



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Aalbers, M.

Citation

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

Version: Publisher's Version

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

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

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

1 GEÏDENTIFICEERDE KNELPUNTEN BIJ HET TOEPASSEN VAN ARTIKEL 107, LID 1, VWEU OP ALGEMENE BELANGENAFWEGINGEN IN EEN GEDECENTRALISEERDE CONTEXT

1.1 De constitutionele verbintenis van artikel 107, lid 1, VWEU vraagt om een betere scheiding tussen verbod en verenigbaarheid

Het voortdurende toezicht op staatssteun vormt de essentie van de constitutionele verbintenis die de lidstaten met de Unie zijn aangegaan op grond van de artikelen 107 t/m 109 VWEU. Artikel 107, lid 1, VWEU: i) stelt de norm voor het staatssteunbegrip, ii) gebiedt de lidstaten om ondernemingen in gelijke gevallen, gelijk te behandelen en iii) verklaart dat staatssteun alleen voor verenigbaarheid in aanmerking komt indien een Verdragsbepaling (de artikelen 93 VWEU, 106, lid 2, VWEU en 107, lid 2, en 3, VWEU) hierin voorziet. Handhaving van deze norm ligt in de melding- en *standstill*-plicht van artikel 108, lid 3, VWEU en de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU besloten. Artikel 109 VWEU vormt de rechtsbasis (tezamen met de artikelen 108, lid 4, VWEU en 106, lid 2, VWEU) voor het categoriseren van algemene belangen die in aanmerking komen voor vrijgestelde steun.

Sinds het Verdrag van Rome is de Verdragstekst van artikel 107, lid 1, VWEU ongewijzigd gebleven, maar zijn het doel en de context van deze bepaling aanmerkelijk gewijzigd, door de verschuivingen in staatssteunhandhaving op de interne markt. De eerste verschuiving vormde de aanvullende private handhaving die tot een *de facto* rechtstreekse werking leidt bij de feitelijke beoordeling van artikel 107, lid 1, VWEU door de nationale rechter. De tweede verschuiving betrof de decentralisatie van de *ex ante* handhaving van artikel 107, lid 1, VWEU en de afwijkingmogelijkheden op de meldingsplicht van artikel 108, lid 3, VWEU in de vorm van de groepsvrijstellingen.

Toch ziet het Hof de verbintenis, zoals beschreven in hoofdstuk 5, paragraaf 2.1, primair als één tussen de lidstaat en de Commissie, waarbij de lidstaat aanmeldt, de Commissie besluit en de nationale rechter vooral een ondersteunende rol heeft. Bezien vanuit een contractbenadering kan de oorspronkelijke constitutionele verbintenis van artikel 107 VWEU, zoals uiteengezet door het Hof in *Costa ENEL* inmiddels als achterhaald beschouwd worden. Deze contractbenadering houdt in dat het accent van een verbintenis, vastgelegd in de

Verdragen, tussen de lidstaten en de Unie verschuift naar gelang het doel en de werking van deze bepaling ingehaald worden door de bredere context van het Unierecht.¹ Vanuit dit perspectief kan de uitleg van de oorspronkelijke constitutionele verbintenis van artikel 107 VWEU inmiddels gezien worden in de context en het doel van meervoudig toezicht door publiekrechtelijke toezichthouders op Unieniveau en nationaal niveau met overlappende of aanvullende handhavingsbevoegdheden. Daarbij is het accent nadrukkelijk verschoven naar de aanvullende rol die de nationale rechter speelt in het kader van de private handhaving.² Hij dient een feitelijke analyse maken op grond van artikel 107, lid 1, VWEU en een inhoudelijke belangenafweging op grond van de groepsvrijstellingen. Verder is de samenwerking tussen de nationale rechter en de Commissie ingekaderd in onderscheidende en aanvullende bevoegdheden op grond van het Unierecht. De nationale rechter kan op verzoek van partijen – gelijkwaardig aan het Unierechtelijke beoordelingskader dat de Commissie hanteert – feitelijk en doeltreffend beoordelen of steunmaatregelen als staatssteun aangemerkt moeten worden.

Een andere belangrijke ontwikkeling aangaande de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU is de rol die het gelijkheidsbeginsel is gaan spelen. De oorspronkelijke verbintenis van artikel 107, lid 1, VWEU hield namelijk niet alleen een staatssteunverbod in, maar ook een gebod tot voortdurend onderzoek op staatssteun door de lidstaten. Dit gebod heeft zich ontwikkeld tot een gebod tot gelijke behandeling van ondernemingen in gelijke gevallen en daarmee tot een wettelijk waarborgen voor materiële gelijkheid tussen ondernemingen op de interne markt.³ Anno 2024 vormt het beginsel van gelijke behandeling het fundament van de selectiviteitstoepassing van artikel 107, lid 1, VWEU. Met de nadrukkelijke positionering van het gelijkheidsbeginsel binnen de materiële selectiviteitstoepassing heeft het Hof een aanvullende bescherming van het economisch verkeer binnen de interne markt willen bieden.⁴

Naast de selectiviteitstoepassing beheerst het beginsel van non-discriminatie ook de feitelijke beoordeling van steunmaatregelen voor DAEB door de nationale rechter. Gelijke behandeling en non-discriminatie vormen de constitutionele kernelementen van artikel 106, lid 2, eerste volzin VWEU, artikel 14 VWEU en protocol nr. 26 bij het VWEU. Dit beginsel moet als leidraad beschouwd worden voor de selectie van DAEB-beheerders maar ook voor de toegang tot deze openbare diensten door burgers krachtens

1 Zie Borger 2018, p. 69. 252, 280, 293. Deze contractbenadering is geïnspireerd op de door Borger opgestelde contracttheorie die hij heeft geconcretiseerd en toegepast op de uitleg en werking van de Verdragsbepalingen over monetair Uniebeleid, in het bijzonder de artikelen 122 en 125 VWEU.

2 Van Cleynenbreugel 2014b, p. 46.

3 Zie hoofdstuk 4.

4 *Idem.*

artikel 36 van het Handvest.⁵ Dat geldt eveneens voor de beoordeling van overheidsmaatregelen voor openbare (sport-) infrastructuur op grond van de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU en artikel 165 VWEU. De nationale rechter kan ten aanzien van beide categorieën sociaal-maatschappelijke belangen op grond van het Unierecht een constitutionele toetsing verrichten, waarbij hij de eventuele discriminerende uitwerking van steunmaatregelen kan beoordelen.⁶

Het gelijke speelveld voor ondernemingen op de interne markt en het vereiste van een non-discriminerende toegang voor burgers tot door de staat gefinancierde publieke diensten vereist dat steunverlening berust op de beginselen van gelijke behandeling en behoorlijk bestuur.⁷ Door deze verijning van de constitutionele randvoorwaarden voor private én publieke handhaving is de verbintenis tussen de Commissie en de lidstaten verbreed richting de positie van de rechten van particulieren. In het bijzonder heeft de Commissie ten aanzien van haar “*big on big*”- handhavingsbeleid eveneens de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU uitgelegd op grond van de gelijke behandeling van ondernemingen en burgers.⁸

Een recente verandering in de verbintenis tussen de lidstaten en de Unie betreft het rechterlijke toezicht op de toepassing van deze groepsvrijstellingen. Uit de machtigingsverordening volgt dat deze groepsvrijstellingen door de nationale rechter kunnen worden gecontroleerd. De groepsvrijstellingen wijken af van de *standstill*-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU, omdat bij een correcte toepassing een melding aan de Commissie niet nodig is.

Dat betekent dat de nationale rechter bij de rechtmatigheidscontrole van steunmaatregelen niet meer traditioneel artikel 108, lid 3, VWEU, maar de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU en de uitgewerkte verenigbaarheidsgronden in de groepsvrijstellingen als eerste maatstaf neemt voor zijn rechtmatigheidsbeoordeling. De gronden van de groepsvrijstellingen berusten op de artikelen 107, lid 2 en 3 en artikel 106, lid 2, VWEU. Daaruit volgt dat de nationale rechter – binnen de omvang van het geschil en zijn procedurele bevoegdheden – de facto controleert of er sprake is van een steunmaatregel onder artikel 107, lid 1, VWEU, en of deze is vrijgesteld op grond van een groepsvrijstelling, voordat hij aan de vraag toekomt of de *standstill*-clausule is geschonden. Door die scharnierwerking van artikel 107, lid 1, VWEU is het primaat van staatssteunhandhaving komen te liggen bij de loyale samenwerking tussen de lidstaten en de Commissie in het toepassen, onderhouden en naleven van de groepsvrijstellingen. De traditioneel rigide scheiding tussen verbods- en verenigbaarheidsanalyses komt aldus te vervagen.

5 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 6.2.1.

6 Zie ook HvJ EU, 13 juni 2019, C-22/18, *Topfit en Biffi t Deutscher Leichtathletikverband*, r.o. 37, 65-67.

7 Zie ook Parret 2017, p. 11-13.

8 *Idem*. Zie ook State Aid Scoreboard 2018, p. 6.

1.2 De bestaande afwijkingen op het objectieve staatssteunbegrip leiden tot rechtsonzekerheid

Het pleidooi dat de gebodsnorm van artikel 107, lid 1 VWEU als een algemeen beginsel moet worden toegepast in de nationale rechtsorde blijft anno 2023 actueel (zie hoofdstuk 5, paragraaf 2.1). Op dit moment bestaan er echter ten aanzien van een aantal begrippen onduidelijkheid en bieden bepaalde toepassingsstandaarden lidstaten een discretie of zelfs keuzemogelijkheid bij het toepassen van artikel 107, lid 1, VWEU. Hierdoor is deze bepaling op dit moment niet onvoorwaardelijk waardoor de nationale rechter zijn objectieve taak als feitenrechter ten aanzien van het staatssteunbegrip niet in alle gevallen effectief en voldoende zelfstandig kan uitvoeren.

Met de Commissieleidraden voor zuiver sociale activiteiten, effecten op het handelsverkeer en beperkingen van de mededinging heeft de Commissie het gedrag van de lidstaten willen beïnvloeden, zodat zij deze “*small on small*”-steun niet meer aanmelden. Het Gerecht heeft de leidraden voor zuiver sociale activiteiten niet toegestaan, maar wel de leidraad voor lokale steun gelegitimeerd met haar uitspraak in *Marinvest*, met als oogmerk de flexibilisering van het staatssteunbegrip in het verlengde van het “*small on small*”-beleid van de Commissie. De uitspraak van het Gerecht in *Marinvest* is exemplarisch voor het bestaan van concurrerende toepassingsstandaarden, hetgeen kan resulteren in een keuze voor de meest wendbare standaard door lidstaten, waardoor er een *race to the bottom* ontstaat op het gebied van rechtszekerheid.⁹ Hierdoor kunnen rechtbanken een significantietoets verrichten die in strijd is met de interpretatie van het Hof. Ter illustratie dient de rechtbank Noord-Nederland die in de zaak van grensgemeente Oldambt op grond van de leidraden van de Commissie aannam “dat een interstatelijk effect ontbreekt wanneer steunmaatregelen niet een marginaal effect hebben op markten en consumenten uit aangrenzende lidstaten”.¹⁰ De rechtbank volgde hier de Commissie door de “daadwerkelijke marktimpact” te beoordelen op basis het zeer lage marktaandeel van de steunontvanger op de Nederlandse en Europese markt. Dit illustreert dat de bevoegdheden van verschillende actoren meer duidelijkheid behoeven. De onduidelijkheid daarover geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid op verschillende vlakken, zoals de voorgaande hoofdstukken illustreerden.

