

# Tijdschrift voor STAATSSTEUN

Aanbesteding, mededinging en overheid & markt

JAARGANG 15 - MAART 2024

1

*mr. A.A. al Khatib*

## **Voorwoord**

***Staatssteun, bestaanszekerheid en globalisering***

*mr. K.J. Vriesendorp*

## **DAEB en het recht van vrije vestiging in de Dienstenrichtlijn**

*mr. A.A. al Khatib en mr. R.D.R. Walon*

## **Jurisprudentie Europees**

*mr. G.A. Dictus*

## **Jurisprudentie Nederland**

*Prof. dr. W. De Cock*

## **Jurisprudentie België**

*mr. A. Looijestijn-Clearie M.A.*

## **Beleid Europese Commissie**

*mr. J. Meulman, mr. T. Topp, mr. R. Rodenrijs, Demi Hoefnagels en mr. H.C. van Scherpenseel*

## **Markt & Overheid**

*mr. T.J. Binder*

## **Actualiteiten**

**Nieuws- en Jurisprudentieoverzicht**  
Het nieuwe platform Selectie en Essentie StSt met  
wekelijkse jurisprudentie (attenderingen en  
commentaar) en nieuws is onderdeel van uw  
abonnement. Voor meer informatie zie:  
[www.denhollander.info](http://www.denhollander.info) of [sene.denhollander.info](mailto:sene.denhollander.info)

**Uitgeverij Den Hollander**  
Postbus 325, 7400 AH Deventer  
tel.: 0570 – 751225  
e-mail: [info@denhollander.info](mailto:info@denhollander.info)  
[www.denhollander.info](http://www.denhollander.info)

**Hoofredacteur**  
prof. mr. P.H.L.M. Kuypers (AKD / Radboud  
Universiteit Nijmegen)

**Redactie**  
mr. E.M.M. Besselink (Ministerie van Buitenlandse  
Zaken)  
mr. drs. M.G.A.M. Custers (Loyens & Loeff N.V.)  
mr. H. Gilliams (Eubelius)  
mr. M.C. van Heezik (Houthoff)  
mr. A.H.G. van Herwijnen (Ministerie van  
Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, RUG)  
mr. A.A. al Khatib (Stibbe)  
mr. M. Rijke MA (Schiphol Nederland)  
mr. dr. S.L.T. Schoenmaekers (Maastricht University)  
mr. M. de Wit (AKD)  
mr. K. Van de Castele (Europese Commissie)

**Vaste medewerkers**  
mr. dr. W. De Cock (VUB)  
mr. G.A. Dictus (Pels Rijcken)  
mr. D. Hoefnagels (Europa decentraal)  
mr. A. Looijestijn-Clearie (Radboud Universiteit  
Nijmegen)  
mr. J. Meulman (Europa decentraal)  
mr. R. Rodenrijs (ACM)  
mr. H.C. van Scherpenseel (Ministerie van  
Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties)  
mr. T.C. Topp (ACM)  
mr. R.D.R. Walon (Stibbe)

**Redactiesecretaris**  
mr. T.J. Binder (AKD / Radboud Universiteit Nijmegen)  
tel: +32 2 629 4257  
e-mail: [tbinder@akd.eu](mailto:tbinder@akd.eu)

**Abonnementsprijs**  
Zie: <https://denhollander.info/>  
Abonnementen kunnen via de website worden  
afgesloten  
Abonnementen kunnen worden gestart per 1 januari  
van een kalenderjaar. Valt de aanvraag van een  
abonnement niet samen met het begin van een  
kalenderjaar, dan wordt op aanvraag het tarief voor  
het lopende jaar naar rato berekend indien het  
abonnement ook in het jaar daaropvolgend wordt  
afgenomen.  
Op al onze abonnementen zijn de Algemene  
voorwaarden van toepassing

**Adreswijziging**  
Bij adreswijziging wordt u verzocht deze zo spoedig  
mogelijk en bij voorkeur schriftelijk door te geven aan  
de uitgeverij onder vermelding van: adreswijziging  
Tijdschrift voor Staatssteun.

**Beëindiging abonnement**  
Abonnementen kunnen alleen schriftelijk, tot 1  
december van het lopende abonnementsjaar, worden  
opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het  
abonnement automatisch voor een kalenderjaar  
verlengd.  
Nieuwe abonnementen kunnen schriftelijk, via de  
website of per e-mail worden opgegeven.

© **Uitgeverij Den Hollander B.V.**  
Alle rechten voorbehouden. Behoud  
auteurswet opgenomen uitzonderin  
deze uitgave worden verveelvoudigt  
opslaan in een geautomatiseerd ge  
openbaar gemaakt, ongeacht op welk wijze,  
voorafgaande schriftelijke toestemming van de  
uitgever.



# Tijdschrift voor STAATSSTEUN

JAARGANG 15 - MAART 2024 - NUMMER 1

|    |                                                                                                                                   |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 3  | <i>mr. A.A. al Khatib</i><br><b>Voorwoord</b><br><i>Staatssteun, bestaanszekerheid en globalisering</i>                           |
| 6  | <i>mr. K.J. Vriesendorp</i><br><b>DAEB en het recht van vrije vestiging in de Dienstenrichtlijn</b>                               |
| 13 | <i>mr. A.A. al Khatib en mr. R.D.R. Walon</i><br><b>Jurisprudentie Europees</b>                                                   |
| 20 | <i>mr. G.A. Dictus</i><br><b>Jurisprudentie Nederland</b>                                                                         |
| 28 | <i>Prof. dr. W. De Cock</i><br><b>Jurisprudentie België</b>                                                                       |
| 30 | <i>mr. A. Looijestijn-Clearie M.A.</i><br><b>Beleid Europese Commissie</b>                                                        |
| 33 | <i>mr. J. Meulman, mr. T. Topp, mr. R. Rodenrijs, Demi Hoefnagels en mr. H.C. van Scherpenseel</i><br><b>Markt &amp; Overheid</b> |
| 38 | <i>mr. T.J. Binder</i><br><b>Actualiteiten</b>                                                                                    |

# Voorwoord

## Staatssteun, bestaanszekerheid en globalisering

mr. A.A. al Khatib<sup>1</sup>

Geachte lezer,

Het eerste nummer in de jaargang 2024 van het *Tijdschrift voor Staatssteun* komt uit in een spannende periode waarin grote ideeën rondgaan. Op nationaal niveau bestaat veel aandacht voor het thema 'bestaanszekerheid' van burgers. Er is in de Nederlandse politiek daarom een wil te bespeuren om onder meer de energiearmoede en de woningnood tegen te gaan.<sup>2</sup> Het bestrijden van deze problemen vereist grootschalige investeringen door de nationale overheid. Op Europees niveau is de zogeheten 'industriepolitiek' terug van weggeweest. Op 20 februari 2024 hebben industrieleiders van maar liefst twintig industriële sectoren aan onder meer de president van de Europese Commissie een verklaring overhandigd waarin zij de oproep doen om, naast de *European Green Deal*, ook een *European Industrial Deal* uit te rollen.<sup>3</sup> Een dergelijke deal zou moeten focussen op het garanderen van de betaalbaarheid van energie, het investeren in energie-intensieve ondernemingen en het behouden van hoogwaardige arbeid in Europa. Voor een deel is de aanleiding voor deze oproep gelegen in de opmars van de Chinese economie, voor een ander deel in de door president Biden geopende subsidiekraan voor onder meer het realiseren van de energietransitie in de Verenigde Staten.<sup>4</sup> De nationale aandacht voor meer bestaanszekerheid en de Europese oproep voor een *European Industrial Deal* raken direct aan het staatssteunrecht, zo blijkt uit recente ontwikkelingen en de in dit nummer van *Tijdschrift voor Staatssteun* opgenomen bijdragen.

### Bestaanszekerheid en DAEB-regels

Zo vormt het bestaan van betaalbare huisvesting een cruciale voorwaarde voor het garanderen van de bestaanszekerheid. De overheid gebruikt staatssteun als instrument om het verwezenlijken van dergelijke huisvesting te bespoedigen.<sup>5</sup> Dergelijke staatssteun zal in de toekomst naar verwachting in toenemende mate nodig zijn gezien de (toenemende) woningnood. In november 2023 heeft Nederland daarom, samen met zes andere EU-landen, de Europese Commissie opgeroepen tot een versoepeling van de staatssteunregels voor diensten van algemeen economisch belang (DAEB's).<sup>6</sup> De Europese Commissie wordt daarbij ook gevraagd om oog te hebben voor "*the lack of affordable housing for middle-income households*".<sup>7</sup> Deze versoepeling zou namelijk mee moeten brengen dat Nederland niet alleen staatssteun kan bieden ten behoeve van het bouwen van sociale huurwoningen voor onder meer huishoudens met een laag inkomen en (andere) kwetsbare groepen, maar ook ten behoeve van woningen voor huishoudens met middeninkomens die niet aan een betaalbare woning kunnen komen in grote steden. Deze oproep vindt zijn basis in de evaluatie van de DAEB-uitzondering uit december 2022 waarin is vastgesteld dat de markt niet voorziet in genoeg betaalbare woningen in steden.<sup>8</sup> Uit deze evaluatie bleek ook dat de DAEB-regels onvoldoende houvast bieden aan Lidstaten om dit woningtekort met het geven van staatssteun te verhelpen.

Hoewel een integrale herziening van de DAEB-regels vooralsnog uitblijft, moet allereerst opgemerkt worden dat Nederlandse overheden nog steeds niet hebben voorzien in voldoende sociale huurwoningen als hiervoor genoemd, terwijl zij hiervoor wel staatssteun mogen bieden op grond van de momenteel geldende staatssteunregels.<sup>9</sup> Het (terecht) wijzen op de beperkingen die (mogelijk) voortvloeien uit de huidige staatssteunregels,

1. Ali al Khatib is advocaat bij Stibbe en buitenpromovendus bij Universiteit Leiden.

2. 'Bestaanszekerheid', *FD* 19 september 2023.

3. Deze verklaring is online te raadplegen: [antwerp-declaration.eu/](https://antwerp-declaration.eu/). Hetzelfde geldt voor de lijst van bedrijven die deze verklaring hebben ondertekend: [antwerp-declaration.eu/#signatories](https://antwerp-declaration.eu/#signatories).

4. 'Hoe bedrijven profiteren van de grote mondiale staatssubsidierace', *NRC* 26 juni 2023.

5. Zie o.a. het Besluit Woningbouwimpuls 2020, *Srb* 2020, 141.

6. 'Gezamenlijke oproep aan Europese Commissie voor meer ruimte financiering middenhuurwoningen', Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, nieuwsbericht d.d. 11 november 2023. 'Nederland roept de Commissie op tot actie: aanpassing DAEB-regels voor sociale huisvesting', *Europa Decentraal* 27 november 2023.

7. Idem, zie de gezamenlijke oproep, alinea 2.

8. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EVALUATION Evaluation of the State subsidy rules for health and social services of general economic interest ("SGEIs") and of the SGEI de minimis Regulation (SWD/2022/0388 final).

9. 'Woningnood neemt toe: Rotterdam heeft veel meer sociale huurwoningen nodig', *Rijnmond* 26 februari 2023. Zie Besluit van de Europese Commissie 15 december 2009 betreffende de steunmaatregelen E 2/2005 en N 642/2009 (Nederland) — Bestaande steun en bijzondere projectsteun voor woningcorporaties waaruit volgt dat de Nederlands overheid kan investeren in sociale huurwoningen.

moet niet in de weg staan aan het voldoende benutten van de bestaande mogelijkheden. Ten tweede kan worden opgemerkt dat overheden in afwachting van een integrale herziening van de DAEB-regels sinds kort meer mogelijkheden voor het geven van staatssteun hebben gekregen. In december vorig jaar is namelijk de zogeheten DAEB-de-minimisverordening aangepast.<sup>10</sup> Overheden kunnen op basis van deze verordening voor de financiering van een DAEB op relatief eenvoudige wijze tot € 750.000 aan staatssteun geven in een periode van drie jaar. Vóór de aanpassing van de DAEB-de-minimisverordening bedroeg het maximum € 500.000. Met de DAEB-de-minimisverordening in de hand kunnen overheden 'lokale DAEB's' (onder andere instellingen gericht op het begeleiden van kwetsbare burgers clubhuizen en kleine sportscholen) steunen en daarmee een bijdrage leveren aan de sociale cohesie en de leefbaarheid van de desbetreffende wijken. Overheden kunnen op basis van deze verordening ook gebruiken om te helpen met het isoleren en gasvrij maken van woningen, wat weer bijdraagt aan het bestrijden van energiearmoede.

Hoe dan ook kan het belang van de DAEB-regels voor het garanderen door de overheid van voor de bestaanszekerheid cruciale voorzieningen als betaalbare huisvesting niet onderschat worden. Om aandacht hieraan te besteden is in dit nummer van het *Tijdschrift voor Staatssteun* een bijdrage van de hand van K.J. Vriesendorp met de titel "*DAEB en het recht van vrije vestiging in de Dienstenrichtlijn*" opgenomen. Hierin wordt beargumenteerd dat de regels van de Dienstenrichtlijn vergaande gevolgen zouden kunnen hebben voor de ruimte waarover nationale overheden beschikken om DAEB's naar eigen inzicht te organiseren en vorm te geven. Deze bijdrage toont aan dat de Uniewetgever zich hiervan bewust lijkt te zijn onder meer door de in artikel 15 lid 4 Dienstenrichtlijn voor DAEB's opgenomen uitzondering. Desalniettemin is volgens Vriesendorp de plaats van dit artikel ongelukkig gekozen, waardoor rechtsonzekerheid kan ontstaan over de vraag of deze uitzondering geldt voor *alle* regels van de Dienstenrichtlijn, of alleen voor de regels als vervat in artikel 15. De bijdrage van Vriesendorp verkent verschillende oplossingsrichtingen om een einde te maken aan deze onzekerheid en onderstreept daarmee het belang van zorgvuldige Uniewetgeving die bevorderend werkt ten aanzien van de fundamentele waarden die ten grondslag liggen aan bijvoorbeeld de DAEB's en liberalisering, alsook de onderlinge verhouding daartussen.

## De European Industrial Deal en staatssteunregels

Het verband tussen de *European Industrial Deal* en staatssteunregels laat zich gemakkelijk raden. Al is het maar omdat de verklaring die tot een dergelijke oproep tevens de ambitie formuleert om een "*simplified State Aid framework*" in het leven te roepen voor energie-intensieve ondernemingen.<sup>11</sup> Dit verband blijkt ook uit de recente beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie. Zo is op 8 januari 2024 goedkeuring verleend voor staatssteun ter hoogte € 902 miljoen aan Northvolt voor de bouw van een fabriek die batterijen zal produceren voor elektrische auto's.<sup>12</sup> De Europese Commissie benadrukt dat deze investering in lijn is met haar eigen *Green Deal Industrial Plan* (niet te verwarren met de European Green Deal) dat als doel stelt om een klimaatneutrale economie te realiseren. Interessant is dat de toelaatbaarheid van deze staatssteun is afgemeten aan de staatssteun die Northvolt in de Verenigde Staten had kunnen krijgen. Hier komt de mondiale staatssteuncompetitie dus (weer) om de hoek kijken.

Dat in Europa actieve ondernemingen zich zorgen maken over de mondiale staatssteuncompetitie blijkt ook uit de in dit nummer opgenomen rechtspraak. Zo komt in de zaak *Dralon GmbH e.a. t. Europese Commissie* (C 73/22 P en C 77/22 P) een aantal onderneming bij het Hof van Justitie op tegen de nieuwe Richtsnoeren betreffende bepaalde staatssteunmaatregelen in het kader van het systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten na 2021. Deze groep ondernemingen ageert tegen de keuze van de Europese Commissie om de sector van de productie van stikstofhoudende producten en meststoffen niet (meer) op te nemen in de lijst van bedrijfstakken waarin blootstelling aan een reëel koolstofweglekrisico, oftewel risico op verplaatsing naar de industrie naar buiten de Europese Unie, aangenomen wordt. Het gevolg van deze keuze is namelijk dat ondernemingen in deze sector niet meer in aanmerking komen voor staatssteun op basis van voornoemde richtsnoeren. Het Hof van Justitie oordeelt dat deze ondernemingen in rechte niet kunnen opkomen tegen deze richtsnoeren. Ondernemingen moeten dus in eerste instantie de politieke arena gebruiken om dergelijke beleidskeuzes te beïnvloeden.

De praktijk laat ook zien dat ondernemingen, die in de Europese Unie actief zijn, met argusogen kijken naar staatssteun aan concurrenten. Zo laten ook de in dit nummer opgenomen recente uitspraken van het Gerecht van de Europese Unie over de staatssteun aan Air-France (T 216/21 en T 494/21) en KLM (T 146/22) zien (rubriek jurisprudentie Europees). In deze uitspraken is de door de Europese Commissie gegeven goedkeuring van de staatssteun, die verstrekt is tijdens deze Coronacrisis aan deze ondernemingen, vernietigd. Deze vernietiging

10. Verordening (EU) 2023/2832 van de Commissie van 13 december 2023 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen (PB L, 2023/2832, 15.12.2023).

11. Zie voetnoot 2: "Include a strong public funding chapter with a Clean Tech Deployment Fund for Energy Intensive Industries closely coordinated with a simplified State Aid framework, while respecting the Single Market rules."

12. 'Commission approves €902 million German State aid measure to support Northvolt in the construction of an electric vehicle battery production plant to foster the transition to a net-zero economy', Europese Commissie persbericht d.d. 8 januari 2024.

was aan het Gerecht verzocht door concurrenten van Air-France en KLM, namelijk: de vliegtuigmaatschappijen Ryanair DAC en Malta Air ltd. Deze zaken illustreren dat het verstrekken van staatssteun – zelfs in een noodsituatie als Corona – vragen kan oproepen over concurrentieverhoudingen binnen de interne markt. Dergelijke vragen zullen ongetwijfeld ook rijzen wanneer de staatssteunrechtelijke geldkraan meer opengaat vanwege de genoemde globale competitie of het bevorderen van de bestaanszekerheid. In Nederland heeft de hoogste rechter verder uitspraak gedaan over onder meer de verhouding tussen de regeling Tegemoetkoming Vaste Lasten en het staatssteunrecht alsook over of teruggaaf van dividendbelasting aan buitenlandse ondernemingen in het licht van het staatssteunrecht vereist is (rubriek jurisprudentie Nederland). In België worden (fiscale) regelingen ook op verenigbaarheid met het staatssteunrecht getoetst (rubriek jurisprudentie België). Concurrenten en andere belanghebbenden blijven dus vragen om aandacht voor naleving van het staatssteunrecht, zo blijkt uit Europese en nationale rechtspraak.

