

85. Kroniek Europese en nationale jurisprudentie staatssteunrecht 2017

MR. DR. A.D.L. KNOOK, MR. J.M. DIJKMAN-UULDERS, MR. J.F. VAN NOUHUYS EN MR. DR. P. HEIJNSBROEK

In navolging van de jaarlijkse aanbestedingsrechtelijke kroniek, is dit de eerste editie van een kroniek met jurisprudentie op het gebied van staatssteun. Het betreft een overzicht van de uitspraken die zijn geweest in 2017 door het Europees Hof van Justitie (Hof), het Gerecht en de nationale rechter, voor zover bij de auteurs bekend. Deze uitspraken worden per onderwerp behandeld.

Staatsmiddelen en toerekenbaarheid

Op grond van artikel 107 lid 1 VWEU is slechts van staatssteun sprake als door (1) een overdracht van overheidsmiddelen een (2) selectief, niet-marktconform voordeel ontstaat voor een onderneming, waardoor de mededinging wordt vervalst en het handelsverkeer tussen de lidstaten wordt beïnvloed. Dit zijn cumulatieve criteria. In twee zaken bij het Hof komt het eerste criterium aan bod: de vraag of sprake is van staatsmiddelen en of de maatregel kan worden toegerekend aan de overheid. In de eerste zaak verzocht de Commissie een arrest van het Gerecht te vernietigen.¹ In het bestreden arrest had het Gerecht het besluit dat reclame-inkomsten aan omroeporganisatie TV2/Danmark staatssteun vormden nietig verklaard. Het Hof herhaalde dat om als ‘staatsmiddel’ in de zin van artikel 107 lid 1, VWEU aangemerkt te worden ook voldoende is als sprake is van middelen van publieke ondernemingen, wanneer zij onder staatscontrole vallen en dus ter beschikking van de staat staan. De omstandigheid dat de betrokken middelen worden beheerd door entiteiten die losstaan van de overheid of een privaatrechtelijke herkomst hebben, heeft in dat opzicht geen invloed. Het Gerecht had dus onterecht geoordeeld dat door publieke ondernemingen beheerde middelen, wanneer zij van derden afkomstig waren, alleen als staatsmiddelen konden worden aangemerkt wanneer zij vrijwillig door hun eigenaren ter beschikking van de staat waren gesteld, of door hun eigenaren waren achtergelaten en vervolgens door de staat werden beheerd. Het Hof oordeelde dat het volledige kanaal waarlangs de reclame-inkomsten werden geleid tot aan de overdracht aan TV2/Danmark beheerd werd door Deense wetgeving, waardoor de betrokken inkomsten onder publieke controle en ter beschikking van de staat stonden, die over de aanwending ervan kon beslissen. Het Gerecht had dus blijk gegeven van

onjuiste rechtsopvatting, de reclame-inkomsten aan TV2/Danmark moesten wél aangemerkt worden als staatssteun. De tweede zaak betreft een geding tussen ENEA S.A. en de president van de Poolse dienst voor energieregulering over een geldboete die haar is opgelegd waarin een verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend.² De vraag is of artikel 107 lid 1, VWEU in die zin moet worden uitgelegd dat een nationale maatregel, waarbij zowel aan particuliere bedrijven als aan openbare bedrijven de verplichting wordt opgelegd elektriciteit uit warmte-krachtkoppeling af te nemen, kan worden aangemerkt als een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd. Allereerst is beoordeeld dat de maatregel kan worden toegerekend aan de staat, aangezien de aan de orde zijnde bevoorradingsverplichting is ingevoerd bij energiewet. Het Hof merkte op dat de meerkosten die in bepaalde omstandigheden ontstonden niet volledig werden afgewenteld op de eindverbruikers en dat deze meerkosten ook niet werden gefinancierd door een door de lidstaat opgelegde verplichte bijdrage. De elektriciteitsleveranciers waren dus niet door de staat met het beheer van staatsmiddelen belast, maar financierden de afnameverplichting met eigen financiële middelen. Derhalve beantwoordde het Hof de vraag of artikel 107 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat de afnameverplichting voor elektriciteit uit warmte-krachtkoppeling in de zin van artikel 9a lid 8 van de energiewet staatssteun is, ontkennend.

Onderscheid economisch/niet-economisch

In het staatssteunrecht staat het begrip ‘onderneming’ centraal: een maatregel kan alleen staatssteun opleveren indien deze ten gunste komt van een onderneming. Een entiteit die een economische activiteit verricht, kan worden aangemerkt als een onderneming. In drie zaken is de vraag

1 HvJ EU 9 november 2017, C-656/15 P, ECLI:EU:C:2017:836.

2 HvJ EU 13 september 2017, C-329/15 P, ECLI:EU:C:2017:671.

aan de orde of er sprake is van een economische activiteit dan wel van een niet-economische activiteit.