1.3 Het huidige gedecentraliseerde toezicht op de groepsvrijstellingen voorziet niet in doeltreffende toezicht- en rechtsbeschermingsfuncties

In hoofdstuk 5 is geconstateerd dat het huidige stelsel van gedecentraliseerd

⁹ Van Cleynenbreugel 2014c, p 162-178; Van Cleynenbreugel 2015.

¹⁰ Rechtbank Noord-Nederland, 17 april, 2019, *Blauwestadhoeve t Gemeente Oldambt*, r.o. 4.3.11. 4.3.14, 4.3.15.

toezicht op vrijgestelde staatssteun zowel een effectieve afbakening van lidstatelijke rechten en plichten als een doeltreffende rechtsbeschermingsfunctie ontbeert. Uit paragraaf 3.2 van hoofdstuk 5 volgt dat tegen een kennisgevingsbesluit op grond van de AGVV op grond van het Unierecht geen doeltreffende rechtsvoorziening openstaat. Daarnaast is in paragraaf 3.4 van hoofdstuk 5 beargumenteerd dat de belangenafweging die een nationale rechter op grond van het DAEB-Vrijstellingsbesluit moet kunnen controleren, op gespannen voet staat de primaire werking van artikel 106, lid 2, VWEU.

Ten aanzien van beide groepsvrijstellingen hebben de steunverlenende overheden daarentegen in de *ex ante* fase van steunverlening een verantwoordelijkheid om te voldoen aan op maat gesneden verenigbaarheidscriteria en kunnen nationale rechters bovendien door derden verzocht worden om in de *ex post* fase de kennisgevingsbesluiten van deze overheden te controleren op rechtmatigheid. De Commissie ziet deze toekenning van verantwoordelijkheden echter niet als een toekenning van bevoegdheden. Het Hof ziet wel een toekenning van een bevoegdheid tot een inhoudelijke beoordeling, maar laat de eindverantwoordelijkheid bij de Commissie berusten. Omdat een besluit van een lidstaat op grond van de AGVV volgens de artikelen 107 en 108 VWEU geen enkel vertrouwen kan opwekken bij belanghebbenden laat het Hof hier een lacune voortbestaan. Deze lacune bestaat ook bij de rechtmatigheidsbeoordeling op nationale besluiten onder het DAEB-Vrijstellingsbesluit, waarbij de nationale rechter de beginselen van non-discriminatie en evenredigheid onvoldoende kan toepassen ter bescherming van belanghebbenden.

Bovenstaande knelpunten voor een doeltreffend staatssteuntoezicht raken in hoge mate de beginselen van behoorlijk bestuur en effectieve rechtsbescherming. Bij de toepassing van en het onderzoek naar de verenigbaarheidsvoorwaarden leggen nationale autoriteiten het Unierecht ten uitvoer (en kunnen de nationale rechters deze uitvoering desgevraagd controleren). In dat geval is artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van toepassing en hebben belanghebbenden recht op een doeltreffende voorziening binnen een redelijke termijn.¹¹ De benadering die het Hof in de rechtspraak over de groepsvrijstellingen voorlopig heeft aangenomen, is dat de rechtszoekende via een handhavingsverzoek bij de Commissie of via een prejudiciële verwijzing rechtszekerheid dient te verkrijgen over de daadwerkelijke verenigbaarheid. In hoofdstuk 5 is deze invulling van rechtsbescherming omschreven als een “kastje-naar-de muur”-oplossing, omdat vooral de steunontvanger vertrouwt op een vereenvoudigde en versnelde staatssteunprocedure die onder de regie van de desbetreffende nationale autoriteiten binnen een redelijke termijn rechtszekerheid moet geven over

11 Zie HvJ EU, 26 februari 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*; Zie Beumer 2016, p. 70-71, 76, 90-91.

de rechtmatigheid van de steun. Met deze doctrinaire benadering heeft het Hof mogelijkwijs niet voor ogen gehad dat dit geen oplossing is voor de huidige rechtspraktijk van de lidstaten. Ook zou een derde-belanghebbende pas na het doorlopen van een ingewikkelde procedure – waarbij de Commissie een (voorlopig) onderzoek moet instellen en een eventuele terugvorderingsactie – bij gebrek aan een terugvorderingsbesluit van de Commissie – ten overstaan van de nationale rechter gestart moeten worden. De rechtsbescherming ten aanzien van de toepassing van een groepsvrijstelling lijkt daarom ten aanzien van het leeuwendeel van de (hoofdzakelijk vrijgestelde) steunmaatregelen in de Unie op gespannen voet te staan met de beginselen van behoorlijk bestuur en een effectieve rechtsbescherming.¹² Bovendien veronachtzaamt een stelsel waarbij de nationale rechter een vermoeden van verenigbaarheid moet laten toetsen door Unie-instellingen de bevoegdheid die de rechter ontleent aan de machtigingsverordening om de bepalingen van de groepsvrijstellingen op verzoek van partijen rechtstreeks toe te kunnen passen.¹³

Omdat in de rechtspraktijk gedurende de jaren 2014-2019 meer dan 50% van alle staatssteunuitgaven in de Unie hoofdzakelijk *ex ante* beoordeeld werd door de autoriteiten van de lidstaten, en slechts marginaal gecontroleerd werd door de Commissie in de *ex post* fase, kunnen het Hof en de Commissie deze lacunes niet voort laten bestaan.¹⁴ Nu de nationale rechter het schakelpunt vormt voor aanvullende rechtsbescherming onder de groepsvrijstellingen en overlappende rechtsbescherming bij de schending van de aanmeldingsverplichting dient hij binnen de nieuwe rechtspraktijk van een meergelaagde en gedecentraliseerde structuur aanvullende Unierechtelijke remedies kunnen toepassen voor de doeltreffendheid van de vrijstellingskaders.

Anders riskeert de Commissie op de lange termijn dat rechtszoekenden de nationale rechter links laten liggen en de private handhaving van de staatssteunregels inboet aan doeltreffendheid. En zolang het Hof de Commissie als enige instantie aanmerkt om nationale besluiten op grond van de groepsvrijstellingen te finaliseren als verenigbaar, is het niet onwaarschijnlijk dat nationale rechters rechtszoekenden vanuit het oogpunt van rechtszekerheid zullen doorverwijzen naar de Commissie, zodra zij een beroep

12 Zie Hoofdstuk 5 paragraaf 4.2.

13 Zie Hoofdstuk 5 paragraaf 4.2 en HvJ EU, 14 november 2019, C-585/17, *Dilly's Wellness II*, r.o. 86.

14 European Court of Auditors, 'Special Report No 24/2016: More efforts needed to raise awareness of and enforce compliance with State aid rules in cohesion policy'. In 2019 maakten AGVV-steunmaatregelen zelfs 71,8% van de totale uitgaven uit. In 2020 was voor het eerst in 5 jaar het uitgavenpercentage aangemelde steun hoger dan vrijgestelde steun, i.v.m. met het Tijdelijk Steunkader COVID-10 crisissteun. Zie State Aid Scoreboard 2020, p. 6, 39. Zie State Aid Scoreboard 2021, p. 60-61.

op de groepsvrijstellingen doen.¹⁵ Dat staat haaks op de doelstellingen van de machtigingsverordening en van de individuele groepsvrijstellingen als onderdeel van het overkoepelende handhavingsbeleid van de Commissie en de Raad.

Als de Commissie wil dat de lidstaten meer verantwoordelijkheid nemen in de staatssteunhandhaving dan zal de Commissie in elk geval moeten accepteren dat de nationale rechter, als verkeersregelaar tussen de Commissie, het Hof, belanghebbenden en de autoriteiten van de lidstaten meer mogen dan het licht voor staatssteun op rood (terugvordering) of oranje (vermoeden van verenigbaarheid) zetten. Ten aanzien van de groepsvrijstellingen moet de nationale rechter – binnen de omvang van het geschil – omwille van rechtszekerheid groen licht kunnen geven als volwaardige speler binnen het handhavingsevenwicht dat de Raad en de Commissie hebben ontworpen. Het verdient daarom aanbeveling dat de nationale rechter een volwaardige functie krijgt bij de rechtmatigheidsbeoordeling van groepsvrijstellingen. Deze aanbeveling wordt nader uitgewerkt in zijn theoretische en praktische implicaties in paragraaf 4.2.

2 BEANTWOORDING ONDERZOEKSVRAAG

De lidstaten kunnen in de verbodsfase van artikel 107, lid 1, VWEU door middel van belangenafwegingen ten aanzien van objectieve rechtvaardigheden, diensten van algemeen economisch belang en expliciete maatschappelijke sportbelangen afwijken van het gebod tot gelijke behandeling van ondernemingen en deelbegrippen van de staatssteuntoepassing – in het bijzonder het voordeelbegrip. De belangenafwegingen uit de hoofdstukken 1-4 staan op gespannen voet met het onderscheid tussen de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase van staatssteun:

- i) De materiële selectiviteitstoepassing maakt het mogelijk om in ongelijke gevallen voordelen voor bepaalde ondernemingen te rechtvaardigen door middel van dwingende redenen en inherente beperkingen.
- ii) De compensatiebenadering voor DAEB houdt een belangenafweging in tussen de kernelementen van een DAEB volgens artikel 106, lid 2, VWEU en beperkingen van de mededinging en het handelsverkeer. De compensatiebenadering beoogt enerzijds een afwijking op voordeelbegrip te rechtvaardigen. Anderzijds beoogt deze benadering een objectief toepassingskader te vormen voor het

15 Zie naar analogie HvJ EU, 28 juni 2018, C-635/16, *Spliethoff t Commissie*. Het Hof oordeelde dat bij tegenstrijdige subsidiebeoordelingen door een agentschap van de Unie (INEA) en de Commissie, deze laatste instantie, als eindverantwoordelijke, aanrekenbaar was voor deze tegenstrijdigheid. Daarmee had de Commissie de steunaanvrager “op het verkeerde been had gezet” en daarmee gehandeld in strijd met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming, r.o. 26, 70-72.

beoordelen van DAEB-compensatie onder normale marktomstandigheden. Deze twee tegenstrijdige doelstellingen kunnen in de rechtspraktijk niet behaald worden.