#### **Tot slot: het staatssteunrecht in een tijdperk van aandacht voor bestaanszekerheid en globalisering**

Voor de geloofwaardigheid van het staatssteunrecht is het cruciaal dat staatssteunjuristen en –beleidsmakers rekening houden met maatschappelijke en mondiale ontwikkelingen zoals de toegenomen aandacht voor bestaanszekerheid en globalisering met bijhorende economische competitie. Het staatssteunrecht kan – net als de rest van het recht – niet in beton gegoten zijn; het moet meebewegen met de actualiteit. Het aanpassen van het staatssteunrecht in veranderende tijden, mag niet afleiden van het volop benutten van de mogelijkheden die het staatssteunrecht momenteel al biedt, zoals de mogelijkheid om staatssteun te geven voor sociale huisvesting of lokale DAEB's. Het meebewegen met de actualiteit dient wel op een wijze te gebeuren die zo min mogelijk het *level playing field* verstoort.

Kortom genoeg om over na te denken de komende tijd. Ik wens u namens de redactie veel leesplezier.

# DAEB en het recht van vrije vestiging in de Dienstenrichtlijn

mr. K.J. Vriesendorp<sup>1</sup>

Diensten van algemeen economisch belang (DAEB) nemen een bijzondere plaats in het Europese rechtssysteem in. Artikel 14 van het Werkingsverdrag (VWEU) schrijft voor dat een gedeelde verantwoordelijkheid op de Unie en de lidstaten rust om zorg te dragen voor (economische en financiële) voorwaarden die de uitvoerders van DAEB in staat stellen hun taken te vervullen. De bijzondere status van de discretionaire bevoegdheid van lidstaten ten opzichte van DAEB wordt nader uitgewerkt in Protocol 26 en, in het bijzonder, artikel 106, lid 2, VWEU.<sup>2</sup> Dit artikel bepaalt dat ondernemingen die met DAEB zijn belast slechts onder de regels van de Verdragen vallen, met name de regels van het staatssteun- en mededingingsrecht, voor zover de Verdragsregels de vervulling van deze bijzondere taken niet verhinderen.

## 1. Inleiding

De bijzondere status van DAEB is ook doorgedrongen tot secundaire Uniewetgeving. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het DAEB-Vrijstellingsbesluit, dat het mechanisme van artikel 106, lid 2, VWEU nader uitwerkt voor DAEB-compensatie.<sup>3</sup> Met de inwerkingtreding van Richtlijn 2006/123/EG ('de Dienstenrichtlijn') heeft de bijzondere status van DAEB ook zijn weg gevonden tot secundaire interne marktwetgeving.<sup>4</sup> Hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn, dat het recht van vrije vestiging in de zin van artikel 49 VWEU verder uitwerkt, bevat een speciale bepaling voor DAEB, die artikel 106, lid 2, VWEU grotendeels weerspiegelt: artikel 15, lid 4. Waar artikel 15, lid 1 tot en met 3, voorschrijft dat bepaalde eisen aan binnen een lidstaat gevestigde dienstverrichters moeten voldoen aan de voorwaarden van non-discriminatie, noodzakelijkheid en proportionaliteit, bepaalt artikel 15, lid 4, dat deze voorwaarden alleen van toepassing zijn op DAEB voor zover zij de vervulling, in feite of in rechte, van DAEB niet belemmeren.

Tegelijkertijd zorgt de bewoording van artikel 15, lid 4, Dienstenrichtlijn voor verwarring. Waarom zouden lidstaten alleen beschikken over een ruimere discretionaire bevoegdheid voor de eisen genoemd in artikel 15, en niet voor de in artikel 9 tot en met 13 genoemde vergunningsstelsels of de verboden eisen uit artikel 14 Dienstenrichtlijn? Hoe verhoudt de ogenschijnlijk beperkte reikwijdte van artikel 15, lid 4, zich met artikel 1, lid 2 en 3, Dienstenrichtlijn, dat

voorschrijft dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de vrijheid van lidstaten om te bepalen hoe DAEB moet worden georganiseerd en gefinancierd? En kan de ruime in de Verdragen verankerde discretionaire bevoegdheid van lidstaten überhaupt door middel van secundair EU recht worden beperkt?

Al in het jaar van het verstrijken van de implementatiedeadline van de Dienstenrichtlijn, 2009, schreef Johan van de Gronden in niet te misverstane bewoordingen over de povere wetgevingskwaliteit van de bepalingen met betrekking tot DAEB.<sup>5</sup> Inmiddels is de implementatiedeadline van de richtlijn meer dan 14 jaar geleden verstreken en is het de vraag hoe de (povere) wetgevingskeuzes in de rechtspraak hebben uitgespeeld en of de bovengeschetste verwarring, bijvoorbeeld in de jurisprudentie, is weggenomen. In dit artikel wordt daarom onderzocht in hoeverre lidstaten binnen het kader van Hoofdstuk III Dienstenrichtlijn voor DAEB op basis van artikel 15, lid 4, en/of artikel 106 VWEU over een bredere discretionaire bevoegdheid beschikken dan voor 'reguliere' diensten.

## 2. DAEB in het Commissievoorstel en de Dienstenrichtlijn

Voordat kan worden ingegaan op de positie van DAEB in Hoofdstuk III van de richtlijn, is het van belang om op te merken dat DAEB in het initiële voorstel van de Europese Commissie uit 2004 nog nauwelijks een rol speelden. Sterker nog, hoewel bepaalde

1. Karst Vriesendorp is advocaat bij AKD.  
2. Protocol Nr. 26 betreffende diensten van algemeen economisch belang van 15 november 2011 (PbEU 2008, L 115/308).  
3. Besluit 2012/21/EU ('DAEB-vrijstellingsbesluit') van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen

economisch belang belaste ondernemingen (PbEU 2012, L 7/3).  
4. Richtlijn 2006/123/EG ('Dienstenrichtlijn') van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L 376/36).  
5. J. van de Gronden, 'The Services Directive and Services of General (Economic) Interest' in: M. Krajewski e.a. (red.), *The Changing Legal Framework for Services of General Economic Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Den Haag: TMC Asser Press, p. 253-254.

specifieke DAEB, zoals postdiensten, van de bepalingen omtrent het vrij verkeer van diensten (Hoofdstuk IV) waren uitgesloten, werd het begrip DAEB niet eens genoemd.<sup>6</sup> Alleen in de toelichting stond vermeld dat lidstaten ook voor DAEB, die binnen de werkingssfeer van het voorstel vielen, konden bepalen welke diensten als DAEB worden beschouwd en hoe deze diensten moeten functioneren.<sup>7</sup>

De situatie is anders in de aangenomen Dienstenrichtlijn. Artikel 1, lid 2, bepaalt dat de richtlijn geen betrekking heeft op de liberalisering van DAEB, die voorbehouden zijn aan openbare of particuliere entiteiten. Artikel 1, lid 3, schrijft niet alleen voor dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de vrijheid van lidstaten om vast te stellen wat zij als DAEB beschouwen en hoe deze diensten moeten worden georganiseerd – tot zover in lijn met de toelichting bij het voorstel – maar ook dat het aan lidstaten is om te bepalen hoe DAEB worden gefinancierd en aan welke bijzondere verplichtingen zij onderworpen zijn. Tot slot bevat de aangenomen Dienstenrichtlijn considerans 72. Deze considerans bepaalt dat de uitvoering van DAEB niet mag worden belemmerd als gevolg van het beoordelingsproces waarin de richtlijn voorziet. Al met al is het uitgangspunt in de aangenomen richtlijn dus, in tegenstelling tot het Commissievoorstel, dat de Dienstenrichtlijn géén afbreuk doet aan de bevoegdheden van lidstaten inzake DAEB en dat de richtlijn de uitvoering van DAEB niet mag belemmeren.

Bovendien heeft de Uniewetgever in de materiële bepalingen van zowel Hoofdstuk III (vrijheid van vestiging van dienstverrichters) als Hoofdstuk IV (vrij verkeer van diensten) een specifieke bepaling aan DAEB gewijd. Naast artikel 15, lid 4, gaat het daarbij om artikel 17, dat bepaalt dat Hoofdstuk IV niet van toepassing is op DAEB.<sup>8</sup>

### 3. Hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn

Artikel 15, lid 4, Dienstenrichtlijn maakt onderdeel uit van Hoofdstuk III van de richtlijn, dat het vrije vestigingsrecht uitwerkt. Dit hoofdstuk bestaat uit een zestal artikelen verdeeld in twee afdelingen. Afdeling 1 bestaat uit artikelen 9 tot en met 13 en stelt de kaders waarbinnen lidstaten een vergunningstelsel voor dienstenactiviteiten kunnen instellen. Vergunningstelsels mogen geen discriminerende werking hebben en moeten gerechtvaardigd en noodzakelijk zijn (artikel 9). Bovendien moeten de crite-

ria voor toewijzing van een vergunning non-discriminatoir, gerechtvaardigd, evenredig, duidelijk, ondubbelzinnig, objectief, vooraf openbaar bekendgemaakt, transparant en toegankelijk zijn (artikel 10). Ook mogen vergunningen in beginsel niet territoriaal (artikel 10, lid 4) of temporeel beperkt zijn (artikel 11). Tot slot moet er voor schaarse vergunningen een onpartijdige, objectieve en transparante selectieprocedure plaatsvinden (artikelen 12 en 13).

Afdeling 2 bestaat uit artikel 14 en 15 en reguleert de bevoegdheid van lidstaten om eisen te stellen aan de toegang tot of uitoefening van een dienstenactiviteit, zoals verplichtingen, verbodsbepalingen, voorwaarden of andersoortige beperkingen. Artikel 14 bevat een achttal verboden eisen, zoals het afhankelijk stellen van een vergunning van bewijs dat er een economische behoefte voor de dienst bestaat of de verplichting om de dienstenactiviteit al gedurende een bepaalde tijd op het grondgebied van de lidstaat uit te oefenen. Lidstaten beschikken over geen enkele rechtvaardigingsmogelijkheid met betrekking tot deze eisen. Ook in het geval dat een lidstaat zou kunnen bewijzen dat een eis uit artikel 14 non-discriminatoir, gerechtvaardigd en noodzakelijk is, is de eis verboden.

Artikel 15 bevat een achttal aan evaluatie onderworpen eisen. Lidstaten kunnen deze eisen aan de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit stellen, op voorwaarde dat deze eisen non-discriminatoir, gerechtvaardigd en evenredig zijn. Als niet aan deze drie voorwaarden wordt voldaan, zijn de eisen uit artikel 15 verboden en dienen lidstaten hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aan te passen. Artikel 15, lid 4, bevat hierop een uitzondering voor DAEB.<sup>9</sup> Voor zover artikel 15, lid 1 tot en met 3, de vervulling, in feite of in rechte, van DAEB belemmert, wordt het niet toegepast. Uit de letterlijke tekst van artikel 15, lid 4, volgt dat deze uitzondering voor DAEB dan ook niet geldt voor vergunningstelsels of eisen die op grond van artikel 9, 10, 11, 12, 13 of 14 verboden zijn.

### 4. De reikwijdte van artikel 15, lid 4, Dienstenrichtlijn

Als zou worden uitgegaan van het ogenschijnlijk beperkte toepassingsbereik van artikel 15, lid 4, dan zou terecht kunnen worden gesteld dat de Uniewetgever het uitgangspunt als vervat in artikel 1, lid 2 en 3, van de richtlijn al dan niet per abuis uit het oog is verloren. Vóór de Dienstenrichtlijn konden lidsta-

6. Voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, COM(2004) 2, art. 17.

7. Voorstel van de Europese Commissie, COM(2004) 2, p. 16-17.

8. Zie voor een analyse van de jurisprudentie over de rol van DAEB binnen Hoofdstuk IV Dienstenrichtlijn: K. Vriesendorp, 'Article 16 of the Services Directive: The Potential and Future of a Dormant Provision', (2023) (1) *European Law Review*, p.69-70.

9. Opvallend genoeg spreekt artikel 15, lid 1, van "wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen", terwijl in artikel 15, lid 4, alleen van "wetgeving op het gebied van DAEB" wordt gesproken. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie is de toepassing van artikel 15, lid 4, echter niet beperkt tot wetgeving. Bijvoorbeeld, in het *Audica*-arrest werd de keuze van de Spaanse nationale verkeersdienst om Spanje te verdelen in vijf concessies met één aanbieder voor rijvaardigheidscursussen ook aan artikel 15, lid 4, getoetst, zie HvJ EU 19 januari 2023, C-292/21, ECLI:EU:C:2023:32 (*Audica*), r.o. 70-73.

ten immers artikel 106, lid 2, VWEU invoeren voor alle beperkingen van het recht van vrije vestiging, voor zover die evenredig en noodzakelijk waren voor de uitoefening van de DAEB onder economisch aanvaardbare voorwaarden, ongeacht of dit een vergunningstelsel of een eis betrof.<sup>10</sup> Artikel 15, lid 4, is echter zodanig verwoord dat het slechts voor eisen die op grond van artikel 15, lid 1 tot en met 3, verboden zijn kan worden ingeroepen. Voor artikel 9 tot en met 13 (vergunningstelsels) of artikel 14 (verboden eisen) is dit op basis van de letterlijke tekst van het vierde lid niet meer mogelijk, ook als deze artikelen de vervulling van DAEB onder economisch haalbare voorwaarden belemmeren. Dit zou betekenen dat er met de Dienstenrichtlijn een liberalisering van DAEB heeft plaatsgevonden, ondanks dat dit blijkens artikel 1, lid 2 en 3, door de Uniewetgever juist niet werd beoogd.<sup>11</sup>

#### 4.1. Artikel 15, lid 4, in de jurisprudentie van het Hof van Justitie

Uit het *Hiebler*-arrest kan echter worden afgeleid dat het Hof van Justitie artikel 15, lid 4, breder toepast dan een letterlijke lezing suggereert.<sup>12</sup> In de zaak *Hiebler* stond een Oostenrijks vergunningstelsel voor schoorsteenvegers centraal. Onder de Oostenrijkse en Karinthische wetgeving mocht *Hiebler* alleen schoorsteenveegactiviteiten uitvoeren in het district waarvoor hij een vergunning had. In andere districten mocht hij alleen activiteiten ontplooiën als er minder dan drie schoorsteenvegers actief waren.

Het Hof van Justitie oordeelde dat deze voorschriften in beginsel zowel in strijd met artikel 10, lid 4, als artikel 15, lid 1, 2, onder a, en 3, van de richtlijn waren. Artikel 10, lid 4, bepaalt immers dat een vergunning, behoudens rechtvaardiging, toegang moet geven tot de dienstenactiviteit in het gehele grondgebied van de lidstaat en artikel 15, lid 2, onder a, bepaalt dat territoriale beperkingen alleen kunnen worden gehandhaafd als deze non-discriminatoir, gerechtvaardigd en noodzakelijk zijn. In rechtsoverweging 71 oordeelt het Hof vervolgens over de mogelijkheid om een beroep te doen op artikel 15, lid 4:

*"Het zou echter kunnen dat een dergelijke beoordeling, die volgt uit de uitlegging van de artikelen 10, lid 4, en 15, leden 1, 2, onder a), en 3, van richtlijn 2006/123, niet doorslaggevend is indien die nationale regeling moet worden uitgelegd in het licht van artikel 15, lid 4, van die richtlijn".<sup>13</sup>*

Het Hof maakt dus geen onderscheid tussen artikel 10, lid 4, en artikel 15. Met andere woorden, als aan de voorwaarden van artikel 15, lid 4, is voldaan, kunnen zowel artikel 10, lid 4, en 15, lid 1 tot en met 3, buiten toepassing worden gelaten. Daarmee lijkt het Hof het toepassingsbereik van artikel 15, lid 4, dus ruimer uit te leggen dan zijn letterlijke tekst doet vermoeden.

De vervolgvraag is dan hoe ruim het Hof het toepassingsbereik van artikel 15, lid 4, heeft willen uitleggen, nu de tekst van het artikel niet doorslaggevend blijkt te zijn.<sup>14</sup> Betekent het *Hiebler*-arrest dat voor alle vergunningstelsels, die onder artikel 9 tot en met 13 Dienstenrichtlijn verboden zijn, de mogelijkheid van een beroep op artikel 15, lid 4, openstaat? En geldt datzelfde dan voor beperkingen die op grond van artikel 14 verboden zijn? Of dient een bepaald inhoudelijk verband te bestaan tussen de schending van artikel 15, lid 1 tot en met 3, en de andere bepaling uit Hoofdstuk III Dienstenrichtlijn om voor toepassing van artikel 15, lid 4, in aanmerking te komen?

#### 4.2. Een beperkte uitleg van het *Hiebler*-arrest

Enerzijds zou kunnen worden betoogd dat het oordeel van het Hof in het *Hiebler*-arrest moet worden verklaard door het nauwe verband tussen artikel 15, lid 1, 2(a) en 3, en artikel 10, lid 4. In artikel 10, lid 4, worden immers voorwaarden gesteld voor beperkingen van de geografische omvang van een vergunning en in artikel 15, lid 1, 2, onder a, en 3, voor territoriale beperkingen van de toegang tot een dienstenactiviteit. Het is moeilijk voorstelbaar dat het – zonder rechtvaardigingsgrond – geografisch beperken van een vergunning in de zin van artikel 10, lid 4, niet ook een ongerechtvaardigde territoriale beperking in de zin van artikel 15, lid 2, onder a, zou betekenen.

In dat kader zou kunnen worden betoogd dat het Hof in *Hiebler* artikel 15, lid 4, slechts op artikel 10, lid 4, heeft toegepast om te voorkomen dat artikel 15, lid 4, zijn nuttig effect verliest. Immers, als artikel 15, lid 4, geen uitkomst biedt voor in artikel 15, lid 2, onder a, verboden beperkingen, omdat dezelfde beperking ook op grond van artikel 10, lid 4, verboden is, wordt de discretionaire bevoegdheid van lidstaten om voor DAEB de in artikel 15 genoemde beperkingen te behouden deels tenietgedaan. Om dit te voor-

10. Zie voor het gebruik van "noodzakelijk voor de uitoefening van DAEB onder economisch aanvaardbare omstandigheden" als toetsingsstandaard in het kader van het vrij verkeer onder meer: HvJ EU 10 november 2011, C-212/09, ECLI:EU:C:2011:717 (*Commissie/Portugal*), r.o. 94.

11. Zie onder meer J. van de Gronden, 'The Services Directive and Services of General (Economic) Interest' in: M. Krajewski e.a. (red.), *The Changing Legal Framework for Services of General Economic Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Den Haag: TMC Asser Press, p. 246.