De eerste zaak betreft het arrest van het Gerecht over TenderNed, het Nederlandse platform voor elektronisch aanbesteden.³ TenderNed is opgericht – en wordt gefinancierd – door de Nederlandse overheid. Een aantal private partijen dat in Nederland ook diensten aanbiedt voor elektronisch aanbesteden meent dat de financiering van TenderNed door de Nederlandse overheid onrechtmatige staatssteun betreft. De Commissie concludeert dat de activiteiten die TenderNed uitvoert aanbestedende diensten in staat te stelt om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de Aanbestedingsrichtlijnen en daarmee niet-economisch van aard zijn. De financiering door de Nederlandse overheid vormt daarom geen onrechtmatige staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, aldus de Commissie. Het Gerecht overweegt dat de aard en het doel van de activiteiten van TenderNed – het aanbieden van diensten waardoor aanbestedende diensten kunnen voldoen aan de Aanbestedingsrichtlijnen – nauw verbonden zijn met het uitvoeren van aanbestedingen door aanbestedende diensten en om die reden gekoppeld zijn aan de uitvoering van publieke bevoegdheden. Dat deze activiteiten kosteloos worden aangeboden is voorts een indicatie dat deze niet economisch van aard zijn, aldus het Gerecht. Tot slot overweegt het Gerecht dat het feit dat er naast TenderNed andere commerciële platformen voor elektronische aanbesteden worden aangeboden niet zonder meer betekent dat TenderNed economische activiteiten uitvoert. Het Gerecht bevestigt dan ook het besluit van de Commissie.

De tweede zaak betreft het vonnis van de Rechtbank Den Haag over een door de staat aan de Stichting Film Instituut Nederland (Stichting) verstrekte geldlening.⁴ De Stichting exploiteert in het EYE-gebouw in Amsterdam het Filmmuseum. Het Ministerie van OCW heeft per 1 januari 2017 de Stichting op grond van artikel 2.8 van de Erfgoedwet belast met de zorg voor het beheer van museale cultuurgoederen. De Stichting heeft vervolgens het EYE-gebouw aangekocht. Ten behoeve van de financiering van deze aankoop heeft het Ministerie van Financiën aan de Stichting een hypothecaire geldlening verstrekt waarvoor door het Ministerie van OCW een garantstelling is verleend. Een partij die ook interesse had in de aankoop van het EYE-gebouw meent dat de geldlening onrechtmatige staatssteun inhoudt en niet had mogen worden verstrekt zonder voorafgaande goedkeuring van de EC. Onder verwijzing naar de Mededeling Staatssteun⁵ overweegt de rechtbank dat veel activiteiten op het gebied van cultuur of instandhouding van erfgoed objectief gezien niet-substueerbaar waardoor er voor die activiteiten geen echte markt bestaat en deze daarom

niet-economisch van aard zijn. De rechtbank overweegt verder dat de Stichting is belast met een wettelijk taak die gericht is op het beheer en behoud van museale collecties en publieke tentoonstelling daarvan waarbij de opbrengst van de museum- en filmkaartjes wordt benut voor de uitvoering van die wettelijke taak en slechts een beperkt deel van de kosten dekt. Volgens de rechtbank is het daarom aannemelijk dat de Stichting niet valt aan te merken als onderneming in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU zodat de geldlening aan de Stichting geen onrechtmatige staatssteun behelst. Onder verwijzing naar een werkdocument van de EC⁶ overweegt de rechtbank tot slot dat het feit dat de Stichting ook andere commerciële activiteiten aanbiedt aan dit oordeel niets afdoet, omdat deze activiteiten niet meer betreffen dan 20% van het totaal aantal activiteiten dat de Stichting aanbiedt.

De derde zaak betreft het vonnis van de Rechtbank Amsterdam over de verhuur door de gemeente Heerlen van een kantoorpand aan het UWV ten behoeve van het gezamenlijk uitvoering geven aan artikel 10 van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen ('Wet SUWI') en het verlenen van gezamenlijke dienstverlening aan uitkeringsgerechtigden, werkzoekenden en werkgevers.⁷ Twee aanbieders van kantoorruimten in de gemeente Heerlen menen dat de huurovereenkomst tussen de gemeente Heerlen en het UWV onrechtmatige staatssteun behelst ten gunste van de gemeente Heerlen. De rechtbank onderzoekt of de gemeente Heerlen als onderneming kan worden aangemerkt en overweegt in dat kader allereerst dat de samenwerking een gezamenlijke verantwoordelijkheid is van gemeenten en UWV. Voorts overweegt de rechtbank dat de verhuur van door de gemeente Heerlen van een deel van het stadskantoor aan het UWV op zichzelf beschouwd kan worden aangemerkt als een economische activiteit. Die economische activiteit hangt echter samen met de uitoefening van de in de Wet SUWI opgedragen taak om geïntegreerd samen te werken. Dit volgt uit de omstandigheid dat de gemeente het stadskantoor heeft aangekocht onder de voorwaarde dat zij een deel daarvan zou kunnen verhuren aan het UWV en het om eenmalige verhuur door de gemeente Heerlen gaat, aldus de rechtbank. Bovendien gaat het volgens de rechtbank om een interne kwestie waarbij een overheidsorgaan een huurovereenkomst aangaat met een ander overheidsorgaan en de lidstaat om die reden geen steun verleent aan een partij die actief is op de interne markt maar alleen 'steun' verleent aan zichzelf. Van onrechtmatige staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU is dan ook geen sprake, aldus de rechtbank.