- iii) De weging van een expliciet erkend maatschappelijk sportbelang volgens artikel 165 VWEU vormt in een aantal geselecteerde gevallen een afwijking op de begrippen: economische activiteit, voordeel, beperking van de mededinging en effect op het handelsverkeer.

Tegen die achtergrond werd de volgende onderzoeksvraag gesteld:

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

De geïdentificeerde afwijkingen op het objectieve staatssteunbegrip staan een effectieve rechtsbescherming door de nationale rechter in de weg. Deze algemene belangenafwegingen zouden gereserveerd behoren te blijven voor de verenigbaarheidsfase en daartoe worden in dit concluderende hoofdstuk op grond van drie toekomstige handhavingsscenario's aanbevelingen gedaan om de lidstaten een duidelijk afgebakende beleidsruimte toe te kennen in de toepasselijke groepsvrijstellingen voor vrijgestelde steun. Een her-evaluatie door het Hof van deze afwijkingsmogelijkheden – en een structurering en verfijning van deze belangenafwegingen als vrijstellingscategorieën door de Commissie – zou bijdragen aan meer duidelijkheid, transparantie en rechtszekerheid voor steunverlenende overheden, steunontvangers en derde belanghebbenden.

Door algemene belangenafwegingen niet meer toe te staan in de verbodsfase zou het Hof een rechtstreekse werking kunnen toekennen aan het gebod van gelijke behandeling van ondernemingen volgens artikel 107, lid 1, VWEU. Dit zou het waarborgen van effectieve en gelijkwaardige handhavingmechanismen door nationale actoren vergroten in aanvulling op de rechtstreekse werking van de *standstill*- en meldingsverplichting van artikel 108, lid 3, VWEU. Eveneens zou de rechtstreekse werking van artikel 107, lid 1, VWEU recht doen aan de huidige rechtspraktijk die gericht is op de toepassing van groepsvrijstellingen. Die laatsten maken immers een afwijking op artikel 108, lid 3, VWEU mogelijk. De scharnierwerking tussen artikel 107, lid 1, VWEU en de groepsvrijstellingen – zoals uiteengezet in hoofdstuk 5 – maakt een algemene belangenafweging door steunverlenende overheden en nationale autoriteiten mogelijk. Deze belangenafweging mag evenwel volgens het Hof niet gelijkstaat aan een verenigbaarheidsbeoordeling.¹⁶ Eveneens lijkt het Hof de nationale rechter niet toe te staan een *ex*

¹⁶ De groepsvrijstellingen zijn procedureel gebaseerd op de artikelen 109 VWEU, de machtigingsverordening en de artikelen 108, lid 4, VWEU en 106, lid 3, VWEU en materieel op de artikelen 106, lid 2, VWEU en 107, lid 2 en 3, VWEU.

post controle op de belangenafweging gelijk te stellen aan een beoordeling op verenigbaarheid. Omdat de toepassing van de groepsvrijstellingen in het kader van een gedecentraliseerd handhavingsbeleid op het niveau van de lidstaten plaatsvindt, concludeert dit onderzoek dat door middel van een herordening van het gedecentraliseerde staatssteuntoezicht er nieuwe scenario's voor algemene belangenafweging door nationale actoren in de verenigbaarheidsfase zouden kunnen worden toegestaan door de Commissie. Door middel van het beginsel van terzijdestelling kunnen lidstaten zo bijdragen aan een gelijkwaardig en doeltreffend toezicht door nationale autoriteiten in de *ex ante* publieke handhaving en een versterking van de rechtsbeschermingsfunctie door de nationale rechter in het geval van private handhaving. Deze scenario's worden hieronder geschetst en vergezeld van aanbevelingen.

3 SCENARIO'S VOOR EEN HERORDENING VAN HET GEDECENTRALISEERD STAATSSTEUNTOEZICHT

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 5 is reeds aangehaald dat de exclusieve handhavingsbevoegdheden van de Commissie *de facto* gedeeld worden met andere toezichthouders op Unieniveau en op nationaal niveau. Het meervoudige toezicht op het primaire recht en op de materiële en procedurele vereisten van groepsvrijstellingen vormt een verlengstuk van de Uniedoelstellingen van transparantie, doeltreffendheid, behoorlijk bestuur en vereist gedeelde toezichtmechanismen en een effectieve rechtsbescherming.¹⁷ Op grond van de machtigingsverordening en rechtstreeks toepasselijke Commissieleidraden voor verenigbaarheid wordt de Commissie geacht samen te werken met nationale rechters en de (interbestuurlijke) toezichthoudende autoriteiten van de lidstaten. Bij de *ex ante* handhaving van de groepsvrijstellingen door de lidstaten spelen de Raad en de Commissie als wetgevende instanties een rol het bij afbakenen van bevoegdheidsuitoefening en het invullen van gezamenlijke beoordelingskaders.¹⁸

De verschillende samenwerkingsmechanismen bestaan reeds in de procedureverordening en de machtigingsverordening, maar zijn juridisch gezien nog niet volledig tot wasdom gekomen, omdat de omvang van de samenwerking met de lidstaten voorsnog beheerst wordt door de "bevoegdheidsdisclaimer" van de Commissie op het terrein van verenigbaarheid.

Om deze impasse te doorbreken kan vanuit de bestaande handhavingsstructuur de doeltreffendheid van het toezicht en de mate van rechtsbescherming

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

18 Van Cleynenbreugel 2014c, p. 168.

vergroot worden, evenwel zonder dat de Commissie haar exclusieve bevoegdheden verliest en zonder dat belanghebbenden ontstoken blijven van een doeltreffende voorziening. Hiertoe worden de volgende drie scenario's geschetst:

- i) Correctieve aanpassingen binnen de *status quo*;
- ii) Het zoeken naar nieuwe samenwerkingsmechanismen binnen de bestaande decentralisatiestructuur;
- iii) Verdere decentralisatie van bevoegdheden aan onafhankelijke staatssteunautoriteiten en nationale rechters.

3.2 Scenario I: Correctieve aanpassingen binnen de status quo

Met het oog op de aankomende modernisering (met als eerstvolgende horizonpunt 2026) gaat de Commissie verder met het uitbreiden en verfijnen van vrijstellingscategorieën, het vernieuwen van handhavingsleidraden en verenigbaarheidsrichtsnoeren.¹⁹ Binnen de fundamenteën van de huidige vrijstellingsmechanismen kan de Commissie eveneens op grond van het Unierecht correctieve aanpassingen verrichten ter herstel van een aantal onevenwichtigheden.

Zo zou de Commissie een aantal onvermijdelijke aanpassingen kunnen verrichten ten aanzien van het DAEB-Vrijstellingsbesluit, waarbij zij in beginsel geen efficiëntie-voorwaarden meer zou opleggen aan de lidstaten, om zo de werking van artikel 106, lid 2, VWEU te verzekeren. Meer concreet zou dat een aanpassing van de onderdelen 3.5 en 3.6.2 in de DAEB-mededeling en artikel 5, lid 6 in het DAEB-Vrijstellingsbesluit moeten betekenen. Op die manier zouden de parameters van compensatie niet op basis van efficiëntie worden ingevuld. Eveneens kan de Commissie in het DAEB-Vrijstellingsbesluit bepalingen opnemen waarbij de lidstaten in hun besluitvormingsproces ook de toegang van potentiële buitenlandse aanbieders tot openbare diensten meewegen, alvorens zij een aanwijzingsbesluit nemen. Bovendien zou het raadzaam zijn om in het DAEB-Vrijstellingsbesluit – conform artikel 36 van het Handvest van de Grondrechten – een expliciete verplichting op te nemen, inhoudende dat de steunverlening voor DAEB ook een niet-discriminerende toegang van Unieburgers met een verblijfsrecht tot deze diensten inhoudt.

19 Zie Persbericht Europese Commissie, 7 januari 2019, “State aid: Commission to prolong EU State aid rules and launch evaluation”; Europese Commissie, 7 januari 2019, Fitness Check of the 2012 State aid modernisation package, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/fitness_check_en.html. Volgens artikel 59 AGVV loopt de AGVV af op 31 december 2026. Voor deze tijd zal de Commissie naar verwachting met een voorstel komen tot wijziging en/of vervanging van de AGVV. De Wijzigingsverordening van 2023 heeft voor de artikelen 36 t/m 44 AGVV materiële wijzigingen opgenomen, in het kader van milieu- en klimaatsteun in het kader van de Green Deal.

Ten aanzien van de AGVV kan de Commissie bij de herziening van deze verordening in 2026 de 20 werkdagen kennisgevingstermijn van artikel 11 AGVV verlengen tot een redelijke termijn, waardoor lidstaten meer doeltreffende mechanismen voor interbestuurlijk toezicht en bestuurlijk bezwaar op nationaal niveau kunnen organiseren. Vanuit het oogpunt van gelijkwaardigheid zou de Commissie de termijn, conform artikel 4 van de procedureverordening, op twee maanden (40 werkdagen) kunnen bepalen.²⁰ Bovendien zou de Commissie een expliciete reparatiemogelijkheid kunnen opnemen voor kleine gebreken (het toezenden van de verkeerde weblink, kennelijke verschrijvingen en omissies in bedragen, steunintensiteiten en andere data), op voorwaarde dat de nationale autoriteiten van de lidstaten binnen zes maanden na kennisgeving de Commissie hierover inlichten. Dit sluit direct aan op de huidige transparantieplichtingen onder het Unierecht.²¹

Tot slot kan de Commissie in de toekomst, zoals reeds gedaan in 2023, de *de-minimis*drempels ophogen (inmiddels is de reguliere drempel € 300.000) of voorzien van cumulatieve economische en financiële criteria, waaronder nationale en interstatelijke omzet, marktaandelen en winstgevendheid en het aantal afnemers van goederen en diensten uit andere lidstaten.²² Het Hof heeft in haar rechtspraak de *de-minimis*vrijstelling inmiddels als een legitiem handhavinginstrument erkend, in tegenstelling tot de besluitpraktijk van de Commissie over lokale steun.²³ Indien de Commissie in de toekomst de *de-minimis*verordening zorgvuldig blijft ontwerpen in samenspraak met het Adviescomité Staatssteun, is het goed mogelijk dat het Hof overtuigd kan worden van vernieuwde *de-minimis*drempels en -criteria, zolang zij objectief en voorspelbaar zijn. Belangrijk is wel dat op lidstatelijk niveau er doeltreffende structurele toezichtmechanismen bestaan die *de-minimis*steun blijven beoordelen op nationale verbodsnormen inzake mededingingsvervalsingen door de overheid (zie hoofdstuk 5, paragraaf 2.2.4).²⁴ Het aangekondigde EU-register voor *de-minimis*steun is hiertoe een duidelijke aanzet.²⁵

20 Artikel 4 van de Procedureverordening.

21 Deze vallen onder de zogeheten “State Aid Transparency Awarding Module” (TAM). Zie <https://webgate.ec.europa.eu/competition/transparency/public?lang=en>. Zie ook Zondag & Merkus 2018, p. 147-149.