12. HvJ EU 23 december 2015, C-293/14, ECLI:EU:C:2015:843 (*Gerard Hiebler/Walter Schlagbauer*).

13. HvJ EU 23 december 2015, C-293/14, ECLI:EU:C:2015:843 (*Gerard Hiebler/Walter Schlagbauer*), r.o. 71.

14. In de literatuur over het *Hiebler*-arrest wordt met name aandacht besteed aan de vraag hoe ruim de discretionaire bevoegdheid van lidstaten onder artikel 15, lid 4, is en niet hoe breed het toepassingsbereik van artikel 15, lid 4, is, zie bijvoorbeeld: D. Damjanovic, 'Territorial restrictions in the chimney sweep business under the Services Directive', (2017) 54 (5), *Common Market Law Review*, p. 1535-1553.

komen zou het Hof de mogelijkheid om een beroep te doen op artikel 15, lid 4, ook open hebben gesteld voor beperkingen die verboden zijn onder zowel artikel 15 als een ander artikel uit Hoofdstuk III. 'Zelfstandige schendingen' van artikel 9, 10, 11, 12, 13 of 14 zouden in deze beperkte lezing van het *Hiebler*-arrest niet binnen het toepassingsbereik van artikel 15, lid 4, vallen.

Volledig bevredigend is deze uitleg van het *Hiebler*-arrest echter niet, met name gelet op artikel 1, lid 2 en 3, van de richtlijn. Er wordt namelijk geen recht gedaan aan het uitgangspunt dat met de Dienstenrichtlijn geen liberalisering van DAEB tot stand zou komen. Voor zover sprake is van een 'zelfstandige schending' van artikel 9, 10, 11, 12, 13 en/of 14, beschikken lidstaten niet meer over de brede discretionaire bevoegdheid, waarover zij vóór de Dienstenrichtlijn op grond van artikel 106, lid 2, VWEU wel beschikten. Een vergunningsstelsel, dat noodzakelijk is om de uitvoering van een DAEB in economisch haalbare omstandigheden mogelijk te maken, is bij een beperkte uitleg van het *Hiebler*-arrest sinds de Dienstenrichtlijn dan ook niet meer toegestaan.<sup>15</sup>

#### 4.3. Een ruime uitleg van het *Hiebler*-arrest

Daarom zou anderzijds kunnen worden betoogd dat het *Hiebler*-arrest een bevestiging is dat de Uniewetgever artikel 15, lid 4, Dienstenrichtlijn per abuis een te beperkt toepassingsbereik heeft gegeven en dat artikel 15, lid 4, op alle bepalingen van Hoofdstuk III van toepassing is. In het licht van de gehele Dienstenrichtlijn bezien vormt dit een bevredigendere oplossing dan de beperkte uitleg. De ruime uitleg van artikel 15, lid 4, zorgt er immers voor dat de ogenschijnlijke strijdigheid tussen artikel 1, lid 2 en 3, enerzijds en artikel 15, lid 4, anderzijds wordt weggenomen.

Ook doet deze ruime uitleg recht aan artikel 3, lid 3, van de richtlijn, waarin is bepaald dat de richtlijn in lijn met de Verdragsregels moet worden toegepast. De discretionaire bevoegdheid van lidstaten wordt onder de ruime uitleg namelijk niet verder beperkt in Hoofdstuk III dan in de Verdragsregels. Ook voor zover een vergunningsstelsel of één van de verboden eisen uit artikel 14 noodzakelijk is voor de uitvoering van DAEB in economisch aanvaardbare omstandigheden en evenredig is aan dat doel, kunnen lidstaten deze beperkingen van de vestigingsvrijheid handhaven.<sup>16</sup>

Tegelijkertijd staat deze ruime uitleg van het *Hiebler*-arrest wel heel ver af van de bewoording van het vierde lid van artikel 15. Artikel 15, lid 4, luidt immers als volgt: '[d]e leden 1, 2 en 3 zijn alleen van toepassing op wetgeving op het gebied DAEB voor zover de toepassing van die leden de vervulling, in feite of in rechte, van de aan hen toegewezen bijzondere taak niet belemmert'. De bewoording van artikel 15 geeft dan ook geen aanknopingspunten om het vierde lid ook op de overige bepalingen uit Hoofdstuk III toe te passen.

### 5. De rol van artikel 106, lid 2, VWEU

Al met al leidt noch de beperkte noch de ruime uitleg van het *Hiebler*-arrest tot een volledig bevredigende en coherente uitkomst. De beperkte uitleg lijkt onmogelijk te rijmen met artikel 1 van de richtlijn, terwijl de ruime uitleg haaks staat op de bewoording van artikel 15, lid 4. In die omstandigheden is het de vraag of er binnen het kader van Hoofdstuk III Dienstenrichtlijn een rol weggelegd is voor artikel 106, lid 2, VWEU.

#### 5.1. De bewoording van artikel 106, lid 2, VWEU

Op het eerste gezicht lijkt artikel 106, lid 2, VWEU geen noemenswaardige rol te kunnen spelen. Artikel 106, lid 2, VWEU bepaalt immers dat ondernemingen belast met DAEB onder de regels van de Verdragen vallen voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Dit suggereert dan ook dat het toepassingsbereik van artikel 106, lid 2, VWEU beperkt is tot de Verdragsregels en zich niet uitstrekt tot secundaire EU recht, zoals de Dienstenrichtlijn.

Desondanks bestaan er goede redenen om het begrip 'de Verdragen' in artikel 106, lid 2, VWEU niet al te letterlijk op te vatten. Het zou namelijk niet de enige bepaling zijn waarvoor geldt dat met 'de Verdragen' het gehele EU-recht wordt bedoeld. In de jurisprudentie is bijvoorbeeld verduidelijkt dat onder artikel 265 VWEU, dat ziet op de beroepsprocedure vanwege het in strijd met de Verdragen nalaten een besluit te nemen, ook het in strijd met secundair EU recht nalaten valt.<sup>17</sup> Zelfs al zou 'de Verdragen' in artikel 106, lid 2, VWEU letterlijk moeten worden uitgelegd, dan

15. J. van de Gronden, 'The Services Directive and Services of General (Economic) Interest' in: M. Krajewski e.a. (red.), *The Changing Legal Framework for Services of General Economic Interest in Europe: Between Competition and Solidarity*, Den Haag: TMC Asser Press, p. 244.

16. Voor de meeste eisen uit artikel 14 is het vanwege hun discriminatoire aard moeilijk voorstelbaar dat aan het noodzakelijkheids- en evenredigheidsvereiste uit artikel 15, lid 4 en/of artikel 106, lid 2, VWEU kan worden voldaan. Mogelijk zou kunnen worden betoogd dat dit anders ligt voor artikel 14, lid 5 (het afhankelijk stellen van een vergunning van de mogelijke of economische gevol-

gen van de activiteit). In de spoorsector kan open toegang immers ook afhankelijk worden gesteld van de beoordeling van de impact op het economisch evenwicht. Zie artikel 10 Uitvoeringsverordening (EU) 2018/1795 van de Commissie van 20 november 2018 tot vaststelling van de procedure en criteria voor de analyse van de impact op het economisch evenwicht overeenkomstig artikel 11 van Richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad (PbEU 2018, L 294/5).

17. Zie bijvoorbeeld Gerecht EU 21 maart 2014, T-306/10, ECLI:EU:T:2014:141 (*Hani El Sayyed Elsebai Yusef/Europese Commissie*).

biedt artikel 3, lid 3, Dienstenrichtlijn uitkomst. Dit artikel bepaalt immers dat de richtlijn moet worden toegepast in lijn met de Verdragsregels omtrent het vrij verkeer van diensten en de vrije vestiging.

5.2. De verhouding tussen de Dienstenrichtlijn en artikel 106, lid 2, VWEU

Bovendien is het de vraag of de Uniewetgever de in de Verdragen vastgelegde discretionaire bevoegdheid van lidstaten überhaupt in een richtlijn kan beperken. In het *Campus Oil*-arrest heeft het Hof van Justitie immers geoordeeld over de mogelijkheid om een discretionaire bevoegdheid van een lidstaat te beperken door middel van secundair EU recht.<sup>18</sup> Het Hof kwam in die zaak tot het oordeel dat secundair EU recht over het aanleggen van verplichte minimumolievoorraden er niet aan in de weg stond dat Ierland zich beriep op artikel 36 VWEU. De reden hiervoor was dat de richtlijnen geen onvoorwaardelijke zekerheid gaven met betrekking tot de olievoorziening.<sup>19</sup> Naar analogie van het *Campus Oil*-arrest zou de Dienstenrichtlijn de mogelijkheid voor een beroep op artikel 106, lid 2, VWEU dan ook alleen kunnen beperken, voor zover de richtlijn de nodige regels bevat die noodzakelijk zijn om een universele en continue verlening van DAEB te waarborgen.<sup>20</sup>

Concreet zou de Dienstenrichtlijn dus regels moeten bevatten die, in de afwezigheid van de mogelijkheid voor lidstaten om met betrekking tot artikel 9 tot en met 14 een beroep te doen op artikel 106, lid 2, VWEU, de levering van DAEB in economisch haalbare omstandigheden waarborgen. Van dergelijke regels is in de Dienstenrichtlijn echter geen sprake. Sterker nog, uit artikel 1, lid 2 en 3, volgt dat de Uniewetgever überhaupt geen liberalisering of specifieke regulering van DAEB voor ogen heeft gehad bij de totstandkoming van de Dienstenrichtlijn. Artikel 3, lid 3, van de richtlijn wijst er juist op dat de Uniewetgeving ook binnen de Dienstenrichtlijn een rol zag voor de Verdragsregels, waaronder artikel 106, lid 2, VWEU. Dit duidt erop dat de Dienstenrichtlijn, in tegenstelling tot bijvoorbeeld Richtlijn 2019/944 met betrekking tot de interne markt voor elektriciteit, er niet op gericht is om harmonisatie van DAEB tot stand te brengen.<sup>21</sup> Het laatste (constitutionele) puzzelstukje lijkt daarmee dan ook gelegd voor de conclusie dat lidstaten ook voor Hoofdstuk III Dienstenrichtlijn een beroep toekomt op artikel 106, lid 2, VWEU, ware het niet voor het *Rina Services*-arrest.

5.3. Het Rina Services-arrest

In *Rina Services* stond een Italiaanse wet centraal die bepaalde dat de statutaire zetel van certificeringsinstellingen zich in Italië moest bevinden. Italië trachtte deze in artikel 14 van de richtlijn verboden beperking te rechtvaardigen op grond van artikel 52 VWEU. Daarvoor verwees Italië naar artikel 3, lid 3 van de Dienstenrichtlijn en stelde zij met een beroep op verdragsconforme interpretatie dat haar discretionaire bevoegdheid op grond van artikel 52 VWEU niet met de Dienstenrichtlijn is beperkt. Het Hof ging echter niet mee in dat betoog en oordeelde dat een dergelijke uitleg van artikel 3, lid 3, de mogelijkheid zou bieden om een in artikel 14 verboden eis op grond van artikel 52 VWEU te rechtvaardigen en daarom de door artikel 14 beoogde harmonisatie zou ondermijnen.<sup>22</sup>

In het licht van *Rina Services* zou dus kunnen worden betoogd dat het de Uniewetgever vrijstond om de mogelijkheid om een beroep te doen op artikel 106, lid 2, VWEU te beperken. *Rina Services* kan immers zo worden opgevat dat, zoals Advocaat-Generaal Szpunar het treffend in zijn conclusie in *Visser Vastgoed* omschreef, de Uniewetgever het vrijheidsaspect van de fundamentele vrijheden mag bevorderen ten koste van het rechtvaardigingsaspect.<sup>23</sup> In soortgelijke zin zou kunnen worden gesteld dat de Uniewetgever ook de discretionaire bevoegdheid van lidstaten voor DAEB heeft kunnen beperken om het vrijheidsaspect van het recht van vrije vestiging te bevorderen.

Toch lijkt ook het *Rina Services*-arrest, nog afgezien van het feit dat dit arrest moeilijk is te rijmen met het *Campus Oil*-arrest, niet in de weg te staan aan de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU op Hoofdstuk III Dienstenrichtlijn. Allereerst is de Dienstenrichtlijn secundaire wetgeving die specifiek is bedoeld om de vrije vestiging en het vrije verkeer van diensten uit te werken, maar niet om de discretionaire bevoegdheid van lidstaten uit artikel 106, lid 2, VWEU nader vorm te geven.

Daarnaast zijn de overwegingen uit het *Rina Services*-arrest niet één-op-één toepasbaar op artikel 106, lid 2, VWEU. In *Rina Services* overwoog het Hof namelijk als volgt:

1. Het toepassen van de rechtvaardigingsgronden van artikel 52 VWEU leidt ertoe dat ieder nuttig effect van artikel 14 wordt ondermijnd.<sup>24</sup>
2. Artikel 52 VWEU belet de Uniewetgever niet

18. HvJ EG 10 juli 1984, 72/83, ECLI:EU:C:1984:256 (*Campus Oil Limited*), r.o. 27.  
19. HvJ EG 10 juli 1984, 72/83, ECLI:EU:C:1984:256 (*Campus Oil Limited*), r.o. 31.  
20. M. Reese en H. Koch, 'Public Waste Management Services in the Internal Market – and the Interpretation of Article 106 TFEU', (2016) 8(1) *Journal of European Environmental Planning*, p.42.  
21. Richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende de gemeenschappelijke

regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU (PbEU 2019, L 158/125), zie met name artikel 9.  
22. HvJ EU 16 juni 2015, C-593/13, ECLI:EU:C:2015:399 (*Rina Services SpA*), r.o. 37.  
23. Conclusie van AG Szpunar van 18 mei 2017, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2017:397 (*X en Visser Vastgoed Beleggingen BV*), r.o. 99.  
24. HvJ EU 16 juni 2015, C-593/13, ECLI:EU:C:2015:399 (*Rina Services SpA*), r.o. 37.

om in secundair recht bepaalde afwijkingen van het vrij vestigingsrecht in te perken, wanneer de betrokken bepaling van secundair recht vaste rechtspraak overneemt. Artikel 14 Dienstenrichtlijn bevat dergelijke afwijkingen.<sup>25</sup>

3. De richtlijn is bedoeld om de ingewikkelde behandeling per geval van artikel 49 VWEU te voorkomen, die blijkens considerans 6 niet volstond om de belemmeringen voor de vrijheid van vestiging op te heffen. Door een beroep op artikel 49 VWEU toe te staan wordt alsnog een behandeling per geval ingevoerd.<sup>26</sup>
4. Artikel 3, lid 3, verzet zich niet tegen de uitleg dat de eisen uit artikel 14 niet kunnen worden gerechtvaardigd, omdat het doel van het stelselmatig en snel opheffen van beperkingen voor de interne markt in overeenstemming met het Werkingsverdrag is.<sup>27</sup>

Deze overwegingen zijn om de volgende redenen niet, althans slechts in beperkte mate, van toepassing op artikel 106, lid 2, VWEU. Ten eerste, de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU op artikel 9 tot en met 14 leidt er niet toe dat ieder nuttig effect van deze artikelen wordt ondermijnd. Voor 'reguliere' diensten (niet DAEB) zijn deze bepalingen immers nog altijd van kracht. Ook voor DAEB gelden deze bepalingen voor zover zij de vervulling van DAEB niet belemmeren.

Ten tweede, onder artikel 106, lid 2, VWEU geldt een minder strikte proportionaliteitstoets dan onder artikel 49 en 52 VWEU. Om die reden kan niet bij voorbaat worden aangenomen dat voor een beperking, die niet op grond van artikel 52 VWEU kon worden gerechtvaardigd, ook geen beroep op artikel 106, lid 2, VWEU kon worden gedaan.

Ten derde, het Hof van Justitie hechtte in *Rina Services* waarde aan considerans 6, die voorschrijft dat artikelen 49 en 56 VWEU niet volstaan om belemmeringen voor dienstverrichters op te heffen. Deze considerans stelt dus niet dat de vrije vestiging wordt belemmerd door artikel 106, lid 2, VWEU en dat de Dienstenrichtlijn om die reden de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU nader uitwerkt. Integendeel, zoals blijkt uit artikel 1, lid 2 en 3, is de richtlijn juist niet bedoeld om afbreuk te doen aan de vrijheid van lidstaten uit artikel 106, lid 2, VWEU.

Tot slot, de discretionaire bevoegdheid van lidstaten voor DAEB is, in de woorden van Moritz Reese en Hans-Joachim Koch, 'van constitutionele orde' en verankerd in artikel 14, 106, lid 2, en Protocol 26 VWEU.<sup>28</sup> In Protocol 26 wordt 'de essentiële rol en de ruime discretionaire bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om DAEB te verrichten, te doen verrichten en te organiseren' zelfs ver-

heven tot een gedeelde waarde van de Unie. De discretionaire bevoegdheid van lidstaten voor DAEB is dan ook van fundamenteelere aard dan de discretionaire bevoegdheid van lidstaten in het kader van artikel 52 VWEU. Als lidstaten artikel 106, lid 2, VWEU en artikel 15, lid 4, Dienstenrichtlijn niet kunnen inroepen voor beperkingen die noodzakelijk zijn voor de continue en universele levering van DAEB, zonder dat de Dienstenrichtlijn vervangende waarborgen biedt, wordt deze fundamentele discretionaire bevoegdheid van de lidstaten ingeperkt. Dat het wegnemen van de discretionaire bevoegdheid van lidstaten desondanks, in lijn met artikel 3, lid 3, in overeenstemming zou zijn met het VWEU is dan ook moeilijk voorstelbaar. Om die reden moet worden geconcludeerd dat lidstaten nog altijd een beroep kunnen doen op artikel 106, lid 2, VWEU in het kader van Hoofdstuk III Dienstenrichtlijn.

## 6. Conclusie

In de Dienstenrichtlijn worden ogenschijnlijk tegenstrijdige antwoorden gegeven op de vraag of de richtlijn de discretionaire bevoegdheid van lidstaten uit artikel 106, lid 2, VWEU voor DAEB heeft beperkt. Met artikel 15, lid 4, bevat de richtlijn weliswaar een bepaling die artikel 106, lid 2, VWEU grotendeels weerspiegelt, ware het niet dat de letterlijke tekst van artikel 15, lid 4, zijn toepassingsbereik beperkt tot de eisen uit artikel 15 en zich niet uitstrekt tot artikel 9 tot en met 14. Een letterlijke lezing van artikel 15, lid 4, is echter moeilijk, zo niet onmogelijk, te rijmen met het uitgangspunt uit artikel 1 dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de discretionaire bevoegdheid van lidstaten voor DAEB.

