatiebenadering in het DAEB-Vrijstellingsbesluit in de verenigbaarheidsfase. Zo beperken de voorwaarden in het DAEB-Vrijstellingsbesluit de belangenafweging die de nationale rechter op grond van het primaire Unierecht mag maken, in het bijzonder ten aanzien van de rechtstreekse werking van de DAEB-omschrijving en de daaraan verbonden beginselen van non-discriminatie en evenredigheid.

Door in het overkoepelende handhavingsbeleid aan te sluiten bij voldoende duidelijke en ondubbelzinnige uitleggingen van het staatssteunbegrip uit de rechtspraak van het Hof – en concurrente standaarden weg te laten – kan de Commissie de verdeling van bevoegdheden in een eenduidige beoor-

deling van groepsvrijstellingen door de lidstaten beter over het voetlicht brengen aan het Hof en een gedecentraliseerd staatssteuntoezicht nader legitimeren.