22 Zie Coppens et al 2015, p. 271-279.

23 Zie Hoofdstuk 3, paragraaf 6.

24 Zie Hoofdstuk 5, paragraaf 2.2.4.

25 Om aan de transparantieplichtingen van de *de-minimis*vrijstellingsverordening van 2023 te voldoen, “moet de betrokken lidstaat uiterlijk vanaf 1 januari 2026 volledige informatie over de verleende *de-minimis*steun verstrekken in een centraal register op nationaal of EU-niveau, en controleren of door een nieuwe steunverlening het in deze verordening bepaalde plafond niet wordt overschreden. De Commissie zal op het niveau van de EU een centraal register opzetten dat vanaf 1 januari 2026 door de lidstaten kan worden gebruikt”. Zie overwegingen 29 en 40 en artikel 6 van de *de-minimis*vrijstellingsverordening 2023.

Bovenstaande flexibilisering en verfijning van het staatssteuntoezicht zijn enerzijds noodzakelijk, maar anderzijds bieden zij nog geen volledige oplossing voor de in paragraaf 2 geïdentificeerde juridische knelpunten. Dit correctieve scenario vergroot de verantwoordelijkheden van lidstaten, zonder dat het raakt aan de gemankeerde institutionele *status quo* van de Commissie als exclusieve toezichthouder. Bovendien maakt deze *status quo* de nationale autoriteiten en nationale rechters van de lidstaten weliswaar verantwoordelijk, maar tegelijkertijd lost dit scenario de geïdentificeerde knelpunten niet op. Daarmee zijn het tijdelijke oplossingen die de rechtszekerheid en transparantie van het leeuwendeel van de steunmaatregelen in de Unie niet vergroten. Dit *status quo*-scenario blijft zo een “kastje-naar-de-muur”-benadering die fundamentele juridische knelpunten uit de weggaat omwille van beleidsmatige keuzes.

3.3 Scenario II: Samenwerkingsmechanismen zoeken binnen bestaande decentralisaties

3.3.1 *Bestaande versus nieuwe bevoegdheden*

Meerdere auteurs hebben de praktische handhavingsproblemen in het staatssteunrecht aangekaart en geconcludeerd dat een verdere decentralisatie van bevoegdheden noodzakelijk is om een doeltreffend staatssteuntoezicht te garanderen.²⁶ Fiedziuk heeft een delegatie van verenigbaarheidsbevoegdheden ten aanzien van DAEB-steunmaatregelen aan nationale staatssteunautoriteiten voorgesteld op grond van de artikelen 106, lid 3 en 109 VWEU.²⁷ Parret spreekt over de noodzaak tot verenigbaarheidsverklaringen door de nationale rechter en ziet hiertoe geen andere mogelijkheid dan een verdragswijziging van de artikelen 107 en 108 VWEU.²⁸ Echter, voordat de vraag gesteld wordt welke constitutieve bevoegdheden er zouden moeten komen, dient de vraag beantwoord te worden of nationale actoren reeds kunnen handhaven binnen de contouren van het bestaande stelsel van gedecentraliseerde bevoegdheden.²⁹

Het meergelaagde staatssteuntoezicht berust thans op secundair Unierecht in de vorm van de procedureverordening, de machtigingsverordeningen, de verordeningen en besluiten die groepsvrijstellingen regelen en de hier aan verbonden handhavingsleidraden.³⁰ De samenwerkingsprocedures worden in dit secundaire rechtskader ingevuld door de beginselen van behoorlijk bestuur, doeltreffendheid, loyale samenwerking, evenredig-

26 Zie Nicolaidis 2008, p. 552-568.

27 Fiedziuk 2013.

28 Zie ook Parret 2017, p. 5-16.

29 Mendes 2018, p. 75-100.

30 Zie paragraaf 2.4.4 en 3.2.

heid en transparantie. Bovendien komt samenwerking, in de vorm van coördinatiernetwerken met toezichhoudende autoriteiten, *amicus curiae* – interventies van de grond door wederzijds vertrouwen, vergelijkbaar met het ECN.³¹ De randvoorwaarden van deze secundaire regelgeving – en de hieruit voortvloeiende samenwerkingsmechanismen – moeten beschouwd worden als een vorm van delegatie van onderzoeks – en handhavingsbevoegdheden aan nationale autoriteiten en nationale rechters.³² Daarmee heeft de Commissie een exclusieve bevoegdheid niet afgestaan ten aanzien van het toezicht op de groepsvrijstellingen, maar gedeeld met de lidstaten. De teksten van de machtigingsverordening en de groepsvrijstellingen zijn hier duidelijk: de lidstaten beoordelen de verenigbaarheid en moeten dit doen binnen de randvoorwaarden die de Commissie heeft opgesteld.³³ Het “vermoedelijkheids criterium” van het Hof werpt hier een onnodige drempel op voor de uitoefening van een rechtmatige bevoegdheid door de lidstaten, in het bijzonder ten aanzien van de nationale rechter.

3.3.2 *Bestaande bestuurlijke toezichtsmechanismen voor doeltreffend en gelijkwaardig staatssteuntoezicht*

In de vorige paragraaf is een stelsel van terzijdestelling voorgesteld tussen de Commissie en de nationale rechter in het kader van onderzoeken naar de verenigbaarheid. Dit stelsel is ook verkend ten aanzien van samenwerking op grond van vrijstellingscategorieën tussen de Commissie en het Adviescomité Staatssteun. Deze meergelaagde handhavingsstructuur moet volledig berusten op de beginselen van loyale samenwerking, gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.³⁴ Dat betekent dat de rechten die partijen aan het beschermingsbereik van de groepsvrijstellingen ontlenuen niet ongunstiger mogen uitpakken in een bezwaar- of beroepsprocedure op nationaal niveau, in vergelijking tot de administratieve beoordeling door de Commissie en de rechtsbescherming die hiertegen openstaat. Bovendien mag de uitoefening van de rechten op grond van de groepsvrijstellingen niet in de praktijk bemoeilijkt worden: noch door nationale overheden, nationale rechters, maar ook niet door de Commissie en het Hof. Dit volgt uit het beginsel van loyale samenwerking.³⁵

In het bestaande gedecentraliseerde handhavingsstelsel zijn de lidstaten gehouden om “doeltreffende nationale systemen” op te zetten voor de coördinatie en handhaving van de groepsvrijstellingen en voor de private handhaving.³⁶ In de meeste lidstaten bestaat een vorm van staatssteuncoör-

31 Van Cleynenbreugel 2014, p. 169; Scott 2017, p. 354-365; Negenman 2011, p. 621.

32 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

33 Zie Fiedziuk 2013, p. 105.

34 Van Cleynenbreugel 2016, p. 77.

35 Zie HvJ EU, 29 juli 2019, C-620/17, *Hochtief Solutions*, r.o. 45.

36 Mededeling modernisering 2012, punt 21.

dinatie die doorgaans middels een interbestuurlijk netwerk bij een nationale coördinator is ingericht.³⁷ In Nederland ligt deze coördinatie bij het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat in het kader van het Interdepartementaal Staatssteunoverleg. Binnen dat verband coördineert het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties staatssteunprocedures van gemeenten en provincies. In België is het staatssteuntoezicht verdeeld volgens de gewestelijke en federale bevoegdheden, maar eerbiedigt het – net zoals in Nederland – de gemeentelijke en provinciale autonomie.³⁸ Los van de nationale overheid hebben sommige lidstaten specifieke staatssteununits binnen de nationale mededingingsautoriteiten opgezet. Dit geldt met name voor lidstaten die voor toetreding op 1 mei 2004 verplicht een staatssteunautoriteit moesten oprichten op grond van het *acquis communautaire*.³⁹ Het staatssteuntoezicht wordt vervolgens ingevuld volgens de procedurele autonomie van de lidstaten – in overeenstemming met de procedurele en materiële rechtskaders van de Commissie.⁴⁰

In Nederland is een lange discussie gevoerd over het scheppen van aanvullende nationale handavings- en toezichtmechanismen in het staatssteunrecht.⁴¹ Goede voorbeelden vormen de Wet Terugvordering Staatssteun en de invulling van het belanghebbende-criterium op grond van de procedureverordening in het Nederlandse bestuursprocesrecht ten aanzien van particulieren die zich beroepen op de artikelen 107, lid 1, jo. artikel 108, lid 3, VWEU.⁴² In dat kader speelt de discussie of het relativiteitsvereiste, als *Schutz*-norm, voorziet in een doeltreffende en gelijkwaardige voorziening voor de nationale rechter.⁴³

Maar ook ten aanzien van schendingen van de *Grund*-normen van artikel 107, lid 1, VWEU, artikel 108, lid 3, VWEU en de groeps- en de-minimis-vrijstellingen bestaan er in Nederland (interbestuurlijke) handavingsmechanismen, waaronder het bijzonder toezicht onder de Wet Naleving Europees Recht Publieke Entiteiten (hierna: Wet Nerpe).⁴⁴ Op grond van deze wet kan de Minister van Binnenlandse Zaken gemeenten en provincies

37 Zie Negenman 2011, p. 621. Zie ook Buts et al 2013, p. 330-340.

38 Buts, De Cock, Joris en Nicolaidis, P. (2021). 'Studie Staatssteun in het beleidsdomein wonen'. Vrije Universiteit Brussel.

39 Zie Nicolaidis 2008.

40 Zo heeft Hongarije een sterk centralistisch staatssteuntoezicht dat bij het ministerie van Financiën is geconcentreerd en bindende adviezen geeft aan andere overheden, zie Staviczky 2015; Denemarken heeft met haar staatssteunautoriteit een soortgelijk centralistisch toezicht, met onderzoekende bevoegdheden, maar heeft meer een adviserende rol in vergelijking met Hongarije, zie Olesen 2012, p. 557-559, Negenman 2011, p. 624

41 Zie Adriaanse & Den Ouden 2009, p. 15-26; Van Haersolte 2018; Metselaar 2016, p. 511-534; Adriaanse & Den Ouden 2011, p. 15-26; Adriaanse 2011, p. 13-21; Corhaut et.al; Derenne 2012, p. 469-470; De Cock 2018, p. 1362-1383.