Selectiviteit

Als gevolg van het tweede criterium van artikel 107 lid 1 VWEU is van staatssteun pas sprake zijn als een overheids-

3 Gerecht 28 september 2017, T-138/15, ECLI:EU:T:2017:675.

4 Rb. Den Haag 3 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:9251.

5 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van art. 107 lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, 2016/C 262/01.

6 Werkdocument EC 'Infrastructure Analytical Grid for Culture, Heritage and Nature Conservation'.

7 Rb. Amsterdam 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:10553.

maatregel ‘bepaalde ondernemingen of bepaalde producties’ begunstigt. Dit vereiste van selectiviteit komt aan de orde in een zaak die betrekking heeft op een reeks maatregelen van de Spaanse autoriteiten in het licht van de overschakeling in Spanje van analoge op digitale omroepuitzendingen op het gehele Spaanse grondgebied, met uitzondering van de autonome regio Castilië-La Mancha.⁸ Het Hof herhaalt dat het onderzoek naar de selectiviteit voldoende moet worden gemotiveerd met het oog op een volledige rechterlijke toetsing, met name met betrekking tot de vraag of de situatie van de marktdeelnemers die door de maatregel worden begunstigd vergelijkbaar is met de situatie van de marktdeelnemers die ervan zijn uitgesloten. Het Gerecht had in deze zaak geoordeeld dat de motivering ontoereikend was omdat uiteen werd gezet dat de maatregel alleen aan de omroepsector ten goede kwam en de maatregel binnen die sector slechts betrekking had op de ondernemingen die op een bepaalde markt actief waren. Volgens het Hof is inderdaad sprake van een ontoereikende motivering, echter motiveert het Hof op andere wijze dan het Gerecht. Naar oordeel van het Hof bevat de motivering immers geen aanwijzingen waaruit kan worden begrepen waarom ervan moest worden uitgegaan dat de in de omroepsector actieve ondernemingen zich feitelijk en juridisch in een vergelijkbare positie bevonden als ondernemingen die actief waren in andere sectoren of waarom de ondernemingen die de terrestrische technologie gebruikten zich in een dergelijke positie bevonden ten opzichte van ondernemingen die andere technologieën gebruikten. Het Hof oordeelt voorts dat het argument van de Commissie dat op dat punt geen motivering nodig was, aangezien automatisch aan de voorwaarde van selectiviteit is voldaan wanneer een maatregel uitsluitend op een bedrijfstak of op de ondernemingen in een bepaald geografisch gebied van toepassing is, niet kan slagen. Immers is een overheidsmaatregel die slechts ten goede komt aan een bepaalde bedrijfstak of een bepaald deel van de ondernemingen binnen deze bedrijfstak, niet noodzakelijkerwijs selectief. Een dergelijke maatregel is dat slechts, indien hij in het kader van een welbepaalde rechtsregeling bepaalde ondernemingen bevoordeelt ten opzichte van andere ondernemingen die tot een andere of dezelfde bedrijfstak behoren en die zich uit het oogpunt van de doelstelling van die regeling in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden.

Market Economy Operator-beginsel (MEO-beginsel)

Eveneens onderdeel van het tweede criterium is dat dient te worden beoordeeld of een particuliere investeerder in een vergelijkbare positie hetzelfde zou hebben gehandeld. Is dat het geval dan wordt voldaan aan het MEO-beginsel. In twee zaken is het MEO-beginsel aan de orde. De eerste zaak betreft het arrest van het Hof over de kwijtschelding van een aanzienlijk deel van de belastingschuld van de Frucona Košice (Frucona) door de Slowaakse lokale