In het *Hiebler*-arrest heeft het Hof van Justitie, zo zou kunnen worden betoogd, getracht artikel 1 van de richtlijn, de bijzondere status van DAEB in het Europees recht en de bepalingen uit Hoofdstuk III met elkaar in lijn te brengen door het toepassingsbereik van artikel 15, lid 4, te verbreden. Het resultaat van een dergelijke ruime uitleg van de reikwijdte van artikel 15, lid 4, doet weliswaar meer recht aan de bijzondere constitutionele status van de discretionaire bevoegdheid van lidstaten voor DAEB, toch zou toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU op de bepalingen van Hoofdstuk III juridisch zuiverder zijn. De in de Verdragen verankerde discretionaire bevoegdheid van lidstaten voor DAEB kan immers niet door middel van secundair EU recht worden beperkt, voor zover het secundaire EU recht niet specifiek is toegespitst op artikel 106, lid 2, VWEU.

Dit betekent dat, zelfs als artikel 15, lid 4, niet in de richtlijn was opgenomen, dit geen gevolgen zou hebben gehad voor de discretionaire bevoegdheid

25. HvJ EU 16 juni 2015, C-593/13, ECLI:EU:C:2015:399 (*Rina Services SpA*), r.o. 40.

26. HvJ EU 16 juni 2015, C-593/13, ECLI:EU:C:2015:399 (*Rina Services SpA*), r.o. 38.

27. HvJ EU 16 juni 2015, C-593/13, ECLI:EU:C:2015:399 (*Rina Services SpA*), r.o. 39.

28. M. Reese en H. Koch, 'Public Waste Management Services in the Internal Market – and the Interpretation of Article 106 TFEU', (2016) 8(1) *Journal of European Environmental Planning*, p.42.

van lidstaten om af te wijken van de bepalingen uit Hoofdstuk III. Een beroep op artikel 106, lid 2, VWEU was namelijk nog altijd mogelijk geweest. Artikel 15, lid 4, Dienstenrichtlijn moet dan ook met name worden gelezen als een (verwarrende) bevestiging van de

fundamentele en brede discretionaire bevoegdheid van lidstaten voor DAEB, en niet als een bepaling die de discretionaire bevoegdheid van lidstaten inperkt.

# Jurisprudentie Europees

mr. A.A. al Khatib en mr. R.D.R. Walon<sup>1</sup>

## ■ Hof van Justitie: C-73/22 P en C-77/22 P, 13 juli 2023

*Dralon GmbH e.a. t. Europese Commissie*

Inzake: Rechtstreeks beroep tegen richtsnoeren, Richtsnoeren betreffende bepaalde staatssteunmaatregelen in het kader van het systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten, Uitsluiting van de sector van lijst van potentiële begunstigten, Ontvankelijkheid.

### Feiten

Dralon GmbH en een groep andere partijen ("Rekwiranten") zijn ondernemingen die actief zijn in de sector van de productie van stikstofhoudende producten en meststoffen. Deze sector stond tot en met 31 december 2020 genoemd in een bijlage bij de "Richtsnoeren betreffende bepaalde staatssteunmaatregelen in het kader van het systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten" die vanaf 2012 golden ("Richtsnoeren 2012"). In de richtsnoeren werd uitgewerkt onder welke voorwaarden de Europese Commissie ("Commissie") staatssteun goedkeurt in lijn met het EU emissiehandelssysteem. Onder meer is daarin bepaald dat (om het risico van verstoring van de mededinging binnen de interne markt te beperken) de steun moet worden beperkt tot bedrijfstakken die aan een reëel koolstoflekkagerisico zijn blootgesteld. Alle sectoren genoemd in bijlage I bij de Richtsnoeren werden geacht te zijn bloot gesteld aan een reëel koolstofweglekrisico als gevolg van de (indirecte) emissiekosten. Vanaf 1 januari 2021 gelden nieuwe Richtsnoeren ter vervanging van de Richtsnoeren 2012, waarbij ook de bijlage met sectoren is gewijzigd waardoor de sector van Rekwiranten niet langer wordt genoemd ("Richtsnoeren 2021"). Om die reden konden Rekwiranten (en andere ondernemingen in de sector) kort en goed geen aanspraak meer maken op steun van de lidstaten die kans had om op grond van de Richtsnoeren te worden goedgekeurd door de Commissie. In eerste aanleg hadden Rekwiranten gedeeltelijke nietigverklaring gevorderd van de Richtsnoeren 2021. Het Gerecht verklaarde hun beroepen niet-ontvankelijk omdat zij geen adressaten zijn van de Richtsnoeren, en ook daardoor niet rechtstreeks worden geraakt in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU (o. 1-17). Het Gerecht oordeelde dat de Richtsnoeren 2021 er niet aan in de weg staan dat een lidstaat specifieke steun voor Rekwiranten aanmeldt bij de Commissie, en daarbij probeert aan te tonen dat er sprake is

van een reëel koolstoflekkagerisico en dat die steun verenigbaar is. De Commissie zou, zo overweegt het Gerecht, daarop waarschijnlijk een afwijzend besluit nemen, waartegen vervolgens voor Rekwiranten rechtsbescherming openstond. Rekwiranten gaan in hoger beroep bij het Hof van Justitie van de EU ("Hof").

### Uitspraak

Voordat het Hof toekomt aan de inhoud van de zaak oordeelt het over een (naar aanleiding van de conclusie van de A-G gedaan) verzoek door Rekwiranten tot heropening van de mondelinge behandeling. Het Hof wijst dit verzoek af, hoewel het daartoe op grond van het Reglement voor procesvoering in elke stand van het geding de vrijheid heeft. Het Hof oordeelt dat het feit dat een partij het niet eens is met een conclusie van de A-G, zoals in deze casus, geen zelfstandige grond is voor heropening (o. 25). Vervolgens gaat het Hof in op twee onderscheiden middelen. Met het eerste middel betogen Rekwiranten dat de beschikkingen van het Gerecht onvoldoende zijn gemotiveerd, omdat Rekwiranten afdoende zouden hebben aangetoond dat de Commissie het met de wijziging van de Richtsnoeren onmogelijk had gemaakt om nog aan (de sector van) Rekwiranten verenigbare steun te verlenen. De bijlage bij de Richtsnoeren is volgens Rekwiranten bindend voor de lidstaten, waardoor zij rechtstreeks geraakt worden. Het Hof oordeelt echter dat de redenering van het Gerecht duidelijk en ondubbelzinnig uit de beschikkingen naar voren komt. Het Gerecht heeft het toepasselijke recht beschreven (o. 37) en toegelicht dat de lijst van bedrijfstakken in de bijlage bij de Richtsnoeren de Commissie er in beginsel toe verplicht om enkel steun aan die bedrijfstakken (met inachtneming van de Richtsnoeren) goed te keuren (o. 38). Het Gerecht heeft ook toegelicht waarom het argument dat de Richtsnoeren bindend zijn voor lidstaten wordt afgewezen (o. 39-40). Als lidstaten geen steun verlenen worden de Richtsnoeren niet door de Commissie toegepast en worden Rekwiranten hoe dan ook niet geraakt. Als lidstaten toch steun verlenen aan (de sector van) Rekwiranten, kan die worden aangemeld en getoetst aan artikel 107 lid 3 onder c VWEU. In dat geval worden Rekwiranten wel geraakt – als de Commissie de steun niet goedkeurt – en komt hen ook rechtsbescherming toe. Het Gerecht heeft het oordeel van niet-ontvankelijkheid dus volgens het Hof afdoende gemotiveerd. Het is begrijpelijk waarom het Gerecht

1. Ali al Khatib (jurisprudentie Europa) is advocaat bij Stibbe en buitenpromovendus bij Universiteit Leiden.

Ramses Walon (jurisprudentie Europa) is advocaat bij Stibbe.

heeft geoordeeld dat de bijlage bij de Richtsnoeren geen rechtstreekse gevolgen heeft voor de rechtspositie van Rekwiranten wanneer geen steun wordt verleend waarop die richtsnoeren betrekking hebben (o. 43). Het tweede middel ziet meer concreet op de vraag of Rekwiranten nu rechtstreeks geraakt worden door de Richtsnoeren. Rekwiranten voeren aan dat het Gerecht zich ten onrechte heeft gebaseerd op jurisprudentie die zag op EU-handelingen waarin de lidstaten een beoordelingsmarge werd gelaten. Bij de Richtsnoeren is er geen beoordelingsmarge waardoor zij door die Richtsnoeren wel direct geraakt worden (o. 46-49). Ook heeft het Gerecht volgens Rekwiranten ten onrechte rekening gehouden met de mogelijkheid dat lidstaten wel de mogelijkheid hadden om steun los van de Richtsnoeren aan te melden. Deze mogelijkheid is er juridisch gezien wellicht, maar feitelijk niet omdat deze nooit tot een positief besluit kan leiden (o. 50-51). Juist vanwege de Richtsnoeren zal waarschijnlijk geen steun worden verleend waardoor er nooit een besluit zal worden genomen door de Commissie. Ook doen Rekwiranten een beroep op jurisprudentie en stellen zij dat niet van hen verlangd kan worden dat zij een negatief besluit uitlokken voordat zij een EU-handeling kunnen aanvechten (o. 53-56). Het Hof benadrukt dat de Commissie een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij de beoordeling van verenigbaarheid van steunmaatregelen, welke beoordelingsvrijheid met de Richtsnoeren is ingevuld. In beginsel kan dan niet worden afgeweken van de Richtsnoeren (o. 57-58). Artikel 263, vierde alinea VWEU bepaalt dat een persoon beroep kan instellen tegen onder meer regelgevingshandelingen die hem rechtstreeks raken. Voor rechtstreekse geraaktheid moet de handeling (i) rechtstreekse gevolgen hebben voor de rechtspositie van die persoon en (ii) moet deze handeling geen enkele beoordelingsbevoegdheid laten "in die zin dat de uitvoering zuiver automatisch geschiedt en uitsluitend uit de regelgeving van de Unie voortvloeit, zonder dat andere uitvoeringsbepalingen hoeven te worden toegepast" (o. 59-62). Het Hof concludeert dat de Richtsnoeren "in beginsel" voorschrijven wat de Commissie dient goed te keuren. De mogelijkheid wordt Rekwiranten echter niet ontnomen om in aanmerking te komen voor dat type steun. De vaststelling van de Richtsnoeren ontslaat de Commissie er niet van om in bijzondere gevallen toch ook steun in specifieke gevallen goed te keuren met rechtstreekse toepassing van artikel 107, lid 3 VWEU als na onderzoek blijkt dat dit geboden is. De Richtsnoeren verminderen de kansen op steun voor Rekwiranten wel, maar sluiten deze niet uit volgens het Hof (o. 62-68). Het is dus niet zo dat Rekwiranten geen effectieve rechtsbescherming genieten als geen rechtstreeks beroep tegen de richtsnoeren mogelijk is. Zij kunnen de onrechtmatigheid van de Richtsnoeren immers aanvechten als er een (negatief) Commissiebesluit wordt genomen op aangemelde steun. Als er geen steun wordt aangemeld en er dus ook geen Commissiebesluit komt, dan bevinden Rekwiranten zich niet in een nadelige positie ten opzichte van andere ondernemingen in dezelfde bedrijfstak, zo oor-

deelt het Hof. In dat geval vereist artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de EU niet dat Rekwiranten toch de rechtmatigheid van de Richtsnoeren kunnen betwisten (o. 69-70). Het is vaste rechtspraak dat particulieren zich op door hen aan het Unierecht ontleende rechten daadwerkelijk moeten kunnen beroepen. In het geval van het staatssteunrecht gaat het om het recht om geen vervalsing van de mededinging te moeten ondergaan (o. 71). Het tweede middel en het hoger beroep zijn ongegrond.

### **Hof van Justitie: C-508/21 P en C-509/21 P, 14 september 2023**

*Europese Commissie en Interessengemeinschaft der Grenzhändler t. Dansk Erhverv e.a.*

Inzake: Begrip "staatsmiddelen" en niet-opleggen boeten, Statiegeldregeling, Grenshandel, Verkoop van dranken in blikjes aan ingezetenen van Denemarken.

#### **Feiten**

Dit hoger beroep bij het Hof van Justitie van de EU ("Hof") is gericht tegen een uitspraak van het Gerecht die eerder in dit tijdschrift is samengevat (zie TvS 2021 nr. 3/4, T-47/19). De onderliggende zaak gaat over de Duitse Verpackungsverordnung ("VerpackV"), die de Europese richtlijn over verpakking en verpakkingsafval (Richtlijn 94/62/EG) implementeert. De richtlijn bepaalt dat er statiegeld en BTW geheven wordt op bepaalde niet-herbruikbare drankverpakkingen. De autoriteiten van twee Duitse deelstaten (de "Duitse deelstaten") interpreteren de VerpackV zo dat de verplichting om het statiegeld te innen niet geldt voor grenswinkels die de dranken uitsluitend verkopen aan klanten die in Denemarken (en verder) wonen. Dit zolang deze klanten zich er schriftelijk toe verbinden om deze dranken buiten het Duitse grondgebied te verbruiken en ook daarbuiten de verpakking af te geven (o. 16). In navolging van uitspraken uit 2003 van de Duitse bestuursrechter (op deelstaatsniveau), die oordeelde dat deze interpretatie toegestaan is, hebben deze autoriteiten van de Duitse deelstaten besloten niet te handhaven met boetes tegen grenshandelszaken die de statiegeldregeling niet toepassen. De federale Duitse autoriteiten konden zich tegelijkertijd in deze opvattingen niet vinden, maar dit meningsverschil werd niet verder aan de rechter voorgehouden. Zo bleef er onduidelijkheid bestaan over de precieze uitleg van het recht.<sup>2</sup> Het gevolg hiervan is dat er een gespecialiseerde handel aan de grens is ontstaan waarbij ondernemers uit de twee Duitse deelstaten zich hebben gericht op Deense klanten, met name met de verkoop van grootverpakkingen bier.

Dansk Erhverv is een beroepsvereniging die de belangen van Deense ondernemingen vertegenwoordigt. Dansk Erhverv heeft bij de Europese Commissie ("Commissie") geklaagd dat het geschetste statiegeldbeleid van de Duitse deelstaten onrechtmatig en met de interne markt onverenigbare staatssteun

2. Idem, o. 25-27.

betreft. De Commissie beoordeelt, in zijn besluit van 4 oktober 2018 op de klacht van Dansk Erhverv, drie onderscheiden elementen van de statiegeldpraktijk in de Duitse deelstaten: (i) het niet-rekenen van statiegeld (ii) het niet-innen van BTW over dat statiegeld en (iii) het niet-opleggen van een boete aan grenshandelszaken die geen statiegeld innen. De Commissie concludeert in dat besluit dat er geen sprake was van staatssteun omdat niet werd voldaan aan het vereiste van overdracht van 'staatsmiddelen' bij alle drie de elementen. Bij de beoordeling van het niet-opleggen van een boete (iii) hanteert de Commissie een nieuwe juridische toetst door rekening te houden met de omstandigheid dat er zich bij de uitlegging van de toepasselijke norm moeilijkheden voordoen waarmee de nationale autoriteiten in het kader van de uitoefening van hun overheidsbevoegdheden worden geconfronteerd ('new legal test').

Dansk Erhverv is tegen het besluit van de Commissie in beroep gegaan bij het Gerecht. Het Gerecht oordeelt vervolgens dat het hanteren van de 'new legal test' toegestaan is, maar dat dit criterium slechts van toepassing is waar de onduidelijkheid tijdelijk is en onderdeel is van een "*gradueel proces van verduidelijking*" (o. 40). Dit was volgens het Gerecht in casu niet het geval, waardoor het oordeel van de Commissie geen stand kan houden. De Commissie en de Interessengemeinschaft der Grenzhändler (de belangenvereniging voor grensondernemingen in Duitsland die in eerste aanleg bij het Gerecht geïntervenieerd had, "IGG") gingen tegen de beschikking van het Gerecht in hoger beroep.

### Uitspraak

Het Hof buigt zich in hoger beroep over een zestal middelen van IGG en de Commissie (o. 52). Het Hof behandelt eerst het eerste middel, het tweede onderdeel van het tweede middel en het derde middel die samengenomen vooral zien op de beoordeling van het Gerecht van de vraag of met het niet opleggen van boetes sprake is van een overdracht van staatsmiddelen (o. 54-56, 57-60, 61). Dansk Erhverv verzet zich tegen deze middelen (o. 62-67).

In de beoordeling legt het Hof eerst uit onder welke omstandigheden van overdracht van staatsmiddelen kan worden gesproken. Er moet een voldoende directe band zijn tussen enerzijds het aan de begunstigde verleende voordeel en anderzijds een vermindering van de middelen van de staatsbegroting, of in ieder geval een voldoende concreet economisch risico dat die begroting zal worden belast (o. 77). Ook wanneer wordt afgezien van het opleggen van een boete kan daarom volgens het Hof sprake zijn van staatsmiddelen. Het Hof oordeelt – net als het Gerecht – dat de 'new legal test' van de Commissie juist is (o. 79-80). Het Hof concludeert echter dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de Commissie de test onjuist heeft toegepast door niet na te gaan of de onduidelijkheden onderdeel waren van een tijdelijke onduidelijkheid. Uit de eigen vaststellingen van het Gerecht bleek immers dat in 2003 al tot aan de hoogste bestuursrechter was geprocedeerd over de boetebevoegdheid en dat de regionale autoriteiten daaruit hadden geconcludeerd dat zij niet handhavend hoeven op te treden tegen grenshandelsza-

ken die de statiegeldregeling niet toepassen (o. 83-89). Vervolgens gaat het Hof in op het verwijt van het Gerecht aan de Commissie dat niet zou zijn onderzocht of de door de Duitse autoriteiten ondervonden uitleggingsmoeilijkheden tijdelijk waren en deel uitmaakten van een proces waarbij de normen geleidelijk worden verduidelijkt (o. 89). Het Hof volgt de A-G in zijn conclusie dat het door het Gerecht geïntroduceerde vereiste van de geleidelijke verduidelijking voorbij gaat aan de jurisprudentie van het Hof over het legaliteitsbeginsel. Uit die jurisprudentie kan niet worden afgeleid dat er altijd sprake moet zijn van een geleidelijke verduidelijking maar slechts dat een geleidelijke verduidelijking van strafbare feiten en sancties niet in strijd met dat beginsel is (o. 92). Ook komt het Hof na een specifieke analyse van het doel en de aard van de statiegeldregeling tot de conclusie dat de Europese statiegeldregels ook helemaal niet voorschrijven dat statiegeld wordt geheven over verpakkingen die naar het buitenland worden meegenomen (o. 94-98). Het Gerecht heeft dus volgens het Hof ten onrechte geconcludeerd dat de Commissie onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar het niet opleggen van geldboeten aan grenshandelszaken. De middelen worden gegrond verklaard en het Hof doet de zaak zelf af. Aangezien de praktijk van grenshandelszaken om geen statiegeld te innen een gedraging is die vooraf als rechtmatig en geoorloofd is aangemerkt en waarvoor hun geen sancties kunnen worden opgelegd, is het niet opleggen van een geldboete ook geen maatregel die met staatsmiddelen is bekostigd, waardoor van staatssteun geen sprake kan zijn (o. 99, 111).