42 Zie Adriaanse & Den Ouden 2009, p. 15-26; Van Haersolte 2018.

43 Zie Langer et al 2016 p. 1169; Dictus & De Wit 2019.

44 Zie Kuipers 2013-1, p. 4-7; Van den Tweel 2010, p. 250.

een aanwijzing geven om aan hun rechtsplicht volgens het Unierecht te voldoen.⁴⁵ Daarnaast hebben zowel Nederland als Denemarken in hun Mededingingswet bepalingen opgenomen die bevoordeling van (overheids-)bedrijven onder de *de-minimis*drempels sanctioneren.⁴⁶ In beide gevallen houden nationale mededingingsautoriteiten toezicht op hun medeoverheden bij het aangaan van economische transacties op de nationale markt. Aan het interbestuurlijke handhavingsvraagstuk inzake “*quis custodiet ipsos custodes?*” wordt dus reeds met bestaande toezichtmechanismen door de lidstaten beantwoord.⁴⁷ In het geval van conflicten met de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie op het gebied van staatssteun, hebben mededingingsautoriteiten zichzelf onbevoegd verklaard en vervolgens voorrang verleend aan de onderzoeken van de Commissie.⁴⁸ Ook in de staatssteunhandhaving hebben nationale mededingingsautoriteiten de Commissie ondersteund door sectorspecifieke marktonderzoeken te verrichten en feitenonderzoek te doen ten bate van de economische analyses van de Commissie.⁴⁹ Het huidige meervoudige toezichtstelsel sluit niet uit dat lidstaten staatssteunautoriteiten een meer adviserende rol geven bij de toepassing en handhaving van de groepsvrijstellingen. In Nederland vervult het Kenniscentrum Europa Decentraal bijvoorbeeld een informerende rol ten aanzien van decentrale overheden, en ook in andere lidstaten bestaan er dergelijke bakens die gericht zijn op het versterken van compliance onder overheden.⁵⁰

3.4 Scenario III: Verdere decentralisaties van bevoegdheden aan onafhankelijke staatssteunautoriteiten en nationale rechters

3.4.1 *Quis custodiet ipsos custodes?*

Artikel 109 VWEU maakt het mogelijk dat de Raad, op voorstel van de Commissie, wetgevende acties onderneemt ter verdere decentralisatie van het meervoudige staatssteuntoezicht. De lidstaten kunnen in het kader van de vrijstellingscategorieën van de machtigingsverordening (zie hoofdstuk 5, paragraaf 2.4.1) de bevoegdheid krijgen om te besluiten over de verenig-

45 Zie Kamerstukken II 2009/1032157, nr. 3, paragraaf 2.2. Hessel 2010, p. 233.

46 Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid), Stb. 2011, 16. Gaasbeek et al 2018, p. 11-17 Zie Wegener Jessen 2011, p.67.

47 Juvenalis, *Satire VI*, regel 347 (Vrij vertaald uit het Latijn: “Maar wie bewaakt de wachters?”). Zie Van Gestel & Van Golen 2014, p. 764-770.

48 Zie Gaasbeek et al 2018, p.11. Wegener Jessen 2011, p. 67.

49 Zie Buts et al 2013, p. 330-340.

50 Zie bijvoorbeeld de Zweedse Mededingings- en Aanbestedingsautoriteit (*Upphandlingsmyndigheten*).

baarheid van staatssteun voor algemene belangencategorieën. Ten aanzien van DAEB kan de Commissie ook specifiek kiezen voor de rechtsbasis van artikel 106, lid 3, VWEU, waarop het DAEB-Vrijstellingsbesluit berust.⁵¹ Daarnaast biedt artikel 14 VWEU de Commissie ook de mogelijkheid om door middel van de gewone wetgevingsprocedure een verordening aan te laten nemen door de Raad en het Europees Parlement.⁵²

In de machtigingsverordening kan bepaald worden dat lidstaten een onafhankelijke staatssteunautoriteit moeten oprichten die ten aanzien van de vrijstellingen besluiten kan nemen tot verenigbaarheid. Tegen deze besluiten moet rechtsbescherming openstaan bij de nationale rechter, die eveneens bevoegd moet zijn om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van de vrijgestelde steuncategorieën.

In 2012 werd deze benadering nog als onwenselijk gezien door de Commissie omdat de lidstaten mogelijk als slaggers zouden optreden die hun eigen vlees keuren. Anno 2023 is er, door de decentralisatie van toezichtsverantwoordelijkheid, een noodzaak om de gedecentraliseerde bevoegdheidsuitoefeningen te optimaliseren door deze expliciet vast te leggen in de machtigingsverordening en in de procedureverordening. Zo heeft Nicolaidis al eerder aangevoerd dat lidstaten een zelfstandig belang hebben bij een doeltreffend staatssteuntoezicht.⁵³ Hij heeft inzichtelijk gemaakt dat de staatssteunautoriteiten- en coördinatie-netwerken uit de lidstaten in beginsel succesvol functioneren en bovenal loyaal samenwerken met de Commissie, zeker waar het gaat om het opzetten van compliance structuren voor de toepassing van de groepsvrijstellingen.⁵⁴ Zijn pleidooi voor een graduele decentralisatie van staatssteuntoezicht blijft overtuigend, omdat lidstaten gelet op de politiek-maatschappelijke dimensie van staatssteun een eigenstandig belang hebben bij de rechtmatigheid van “goede” staatssteunverleningen.⁵⁵

Desondanks moet een stelsel van graduele decentralisatie van Commissie-bevoegdheden altijd doorgelicht worden in het kader van het *“quis custodiet ipsos custodes?”* – vraagstuk.⁵⁶ Dit vraagstuk kan wettelijk opgelost worden door samenwerkingsmechanismen in te richten volgens de beginselen van *pre-emption* (terzijdestelling), gelijke behandeling, non-discriminatie, evenredigheid en transparantie.

51 Zie Fiedziuk 2013.

52 Dawson & De Witte 2014, p. 964. Gezien de diversiteit van DAEB-omschrijvingen een verder de harmonisatie van dit begrip op grond van de wetgevingsroute van artikel 14 VWEU zeer onwaarschijnlijk (Zie Hoofdstuk 1)

53 Nicolaidis 2008, p. 553.

54 *Idem*, p. 566-568.

55 Zie de inleiding van dit proefschrift, paragraaf 4.2.

56 Van Gestel & Van Golen 2014, p. 764-770.

3.4.2 Bestaande proeftuinen voor nieuwe handhavingsbevoegdheden

De huidige samenwerkingsverbanden die de Unie op het gebied van staatssteuntoezicht heeft ontworpen met externe partnerschappen bieden hier uitkomst. Zo bestaat er in het kader van gedeeld staatssteuntoezicht in de EER een intensieve samenwerking met de onafhankelijk toezichtautoriteit van de EVA.⁵⁷ De EVA-toezichtautoriteit handhaaft de naleving van de primaire en secundaire staatssteunregels in Noorwegen, IJsland en Liechtenstein en heeft zijn toezichtmechanismen volledig ingericht op een loyale samenwerking door de voorgeschreven Commissiestandaarden te handhaven.⁵⁸ In overeenstemming met de procedureverordening heeft de EVA-toezichthouder gelijkwaardige bevoegdheden als die van de Commissie.⁵⁹ Om een uniforme uitleg, toepassing en handhaving te garanderen zijn de volgende samenwerkingsmechanismen van toepassing:

- 1) Uitwisseling van informatie tussen de EVA en de Commissie over handhavingsbeleid en toepassingspraktijk;
- 2) Inzage in staatssteundossiers en de mogelijkheid tot het maken van opmerkingen in procedures;
- 3) De toezichthoudende autoriteiten van de Unie en de EVA stellen elkaar op de hoogte van alle besluiten zodra deze genomen zijn;
- 4) Openbaarheid van besluiten van deze autoriteiten en;
- 5) Het verstrekken van inlichtingen tussen de toezichthouders op vertrouwelijke basis.⁶⁰

Op grond van artikel 62 EER kunnen beide toezichthouders onderzoeken naar staatssteun en de verenigbaarheid van staatssteun verrichten. In beginsel onderzoekt de EVA-toezichthoudende autoriteit de EVA-lidstaten en de Commissie de EU-lidstaten, maar in het geval van een gemengde betrokkenheid van lidstaten maken beide toezichthouders handhavingsafspraken op maat. Zo kunnen de Commissie en EVA zelfstandig onderzoek in EER starten, maar regelt een mechanisme van terzijdestelling welke toezichthouder een onderzoek instelt.⁶¹

Ook in internationale economische samenwerkingsverbanden buiten de EER, namelijk die tussen de Unie en het Verenigd Koninkrijk, is overeengekomen dat er een vorm van samenwerking moet plaatshebben op

57 Hjelmtvedt 2017, p. 60-71.

58 Fløistad 2018, p. 241-263.

59 Protocol 26, Besluit van het Gemengd Comité van de EER, nr. 164/2001, 11 december 2001.

60 Protocol nr. 26 bij de EER-Overeenkomst en Besluit van het Gemengd Comité van de EER, nr. 164/2001, 11 december 2001.

Zie artikel 62, lid 2, EER-Overeenkomst en protocol nr. 27 bij de EER-overeenkomst inzake de samenwerking op het gebied van staatssteun.

61 *Idem*.

staatssteun in de Unie en in het Verenigd Koninkrijk.⁶² Ten aanzien van het aanvankelijke “Chequers”-voorstel van het Verenigd Koninkrijk heeft de Unie de oprichting van een autoriteit die als slager zijn eigen vlees keurt, verworpen en het Verenigd Koninkrijk verplicht om een onafhankelijke toezichthouder op te richten die opereert binnen de secundaire staatssteunregels van de Unie.⁶³ In het Terugtrekkingsakkoord van het Verenigd Koninkrijk uit de Unie (hierna: TA) heeft de Commissie, volgens de onderhandelingsrichtsnoeren van de Europese Raad, een op maat gesneden mechanisme ontworpen voor meervoudig staatssteuntoezicht.⁶⁴ Artikel 9 annex TA richt een onafhankelijke en onpartijdige autoriteit op, die gevrijwaard is van politieke of andere externe beïnvloeding. De bevoegdheden van deze onafhankelijke autoriteit zijn gelijkwaardig aan die van de Commissie krachtens het primaire en secundaire recht van de Unie, waaronder de groepsvrijstellingen. Zo hebben “de besluiten van de onafhankelijke autoriteit met betrekking tot en in het Verenigd Koninkrijk dezelfde rechtsgevolgen als die welke vergelijkbare besluiten van de Europese Commissie in overeenstemming met de bepalingen inzake het staatssteunrecht van de Unie.”⁶⁵ Vergelijkbaar aan de samenwerkingsconstellatie met de EVA-toezichthouder voorziet artikel 10 annex TA in samenwerkingsmechanismen met een onafhankelijke toezichtautoriteit op het gebied van:

- 1) Informatie- en standpuntuitwisseling bij de toepassing en handhaving van het staatssteunrecht;
- 2) Onderlinge (vertrouwelijke) afstemming van handhavingzaken;
- 3) Wanneer de onafhankelijke autoriteit een formele onderzoeksprocedure inleidt, geeft hij kennis van dat besluit aan de Commissie. De Commissie wordt in de gelegenheid gesteld opmerkingen te maken met inachtneming van de toepasselijke termijnen van de procedureverordening;
- 4) De onafhankelijke autoriteit raadpleegt de Commissie over alle ontwerpbesluiten die zij voornemens is te nemen. De Europese Commissie heeft tot 3 maanden om haar advies mee te delen en de onafhankelijke autoriteit houdt zo veel mogelijk rekening met dat advies alvorens een besluit te nemen.⁶⁶

In artikel 10 annex TA komt het beginsel van terzijdestelling duidelijk naar voren. De onafhankelijke autoriteit beschikt over gelijkwaardige

62 Buendia Sierra 2016, p. 331-333.

63 Zie de bespreking van het “Chequersplan” door Biondi & De Cock 2018, p. 565-569. Deze onafhankelijke autoriteit zou moeten worden op gezet binnen de Competition and Markets Authority. Tomlinson & Lovdahl Gormsen 2018, p. 248.