belastingdienst.⁹ Vanwege financiële moeilijkheden was Frucona niet in staat door haar verschuldigde accijnzen te betalen. In een faillissementsprocedure wordt 65% van de belastingschuld van Frucona door de lokale belastingdienst kwijtgescholden. De Commissie is van mening dat niet is voldaan aan het criterium van de particuliere schuldeiser doordat aan Frucona een voordeel is verleend dat zij in een marktsituatie niet had kunnen verkrijgen. Het Gerecht verklaart het beroep tegen het besluit van de Commissie ongegrond. Het Hof beoordeelt de kwestie aan de hand van het criterium van de particuliere schuldeiser en overweegt dat de beoordeling die de Commissie in voorkomend geval moet verrichten niet kan worden beperkt tot de opties die de bevoegde openbare autoriteit daadwerkelijk in aanmerking heeft genomen, maar betrekking moet hebben op alle opties die een particuliere schuldeiser in een dergelijke situatie redelijkerwijs zou hebben overwogen. De Commissie heeft volgens het Hof, bij de beoordeling of een normaal voorzichtige en verstandige particuliere schuldeiser die zich in een situatie bevindt die vergelijkbaar is met die van de lokale belastingdienst, niet alle relevante gegevens in aanmerking genomen en nagelaten om zich op de hoogte te stellen van alle relevante feiten.

De tweede zaak betreft het arrest van het Hof over de verkoop van goudmijnen, gronden en goudvoorraden door Griekenland aan Ellinikos Chrysos.¹⁰ Onderdeel van deze transactie was dat Ellinikos Chrysos was vrijgesteld van onder meer belastingen. De Commissie kwam tot de conclusie dat de mijnen waren verkocht tegen een lagere prijs dan de marktwaarde. Het Gerecht verwerpt het beroep tegen het besluit van de Commissie. Het Hof oordeelt vervolgens dat het Gerecht heeft nagelaten in haar motivering in te gaan op alle argumenten die zijn aangevoerd met betrekking tot de geschiktheid van een deskundigenrapport dat in 2004 is opgesteld om de waarde van de mijnen te bepalen. Het Gerecht is aldus haar motiveringsplicht niet nagekomen zodat het Hof het arrest van het Gerecht op dit onderdeel vernietigt.

Interstatelijkheid

Er is in 2017 slechts één zaak waarin de interstatelijkheid aan de orde is gekomen.¹¹ Bij interstatelijkheid draait het om de derde en het vierde van de vier cumulatieve criteria van artikel 107 lid 1 VWEU die bepalend zijn om een maatregel als steun te kwalificeren. In deze zaak betreft het een aantal subsidies van het Ministerie van Landbouw Natuur en Visserij voor gescheperde schaapskuddes bestaande uit zeldzame rassen. Deze subsidies zijn aanvankelijk verleend onder de voorwaarde dat de Europese Commissie haar goedkeuring zou verlenen. Deze is er nooit gekomen, omdat de maatregel door het ministerie niet is aangemeld. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft daarin

9 HvJ EU 20 september 2017, C-300/16 P, ECLI:EU:C:2017:706.

10 HvJ EU 9 maart 2017, C-100/16 P, ECLI:EU:C:2017:194.

11 CBb 29 december 2017, ECLI:NL:CBb:2017:412.

8 HvJ EU 20 december 2017, C-70/16 P, ECLI:EU:C:2017:1002.

aanleiding gezien zelf vragen te stellen aan de Europese Commissie, waaronder de vraag of de subsidie als een steunmaatregel moet worden gekwalificeerd. In antwoord daarop geeft de Commissie bij gebrek aan voldoende informatie een voorlopig oordeel over de interstatelijkheid. In de eerste plaats acht de Commissie relevant dat plausibel is dat de subsidiebedragen onder de *de-minimis*-regel voor de landbouwsector vallen. In de tweede plaats acht de Commissie relevant dat het gaat om schaapskuddes die slechts in beperkte geografische gebieden worden aangehouden en niet tot doel de productie van vlees of andere dierlijke producten hebben. Er zou bovendien geen sprake zijn van grensoverschrijdende investeringen. Deze omstandigheden sluiten een vervalsing van de mededinging of een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten weliswaar niet uit, maar de Commissie acht het plausibel dat de desbetreffende subsidies geen staatssteun vormen in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.

DAEB

Diensten van Algemeen Economisch Belang (DAEB) zijn diensten die enerzijds op een markt worden aangeboden, anderzijds een publiek belang dienen en om die reden tot op zekere hoogte voor staatssteun in aanmerking komen. De vraag of sprake is van toelaatbare financiering van een DAEB komt aan de orde in een aantal zaken van de Europese en nationale rechter.