### ■ Hof van Justitie: C-325/22, 19 oktober 2023

*TS en HI t. Ministar na zemedelieto, hranite i gorite*

Inzake: De kwalificatie als onderneming, Terugvoering staatssteun, Taxatie op basis van wettelijke criteria.

### Feiten

Het geschil is ontstaan in de context van de teruggave van bosgrond door de Republiek Bulgarije aan de voormalige eigenaren daarvan. Dit nadat de grond in het jaar 1947 staatseigendom was geworden. De teruggave van grond vindt plaats sinds 2002. Op 26 november 2008 sluit een natuurlijke persoon, TS, een overeenkomst met het Bulgaars staatsagentschap voor bosbeheer over de ruil van bosgronden. TS heeft vervolgens kort daarna de bosgrond overgedragen aan een in Bulgarije gevestigde onderneming, HI, die actief is in het hotel- en restaurantwezen en op het gebied van houtproductie en verkoop van goederen. HI wil een hotelcomplex bouwen op een aantal van de aldus verworven gronden en heeft daartoe de bevoegde autoriteiten in augustus 2009 verzocht om wijziging van de bestemming ervan. HI is voor een deel in de handen van TS.

In haar besluit van 5 september 2014 heeft de Europese Commissie ("Commissie") vastgesteld dat de ruil van bosgronden door de Lidstaat (in de voornoemde context) staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU behelst wanneer de personen die deel hebben genomen aan ruiltransacties ondernemingen (in de Unierechtelijke zin) waren en voor zover de steun (als gevolg van de ruiltransacties) niet onder de de-minimisverordening viel. Op 8 juli 2020 hebben de Bulgaarse autoriteiten, ter uitvoering van dit besluit, via een zogeheten publiekrechtelijke vordering staatssteun teruggevorderd bij TS en HI. Tot de terugbetaling zijn zij hoofdelijk gehouden. Op basis van een taxatie werd het staatssteunbedrag bepaald op 294 627 Bulgaarse lev (BGN), vermeerderd met rente van 145 737,79 BGN, voor een totaalbedrag van 440 364,79 BGN (ongeveer 224 700 EUR). TS en HI zijn tegen de terugvordering opgekomen bij de rechter en hebben betoogd dat zij geen ondernemingen zijn aangezien de verworven gronden uiteindelijk voor niet-economische doeleinden zijn gebruikt en het bedrag van de vermeende staatssteun verkeerd is vastgesteld door de nationale autoriteiten. De nationale rechter heeft in het kader van deze procedure kortgezegd de volgende prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de EU ("Hof"): (i) is de begunstigde van een ruilovereenkomst uitgesloten van de kwalificatie als onderneming wanneer hij de verkregen gronden niet heeft aangewend voor economische doeleinden (mede omdat dit vanwege de op de grond rustende stemming niet mogelijk is); (ii) is voor de kwalificatie als onderneming relevant dat de begunstigde het voornemen had om de gronden voor economische doeleinden te gebruiken; en (iii) mag het staatssteunbedrag (als gevolg van de grondruil) berekend worden op basis van wettelijke criteria (in plaats van de actuele marktwaarde) (o. 13-26).

#### **Uitspraak**

Het Hof antwoordt op de eerste vraag dat voor de kwalificatie als onderneming niet vereist is dat de verkregen bosgrond wordt gebruikt voor economische doeleinden. Een onderneming is – op basis van vaste rechtspraak van het Hof – elke eenheid die een economische activiteit uitoefent (o. 29). Uit die rechtspraak volgt niet dat de kwalificatie als onderneming alleen mogelijk is wanneer de economische activiteit verband houdt met de goederen waarvan de verwerving staatssteun vormt (o. 30). Voor een andere lezing ziet het Hof evenmin aanknopingspunten in het besluit van de Commissie (o. 33-36). Gelet op het antwoord op de eerste vraag ziet het Hof geen reden om te antwoorden op de tweede vraag (o. 40-41). Het Hof komt aldus toe aan de derde vraag toe en stelt vast dat de wettelijke criteria betrekking hebben op gemiddelde prijzen van geregistreerde vastgoedtransacties die gronden betreffen met soortgelijke kenmerken als die waarop de taxatie (die ten grondslag ligt aan de terugvordering) betrekking heeft en die in de nabijheid daarvan zijn gelegen, waarbij ten minste één van de partijen een handelaar is en die zijn verricht binnen de periode van twaalf maanden voorafgaand aan de taxatie (o. 43). Het Hof antwoordt dat het Unierecht zich niet

op voorhand verzet tegen dergelijke wettelijke criteria (o. 60).

#### **Hof van Justitie: C-700/22, 7 december 2023**

*RegioJet a.s. en STUDENT AGENCY k.s. t. České dráhy a.s., Správa železnic, státní organizace, Česká republika, Ministerstvo dopravy*

Inzake: Terugvordering staatssteun, Nationale verjaringstermijnen, Verordening (EU) 2015/1589, Bestaande en nieuwe staatssteun.

#### **Feiten**

Op 26 juni 2008 heeft een in Tsjechië gevestigde spoorwegonderneming genaamd České dráhy een deel van haar onderneming overgedragen aan de nationale spooronderneming. De concurrenten van České dráhy – RegioJet en STUDENT AGENCY – stellen zich op het standpunt dat de prijs die aan České dráhy is betaald staatssteun vormt. Deze staatssteun is volgens hen niet rechtmatig omdat deze niet is aangemeld bij of goedgekeurd door de Commissie. Zij hebben daartoe een procedure aanhangig gemaakt bij de hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken in Tsjechië. In het kader van die procedure is de vraag gerezen of de verjaringstermijn van tien jaar als vervat in artikel 17 lid 1 van Verordening 2015/1589 kan worden tegengeworpen aan de nationale rechter bij wie een verzoek tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun aanhangig is gemaakt. De nationale rechter heeft daarom de volgende prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie van de EU ("Hof"): *"Moet artikel 108, lid 3, laatste volzin, [VWEU] aldus worden uitgelegd dat een nationale rechter in een op verzoek van een derde (concurrent) ingestelde procedure gehouden is om de begunstigde te veroordelen tot het terugbetalen van in strijd met deze bepaling verleende steun, hoewel (op de datum van de rechterlijke beslissing) de verjaringstermijn van de bevoegdheden van de Commissie krachtens artikel 17, lid 1, van [verordening 2015/1589] is verstreken zodat de verleende steun wordt aangemerkt als bestaande steun in de zin van artikel 1, onder b), iv), en artikel 17, lid 3, van deze verordening?"*.

#### **Uitspraak**

Het Hof stelt voorop dat de vraag berust op de veronderstelling van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU sprake is. Het roept vervolgens in herinnering dat het vaste rechtspraak is dat de nationale rechterlijke instanties en de Commissie aanvullende en onderscheiden taken vervullen bij de handhaving van het staatssteunrecht (o. 13). De beoordeling van verenigbaarheid van staatssteun is de exclusieve bevoegdheid van de Commissie. De nationale rechters bewaken op hun beurt dat de plicht (ex artikel 108 lid 3 VWEU) om staatssteun bij de Commissie aan te melden ter beoordeling van de verenigbaarheid daarvan nageleefd wordt. De verjaringstermijn van

tien jaar als vervat in de verordening 2015/1589 betreft volgens het Hof enkel de bevoegdheden van de Commissie (o. 15 en 16). Het feit dat staatssteun na het verstrijken van tien jaar "bestaande staatssteun" wordt (op basis van verordening 2015/1589) doet niet af de plicht van de overheid om staatssteun aan te melden. De schending van deze plicht wordt dus niet met terugwerkende kracht weggenomen na het verstrijken van de verjaringstermijn van tien jaar. De voorgenoemde verjaringstermijn kan volgens het Hof niet direct of indirect of naar analogie worden toegepast op de procedure bij de nationale rechter inzake terugvordering van (niet-aangemelde) staatssteun (o. 18). In een dergelijke procedure is bij gebreke aan Unieregelgeving het nationale recht inclusief toepasselijke nationale verjaringsregels van toepassing. Dit met inachtneming van de beginselen van gelijkheid en doeltreffendheid (o. 19). Het antwoord op de prejudiciële vraag is aldus dat terugvordering van staatssteun bevolen kan worden door de nationale rechter ook wanneer de termijn van tien jaar als vervat in verordening 2015/1589 is verstreken (o. 21).

## **Gerecht: T 216/21 en T 494/21, 20 december 2023**

*Ryanair DAC en Malta Air Ltd. t. Europese Commissie*

Inzake: Coronasteun, Onverenigbare staatssteun, Ontvankelijkheid, Economische eenheid, Cumulatie van staatssteun.

### **Feiten**

Op 24 april 2020 heeft Frankrijk een voorgenomen individuele steunmaatregel ten gunste van Air France aangemeld bij de Europese Commissie ("Commissie"). Frankrijk was voornemens om een staatsgarantie en aandeelhouderslening te verlenen aan Air France, de Franse tak van het concern Air France-KLM (o. 4). Op 4 mei 2020 heeft de Commissie besloten dat de staatsgarantie en aandeelhouderslening met de interne markt verenigbare staatssteun zijn (o. 5). Daarnaast heeft de Commissie op 5 april 2021 besloten dat een extra herkapitalisatie van Air France door Frankrijk (hierna gezamenlijk met de staatsgarantie en aandeelhouderslening: "betrokken maatregel") eveneens verenigbaar is met de interne markt (o. 10). Ryanair DAC en Malta Air Ltd. (hierna gezamenlijk: "verzoeksters") hebben het Gerecht verzocht om de besluiten van 4 mei 2020 en 5 april 2021 (hierna gezamenlijk: "bestreden besluit") nietig te verklaren.

### **Uitspraak**

Allereerst behandelt het Gerecht de ontvankelijkheid van verzoeksters. Ter discussie staat concreet of de verzoeksters bevoegd zijn om de gegrondheid van het bestreden besluit te betwisten. Het Gerecht overweegt dat het niet voldoende is om belanghebbende te zijn in de zin van art. 108 lid 2 VWEU. Verzoeksters dienen volgens het Gerecht "rechtstreeks en individueel" te zijn geraakt. Daartoe moeten verzoeksters "afdoende" aangeven waarom de betrokken maatregel hun rechtmatige belangen kan schaden en hun

betrokken positie op de markt wezenlijk kan beïnvloeden. Het enkel zijn van concurrent, is niet voldoende. Een grondige analyse van concurrentieverhoudingen is echter niet vereist; een "prima-facie vaststelling" volstaat. (o. 19-31). Aan de hand van de aangedragen feiten over concurrentie tussen Ryanair en Air France oordeelt het Gerecht dat de betrokken maatregel de marktpositie van Ryanair wezenlijk kan aantasten. Verzoeksters zijn dus ontvankelijk (o. 50-52). Ter onderbouwing van het verzoek tot nietigverklaring van het bestreden besluit voeren verzoeksters aan dat de holding Air France-KLM en KLM ten onrechte zijn uitgesloten van de kring van begunstigden van de betrokken maatregel (o. 54). Het Gerecht overweegt dat dit middel draait om de vraag "wie de begunstigde van een steunmaatregel is in de context van een vennootschapsconcern." Meer specifiek moet worden onderzocht of KLM, Air France en de bovenliggende holding Air France-KLM een economische eenheid vormen (o. 59-60). Bij de beantwoording van deze vraag wordt onder andere gekeken naar (in)directe zeggenschap, uitoefening van identieke of parallelle economische activiteiten en economische zelfstandigheid. Alhoewel de Commissie beschikt over een ruime beoordelingsvrijheid, is het aan het Gerecht om "de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen en de betrouwbaarheid en de samenhang" te controleren (o. 61-66). Dit mede omdat de Commissie zorgvuldig dient te onderzoeken of van cumulatie van staatssteun sprake is (in casu bijvoorbeeld door de verlening van staatssteun door Nederland aan KLM en door Frankrijk aan Air France-KLM). Vervolgens gaat het Gerecht in op de organieke, functionele en economische banden tussen de holding Air France-KLM, Air France en KLM (o. 68). Allereerst concludeert het Gerecht dat de holding Air France-KLM daadwerkelijke zeggenschap uitoefent door het (in)direct beheren van Air France en KLM, hetgeen duidt op kapitaal- en organieke banden (o. 83-84). Daarnaast stelt het Gerecht ook het bestaan van economische en functionele banden vast (o. 85-107). Bovendien volgt uit het contractuele kader dat de holding Air-France-KLM direct partij is bij de betrokken maatregel en de financiering moest goedkeuren (o. 116-117). Ten slotte oordeelt het Gerecht dat het verweer van de Commissie dat het voordeel "louter secundaire economische gevolgen" zou betreffen, niet slaagt. Een van de redenen is dat de betrokken maatregel ten goede komt aan het concern Air France-KLM als geheel en niet bijvoorbeeld aan een afnemer van een begunstigde (o. 156-157). Het Gerecht concludeert dus dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door de holding Air France-KLM en KLM uit te sluiten uit de kring van begunstigden (o. 163). Het betreden besluit wordt daarom nietig verklaard.

## ■ HvJ: C-220/23, 11 januari 2024

R. sp. z o.o. t. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (voorzitter van de dienst voor de regulering van de energiemarkt, Polen)

Inzake: Prejudiciële verwijzing, Tenuitvoerlegging voorafgaand aan goedkeuring steunregeling, Steun voor hernieuwbare energie, Certificaten voor groene energie, Verplichting om elektriciteit te leveren uit hernieuwbare energiebronnen, Verenigbaarheid, Standstill-verplichting, Artikel 108, lid 3, VWEU.

### Feiten

Aan R. sp. z o.o. ("verzoeker") is door Prezes Urzędu Regulacji Energetyki ("voorzitter van de Poolse energiereguleringsdienst") een geldboete opgelegd wegens niet-nakoming van de verplichtingen op grond van de ustawa – Prawo energetyczne (de Poolse wet op het energiewezen; "Energiewet"). De Energiewet bepaalde sinds 2005 dat Poolse energiebedrijven verplicht waren om certificaten van oorsprong voor 'groene'-energie af te nemen van groene-energieproducenten en deze in te leveren bij de energiereguleringsdienst (de "regeling"). Het aantal ingeleverde certificaten moest overeenkomen met een bepaald percentage van de hoeveelheid elektriciteit die het energiebedrijf in totaal verhandelde aan eindgebruikers. De regeling was bedoeld als steunregeling voor producenten van groene-energie, die de certificaten kosteloos konden bemachtigen (o. 5). In 2013 is door verzoeker elektriciteit verkocht aan een derde partij zonder deze elektriciteit mee te nemen in het totaal van de verhandelde elektriciteit en (dus) zonder daarvoor groene energiecertificaten in te leveren. (o. 6-8). De voorzitter van de Poolse energiereguleringsdienst oordeelde bij besluit van 20 december 2018 dat Verzoeker daarmee in strijd met de regeling had gehandeld en legde een boete op (o. 9). Verzoeker heeft vervolgens beroep ingesteld bij de Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (rechter in eerste aanleg). De rechter oordeelde dat de boete weliswaar in beginsel op grond van de Energiewet rechtmatig was opgelegd, maar dat de regeling op dat moment nog niet was goedgekeurd door de Europese Commissie ("Commissie") waardoor de standstill-verplichting van artikel 108, derde lid, VWEU eraan in de weg stond om deze regeling vóórafgaand aan de goedkeuring van de Commissie al (met een boete) ten uitvoer te leggen. (o. 10-12). De Commissie heeft op 2 augustus 2016 de regeling goedgekeurd, maar daarbij wel overwogen dat de regeling als staatssteun kwalificeert, hetgeen betekent dat het vanaf het begin aangemeld had moeten worden. De voorzitter van de Poolse energiereguleringsdienst ging in hoger beroep, waarna de Sąd Apelacyjny w Warszawie Wydział Gospodarczy i Własności Intelektualnej (rechter in tweede aanleg) besloot om hierover de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de EU ("Hof") (o. 18): *"Moet artikel 108, lid 3, [VWEU], gelezen in samenhang met artikel 4, lid 3, [VEU], aldus worden uitgelegd dat het verzuim om staatssteun bij de [Commissie] aan te melden, ook wanneer de Commissie vervolgens bij besluit vaststelt*

*dat deze steun verenigbaar is met de interne markt, eraan inde weg staat dat een geldboete wordt opgelegd aan een onderneming die voorafgaand aan dat besluit van de Commissie een verplichting uit hoofde van een nationale bepaling tot tenuitvoerlegging van die steun niet is nagekomen?"*.

### Uitspraak

Het Hof constateert dat de regeling in 2005 is ingevoerd, en pas in 2013 is aangemeld en uiteindelijk in 2016 door de Commissie goedgekeurd (o. 22). De vraag die volgens het Hof in feite voorligt is of de aan Verzoeker opgelegde geldboete (van 2013) in strijd is met het Unierecht nu deze deel uitmaakt van de regeling die pas in 2016 werd goedgekeurd (o. 23). Het Hof zet nog eens uiteen dat de standstill-bepaling van artikel 108, lid 3, VWEU ertoe dient preventief toezicht door de Commissie op het staatssteunrecht mogelijk te maken. De aanmeldverplichting is *"een van de fundamentele aspecten"* van het staatssteuntoezicht en is erop gericht de gevolgen van een steunmaatregel uit te stellen totdat de Commissie daarover heeft kunnen oordelen (o. 24-26). De rol van nationale rechterlijke instanties is om bij schending van de standstill-verplichting justitiabelen daartegen te beschermen totdat de Commissie een besluit heeft genomen. Het beginsel van loyale samenwerking (art. 4 lid 3 VEU) vergt dat van die nationale instanties (o. 27-28). Ten tweede volgt uit vaste rechtspraak dat een steunmaatregel die ten uitvoer wordt gelegd in strijd met de standstill-verplichting onrechtmatig is. Een goedkeuring door de Commissie op een later moment kan die onrechtmatige ten uitvoerlegging niet achteraf 'dekken' waardoor alle *steun* die tot het moment van goedkeuring ten uitvoer is gelegd als onrechtmatig moet worden beschouwd (o. 29-31). Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat een sanctiestelsel dat erop gericht is een nationale steunregeling te handhaven die strijdig met het Unierecht is bevonden op die enkele grond eveneens strijdig is met het Unierecht. En ook sancties zelf zijn in strijd met de standstill-verplichting wanneer die zien op de niet-nakoming van verplichtingen die volgen uit een (nog) niet goedgekeurde steunmaatregel (o. 32-33). De sanctie die aan Verzoeker is opgelegd – aangenomen dat de omstandigheden zoals geschetst aan het Hof kloppen – moet daarom in strijd met artikel 108, derde lid VWEU worden geacht (o. 34-35). Concluderend verzet artikel 108, derde lid, laatste volzin, VWEU, gelezen in samenhang met artikel 4, derde lid, VEU, zich tegen een geldboete aan een onderneming wegens niet-nakoming van een verplichting die deel uitmaakt van een steunmaatregel waar de Commissie nog geen eindbesluit over heeft genomen (o. 36).