64 Akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (PbEU 2019 C 384 I). Zie ook Richtsnoeren Europese Raad, punt 12. Zie de artikelen 7-12 TA. Zie ook Van den Bogaert & Cuyvers 2019, p. 1388-1397.

65 Artikel 9, lid 3 annex TA.

66 Verouden & Ibanez Colomo 2018.

onderzoeksbevoegdheden, maar is verplicht de Commissie, in het kader van het goede verloop van procedures, te informeren en consulteren bij de allocatie van zaken. Vervolgens biedt artikel 11 annex TA waarborgen voor effectieve rechtsbescherming. Daartoe is de nationale rechter bevoegd en verplicht om de naleving door de overheden van het VK op grond van de van artikel 108, lid 3, VWEU te toetsen. Wanneer een Britse overheid steun zonder goedkeuring van de onafhankelijke autoriteit heeft verleend of besluiten van de onafhankelijke autoriteit niet naleeft⁶⁷, dan dient de nationale rechter handhavend op te treden, door sancties op te leggen die gelijkstaan aan de sancties in de procedureverordening.⁶⁸ Voorts is volgens artikel 11 annex TA de nationale rechter ook bevoegd om uitspraak te doen over een beroep wegens het nalaten te handelen door de onafhankelijke autoriteit. De nationale rechter kan hiertoe een bevel tot handhaving geven. Ook kan de nationale rechter uitspraak doen over particuliere schadeclaims en schadevergoeding toe te kennen.

Op grond van het Unierecht is de nationale rechter reeds bevoegd de *standstill*-clausule te handhaven, en hier sancties aan te verbinden die in lijn zijn met remedies uit de procedureverordening (zoals opschorting en terugvordering) en eveneens te oordelen over schadeclaims.⁶⁹ Een *novum* is echter dat volgens de TA-mechanismen de nationale rechter rechtsbescherming biedt tegen handhavingsbesluiten (en het nalaten tot handelen) van een onafhankelijke staatssteunautoriteit. Eveneens is nieuw dat de Commissie te allen tijde zich als partij kan voegen in zaken voor de nationale rechter die de naleving en handhaving van een nationale staatssteuntoezichthouder betreffen.⁷⁰

Hoewel het akkoord gericht is op de samenwerking tussen een uitredende lidstaat en de Unie, betekent dit niet dat de voorgestelde staatssteunmechanismen niet relevant zijn voor de 27 lidstaten die in de Unie blijven.⁷¹ De concrete mechanismen zijn door de Commissie ontworpen en door de Europese Raad goedgekeurd. Zij bieden een potentieel wettelijk kader voor gedecentraliseerd staatssteuntoezicht in de Unie. Indachtig dat 27 lidstaten

67 Du Parc Braham en Marsden 2023, p. 381-388.

68 Artikel 11, lid 1 sub a en b annex TA.

69 Zie artikel 11, lid 1 e) annex TA; Op grond van artikel 127, lid 1, TA was het Verenigd Koninkrijk verplicht om gedurende de overgangsperiode (effectief tot 9 juli 2022) om het Unierecht (inclusief besluiten van de Commissie) uit te voeren. Het Hof heeft op 14 maart 2024 geoordeeld dat het *Supreme Court* van het Verenigd Koninkrijk, wegens een niet-naleving van de staatssteunbepaling van artikel 108, lid 3, VWEU en artikel 127, lid 1, TA (overgangsrecht van de Unie ten aanzien van en in het Verenigd Koninkrijk en de Unie) het beginsel van loyale samenwerking heeft geschonden (in een uitspraak van het *Supreme Court* van 19 februari 2020), door een besluit van de Commissie inzake de opschorting van de uitvoering van steun te negeren (zie voetnoot 42 (p.256)); Zie HvJ EU 14 maart 2024, C 516/22, *Commissie t Verenigd Koninkrijk*, r.o. 159, 163, 171-172.

70 Artikel 11, lid 2 annex TA.

71 Walker 2019.

namens hun regering akkoord zijn gegaan, kunnen de bepalingen vervat in de artikelen 9 t/m 11 annex TA als gemeenschappelijke grond worden beschouwd voor meervoudig gedecentraliseerd staatssteuntoezicht. Deze bepalingen bieden een conceptakkoord tussen de lidstaten en de Commissie om dit toezicht doeltreffender te maken en te voorzien van minimumvoorwaarden voor effectieve rechtsbescherming. Nadere verfijningen kunnen door de Commissie afgeleid worden uit haar ervaringen met de toepassing van Verordening 1/2003.⁷² In het bijzonder zou een bepaling over de allocatie van zaken ex artikel 14, lid 7 van Verordening 1/2003 en een bepaling over het blokkerend effect van terzijdestelling conform artikel 11 lid 6 van Verordening 1/2003 hier aan bijdragen.⁷³ De vraag is echter of de Uniewetgever even royaal wil zijn richting haar loyale 27 lidstaten, als naar het Verenigd Koninkrijk, door de staatssteunautoriteiten en nationale rechters bevoegdheden toe te staan om de verenigbaarheid van steun te beoordelen. Gezien de bestaande coördinatiefuncties tussen de lidstaten en de Commissie zou de bovenstaande “Brexit-proeftuin” voorsnog alleen betrekking dienen te hebben op de gedeelde handhaving van de groepsvrijstellingen.

4 AANBEVELINGEN VOOR DOELTREFFENDE SAMENWERKINGSMECHANISMEN OP HET GEBIED VAN BESTUURLIJK TOEZICHT EN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

4.1 Het Hof kan een rechtstreekse werking toekennen aan artikel 107, lid 1, VWEU

De nationale rechter is binnen de huidige bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en de lidstaten de aangewezen instantie om op nationaal niveau de primaire en secundaire staatssteunregels te handhaven op verzoek van rechtszoekenden. De nationale rechter heeft een aanvullende, maar zeker niet ondergeschikte taak ten aanzien van de Commissie. Niet langer moet hij eerst de vraag stellen of de Commissie een aanmelding heeft ontvangen, maar dient hij eerst nagaan of de steun onder een gedecentraliseerd vrijstellingskader valt. Het openbare staatssteunregister van de Commissie maakt bijvoorbeeld elke toepassing van de AGVV door lidstaten inzichtelijk. Voor de rechtmatigheidsbeoordeling op staatssteun is daarom de zelfstandige toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU het vertrekpunt in het stelsel van meergelaagde staatssteuntoezicht. Nu zijn de toepassingen van artikel 107, lid 1, VWEU en artikel 108, lid 3, VWEU nauw met elkaar verbonden, maar heeft de Commissie met de groepsvrijstellingen voorzien in rechtskaders die afwijken van de *standstill*-procedure. De toepassing van de groepsvrijstellingen veronderstelt dat de nationale rechter eerst controleert of het

⁷² Pace 2015, p. 247.

⁷³ Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

secundaire staatssteunrecht door de lidstaten correct is toegepast, alvorens hij de Commissie betreft op grond van de rechtstreeks werkende bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU. Daarom zou het toekennen van een rechtstreekse werking aan artikel 107, lid 1, VWEU van aanvullende waarde zijn. Bovendien zou deze daad de huidige handhavingssituatie erkennen, en de rechtsbeschermingsfunctie van de nationale rechter te vergroten. *De jure* bekrachtigt het Hof zo een praktijk die *de facto* al zijn ingang heeft gevonden in de nationale rechtsorde.⁷⁴

In dit gedecentraliseerde handhavingssysteem is het wenselijk dat het Hof daarom nadere keuzes maakt voor het verzekeren van een doeltreffende rechtsvoorziening op nationaal niveau. Het Hof heeft in haar rechtspraak onderkend dat staatssteun naast een verbodsnorm om ongeautoriseerde staatssteun te verlenen ook een gebodsnorm inhoudt ten aanzien van de gelijke behandelingen van ondernemingen (en tot op zekere hoogte ook van burgers) die gelijke toegangsrechten ontleen aan de steunmaatregelen. Bezien vanuit de *Defrenne*-benadering van het Hof over de rechtstreekse werking van gebodsnormen hebben de lidstaten op grond van artikel 107, lid 1, VWEU een plicht tot gelijke behandeling en eveneens een transparantieplicht. Daarmee is de kern van deze verdragsbepaling voldoende duidelijk. Omdat artikel 107, lid 1, VWEU eveneens een onvoorwaardelijke en objectieve verbodsnorm beoogt, kan het Hof oordelen dat anno 2020, op grond van de *Van Gend en Loos*- en *Defrenne*-randvoorwaarden, rechtstreekse werking heeft.⁷⁵

Echter, zolang er dubbele en afwijkende toepassingsstandaarden bestaan kan een dergelijke lezing van artikel 107, lid 1, VWEU nog in twijfel getrokken worden. Daarom moet deze aanbeveling om aan artikel 107, lid 1, VWEU rechtstreekse werking toe te kennen in samenhang gelezen worden met de aanbeveling in paragraaf 4.2. om de bestaande afwijkingen op het objectieve staatssteunbegrip op te heffen.

Zolang artikel 107, lid 1, VWEU geen rechtstreekse werking heeft, kan de indruk bij rechtszoekenden blijven bestaan dat primair de Commissie het staatssteunbegrip kan toepassen en zou de private staatssteunhandhaving de terugtrek van de Commissie ten aanzien van kleinere zaken zeer waarschijnlijk niet compenseren.⁷⁶ In dit onderzoek naar de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU zijn voldoende uitspraken van nationale rechters gesignaleerd die evidente schending van artikel 107, lid 1, VWEU negeerden

74 Van Cleynenbreugel 2014c, p. 168.

75 HvJ EG, 5 februari 1964, C-26/62, *Van Gend en Loos*; HvJ EG, 8 April 1976, C-43-75, *Gabrielle Defrenne*.

76 Zie over deze terugtrek Metselaar 2016, zie stelling 1, zie ook p. 251, 369, 397-398. Zie ook De Cock 2023, p.279.

of doorschoven ter beoordeling van de Commissie.⁷⁷ Een rechtstreekse werking van deze bepaling vergroot het beschermingsbereik van deze bepaling in de nationale rechtsorde en geeft een signaal af aan rechtzoekenden dat nationale rechters de staatssteuntoepassing van steunverlenende overheden afdoende op rechtmatigheid kunnen controleren.