De eerste zaak betreft een beroep van de heer Andersen tegen besluit 2011/3 van de Commissie, waarin werd geconcludeerd dat de concessie die het Deense ministerie van Vervoer had verleend Danske Statsbaner (DSB), de gevestigde exploitant, tot staatssteun leidde.¹² In 2013 had het Gerecht een deel van de beschikking van de Commissie nietig verklaard op grond dat de Commissie Verordening 1191/69 had moeten toepassen in plaats van Verordening 1370/2007 om de verenigbaarheid van de steun te bepalen. De Commissie ging in beroep en in 2015 vernietigde het Hof van Justitie het arrest van het Gerecht met betrekking tot de steun die gedurende een bepaalde periode is betaald. De reden hiervoor was dat deze periode binnen de werkingssfeer van Verordening 1370/2007 viel. De zaak werd terugverwezen naar het Gerecht voor een nieuw arrest. Een deel van het nieuwe arrest is gewijd aan de vaststelling van de toepasselijke regels op verschillende tijdstippen. Daarop wordt hier echter niet ingegaan. Interessanter is de definitie van de openbaredienstverplichting en het al dan niet bestaan van marktfalen. De kern van de klacht van Andersen, die een busdienst exploiteerde, was dat de busdienst de route waarop de openbaredienstverplichting aan DSB was opgelegd voldoende dekte en dat er dus geen sprake was van een marktfalen. Het Gerecht oordeelt:

“while evidence of market failure may be a relevant factor for declaring State aid compatible with the internal market

such evidence is not an essential condition, for, in any case, a State may justify aid by the pursuit of a legitimate objective in the public interest. Thus, there are various reasons that can justify a Member State’s decision to entrust, for consideration, to undertakings the performance of public service obligations. Therefore, contrary to what the applicant argues, the attribution of such obligations to DSB was not solely conditional upon the finding of ‘market failure’. Consequently, the existence of a comparable transport service, supposing it were proved particularly on the basis of the particularities of rail transport mentioned in recital 25 of Regulation No 1370/2007, and the fact that, for travellers originating from Jutland, the applicant’s buses can be used to reach Ystad are not, in the present case, such as to prove that the contested decision was unlawful.”

Hiermee benadrukt het Gerecht dat bij de vraag of sprake is van een marktfalen met name de vraag moeten worden beantwoord in hoeverre de markt reeds op gelijke wijze in de dienst voorziet, waarbij onder meer kan worden gekeken naar objectieve kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang, en de relatie tussen deze factoren (bijvoorbeeld de prijs-kwaliteit verhouding). De toets is met andere woorden een stuk minder digitaal dan in de praktijk vaak wordt aangenomen.

In de tweede zaak verzocht SNCM, een Franse scheepvaartmaatschappij die verbindingen met onder meer Corsica onderhoudt vanuit de havens van Marseille en Nice, het Gerecht tot nietigverklaring van het Commissiebesluit omtrent vaststelling van onrechtmatige staatssteun.¹³ De Commissie had met betrekking tot de basisdienst geoordeeld dat sprake was van een DAEB, maar stelde dat dit niet gold voor de aanvullende dienst. Het Gerecht oordeelt dat de concessie die was verleend aan SNCM niet als DAEB kon worden bestempeld. Andere maatschappijen boden namelijk een vergelijkbare verbinding aan tussen Toulon en Corsica. Het Gerecht ziet met andere woorden geen rol weggelegd voor (overheidsfinanciering) van een concurrerende veerverbinding.

In de derde zaak verzoekt Viasat, een commerciële omroep, met haar hogere voorziening om gedeeltelijke vernietiging van het arrest van het Gerecht, waarbij het Gerecht het besluit van de Commissie, dat de overgedragen reclameinkomsten ten behoeve van concurrent TV2/Danmark staatssteun vormden, nietig verklaarde.¹⁴ Het Gerecht had bij arrest geoordeeld dat de Commissie terecht op het standpunt stond dat de aan TV2/Danmark gegeven openbaredienstopdracht overeenkwam met de omschrijving van diensten van algemeen economisch belang. Het Hof gaat verder niet in op de vraag of het Gerecht juist had mogen oordelen of de openbaredienstopdracht overeenkwam met de omschrijving van diensten van algemeen economisch belang.

¹² Gerecht 18 januari 2017, T-92/11, ECLI:EU:T:2017:14.

¹³ Gerecht 1 maart 2017, T-454/13, ECLI:EU:T:2017:134.

¹⁴ HvJ EU 9 november 2017, C-657/15 P, ECLI:EU:C:2017:837.

Het Hof wees verder arrest in drie DTT-zaken. In juni 2013 oordeelde de Commissie dat maatregelen van de Spaanse overheid voor de overschakeling van analoge naar digitale terrestrische televisie (DTT) in afgelegen gebieden in Spanje staatssteun vormden. Het Gerecht verwierp in november 2015 in een vijftal arresten de beroepen hiertegen. In hoger beroep tegen deze uitspraken oordeelt het Hof van Justitie in het *Galicia*-arrest dat het Gerecht op juiste wijze heeft geoordeeld dat de lidstaten ten aanzien van de omschrijving van de openbaredienstverplichtingen in de zin van de eerste *Altmark*-voorwaarde over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikken, zodat de omschrijving van die diensten enkel in geval van een kennelijke fout door de Commissie ter discussie kan worden gesteld.¹⁵ Tegelijkertijd merkt het Hof op dat de betreffende overheid wel moet nagaan of “aan een aantal minimumcriteria is voldaan, met name dat er sprake was van een overheidshandeling waarbij de betrokken marktdeelnemers met een DAEB werden belast en dat die opdracht universeel en verplicht van aard was.”