## ■ Gerecht: T 146/22, 7 februari 2024

Ryanair DAC t. Europese Commissie

Inzake: Coronasteun, Onverenigbare staatssteun,

Ontvankelijkheid, Economische eenheid, Cumulatie van staatssteun.

### Feiten

Op 26 juni 2020 heeft Nederland een voorgenomen individuele steunmaatregel ten gunste van KLM aangemeld bij de Europese Commissie ("Commissie"). Nederland was voornemens om een staatsgarantie en achtergestelde lening te verlenen aan KLM, de Nederlandse tak van het concern Air France-KLM (o. 1). Op 13 juli 2020 heeft de Commissie besloten dat de staatsgarantie en de lening met de interne markt verenigbare staatssteun zijn (o. 7). Volgens dit besluit was KLM de enige begunstigde van de steun, met uitsluiting van alle andere ondernemingen van de groep Air France-KLM. Bij arrest d.d. 19 mei 2021 (Ryanair/Commissie (KLM; COVID-19) (T 643/20, EU:T:2021:286)) heeft het Gerecht het besluit van de Commissie vernietigd vanwege een ontoereikende motivering als het gaat om de bepa-

ling van de begunstigde. Op 16 juli 2021 heeft de Commissie een nieuw besluit genomen waarin zij zich op het standpunt stelt dat KLM inclusief haar dochtervennootschappen de enige begunstigde is (met uitsluiting van Air France-KLM). Dit nieuwe besluit is voorwerp van de uitspraak van het Gerecht.

### Uitspraak

Het Gerecht oordeelt, met dezelfde redenering als in de zaak T 216/21 en T 494/21 (zie hiervoor), dat de Commissie kennelijk een beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat KLM (en haar dochters) de enige begunstigde van de staatssteun zijn (o. 159). Het Gerecht benadrukt tevens dat het op de weg ligt van de betrokken Lidstaten waar een onderneming actief is om af te stemmen over de staatssteun die zij verstrekken ter voorkoming van onrechtmatige staatssteun (o. 164).

# Jurisprudentie Nederland

mr. G.A. Dictus<sup>1</sup>

■ **Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 april 2023 en 23 augustus 2023 (publicatie op 31 augustus 2023), ECLI:NL:GHSHE:2023:1277; ECLI:NL:GHSHE:2023:2711; ECLI:NL:GHSHE:2023:2712; ECLI:NL:GHSHE:2023:2709; ECLI:NL:GHSHE:2023:2710; ECLI:NL:GHSHE:2023:2708**

*Belanghebbenden / de inspecteur van de Belastingdienst*

Inzake: geen staatssteun aan binnenlandse beleggingsfondsen

## Feiten van de zaak

In een zestal (fiscale) arresten heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch zich uitgesproken over vermeende staatssteun aan binnenlandse beleggingsfondsen. De procedures waren aangespannen door in het Verenigd Koninkrijk of in Luxemburg gevestigde beleggingsfondsen. De betreffende beleggingsfondsen hebben geen vaste inrichting in Nederland voor de vennootschapsbelasting en zijn in Nederland niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting. Zij hebben wel in Nederland verzoeken om teruggaaf van dividendbelasting ingediend. Deze verzoeken zijn door de Belastingdienst afgewezen en de rechtbank heeft de daarop volgende beroepen in verschillende uitspraken ongegrond verklaard.

## Oordeel gerechtshof

In hoger beroep stellen de belanghebbenden dat zij recht hebben op teruggaaf van de dividendbelasting, omdat zij vergelijkbaar zouden zijn met een in Nederland gevestigde fiscale beleggingsinstelling. Onder verwijzing naar een eerder arrest van 18 januari 2023 (ECLI:NL:GHSHE:2023:67) verwerpt het gerechtshof dat betoog.

Interessant is vervolgens met name het standpunt dat belanghebbenden verder hebben ingenomen, namelijk dat volgens hen sprake zou zijn van verboden staatssteun aan binnenlandse (dus Nederlandse) beleggingsfondsen, wanneer (alleen) buitenlandse fondsen niet voor teruggaaf in aanmerking kunnen komen. Ook dat standpunt verwerpt het gerechtshof. Het hof stelt daarbij voorop dat geen sprake is van een *selectieve* steunmaatregel. Het niet toekennen van een teruggaaf van dividendbelasting aan belanghebbenden is een gevolg van de uitleg van de Unierechtelijke vrije-verkeersbepalingen, in het bijzonder het feit dat voor de toepassing van de wettelijke teruggaafregeling belanghebbenden niet vergelijkbaar zijn met een binnenlandse fiscale beleggingsinstelling.

In dat geval kan volgens het gerechtshof nimmer sprake zijn van verboden staatssteun.

Het gerechtshof merkt verder nog op dat als de belanghebbenden al gevolgd zouden worden in het standpunt dat sprake is van verboden staatssteun aan binnenlandse fiscale beleggingsinstellingen, dit nimmer mee kan brengen dat die 'staatssteun' zou moeten worden uitgebreid naar buitenlandse beleggingsfondsen. Een onderneming die een heffing is verschuldigd, kan zich immers niet aan de betaling daarvan onttrekken met het argument dat een fiscale maatregel ten gunste van andere ondernemingen staatssteun vormt.

Het gerechtshof verklaart de zes beroepen daarom ongegrond.

In een groot aantal andere, vergelijkbare, zaken volgt de rechtbank Zeeland-West-Brabant de bovenstaande redenering van het gerechtshof. In twee uitspraken voegt de rechtbank daar nog het volgende aan toe. Voor zover de stellingen van belanghebbenden inhouden dat de diverse rechterlijke uitspraken van de Hoge Raad, het Gerechtshof 's-Hertogenbosch en de rechtbank op zichzelf zouden leiden tot het verlenen van staatssteun, overweegt de rechtbank dat de uitvoering van rechtspraak niet als een steunmaatregel van de Staat in de zin van artikel 107 VWEU kan worden aangemerkt. De organisatie en uitvoering van rechtspraak valt naar het oordeel van de rechtbank immers aan te merken als de uitoefening van overheidsgezag (ECLI:NL:RBZWB:2023:5661 en ECLI:NL:RBZWB:2023:5662).

■ **Rechtbank Limburg, 19 juli 2023 (publicatie op 28 juli 2023), ECLI:NL:RBLIM:2023:4361**

*Eisers / Gemeente Heerlen en Carbon6 B.V.*

Inzake: Verjaring en (ontbreken van) procesbelang bij verzoek tot ongedaan maken overeenkomsten wegens strijd met staatssteun en Didam-arrest

## Feiten van de zaak

In de Gemeente Heerlen ligt het zogeheten CBS-complex. Dit complex was eigendom van de Staat. In 2012 heeft de Staat het complex verkocht en in eigendom overgedragen aan de Gemeente Heerlen. De ge-

1. Georges Dictus is als advocaat werkzaam bij Pels Rijcken.

meente heeft het complex vervolgens direct doorverkocht en overgedragen aan Carbon6. Carbon6 heeft de koopsom, €464.000, betaald aan de Gemeente, die deze som heeft doorbetaald aan de Staat. In verband met deze koopsom heeft de Gemeente aan Carbon6 een lening verstrekt van €500.000. Tot zekerheid van terugbetaling is er een recht van een eerste hypotheek gevestigd op het complex en heeft Carbon6 een pandrecht aan de gemeente verleend.

Eisers in deze procedure vorderen verscheidene verklaringen voor recht die neerkomen op onrechtmatig handelen van de gemeente door het aangaan en/of uitvoeren van de overeenkomsten, het verstrekken van onrechtmatige staatssteun en het schenden van het gelijkheidsbeginsel. Verder vorderen zij dat de koopovereenkomst en de geldleningsovereenkomst met Carbon6 nietig worden verklaard dan wel worden vernietigd en dat de Gemeente en Carbon6 worden veroordeeld tot het ongedaan maken van de rechtsgevolgen van die overeenkomsten op straffe van een dwangsom en tot het vergoeden van de schade die eisers hebben geleden.

#### Oordeel rechtbank

De rechtbank vat de grondslagen van de eisers als volgt samen: de primaire grondslag is de schending van art. 108 lid 3 VWEU ('staatssteun') en de subsidiaire grondslag is de gekwalificeerde schending van het gelijkheidsbeginsel ('Didam'). De grondslag 'staatssteun' houdt kort gezegd in dat door de transactie tussen de gemeente en Carbon6 een niet-marktconforme begunstiging plaatsvindt aan één bepaalde onderneming. Deze begunstiging bestaat uit dat (1) de Gemeente afziet van inkomsten ten gunste van Carbon6, (2) de transactie Carbon6 een economisch voordeel verschaft dat zij onder normale marktomstandigheden niet had kunnen krijgen, (3) de Gemeente aan Carbon6 een lening verschaft, terwijl Carbon6 niet voldoende kredietwaardig was en (4) de koopsom berust op een onjuiste taxatie. De grondslag 'Didam' houdt in dat de Gemeente onvoldoende mededingingsruimte had geboden en daarmee het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden.

De gemeente heeft (onder meer) enkele procesrechtelijke verweren gevoerd. In de eerste plaats stelt de gemeente dat er een onlosmakelijk verband bestaat tussen enerzijds de koopovereenkomst tussen de Staat en de Gemeente en anderzijds de koopovereenkomst tussen de Gemeente en Carbon6. Dat verband is volgens de Gemeente dusdanig sterk, dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Eisers hadden daarom ook de Staat moeten dagvaarden. De rechtbank volgt dat verweer niet. De Staat is geen partij bij de tweede koopovereenkomst (die tussen de Gemeente en Carbon6). Daarom bestaat volgens de rechtbank geen reden om aan het niet-dagvaarden van de Staat in de onderhavige procedure consequenties te verbinden. Uit de uitspraak blijkt dat er daarnaast met de hoofdzaak verbonden vrijwaringszaken lopen (één zaak tussen Carbon6 als eiseres en de Gemeente en de Staat als gedaagden en één zaak tussen de Gemeente als eiseres en

de Staat als gedaagde), maar de rechtbank verwijst die zaken naar de rol voor uitlating voortprocederen aan de zijde van alle betrokken partijen.

Het tweede verweer betreft een verjaringsverweer ten aanzien van de vorderingen die strekken tot nietig verklaren dan wel vernietigen van de overeenkomsten en – kort gezegd – het ongedaan maken van de rechtsgevolgen van de overeenkomsten. Dat verweer slaagt wel. In dit verband stelt de rechtbank voorop dat op dit punt het Nederlandse recht van toepassing is, in het bijzonder art. 3:40 BW. De bevrijdende verjaring van een op dit artikel gebaseerde vordering is geregeld in art. 3:52 lid 1, aanhef en onder d. BW. Hier is sprake van een termijn van drie jaren nadat de bevoegdheid om de vernietigingsgrond in te roepen aan de bevoegde persoon in dienst is komen te staan. De rechtbank verwerpt het standpunt van eisers dat in dit geval de verjaringstermijn van 20 jaar (als bedoeld in artikel 3:306 BW) van toepassing zou zijn.

De beide overeenkomsten zijn gesloten in 2012. Gelet op een bericht van 24 maart 2015 in Dagblad de Limburger, waren de overeenkomsten (en de voorwaarden daarvan) volgens de rechtbank in ieder geval vanaf die datum voor alle (potentieel) betrokkenen zonder twijfel duidelijk. De verjaringstermijn van drie jaar is dus (in elk geval) op 24 maart 2015 gaan lopen en de vorderingen tot nietigverklaring c.q. vernietiging van de overeenkomsten zijn in maart 2018 verjaard. De vorderingen zijn niet gestuit en de dagvaarding dateert van maart 2021. Dat betekent dat die specifieke vorderingen zijn verjaard. Dat geldt zowel voor zover zij gestoeld zijn op 'onrechtmatige staatssteun' als op 'strijd met het Didam-arrest'.

Nu deze vorderingen zijn verjaard, worden de vorderingen die strekken tot het ongedaan maken van de rechtsgevolgen van de (nietig verklaarde of vernietigde) overeenkomsten door de rechtbank afgewezen. Ten aanzien van de gevorderde schadevergoeding is een andere verjaringsbepaling van toepassing, namelijk artikel 3:310 lid 1 BW. In dat kader geldt een verjaringstermijn van vijf jaar, die in dit geval eveneens is verstreken. Ook deze vordering wordt dus de rechtbank afgewezen.

Het voorgaande betekent dat alleen de gevorderde verklaringen voor recht nog overblijven. In dat kader behandelt de rechtbank eerst de vraag in welke hoedanigheid eisers procederen. In de dagvaarding geeft eiseres sub 1 (een stichting) aan op te treden als belangenbehartiger in de zin van art. 3:305a BW. In een latere akte geeft eiseres sub 1 aan op te treden als lasthebber van een andere rechtspersoon (Out of Space). Deze wijziging van hoedanigheid (gedurende de procedure) is volgens de rechtbank in strijd met de goede procesorde. Eiseres sub 1 wordt daarom niet-ontvankelijk verklaard.

De vervolgvraag is of de overige eisers voldoende procesbelang hebben bij de door hen gevorderde verklaringen voor recht. De Gemeente en Carbon6 betogen dat eisers niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, vanwege het ontbreken van voldoende procesbelang in de zin van artikel 3:303 BW. Uit hetgeen eisers naar voren hebben gebracht, wordt volgens de rechtbank (inderdaad) niet duidelijk of en zo ja, op welke wijze deze eisers nadeel hebben ondervonden van de vermeende onrechtmatige staatssteun dan wel het feit dat zij geen kans hebben gehad een bod uit te brengen op het CBS-complex. Daarom kan niet worden beoordeeld of zij enig, laat staan *voldoende* procesbelang hebben bij het gevorderde, terwijl het wel aan eisers is dit te onderbouwen. Het resultaat is dat ook de overige eisers niet-ontvankelijk worden verklaard in hun overgebleven vorderingen.

Kortom, een deel van de vorderingen wordt afgewezen (vanwege verjaring) en voor het overige worden eisers niet-ontvankelijk verklaard.

### **College van Beroep voor het bedrijfsleven, 15 augustus 2023, ECLI:NL:CBB:2023:413**

*Appellante / minister van Economische Zaken en Klimaat*

Inzake: TVL-subsidie en (de verbindendheid van) het staatssteunplafond

#### **Feiten van de zaak**

Appellante in deze zaak is een onderneming die zich richt op het houden en opfokken van vleeskuikens. De onderneming heeft een aanvraag ingediend voor een subsidie op grond van de regeling Tegemoetkoming Vaste Lasten (TVL) voor het tweede kwartaal van 2021, waarbij een maximaal bedrag van 356.946 EUR toegekend kan worden. De Minister heeft de TVL-subsidie voor het tweede kwartaal van 2021 in het geval van deze onderneming evenwel beperkt tot een bedrag van 34.346,97 EUR, omdat daarmee in haar geval het staatssteunplafond zoals dat geldt voor primaire producenten van landbouwproducten is bereikt. Daartegen is de onderneming in beroep gegaan, met als voornaamste argument dat de TVL-subsidie niet kan worden aangemerkt als staatssteun en daarom het staatssteunplafond onverbindend moet worden verklaard. Subsidiar, in geval de TVL wel als verbindend wordt aangemerkt ten aanzien van het staatssteunplafond, beroept de onderneming zich op het gelijkheidsbeginsel. Volgens de onderneming wordt namelijk ongemotiveerd onderscheid gemaakt tussen de verschillende MKB-sectoren. Ter vergelijking: voor de landbouwsector geldt een plafond van 225.000 EUR, terwijl voor de visserijsector een plafond geldt van 270.000 EUR.

#### **Oordeel CBB**

Het CBB verklaart het beroep van appellante ongegrond. Ten eerste oordeelt het CBB dat de TVL-regeling wel degelijk voldoet aan de criteria zoals neergelegd in artikel 107 VWEU en dat derhalve sprake

is van staatssteun. Daarbij neemt het CBB in overweging dat de TVL-regeling ter voorafgaande goedkeuring bij de Europese Commissie is aangemeld en door de Europese Commissie – in lijn met de Tijdelijke kaderregeling inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19 uitbraak – ook is goedgekeurd. In de goedkeuringsbeschikkingen concludeert de Europese Commissie aan de hand van artikel 107 VWEU dat de TVL-subsidie staatssteun is. De onderneming heeft geen aanknopingspunten naar voren gebracht die erop wijzen dat deze conclusies van de Europese Commissie onjuist zijn. Er is daarom geen aanleiding om de bepaling in de TVL waarin het staatssteunplafond is opgenomen (artikel 2.3.6, eerste lid, aanhef en onder c, van de TVL), onverbindend te verklaren.

Paragraaf 3.1. van de Tijdelijke kaderregeling bepaalt dat de staatssteun die wordt verleend, het staatssteunplafond niet mag overschrijden. De bedragen die op grond van de Tijdelijke kaderregeling gelden als staatssteunplafond voor de verschillende sectoren, zijn steeds overgenomen in de TVL. Voor deze specifieke onderneming gold voor Q2 2021 een staatssteunplafond van € 225.000,-. Doordat in dit geval dat plafond met een bedrag van 34.346,97 EUR al werd bereikt, mocht de Minister geen hogere subsidie verlenen dan hij heeft gedaan. Dat zou ongeoorloofde staatssteun opleveren, aldus het CBB.

Ten tweede is het CBB van oordeel dat het staatssteunplafond voor primaire producenten van landbouwproducten niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. In de eerste plaats richt de Tijdelijke kaderregeling zich tot alle lidstaten, zodat alle lidstaten ook zijn gebonden aan het staatssteunplafond van € 225.000,-. Het staatssteunplafond geldt dus voor alle primaire producenten van landbouwproducten in de Europese Unie. In de tweede plaats zijn ondernemingen die actief zijn in de primaire productie van landbouwproducten niet gelijk aan ondernemingen die actief zijn in de visserijsector of in de overige sectoren. Voor de verschillende sectoren gelden verschillende staatssteunregels, die het onderscheid in de hoogte van de staatssteunplafond verklaren. Het feit dat ondernemingen die actief zijn in de primaire productie van landbouwproducten op grond van het gemeenschappelijke landbouwbeleid aanspraak kunnen maken op verschillende subsidie-regelingen, rechtvaardigt volgens het CBB een lager staatssteunplafond voor ondernemingen die actief zijn in de primaire productie van landbouwproducten dan voor ondernemingen die actief zijn in de overige sectoren.