4.2 Het Hof zou de afwijkende toepassingstandaarden kunnen evalueren en beëindigen

Gezien de ontwikkelingen is het wenselijk dat het Hof een toekomstige toepassing van uitspraak *Marinvest*, omwille van rechtszekerheid en doeltreffendheid ten principale als onrechtmatig beoordeelt.⁷⁸ Daarmee kan het Hof ook de leidraad over lokale steun en de bepalingen in de mededeling over een grensoverschrijdend effect nietig verklaren. Het Hof kan op grond van haar bevoegdheid van artikel 19 VEU deze constitutionele ongemakkelijkheden beëindigen en oordelen dat deze leidraden in strijd zijn met Unierecht.

Ook de huidige doelbenadering van de Commissie ten aanzien van de werking van artikel 107, lid 1, VWEU en de maatschappelijke impact van sport (neergelegd in artikel 165 VWEU) geldt als een beleid dat handhaving en toepassingsverplichtingen vermengt. Deze benadering kan in de toekomst leiden tot een glijdende schaal, wanneer de lidstaten rechtstreeks Uniedoelstellingen zoals sport (*ex* artikel 165 VWEU) inroepen, maar ook andere Verdragsdoelstellingen zoals sociale cohesie (artikel 174 VWEU), cultuur (artikel 167 VWEU), volksgezondheid (artikel 168 VWEU) – om onder de werking van artikel 107, lid 1 VWEU uit te komen. Hierdoor wordt het onderscheid tussen de verbodsfase en de verenigbaarheidsfase vervaagd. Omdat de niet-economische, maatschappelijke doelstellingen van artikel 165 VWEU legitieme belangen vormen, legitimeert de Commissie staatssteun *de facto* in sommige gevallen. Het Hof kan alleen maar aangeemoedigd worden om te blijven volharden in het standpunt dat dergelijke benaderingen niet toegestaan zijn op grond van artikel 107, lid 1 VWEU. De Commissie heeft immers niet de discretie om één van de criteria van deze bepaling buiten toepassing te laten.⁷⁹ Bovendien zou een dergelijke toepassing te onnauwkeurig en te specifiek zijn om consistent toegepast te kunnen worden door voor het Hof.⁸⁰

77 Zie de paragrafen 2.3 en 3.3. Zie ook hoofdstukken 1, 3, 4.

78 Er is geen hogere voorziening ingevoerd door betrokken partijen en andere lidstaten in de zaak *Marinvest*.

79 HvJ EU, 6 maart 2008, gevoegde zaken C-287/06, C-288/06 en C-291/06, *Deutsche Post t Duitsland*.

80 Van Cleynenbreugel 2014a, pp. 1381-1435; Hatzopoulos 2013, p. 459-501.

Het Hof moet er ook over waken dat de materiële selectiviteitstoepassing niet verder gaat dan een controle op gelijke behandeling en evenredigheid van algemeen beleid en zich niet ontwikkelt tot een verkapte verenigbaarheidstoets doorheen artikel 107, lid 1, VWEU. Het Hof zou bovendien haar *ANGED*-benadering kunnen heroverwegen. Deze benadering van het Hof verplicht de nationale rechter namelijk om op grond van de materiële selectiviteitstoepassing een samenloop van verschillende dwingende redenen af te zetten tegen de belangen van het economisch verkeer op een wezenlijk deel van de interne markt. De objectieve rechtvaardigingen die het Hof heeft toegestaan in *Hansestadt Lübeck* en *Eventech* begeven zich eveneens op het snijvlak van een verbodstoepassing en een verenigbaarheidstoepassing, net zoals het geval is bij de *Altmark*-toepassing.⁸¹

Deze materiële belangenafweging kan de rechter volgens het Unierecht niet maken op grond van artikel 107, lid 1 VWEU, omdat hij in wezen geacht wordt een verenigbaarheidstoepassing te verrichten. Indien de materiële selectiviteitsbeoordeling door de nationale rechter op objectieve rechtvaardigingen verder gaat dan de controle op objectieve criteria van een algemene regeling, dan maakt hij een inbreuk op de bevoegdheden van de Commissie en handelt hij in strijd met het Unierecht. Als hij geacht wordt zich uit te spreken over de rechtvaardiging van sturend overheidsingrijpen op de markt – zoals het compenseren van concurrentienadelen in *ANGED* dan zouden lidstaten het staatssteunverbod van artikel 107, lid 1, VWEU en de *standstill*-clausule van artikel 108, lid 3, VWEU kunnen omzeilen.⁸² Een dergelijke materiële belangenafweging tussen een legitieme rechtvaardigingsgrond en de daadwerkelijke gevolgen voor de marktpositie van een bevoordeelde onderneming zou de vergelijkingstest – en daarmee het toepassingsbereik van het staatssteunverbod – ondermijnen. Deze test is namelijk bedoeld om staatssteun op te sporen en niet om staatssteun goed te keuren. Die beoordeling is gereserveerd voor de Verdragsuitzonderingen van artikel 107, lid 3, VWEU en artikel 106, lid 2, VWEU en voor de beoordeling onder de groepsvrijstellingen.⁸³

Het *Altmark*-arrest geeft de meest tegenstrijdige en dubbelzinnige rechtsregel binnen het toepassingsbereik van artikel 107, lid 1, VWEU. Als afwijking op artikel 107, lid 1, VWEU is de *Altmark*-toepassing niet ordenend, onduidelijk en een moeilijk voorspelbare rechtsregel. De belangrijkste oorzaak is dat de *Altmark*-toepassing in strijd is met de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU. De *Altmark*-toepassing ontbeert een objectieve standaard voor het beoordelen van normale marktomstandigheden voor DAEB-beheerders. Daarbij raakt deze toepassing in het bijzonder aan het

81 Zie Hoofdstuk 4, paragrafen 4.2.1 en 4.2.3.

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

83 Nicolaidis 2021, p. 39-42.

gelijkheidsbeginsel. Bovendien perkt de *Altmark*-doctrine de discretie die de nationale rechter ontleent aan de rechtstreekse werking van artikel 106, lid 2, VWEU in. Het Hof dient te overwegen dat het niet op deze weg kan blijven doorredeneren en kan daarbij omwille van de rechtszekerheid – en vanwege deze knelpunten – de compensatiebenadering van *Altmark* het beste doen beëindigen.

De aaneenschakeling van algemene belangenafwegingen die de bovenstaande afwijkende toepassingstandaarden beogen te beschermen moeten in de verenigbaarheidsfase aan bod komen. Daarom verdient het de voorkeur dat de Commissie en het Hof de algemene belangenexcepties niet toepassen binnen het ordenende rechtskader van artikel 107, lid 1, VWEU maar toestaan in het sturende rechtskader van de groepsvrijstellingen. De algemene belangen van het MKB, lokaal en regionaal investeringsbeleid, sport, sociale cohesie, cultuur, volksgezondheid, milieu, vervoer en DAEB waar de bovenstaande toepassingen op betrekking hebben, komen al tot uiting in het op maat gesneden vrijstellingskader van het secundaire staatssteunrecht.

4.3 Terzijdestelling kan als juridisch instrument toegepast worden voor de bevoegdheidsuitoefening door de Commissie en de nationale rechter

Het Hof kan in haar toekomstige rechtspraak verduidelijken dat bij de toepassing van de AGVV juist de bevoegdheidsuitoefening niet definitief is. Het Hof moet nationale rechters instrueren dat de verenigbaarheidsbeoordeling die de rechter verricht in beginsel een formele rechtskracht zal krijgen, wanneer deze verricht is volgens de voorwaarden van de groepsvrijstellingen, procedureregels en de Machtigingsverordening. Het Hof kan dit doen door het beginsel van terzijdestelling (*pre-emption*) toe te passen in het geval van bevoegdheidsconflicten tussen de Commissie en nationale rechters.

Ten eerste kan ten aanzien van de allocatie van zaken het beginsel van terzijdestelling orde op zaken brengen. Vergelijkbaar aan de rechtspraak over bevoegdheidsconflicten tussen de Commissie en de Raad moet het Hof bij een geschil, nagaan welke bevoegde actor het eerst een onderzoek heeft ingesteld naar de verenigbaarheid van een maatregel op grond van de een

groepsvrijstelling.⁸⁴ Op grond van artikel 29, lid 1 van de Procedureverordening kunnen de nationale rechter en de Commissie overigens conflicten vermijden en met elkaar in contact treden om te besluiten welke speler het best uitgerust is om dit onderzoek te verrichten. Dat kan de nationale rechter zijn als het gaat om de beëindiging van een feitelijk geschil tussen partijen, maar het kan ook de Commissie zijn die beschikt over bijzondere onderzoeksbevoegdheden.⁸⁵

Wanneer de nationale rechter in het scenario van overlappende bevoegdheden als eerste een steunmaatregel onderzoekt op verenigbaarheid volgens de groepsvrijstellingen, dan blokkeert dit de uitoefening van de exclusieve bevoegdheid door de Commissie. De Commissie moet dan de uitkomst van dit onderzoek afwachten. De nationale rechter kan in het kader van artikel 29, lid 1 van de procedureverordening wel de Commissie om een (niet-bindend) advies vragen. De Commissie kan dit ook overigens ook ongevraagd doen volgens artikel 29, lid 2 van de procedureverordening. Vervolgens moet de Commissie in beginsel uitgaan van de rechtmatigheid van het oordeel van de nationale rechter, binnen de grenzen van de *Klausner*-rechtspraak. Rechtsbescherming tegen dit oordeel staat vervolgens open bij een hogere nationale rechter en in deze fase kan de Commissie wederom interveniëren. Vervolgens kan de Commissie, bij nieuwe feiten (bijvoorbeeld op grond van de jaarlijkse rapportage van uitgaven of op grond van een klacht), een eigen onderzoek starten naar eventuele misbruik van de verenigbaar verklaarde steun op grond van artikel 20 van de Procedureverordening.⁸⁶ Ook hier geldt het oordeel van de nationale rechter als maatstaf voor de beoordeling.

84 Zie paragraaf 2.4.4. Zie voor een uitwerking van deze bevoegdheidsverdeling Verordening 1/2003, consideransnummers 4,7,10, 22 en artikel 6 en 11 lid 6. 6. Zie artikel 11, lid 6: "Wanneer de Commissie een procedure begint die tot het geven van een beschikking op grond van hoofdstuk III moet leiden, ontnemt dit de mededingingsautoriteiten van de lidstaten hun bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Indien een mededingingsautoriteit van een lidstaat een zaak reeds in behandeling heeft genomen, begint de Commissie alleen een procedure na overleg met deze autoriteit." Zie considerans nr. 22: "Om in een stelsel van parallelle bevoegdheden de eerbiediging van het beginsel van rechtszekerheid en een eenvormige toepassing van de communautaire mededingingsregels te waarborgen, moeten tegenstrijdige uitspraken worden vermeden. Daarom moet, conform de rechtspraak van het Hof van Justitie, duidelijk worden gemaakt wat de gevolgen zijn van Commissiebesluiten- en procedures voor de rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Toezeggingsbeschikkingen van de Commissie laten de bevoegdheid van de rechterlijke instanties en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten onverlet om de artikelen 81 en 82 van het Verdrag toe te passen."