Tot vergelijkbare overwegingen komt het Hof in de andere twee DTT-arresten. In het *Pais Vasco*-arrest oordeelt het Hof, met verwijzing naar het *Viasat*-arrest, dat de Commissie bij het onderzoek van een maatregel overeenkomstig artikel 106 lid 2 VWEU niet verplicht is na te gaan of aan de *Altmark*-voorwaarden wordt voldaan.¹⁶ Dat neemt volgens het Hof echter niet weg dat de eerste *Altmark*-voorwaarde, die inhoudt dat de begunstigde onderneming daadwerkelijk moet zijn belast met duidelijk omschreven openbaredienstverplichtingen, ook van toepassing is wanneer artikel 106 lid 2 VWEU wordt ingeroepen. In het arrest *Spanje/Commissie* oordeelt het Hof dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat het feit dat een dienst in het nationale recht als een dienst van algemeen belang is aangemerkt, niet betekent dat elke marktdeelnemer die deze dienst verricht, belast is met de uitvoering van duidelijk omschreven openbaredienstverplichtingen in de zin van de eerste *Altmark*-voorwaarde.¹⁷

De laatste DAEB-zaak betreft een Nederlands kort geding waarin Gendia, een Belgisch bedrijf, stelde dat de subsidieregeling op grond waarvan Nederlandse academische ziekenhuizen die niet-invasieve prenatale tests (NIPT's) afnemen recht hebben op subsidie in strijd is met de Europese staatssteunregels.¹⁸ Gendia was van mening dat de NIPT niet als DAEB kon worden aangemerkt, omdat volgens haar geen sprake was van marktfalen. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat de staat op goede gronden heeft aangenomen dat de NIPT aangewezen mocht worden als DAEB en dat de daarbij geldende voorwaarden in acht zijn genomen. De staat beschikt immers over ruime

beoordelingsmarge en, anders dan Gendia stelt, is niet vereist dat sprake is van marktfalen in die zin dat de markt niet voorziet in een bepaalde dienst. Een dienst kan ook als DAEB worden aangemerkt als deze niet op een voor de staat bevredigende wijze door de markt wordt aangeboden, bijvoorbeeld wegens een te hoge prijs. Uit het rapport van de Gezondheidsraad blijkt dat de kosten van prenatale tests van invloed kunnen zijn op het percentage vrouwen dat deelneemt aan prenatale screening. Tevens blijkt uit het rapport dat wanneer vrouwen zelf de kosten voor de NIPT als primaire test moeten dragen dit kan zorgen voor ongelijke toegang tot prenatale screening. De subsidieregeling beoogt gelijke toegang tot prenatale screening en gelijke keuzevrijheid uit de beschikbare testen te bieden aan zwangere vrouwen die dat willen. Hierom heeft de staat naar het oordeel van de voorzieningenrechter in redelijkheid kunnen beslissen de NIPT als DAEB aan te merken.

Verenigbaarheid

Staatssteun is in beginsel niet toegestaan, tenzij de steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt omdat deze bijvoorbeeld bijdraagt aan bepaalde Europese beleidsdoelstellingen. Het Gerecht komt tot het oordeel dat de steun die Duitsland voornemens was te verlenen aan Bayerischen Motoren Werke AG (BMW) ten behoeve van de realisatie van een fabriek voor de bouw van elektrische voertuigen slechts deels verenigbaar is met de interne markt.¹⁹ Duitsland heeft de steun op grond van de richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen 2007-2013 (de Richtsnoeren) in 2010 ter goedkeuring aangemeld bij de Commissie. Nadat de Commissie de formele onderzoeksprocedure had ingeleid heeft Duitsland een aanvullende investering gemeld. Onder verwijzing naar de ‘Mededeling van de Commissie betreffende de criteria voor een diepgaande beoordeling van regionale steun voor grote investeringsprojecten’ concludeert de Commissie dat deze aanvullende investering van 17 miljoen euro uitkomt boven het minimumbedrag dat vereist was, zodat een investering in de steunregio wordt gedaan en de steun aldus niet verenigbaar is met de staatssteunregels. Het Gerecht overweegt dat de Commissie, wanneer zij de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de interne markt beoordeelt, moet onderzoeken of de maatregel bijdraagt aan de economische ontwikkeling van de betrokken regio's en wat het gevolg van de steun is op het handelsverkeer tussen de lidstaten en op de betrokken sectoren. Omdat volgens het Gerecht niet is aangetoond dat de aanvullende investering van 17 miljoen euro evenredig was, oordeelt het Gerecht dat de Commissie terecht tot haar conclusie is gekomen dat de voorgenomen steun aan BMW deels onverenigbaar is met de interne markt.