Dat de Europese Commissie niet heeft toegelicht hoe zij voor Q2 2021 tot een staatssteunplafond van exact € 225.000,- is gekomen, leidt tot slot niet tot het oordeel dat de minister in strijd met dat staatssteunplafond een hogere TVL-subsidie had moeten toekennen. De Europese Commissie heeft dit staats-

steunplafond vastgesteld en de minister kan daar niet naar boven van afwijken, aldus het CBB.

### ■ **Rechtbank Noord-Nederland, 7 november 2023 (publicatie op 8 november 2023), ECLI:NL:RBNNE:2023:4548**

*Eisers / het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Groningen*

Inzake: Het relativiteitsvereiste bij staatssteunklachten omgevingsvergunning

#### **Feiten van de zaak**

Op 8 maart 2023 heeft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Groningen een vergunning verleent voor het plaatsen van een pannenkoekenschip. Tegen het besluit om deze vergunning te verlenen hebben de eisers in deze zaak beroep ingesteld.

#### **Oordeel van de rechtbank**

De rechtbank gaat niet mee in de omgevingsrechtelijke argumenten die eisers hebben aangevoerd. Voor de lezers van dit tijdschrift is met name interessant dat eisers ook nog hebben aangevoerd dat in dit geval sprake zou zijn van verboden staatssteun als bedoeld in artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), doordat de vergunninghouder onder andere geen leges hoeft te betalen voor het bouwen, geen planschadeovereenkomst hoeft te tekenen en een nieuwe locatie voor onbepaalde tijd krijgt zonder dat vergunninghouder huur hoeft te betalen. Het college had op voorhand in redelijkheid moeten inzien dat het project niet kan worden uitgevoerd, aldus eisers.

Volgens vaste rechtspraak in het kader van omgevingsvergunningen kan de vraag of sprake is van ongeoorloofde staatssteun alleen indirect aan de orde komen en wel bij de vraag of staatssteun mogelijk een beletsel vormt voor de financieel-economische uitvoerbaarheid van het bouwplan. Staatssteun houdt geen verband met de ruimtelijke effecten van het bouwplan. Als een eiser stelt dat ongeoorloofde staatssteun aan de orde zou zijn, dient eerst beoordeeld te worden of het relativiteitsvereiste in de weg staat aan vernietiging van het bestreden besluit op de grond dat het project financieel-economisch niet uitvoerbaar is.

In dit geval staat het relativiteitsvereiste aan een dergelijk beroep op het staatssteunrecht in de weg. Artikelen 107 en 108 van het VWEU strekken (uitsluitend) tot bescherming van de belangen van concurrenten. Het belang van eisers is gelegen in het gebruik kunnen blijven maken van de kade. Weliswaar exploiteren zij een vorm van horeca, maar daarmee bedienen zij gasten uit een ander segment dan het pannenkoekenschip. De schepen van één van de eisers bieden alleen op reservering hun diensten aan

voor groepen. De andere eiser biedt (ook) geen dagelijkse mogelijkheid aan voor eenieder voor het (enkel) nuttigen van een diner. Zij zijn naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen concurrenten van de vergunninghouder. Derhalve kan art. 107 VWEU niet strekken tot het bescherming van het belang van eisers en kunnen zij dit artikel niet ten grondslag leggen aan hun betoog. De rechtbank ziet af een inhoudelijke bespreking van de rest van het betoog over staatssteun.

Ook de overige gronden van eisers, onder andere met betrekking tot de Verordening openbaar vaarwater 2020, slagen niet. De rechtbank verklaart het beroep daarom ongegrond.

### ■ **College van Beroep voor het bedrijfsleven, 14 november 2023, ECLI:NL:CBB:2023:620 en ECLI:NL:CBB:2023:622**

*Van der Valk c.s. / de minister van Economische Zaken en Klimaat<sup>2</sup>*

Inzake: de definitie van MKB onderneming en het onderscheid tussen MKB en grote ondernemingen in de TVL-regeling

#### **Feiten van de zaak**

Het CBB heeft zich op 14 november 2023 uitgelaten over een groot aantal beroepsprocedures die zijn ingesteld door 62 verschillende vestigingen binnen het Van der Valk-concern in het kader van de Tegemoetkoming Vaste Lasten (TVL). De TVL-aanvragen van deze Van der Valk-vestigingen zijn door de minister van Economische Zaken en Klimaat afgewezen, op nihil vastgesteld of de aan Van der Valk verleende subsidie is (alsnog) ingetrokken, omdat de ondernemingen niet als zelfstandige MKB-ondernemingen kwalificeren.

In de TVL-regeling wordt een onderscheid gemaakt tussen grote ondernemingen enerzijds en MKB-ondernemingen anderzijds. Voor de definitie van MKB-onderneming wordt aangesloten bij Verordening (EU) nr. 651/2014 ('de AGVV'). De 62 hotel-restaurants en ondersteunende bedrijven in deze procedures die in 2020 en 2021 TVL-aanvragen hebben ingediend, maken deel uit van het Van der Valk-concern. Dit concern bestaat uit verschillende staken, die bestaan uit een moedermaatschappij met verschillende dochterondernemingen. Vanwege de onderlinge aandeelhoudersrelaties die bestaan tussen de moedermaatschappijen en de dochterondernemingen, heeft de minister vastgesteld dat de ondernemingen per staak als één (grote) onderneming kwalificeren. Als gevolg hiervan kwalificeren de ondernemingen niet als zelfstandige MKB-ondernemingen. De bedrijven hebben overigens wel per grote onderneming het maximale aan TVL-steun ontvangen.

2. De auteur is als advocaat bij deze procedures betrokken geweest.

**Oordeel CBb**

Het CBb verklaart de door de Van der Valk-vestigingen ingestelde beroepen ongegrond. Het CBb is van oordeel dat de definitie van een MKB-onderneming strikt moet worden toegepast. Uit de AGVV en jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat er daarbij geen ruimte is om voorbij te gaan aan de aandeelhoudersrelaties en rekening te houden met andere (feitelijke) omstandigheden. Het CBb ziet geen aanleiding om in dit geval een ruimere uitleg van het MKB-begrip te hanteren.

Verder oordeelt het CBb dat sprake is van een subsidieregeling en niet van een compensatieregeling. Uit de toelichting bij de TVL blijkt namelijk duidelijk dat de maatregel zich richt op het beperken van de economische gevolgen van de coronacrisis en niet op het vergoeden van schade die is ontstaan door overheidsmaatregelen. Dat betekent ook dat de TVL-subsidie kwalificeert als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU. Dit is ook door de Europese Commissie bevestigd in de beschikking(en) waarin de oorspronkelijke TVL en de wijzigingen daarop zijn goedgekeurd.

Ten slotte verwerpt het CBb de beroepsgronden voor zover deze zien op een schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het CBb benadrukt in dit kader dat de toetsing hiervan terughoudend moet plaatsvinden, aangezien de minister een grote beslissingsruimte toekomt bij de vormgeving van de TVL. Een dergelijke toetsing wijst volgens het CBb uit dat de minister niet in strijd met het gelijkheids- evenredigheids-, zorgvuldigheids- of motiveringsbeginsel heeft gehandeld. Dat de minister andere keuzes had kunnen maken, zoals het hanteren van een andere definitie van een MKB-onderneming of het kiezen van een andere staatssteunrechtelijke grondslag van de TVL, leidt niet tot het oordeel dat de TVL in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel tot stand is gekomen. Het CBb is verder van oordeel dat grote ondernemingen en MKB-ondernemingen niet kwalificeren als gelijke gevallen die ongelijk worden behandeld. Hoewel ook grote ondernemingen door de coronacrisis en de genomen overheidsmaatregelen zijn getroffen, ziet het CBb geen grond voor het oordeel dat de minister ten onrechte stelt dat de (financiële) situatie van MKB-ondernemingen in het algemeen anders is dan die van grote ondernemingen en MKB-ondernemingen in het algemeen minder goed in staat zijn om voldoende liquiditeit te behouden of te verwerven. Dat standpunt vindt steun in de overwegingen van het Gerecht in de arresten Bastion Holding/Commissie (ECLI:EU:T:2023:243, ECLI:EU:T:2023:244 en ECLI:EU:T:2023:245).

In de zaak van Motel Haarlemmermeer – ten aanzien van wie (achteraf) door de minister is vastgesteld dat zij wél als een MKB-onderneming kwalificeert – oordeelt het CBb (in een separate uitspraak) dat de betreffende onderneming al de maximale steun heeft ontvangen die het kon ontvangen met inachtneming van het staatssteunplafond zoals neergelegd in de TVL en de Europese Tijde-

lijke kaderregeling inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19-uitbraak. De minister heeft volgens het CBb geen bevoegdheid om af te wijken van het staatssteunplafond. Het verlenen van meer subsidie aan Motel Haarlemmermeer zou ongeoorloofde staatssteun opleveren.

■ **Rechtbank Midden-Nederland, 10 augustus 2022 (publicatie op 5 december 2023), ECLI:NL:RBMNE:2022:6607**

*Eisers c.s. / gemeente Almere*

Inzake: vermeende dwaling in verband met marktconformiteit grondprijzen

**Feiten van de zaak**

Oosterwold is een gebied bij Almere waar (onder meer) woningbouw wordt ontwikkeld. De inrichting van Oosterwold wordt voor een groot deel aan (particuliere) initiatiefnemers overgelaten. Initiatiefnemers kunnen op elke plek in Oosterwold een kavel uitzoeken waar zij zelf zorgdragen voor het bouwen van een woning en - in samenspraak met de andere initiatiefnemers - voor de algemene voorzieningen.

Het Rijksvastgoedbedrijf was eigenaar van de grond die de eisers in deze (civiele) procedure in Oosterwold hebben gekocht. De Gemeente Almere heeft de grond eerst van het Rijksvastgoedbedrijf gekocht om die vervolgens te verkopen aan de initiatiefnemers.

Op 1 januari 2018 heeft de Gemeente Almere de grondprijzen in Oosterwold (inclusief exploitatiebijdragen) vastgesteld op € 41,29 per m<sup>2</sup> (hierna ook: de oude grondprijzen). De grond in Oosterwold is in 2018 opnieuw getaxeerd op € 74,15 per m<sup>2</sup> (inclusief exploitatiebijdrage). De Gemeente Almere heeft met een besluit van 4 februari 2019 met ingang van dezelfde datum de grondprijzen verhoogd naar € 74,15 (inclusief exploitatiebijdrage) per m<sup>2</sup> (hierna ook: de nieuwe grondprijzen). De Gemeente Almere heeft met de verhoging van de grondprijzen per 4 februari 2019 een overgangsregeling vastgesteld. In aanvulling op deze regeling is bij besluit van 21 maart 2019 een coulancregeling vastgesteld. De Gemeente Almere heeft de overgangs- dan wel de coulancregeling niet toegepast op de koop van de grond door eisers. Alle eisers hebben inmiddels een koopovereenkomst gesloten met de Gemeente Almere voor de grondprijzen van € 74,15 (inclusief exploitatiebijdrage) per m<sup>2</sup>.

Eisers vorderen een verklaring voor recht dat de Gemeente Almere onrechtmatig heeft gehandeld door de grondprijzen exorbitant te verhogen vanaf 4 februari 2019. Ook zou de gemeente op een aantal eisers ten onrechte niet de coulancregeling hebben toegepast. Subsidiar voeren eisers aan dat er sprake is van dwaling omdat zij in de veronderstelling ver-

keerden dat zij een marktconforme prijs voor de grond hebben betaald zoals de Gemeente Almere hen had voorgesteld. Voorts verkeerden eisers in de veronderstelling dat de Gemeente Almere geen lagere grondprijs kon aanbieden omdat dit in strijd zou zijn met Europese staatssteun regelgeving. Op basis van een (extern) rapport kan volgens eisers een bedrag van € 55,55 per m<sup>2</sup> als een marktconforme prijs worden beschouwd. Daarnaast zijn de staatssteunregels volgens eisers niet van toepassing. Volgens de Gemeente Almere is geen sprake van schending van de beginselen van behoorlijk bestuur bij de verhoging van de grondprijs. Ook betwist de Gemeente Almere dat geen sprake zou zijn van een marktconforme prijs voor de grond en dat de staatssteunregels niet van toepassing zouden zijn.

**Oordeel rechtbank Midden-Nederland**

Naar het oordeel van de rechtbank is geen sprake van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Naar het oordeel van de rechtbank is op basis van deze beginselen dus geen sprake van onrechtmatig handelen van de Gemeente Almere.

Ten aanzien van de vermeende dwaling en de toepasselijkheid van de staatssteunregels, overweegt de rechtbank als volgt. De rechtbank stelt voorop dat de partij die de dwaling inroept de stelplicht en bewijslast draagt ten aanzien van de onjuiste voorstelling van zaken (de dwaling als zodanig), het causaal verband tussen (de inhoud van) de overeenkomst en die onjuiste voorstelling en het zich voordoen van één van de drie dwalingsgevallen van artikel 6:288 lid 1 BW onder deel a (onjuiste mededeling), onderdeel b (verzwijging) en onderdeel c (wederzijdse dwaling).

Eisers hebben in dat verband volstaan met de stelling dat zij de koopovereenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zouden zijn aangegaan, althans niet op basis van dezelfde voorwaarden. Deze enkele algemene stelling is onvoldoende om het causaal verband aannemelijk te maken. Mede in het licht van de omstandigheid dat het Project Oosterveld op veel belangstelling kon rekenen, ook na de verhoging van de grondprijs en ter zitting is gebleken dat alle plekken vergeven zijn, had het des te meer op de weg gelegen van eisers om een en ander nader te onderbouwen. Daar komt volgens de rechtbank bij dat het niet in alle gevallen voor de hand ligt dat de stellingen van een taxateur over de wijze waarop een andere taxateur (ingeschakeld door de Gemeente Almere) de grondprijs heeft bepaald en de discussie over de staatssteunregels per definitie zou leiden tot een lagere grondprijs in de koopovereenkomst en de anterieure overeenkomst. Dit hadden eisers dus eveneens nader moeten onderbouwen. Het beroep op dwaling slaagt derhalve niet. De rechtbank wijst alle vorderingen af.

**Gerechtshof Amsterdam, 17 oktober 2023 (publicatie op 12 december 2023), ECLI:NL:GHAMS:2023:3039**

*Electric Tours B.V. e.a. en Mokumboot B.V. / Gemeente Amsterdam<sup>3</sup> en Rederij A en B B.V.*

Inzake: geen sprake van 'nieuwe steun' aan Amsterdamse reders

**Feiten van de zaak**

Deze zaak gaat over de marktordening met betrekking tot afvaartlocaties en kaartverkooppunten voor rondvaarten in de binnenstad van Amsterdam. Electric Tours c.s. voeren elk sinds enkele jaren een onderneming met als handelsactiviteit het verzorgen van rondvaarten in de binnenstad van Amsterdam. Mokumboot houdt zich onder meer bezig met binnenvaart (passagiersvaart en veerdiensten), waaronder het verzorgen van vaartochten met catering. De twee rederijen (geïntimeerden 2 en 3) zijn actief in de markt rondvaarten in de binnenstad van Amsterdam. Dat doen zij vanaf een beperkt aantal steigers op plekken waar veel toeristen komen en waar haltes zijn voor touringcars die groepen toeristen brengen naar opstaplocaties voor rondvaarten en ophalen van uitstaplocaties (hierna: de A-locaties).

Tot 2013 heeft de Gemeente een volumebeleid ter zake de passagiersvaart in Amsterdam gevoerd waarbij zij per periode een maximum aantal exploitatievergunningen heeft verleend. Voor het exclusieve gebruik van de steigers op de A-locaties heeft de Gemeente huurovereenkomsten, gebruiksovereenkomsten dan wel erfpachtovereenkomsten gesloten met enkele rederijen, waaronder geïntimeerden 2 en 3 (ook wel 'de klassieke reders'). De klassieke reders zijn (veelal) een jaarlijkse huurprijs of erfpachtcanon verschuldigd aan de Gemeente. Verder zijn aan de klassieke reders ligplaatsvergunningen, omgevingsvergunningen en ontheffingen van het zogeheten runverbod verleend.

Later heeft de Gemeente haar beleid aangepast. Zij is overgestapt van volumebeleid naar marktwerking. De Gemeente heeft de overeenkomsten met betrekking tot de A-locaties met de klassieke reders opgezegd en een selectieprocedure vastgesteld voor het sluiten van nieuwe huurovereenkomsten voor afmeerplaatsen op semi-exclusieve op- en afstaplocaties. Deze zaak ziet echter nog op de 'oude' situatie waarin 10 steigers op de A-locaties exclusief en voor onbepaalde tijd aan de klassieke reders zijn verleend. Electric Tours c.s. menen dat de Gemeente daarmee onrechtmatig heeft gehandeld jegens hen, onder meer wegens strijd met het verbod op staatssteun en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

**Oordeel Gerechtshof Amsterdam**

Niet in geschil is dat de klassieke reders een voordeel genieten ten opzichte van Electric Tours c.s. als ge-

3. De gemeente Amsterdam is in deze procedure bijgestaan door kantoorgenoten van de auteur.

volg van het voortzetten van de overeenkomsten met betrekking tot de A-locaties en de daarmee samenhangende publiekrechtelijke voordelen (in de vorm van aan de klassieke reders verleende vergunningen en ontheffingen). Evenmin in geschil is dat dit voordeel feitelijk voortduurt totdat het nieuwe beleid van de Gemeente is geïmplementeerd.

Tussen partijen is verder niet in geschil dat de (tussen de Gemeente en de klassieke reders gesloten) overeenkomsten met betrekking tot de A-locaties reeds bestonden lang voordat de Unierechtelijke regels inzake staatssteun in het leven zijn geroepen. In zoverre gaat het niet om 'voorgenomen maatregelen' als bedoeld in artikel 108 lid 3 VWEU. Daarnaast valt ook de (tijdelijke) herroeping van de opzegging van de overeenkomsten (in december 2017) niet aan te merken als 'nieuwe steun'. Dit reeds omdat die als tijdelijk beoogde herroeping slechts de periode betreft waarin de Gemeente naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling (ECLI:NL:RVS:2017:1520) 'terug naar de tekentafel' ging. Dat geldt ook voor de aan de klassieke reders verleende ontheffing van het runverbod, waarvan eerst nog de vraag is of dit ook overigens voldoet aan de criteria van artikel 107 VWEU om als steunmaatregel te kunnen worden aangemerkt. Ten aanzien van het nieuwe beleid hebben Electric Tours c.s. niet concreet gesteld dat dit had moeten worden aangemeld. Het beroep op de artikelen 107 en 108 VWEU faalt daarom.