85 Zoals de mogelijkheid om op grond van artikel 25 van de Procedureverordening bredere marktonderzoeken te starten naar structurele gedragingen in bepaalde economische sectoren of naar de inzet van bepaalde steuninstrumenten, zoals *tax rulings*.

86 HvJ EU, 4 december 2013, C-111/10 C-117/10, C-118/10, C-121/10, *Commissie t Raad (Landbouwsteun)*.

De omgekeerde situatie, waarin de Commissie reeds een onderzoek naar de mogelijke verenigbaarheid van staatssteun is gestart volgens artikel 4 van de Procedureverordening, wordt al geregeld door het beginsel van terzijdestelling. Dit heeft het Hof in wezen bepaald in het arrest *Deutsche Lufthansa*, waarbij een nationale rechter, vergelijkbaar aan de *Masterfoods*-benadering, geen tegenstrijdig oordeel mag vormen ten opzichte van de deel- en eindbeoordeling van de Commissie.⁸⁷ Indien er zich nieuwe feiten voordoen, dan mag de nationale rechter, na een einduitspraak van de Commissie, overigens wel een hernieuwd onderzoek doen.⁸⁸

4.4 Terzijdestelling kan als handhavingsinstrument voor bevoegdheidsafbakening gelden tussen de Commissie en de nationale autoriteiten

Ook ten aanzien van de “*small-on-small*”-handhavingsdoelstellingen kan het beginsel van terzijdestelling de wederzijdse sturing op vrijgestelde steun tussen lidstaten en de Commissie in goede banen leiden. Zo onderzoekt de Commissie in beginsel de DAEB-compensatiesteun die onder een groepsvrijstelling is geplaatst niet meer op verenigbaarheid, tenzij de Commissie klachten ontvangt over een kennelijk misbruik van de bevoegdheid van de lidstaat om een DAEB te omschrijven.⁸⁹ Ook in de AGVV komt het beginsel van terzijdestelling terug. Op grond van artikel 10 AGVV heeft de Commissie het recht om het voordeel van de groepsvrijstelling in te trekken, bij niet-naleving. Daarmee kan de Commissie ten opzichte van bepaalde steuncategorieën, bepaalde begunstigden, of bepaalde autoriteiten van de lidstaten de uitoefening van de exclusieve bevoegdheid op verenigbaarheid weer ontnemen. Dit blokkerende effect kan de Commissie – mits objectief gemotiveerd – inzetten als handhavingsinstrument wanneer bepaalde overheden of economische sectoren bijvoorbeeld structureel misbruik maken van de vrijstellingen. De Commissie kan dit ook doen wanneer blijkt uit haar jaarlijkse *Scoreboard* evaluaties dat bepaalde vrijgestelde activiteiten niet meer aan marktfalen onderhevig zijn. Op grond van de machtigingsverordening moet de Commissie dan wel het Staatssteun Adviescomité raadplegen. Via deze netwerkfunctie kan de Commissie vooraf duidelijk de grenzen voor verenigbare categorieën staatssteun richting de lidstaten afbakenen. Daarbij beschikt de Commissie als *ultimum remedium* over de mogelijkheid tot het blokkeren of zelfs herroepen van vrijgestelde catego-

87 Zie HvJ EU, 21 november 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa*; HvJ EU, 14 december 2000, C-344/98, *Masterfoods*.

88 Zie HvJ EU, 15 september 2016, C-574/14, *PGE*.

89 Zie Fiedziuk; Zie ook Nicolaidis 2021; Besluit van de Commissie van 29 april 2021, SA.61014, *Steun voor het Sloveense persagentschap STA*, *PbEU* (2021), randnummers 1, 22-35.

rieën.⁹⁰ In de tussentijd is er een vorm van delegatie van de verenigbaarheidscriteria aan de lidstaten.⁹¹

Wederzijds kunnen de lidstaten via de werkgroepen van het Adviescomité Staatssteun en het hieraan verbonden Staatssteunnetwerk praktische handhavingsproblemen met de Commissie delen en de Commissie zelfs vragen om meer vrijstellingsmogelijkheden toe te staan, en daarmee het verenigbaarheidstoezicht verder te delen. Het huidige Commissievoorstel tot uitbreiding van de vrijstellingscategorieën onder de machtigingsverordening getuigt van het functioneren van dit samenwerkingsstelsel.

4.5 Lidstaten kunnen nationale onafhankelijke adviesorganen oprichten om de nationale rechter bij te staan

Zoals uiteengezet in paragraaf 3.4 is een onafhankelijk adviesorgaan dat kan interveniëren in nationale procedures wenselijk voor de verdere ontwikkeling van het staatssteunrecht. Temeer omdat de Commissie niet altijd (tijdig) kan interveniëren en onmogelijk alle nationale procedures voor de rechter kan monitoren kunnen nationale onafhankelijke adviesorganen de nationale rechter effectief bijstaan. Zo voorziet de handhaving van het aanbestedingsrecht dat op nationaal niveau een “Commissie van Aanbestedingsexperts” als nationale *amicus curiae* kan optreden en niet-bindende adviezen kan geven in juridische geschillen.⁹² Met het oog op een gelijkwaardige en doeltreffende voorziening is het belangrijk dat een dergelijk orgaan een permanent karakter heeft, intervenueert bij geschillenbeslechting, gespecialiseerd is in de toepassing van de groepsvrijstellingen en dezelfde waarborgen voor onafhankelijkheid heeft als een rechterlijke instantie.⁹³

4.6 De Commissie kan op grond van scenario III afgebakende toezichtmechanismen ontwerpen voor een graduele decentralisatie van het staatssteuntoezicht

Zoals uiteengezet in paragraaf 3.4 moet de Commissie overwegen om de afgebakende juridische toezichtsmechanismen van de artikelen 9 tot en met 11 annex TA als voorstel uit te werken voor de Raad en het Staatssteun Adviescomité van de lidstaten. Daarmee bakent de Commissie bestaande en nieuwe bevoegdheden voor nationale rechters – en de op te richten onaf-

90 Van Cleynenbreugel 2016, p. 49-79.

91 *Idem.* Zie ook Scott 2017, p. 354-365.

92 Zie bijvoorbeeld het rapport Commissie van Aanbestedingsexperts, “Toekomstscenario’s Commissie van Aanbestedingsexperts”, Den Haag, 16 januari 2019.

93 Zie naar analogie de Conclusie van Saugmandsgaard Øe, 1 december 2016 voor zaak C-296/15, *Medisanus*, randnummer 48.

hankelijke staatssteunautoriteiten – duidelijk af op grond van de beginselen van terzijdestelling (*pre-emption*), loyale samenwerking, non-discriminatie, gelijke behandeling, evenredigheid en rechtszekerheid.

Binnen dit stelsel kleurt een rechtstreekse werking van artikel 107, lid 1, VWEU de gelijke behandeling van ondernemingen en draagt bij aan een effectieve rechtsbescherming ten aanzien van de beoordeling op de rechtmatigheid van steunmaatregelen, ook ten aanzien van vrijgestelde steuncategorieën. Door deze mechanismen te reserveren voor de handhaving van de groepsvrijstellingen erkent de Commissie hiermee bovendien een rechtspraktijk die reeds *de facto* zijn ingang heeft gevonden in het Unierecht.

Het Commissievoorstel moet de samenwerkingsmechanismen bevatten die uiteengezet zijn in paragraaf 3.4:

- 1) Informatie- en standpuntuitwisseling tussen de onafhankelijk nationale staatssteunautoriteiten en de Commissie over handhavingsbeleid en toepassingspraktijk van artikel 107, lid 1, VWEU en de groepsvrijstellingen;
- 2) Onderlinge (vertrouwelijke) afstemming van handhavingszaken;
- 3) Wanneer een onafhankelijke staatssteunautoriteit een staatssteunonderzoek naar de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU en de groepsvrijstellingen inleidt, geeft hij kennis van dat besluit aan de Commissie. De Commissie wordt in de gelegenheid gesteld opmerkingen te maken met inachtneming van redelijke termijnen die worden vastgelegd in de Procedureverordening;
- 4) Wanneer de Commissie een staatssteunonderzoek naar de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU en de groepsvrijstellingen inleidt, geeft zij kennis van dat besluit aan de relevante onafhankelijke staatssteunautoriteit. Deze wordt in de gelegenheid gesteld opmerkingen te maken met inachtneming van redelijke termijnen die vastgelegd worden in de Procedureverordening;
- 5) De onafhankelijke staatssteunautoriteit raadpleegt de Commissie over alle ontwerp-besluiten die zij voornemens is te nemen. De Europese Commissie heeft tot drie maanden om haar advies mede te delen en de onafhankelijke autoriteit houdt zo veel mogelijk rekening met dat advies alvorens een besluit te nemen;
- 6) Openbaarheid van besluiten van de onafhankelijke staatssteunautoriteiten.

De voorgestelde graduele decentralisatie in paragraaf 3.4. kan door de Commissie en de Raad, op grond van het terzijdestellingsbeginsel, geëvalueerd worden, en resulteren in verdere decentralisatie van steuncategorieën van algemeen belang.

Met de bovenstaande voorgestelde samenwerkingsmechanismen tussen de

Unie-instellingen en de lidstaten kan de systematiek in het beoordelen van staatssteun op grond van algemene belangenafwegingen verbeterd worden en kan het meervoudige gedecentraliseerde staatssteuntoezicht versterkt worden en uitgerust worden voor de toekomst.

5 TER AFSLUITING

De voorgestelde oplossingsrichtingen bieden een gezamenlijk vertrek kader voor de lidstaten en de Unie-instellingen om de geïdentificeerde problemen aan te pakken. De voortdurende staatssteunmodernisering door de Europese Commissie biedt aanknopingspunten om deze kernaspecten voor de toepassing en handhaving van het EU-staatssteunrecht als fundament te nemen voor verdere samenwerking. De Unie heeft aangetoond in staat te zijn om ten tijde van crisis (zij het nu Brexit, Covid-19 of de inval in Oekraïne) de staatssteunsamenwerking aan te grijpen om problemen op te lossen en juist niet uit de weg te gaan. Ten behoeve van verdiepende en vergrotende algemene belangen in de nabije toekomst (zoals bijv. de klimaat- en energieproblematiek) zullen de lidstaten en de Unie-instellingen elkaar eveneens vinden. Daarvoor zal een blijvende zoektocht naar nieuwe evenwichten ten aanzien van aspecten van bevoegdheidsverdeling, rechtszekerheid en rechtsbescherming noodzakelijk zijn.