Procedureel

Wanneer eenmaal is vastgesteld dat er sprake is van ongeoorloofde staatssteun kunnen zich nog complexe, proce-

15 HvJ EU 20 december 2017, C-70/16, ECLI:EU:C:2017:1002.

16 HvJ EU 20 december, C-66/16 P tot en met C-69/16 P, ECLI:EU:C:2017:999. Zie hierover ook A.D.L. Knook, ‘Recente ontwikkelingen over Diensten van Algemeen Economisch Belang’, *TA* 2018/3, nr. 44.

17 HvJ EU 20 december 2017, C-81/16, ECLI:EU:C:2017:1003. Zie hierover ook Knook 2018.

18 Vzr. Rb. Den Haag 26 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4278.

19 Gerecht 12 september 2017, T-671/14, ECLI:EU:T:2017:599.

durele situaties voordoen. Ongeoorloofde steun moet immers worden teruggevorderd en juist daar is de praktijk complexer dan de theorie. In de eerste zaak waar dit aan de orde is, betreft het subsidies die de Belgische staat heeft uitgekeerd voor TSE/onderzoek.²⁰ Reeds in 2011 heeft de Europese Commissie in een besluit geoordeeld dat sprake was van ongeoorloofde steun. Dat besluit is door het Gerecht en het Hof bevestigd. De onderhavige procedure betreft het feit dat de terugvordering van de verboden steun niet correct had plaatsgevonden, en al helemaal niet binnen een termijn van vier maanden na de datum van kennisgeving van het besluit (uiterlijk 28 november 2011). Het belangrijkste argument van België is dat terugvordering onmogelijk is omdat de gehele keten van de steun heeft geprofiteerd en er daardoor geen individuele begunstigen kunnen worden geïdentificeerd. En als het steunbedrag zou worden verdeeld over de zes sectoren in de voedselketen, dan zou het onder de *de-minimis*-drempel blijven. Het Hof oordeelt dat als het gaat om niet-nakoming van een besluit als het onderhavige, het enige verweer dat een lidstaat kan aanvoeren de ‘volstreekte onmogelijkheid tot nakoming’ is. *In casu* heeft België niet aangetoond dat het onmogelijk was om de werkelijke begunstigen van de betrokken steun te identificeren. En de vrees dat identificatie van de reële begunstigen van de steun gepaard gaat met – onoverkomelijke – moeilijkheden rechtvaardigt niet dat een lidstaat zijn verplichtingen niet nakomt. Het Hof concludeert derhalve dat België zijn verplichtingen niet is nagekomen.

De tweede zaak betreft een kwestie waarin lidstaat Italië de voorwaarden van eerder goedgekeurde steun aanpast.²¹ De oorsprong van de discussie was gelegen in het feit dat Italiaanse melkproducenten in de periode 1995-2002 te veel melk hadden geproduceerd. Dat leidde tot een extra heffing op melk en zuivelproducten. Deze was zodanig hoog dat de desbetreffende producenten deze niet op korte termijn zouden hebben kunnen betalen. Derhalve is toegestaan dat de Republiek Italië desbetreffende heffingen voor de producenten voorschiet, onder de voorwaarde dat de producenten hun schuld in maximaal 14 jaar volledig terugbetalen in jaarlijkse, gelijke termijnen. Bij de uitvoering van die voorwaarde wijzigt de Republiek Italië de desbetreffende wetgeving en wordt een uitstel van zes maanden verleend voor betaling van de termijnen die per 31 december 2010 vervallen. De Commissie acht zowel het uitstel van betaling als het systeem van gespreide betaling dat daarmee ontstaat als een nieuwe – verboden – steunmaatregel die de volledige steun, en derhalve ook de bestaande, raakt. Het Hof volgt de Commissie in dezen en oordeelt dat door het eenzijdig wijzigen van de voorwaarden voor de steun, de volledige steunmaatregel niet meer als goedgekeurde steun kan worden aangemerkt. Immers, door de wijziging ten opzichte van de goedkeuringsvoorwaarden van die steunregeling heeft de steunregeling niet meer de gevolgen die destijds in het kader van de goedkeuring zijn onderzocht.

Er is aldus sprake van een nieuwe steunmaatregel. Het besluit van de Commissie waarin de Italiaanse Republiek wordt gelast de desbetreffende bedragen onverwijld en daadwerkelijk terug te vorderen, vermeerderd met rente, blijft derhalve in stand.

De derde zaak betreft een procedure bij het Gerecht.²² Aan de orde was een steunmaatregel verleend door de Regione Autonoma della Sardegna ten gunste van Saremar. Saremar heeft beroep ingesteld tegen het besluit van de Europese Commissie. De kern van de problematiek is dat Saremar inmiddels niet in staat is gebleken het reeds betaalde deel van de verboden steun terug te betalen en wordt geliquideerd. Vanwege die omstandigheid meent de Europese Commissie dat Saremar geen procesbelang meer heeft. Saremar geeft aan dat nietigverklaring van het besluit van de Europese Commissie 11 miljoen euro scheelt in het akkoord dat met de schuldeisers moet worden bereikt. Het Gerecht concludeert dat Saremar nog steeds een procesbelang heeft, omdat het bestreden besluit niet is ingetrokken en het relevant is of voornoemde 11 miljoen euro wel of niet tot het (liquidatie)vermogen van Saremar behoort.

Relativiteit

Het relativiteitsvereiste uit artikel 8:69a Awb staat vooral vaak in de weg aan staatssteunargumenten die worden gebruikt om een bestemmingsplan of omgevingsvergunning te laten vernietigen. In artikel 8:69a Awb staat dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. De wetgever heeft daarmee de eis willen stellen dat er een verband moet bestaan tussen een beroepsgrond en het belang waarin de appellant door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad.²³ De bestuursrechter mag een besluit niet vernietigen wegens schending van een rechtsregel die kennelijk niet strekt tot bescherming van het belang van de appellant. Het relativiteitsvereiste wordt in een aantal uitspraken toegepast bij staatssteunargumenten tegen ruimtelijke plannen, veelal volgens een vast stramien. Allereerst stelt de bestuursrechter vast dat staatssteun slechts indirect aan de orde komt, namelijk in het kader van de financieel-economische uitvoerbaarheid van het desbetreffende plan.²⁴ Vervolgens onderzoekt de rechter of de eisers concurrenten

20 HvJ EU 13 september 2017, C-591/14, ECLI:EU:C:2017:670.

21 HvJ EU 25 oktober 2017, ECLI:EU:C:2017:799.

22 GvEA 6 april 2017, ECLI:EU:T:2017:267.

23 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2892, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 18-20.

24 Zie in het kader van een bestemmingsplan: ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:774; ABRvS 2 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2065. Zie in het kader van een omgevingsvergunning: Rb. Limburg 1 september 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8599; ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2904. In ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:354 komt de Afdeling niet toe aan de relativiteit bij een omgevingsvergunning omdat niet uitgesloten is dat het project kan worden gerealiseerd zonder ongeoorloofde staatssteun.

zijn van de vermeende begunstigde, dan wel of sprake is van een “*heffing die integrerend onderdeel uitmaakt van een steunmaatregel*”.²⁵ Indien geen van beide is gesteld – hetgeen het geval is als de eisers omwonenden zijn en (slechts) belang hebben bij het behoud van een goed woon- en leefklimaat – leidt dat tot de conclusie dat zij vanwege het relativiteitsvereiste geen beroep kunnen doen op artikel 108 lid 3 VWEU.

De Afdeling komt tot dezelfde conclusie ten aanzien van een vereniging en een stichting die opkwamen tegen het Luchthavenbesluit Twente Airport, waarin onder meer grenswaarden waren opgenomen voor de geluidbelasting, evenals openingstijden en beperkingengebieden in verband met externe veiligheid.²⁶ De belangen van de eisers zijn volgens de Afdeling gelegen in het behoud van een goed woon- en leefklimaat voor omwonenden en het behoud van plaatselijke flora en fauna. Ook is onvoldoende dat zij vreesden voor het stijgen van plaatselijke belastingen.

De CRvB past dezelfde redenering toe op een uitkeringsgerechtigde die meende ten onrechte door de gemeente te zijn gekort op zijn uitkering nadat hij een ‘opstapbaan’ had

geweigerd.²⁷ Volgens de uitkeringsgerechtigde verleende de gemeente staatssteun aan de organisatie die de opstapbaan aanbod en kon niet van hem worden verwacht dat hij daaraan (indirect) medewerking zou verlenen. De Centrale Raad van beroep passeert dat argument vanwege het ontbreken van de vereiste relativiteit.

Over de auteurs

Mr. dr. A.D.L. (Allard) Knook

Advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn en redactielid van Tijdschrift Aanbestedingsrecht en staatssteun.

Mr. J.M. (Manon) Dijkman-Ulders

Advocaat bij Gemeente Advocaten Rotterdam en redactielid van Tijdschrift Aanbestedingsrecht en staatssteun.

Mr. J.F. (Frederik) van Nouhuys

Advocaat bij Straatman Koster advocaten en voorzitter van de redactie van Tijdschrift Aanbestedingsrecht en staatssteun.

Mr. dr. P. (Paul) Heijnsbroek

Advocaat bij Straatman Koster advocaten.

25 Onder verwijzing naar HvJ EU 13 januari 2015, zaak C-174/02 (*Streek-gewest Westelijk Noord-Brabant*).

26 ABRvS 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3126.

27 CRvB 21 februari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:607.