Ook de stellingen van Electric Tours c.s. met betrekking tot het Didam-arrest (ECLI:NL:HR:2021:1778), het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, treffen naar het oordeel van het gerechtshof geen doel. Het verweten niet laten meedingen in (de verdeling van) schaarse civiele rechten betreft niet het uitgeven van nieuwe rechten of de verkoop van gemeente-eigendom, maar het ingrijpen in reeds lang bestaande privaatrechtelijke verhoudingen in samenhang met een wijziging van het stelsel van vergunningen en ontheffingen voor (de exploitatie van) rondvaarbotten in de binnenstad van Amsterdam. Daarnaast heeft de Gemeente daarbij rekening te houden met diverse algemene belangen, zoals de veiligheid op het water. In dit complexe krachtenspel zijn, bij de verdeling van gebruiksrechten ten aanzien van A-locaties, de beginselen van gelijkheid en transparantie dus niet de enige beginselen die in acht moeten worden genomen. Het Gerechtshof weegt hier expliciet mee dat de klassieke reders al gedurende een eeuw, generaties lang, gebruik hebben gemaakt van de A-locaties. Gelet hierop heeft de Gemeente niet in strijd gehandeld met de beginselen van behoorlijk bestuur door niet alle potentiële gegadigden al vanaf 2012 dan wel in 2017 de kans te bieden om mee te dingen bij de verdeling van de exclusieve rechten met betrekking tot de steigers op de A-locaties.

## Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 20 december 2023 (publicatie op 17 januari 2024), ECLI:NL:RBZWB:2023:8979

*De Zorgbalie.nl Zeeuws-Vlaanderen B.V. / Gemeente Terneuzen*

Inzake: schadevergoeding vormt geen verboden staatssteun

### Feiten van de zaak

De Zorgbalie verzorgt voor de gemeente Terneuzen al een aantal jaren de dienst hulp bij huishouden in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015. Zo-net (een BV) doet dat ook. Omdat Zo-net stopt met het leveren van hulp bij huishouden wordt ook dat deel aanbesteed, waarbij het de bedoeling is dat zoveel mogelijk cliënten en medewerkers overgaan naar de nieuwe zorgaanbieder. De Zorgbalie wint de aanbesteding en sluit met de gemeente een overeenkomst. De Zorgbalie komt er vervolgens achter dat de in de aanbesteding opgegeven uurlo- nen van de medewerkers van Zo-net in afwijking van de cao gefixeerd zijn. Ze zijn te laag. De Zorgbalie heeft ervoor gezorgd dat de lonen worden gecorri- geerd, maar zij heeft haar inschrijving gebaseerd op de te laag opgegeven uurlonen. De gemeente is be- reid tot heraanbesteding, maar dat wil de Zorgbalie niet. De Zorgbalie wil de dienstverlening voortzet- ten en met geld gecompenseerd worden in verband met de hogere loonlasten. Dat wil de gemeente niet. De Zorgbalie vordert daarop primair een verklaring voor recht dat de gemeente toerekenbaar tekort is ge- schoten in de nakoming van de overeenkomst. Ook vordert de Zorgbalie een schadevergoeding. Volgens de gemeente zou toewijzing van die vordering onge- oorloofde staatssteun opleveren. Zorgbalie betwist dat.

### Oordeel rechtbank Zeeland-West-Brabant

De gemeente stelt weliswaar dat het toewijzen van een vordering neer zou komen op het verlenen van ongeoorloofde staatssteun, maar de gemeente heeft die stelling niet uitgewerkt. De rechtbank gaat daarom aan dit verweer van de gemeente voorbij. Ten overvloede wijst de rechtbank er op dat het Hof van Justitie van de EU heeft geoordeeld dat het be- talen van schadevergoeding geen verboden staats- steun is in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. De rechtbank verwijst naar het arrest van het Hof van Justitie van 12 januari 2023, ECLI:EU:C:2023:1 (*Dobeles e.a.*), overweging 59, alsmede de daarin opgenomen verwijzing naar het arrest van 27 september 1988, ECLI:EU:C:1988:457 (*Asteris e.a.*). Deze regels verzet- ten zich dus niet tegen het toewijzen van een vor- dering tot betaling van schadevergoeding. De recht- bank is van oordeel dat hetzelfde geldt voor een vor- dering tot opheffing van het nadeel bij dwaling in de zin van artikel 6:230 BW.

De rechtbank wijst de vorderingen van de Zorgbalie om andere redenen af. De gemeente is niet tekort- geschoten in de nakoming van de overeenkomst en heeft geen onrechtmatige daad gepleegd. De Zorgba- lie heeft wel gedwaald bij de totstandkoming van de

overeenkomst, maar deze dwaling hoort in de omstandigheden van het geval voor haar rekening te blijven.

■ **College van Beroep voor het bedrijfsleven, uitspraken van 19 december 2023 (ECLI:NL:CBB:2023:722), 16 januari 2024 (ECLI:NL:CBB:2024:23) en 23 januari 2024 (ECLI:NL:CBB:2024:27), publicaties op datum uitspraak**

*Ondernemingen / de minister van Economische Zaken en Klimaat*

Inzake: TVL-subsidie en het staatssteunplafond

**Feiten van de zaken**

In drie verschillende zaken heeft het CBb zich andermaal uitgesproken over de in de Regeling subsidie vaste lasten financiering COVID-19 ("TVL") opgenomen staatssteunplafonds.

In de eerste zaak heeft de minister het bezwaar van de onderneming ongegrond verklaard, omdat toekenning van TVL aan de onderneming ertoe zou leiden dat het staatssteunplafond (voor Q4 2020) wordt overschreden (ECLI:NL:CBB:2023:722). In de tweede zaak gaat het om verbonden ondernemingen, waarbij toekenning van TVL aan hen eveneens ertoe zou leiden dat het voor hen geldende staatssteunplafond (voor Q2 2021) wordt overschreden (ECLI:NL:CBB:2024:23). In de derde zaak gaat het om de vraag of een onderneming valt onder de visserij- en aquacultuursector, waarvoor een specifiek (en lager) staatssteunplafond geldt (ECLI:NL:CBB:2024:27).

**Oordeel CBb**

Het CBb merkt op dat de verschillende in de TVL opgenomen plafonds rechtstreeks afkomstig zijn uit de Tijdelijke kaderregeling inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19-uitbraak (Tijdelijke kaderregeling) van de

Europese Commissie. Het College leidt hieruit af dat als de steun aan een onderneming het plafond zou overschrijden, die steun niet verenigbaar zou zijn met de interne markt en ongerechtvaardigde staatssteun zou opleveren in de zin van artikel 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).

De rechtmatigheid van de goedkeuringsbesluiten van de Commissie is aan de orde geweest in het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 10 mei 2023 (*Bastion Holding BV/Commissie*, zaak T-102/21, ECLI:EU:2023:243). Het Gerecht heeft geen aanleiding gezien om te oordelen dat de goedkeuringsbeslissingen onrechtmatig zijn. Het Gerecht heeft tevens aangegeven dat lidstaten steunmaatregelen in het leven kunnen roepen op grond van artikel 107, derde lid, onder b, van het VWEU, óók als die maatregelen de verstoring in de economie niet volledig kunnen opheffen. Het College leidt uit dat arrest af dat de omstandigheid dat niet alle ondernemingen volledig kunnen worden "gecompenseerd" door het bestaan van een staatssteunplafond, op zichzelf nog niet maakt dat een staatssteunplafond daarmee onrechtmatig is. Het College is dan ook van oordeel dat de staatssteunplafonds, zoals neergelegd in de TVL, in overeenstemming zijn met de regels van de Europese Unie ten aanzien van staatssteun.

In de derde zaak oordeelt het CBb dat ondernemingen die als economische activiteit alleen visserij- en aquacultuurproducten verwerken en afzetten, zoals deze onderneming, ook onder de visserij- en aquacultuursector vallen. De minister heeft dan ook in het geval van deze onderneming terecht het voor deze sector geldende staatssteunplafond toegepast en terecht de subsidie voor Q3 van 2021 afgewezen en voor Q4 van 2021 vastgesteld op € 75.000,-.

In alle drie de zaken verklaart het CBb de beroepen, ook op overige punten, ongegrond.

# Jurisprudentie België

Prof. dr. W. De Cock<sup>1</sup>

## Hof van Cassatie 24 maart 2023, Rol nr. F.21.0100.N.

### Partijen

VAB tegen de Belgische Staat

### Feiten

VAB is een bedrijf dat elke dag van de week en 24 uur op 24 pechbijstand aanbiedt aan haar leden, thuis of onderweg. Deze bijstand wordt verleend door wegenwachters met een voertuig. VAB beschouwt de werking en organisatie van haar wegenwachters als 'ploegenarbeid' en maakt bijgevolg gebruik van de fiscale vrijstelling van de verplichting tot doorstorting van de ingehouden bedrijfsvoorheffing wegens ploegenarbeid, zoals vervat in artikel 275/5 WIB92. Met deze vrijstelling komt de Belgische wetgever tegemoet aan de extra kosten voor werkgevers die werken met ploegen. Voorzieningen zoals openbaar vervoer of kinderopvang zijn op atypische werkuren immers veel minder beschikbaar. Op 20 april 2004 beoordeelde de Europese Commissie de fiscale vrijstelling als zijnde geen staatssteun. Aangezien in vrijwel elke economische sector ploegenarbeid wordt verricht, had de maatregel volgens haar geen selectief karakter.

De Belgische fiscus betwist echter dat de wegenwachters van VAB in ploegverband werken en weigert daarom het gebruik van de voormelde vrijstelling door VAB te aanvaarden. Er zou volgens de fiscus alleen sprake zijn van ploegenarbeid wanneer hetzelfde werk qua inhoud en qua omvang wordt verricht op het niveau van de ploeg, en niet op het niveau van de individuele werknemers, zoals het geval is bij VAB. Bij vonnis van 27 oktober 2017 bevestigde de rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Antwerpen, het standpunt van de fiscus, net zoals het hof van beroep te Antwerpen in arresten van 15 oktober 2019 en 21 januari 2021.

VAB bracht de zaak vervolgens voor het Hof van Cassatie. VAB vindt immers dat de toepassing van het criterium dat er sprake moet zijn van hetzelfde werk op het niveau van de ploeg discriminatoir en onwettig. Deze toepassing heeft tot gevolg dat de vrijstelling in feite enkel ten goede komt aan deze sectoren waar voortdurend met ploegen van hetzelfde aantal werknemers hetzelfde volume aan werk wordt verricht, zoals bij autoassemblagebedrijven. De vrijstel-

ling zou volgens VAB evenwel ten goede moeten komen aan alle sectoren die werken met een ploegenstelsel, en dit om te vermijden dat vrijstelling verboden staatssteun impliceert. Een bedrijf als VAB, dat door de aard van zijn activiteiten geconfronteerd wordt met piek- en daluren en bijgevolg moet werken met een aangepaste omvang van ploegen, zou immers ongelijk worden behandeld ten opzichte van bedrijven die wel kunnen genieten van de vrijstelling.

### Uitspraak

In zijn arrest van 24 maart 2023 besluit het Hof van Cassatie de zaak door te sturen naar het Grondwettelijk Hof. Voordat het uitspraak kan doen, wenst het Hof immers duidelijkheid te verkrijgen over de volgende prejudiciële vraag: *"Schendt artikel 275/5 WIB92, zoals van toepassing op het geding, wanneer het aldus wordt uitgelegd dat voor de toepassing van de vrijstelling van doorstorting van bedrijfsvoorheffing wegens ploegenarbeid vereist is dat de omvang van het werk hetzelfde is op het niveau van de opeenvolgende ploegen, en niet van de individuele werknemers, het door de gecoördineerde Grondwet in de artikelen 10 en 11 gewaarborgde gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, doordat een ongerechtvaardigd verschil in behandeling in het leven wordt geroepen tussen ondernemingen waarin de verschillende ploegen volgens bandwerk steeds dezelfde omvang van werk verrichten, die wel van de vrijstelling genieten, en ondernemingen waarin de omvang van het werk van de ploegen varieert volgens piek- en daluren, die uitgesloten worden van de vrijstelling, in het licht van het door de maatregel nagestreefde doel om tegemoet te komen aan de extra kosten voor de werkgever die met een ploegenstelsel werkt en van het antwoord van de Europese Commissie dat de vrijstellingsmaatregel geen verboden staatssteun uitmaakt in de mate dat zij zich uitstrekt tot vrijwel alle economische sectoren?"*

## Grondwettelijk Hof 29 juni 2023, nr. 102/2023

### Feiten

Op 12 november 2021 nam het Waalse Gewest een decreet aan met het oog op de vaststelling van een duidelijk juridisch kader voor de terugwinning van bemalingswater.<sup>2</sup> Dit is water dat wordt afgevoerd om een steengroeve of een mijn in droge toestand te kun-

1. Postdoctoraal onderzoeker aan de Vrije Universiteit Brussel  
2. Decreet van het Waals Gewest van 12 november 2021 houdende wijziging van Boek II van het Milieuwetboek dat

het Waterwetboek inhoudt, met het oog op de vaststelling van een kader voor de terugwinning van bemalingswater, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 26 november 2021.

nen exploiteren. Naast regels over de recuperatie, de behandeling en de verwerking van bemalingswater, bevatte het decreet ook belangrijke regels over de financiële bijdragen en belastingen die waterproducenten moesten betalen. Het decreet voorzag bijvoorbeeld dat steengroeves die bemalingswater winnen dat verwerkbaar is tot drinkbaar water een lagere bijdrage per kubieke meter drinkwater moesten betalen dan algemene producenten van drinkwater. Volgens de decreetgever was dit verschil in behandeling verantwoord omdat steengroeves, in tegenstelling tot algemene producenten van drinkwater, moesten worden aangemoedigd om bemalingswater ter beschikking te stellen als drinkwater. Voor hen vormde waterwinning immers louter een nevenactiviteit in het kader van hun hoofdactiviteit, de ontginning van grondstoffen.

De Abbaye Notre-Dame de Saint-Rémy, ook wel de abdij van Rochefort genoemd, stelde op 15 april 2022 een beroep tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van het decreet in bij het Grondwettelijk Hof. Volgens de abdij, die trappistenbier brouwt met water uit de bronnen van Tridaine, was het voormelde verschil in fiscale behandeling discriminatoir en strijdig met de Grondwettelijke beginselen van gelijkheid en non-discriminatie. Tevens zouden steengroeves door de fiscale regeling onrechtmatige staatssteun ontvangen. Zij zouden door de regeling immers een selectief economisch voordeel ontvangen dat niet was aangemeld bij en goedgekeurd door de Europese Commissie. Tot slot zou de bestreden regeling steengroeves bevoordelen omdat zij in tegenstelling tot andere waterproducenten vrijgesteld zouden zijn van bepaalde milieuvoorschriften.

De Waalse Regering, die tussenkwam in de procedure, argumenteerde dat de abdij geen procedureel belang had bij haar beroep tot vernietiging en betwistte verder alle beroepsmiddelen ten gronde. De Regering vroeg het Grondwettelijk Hof om het beroep te verwerpen, wat het Hof ook deed op 29 juni 2023.

#### **Uitspraak**

In zijn arrest herinnerde het Hof er eerst aan dat natuurlijke personen of rechtspersonen die een beroep tot vernietiging instellen bij het Grondwettelijk

Hof moeten kunnen aantonen een belang te hebben bij de vernietiging van de door hen bestreden wetskrachtige norm. Volgens het Hof beschikte de abdij, in tegenstelling tot wat de Waalse Regering voorhield, wel degelijk over zo'n belang. Door de vernietiging van de bestreden norm zou de abdij, die in het kader van haar activiteiten water produceerde en verwerkte, immers de kans krijgen dat haar situatie in een meer gunstige zin zou worden geregeld. Een nieuwe regeling zou bijvoorbeeld kunnen voorzien in een verlaagde bijdrageplicht voor waterproducenten zoals de abdij. Volgens vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof volstaat zo'n kans om te concluderen dat een partij belang heeft bij de vernietiging van een wetskrachtige norm.

Vervolgens verwierp het Hof alle beroepsmiddelen van de abdij. Allereerst benadrukte het dat steengroeves wel degelijk de algemene, sectorale en integrale milieuvoorwaarden voor de productie van water moeten naleven, ook al vormt waterwinning voor hen slechts een nevenactiviteit. In tegenstelling tot wat de abdij voorhield, waren steengroeves dus niet onterecht vrijgesteld van bepaalde milieuvoorschriften.

Verder oordeelde het Hof dat de voormelde reden die de Waalse regering aanhaalde om uitbaters van steengroeves en algemene waterproducenten verschillend te behandelen redelijk verantwoord en daarom niet discriminatoir was. Het verschil in behandeling tussen beiden berustte volgens het Hof immers op een objectief criterium van onderscheid, namelijk het feit dat het water dat zij produceren bemalingswater is of water dat meteen drinkwater is. Voortbouwend op deze vaststelling oordeelde het Hof dat de bestreden bijdrageregeling geen selectief karakter had en bijgevolg geen staatssteun vormde in de zin van artikel 107, eerste lid VWEU. Steengroeves en andere waterproducenten, zoals bijvoorbeeld de abdij, bevinden zich volgens het Hof dus in een verschillende situatie. Aangezien de regeling geen staatssteun was, had zij dus niet moeten worden aangemeld bij en goedgekeurd door de Commissie. Aangezien geen van de beroepsmiddelen grond was, verwierp het Grondwettelijk Hof het beroep.

# Beleid Europese Commissie

mr. A. Looijestijn-Clearie M.A.

## ■ Tijdelijk crisiskader voor staatssteunmaatregelen ter ondersteuning van de economie na de Russische agressie tegen Oekraïne

**Commissie stelt uitfasering van bepaalde crisisinstrumenten van het tijdelijke crisis- en transitiekader voor staatssteun bij**

Op 20 november 2023 heeft de Commissie een wijziging van het tijdelijke crisis- en transitiekader voor staatssteunmaatregelen aangenomen om een beperkt aantal afdelingen van dit kader met zes maanden te verlengen, met als doel een crisisrespons te bieden naar aanleiding van de Russische inval in Oekraïne en de ongekende stijging van de energieprijzen.

Rekening houdend met de feedback van de lidstaten in het kader van een enquête van 20 juli 2023 en een raadpleging op 6 november 2023 heeft de Commissie wijzigingen aangenomen van de bepalingen van het tijdelijke crisis- en transitiekader zodat de lidstaten de volgende vormen van steun kunnen verlenen.

- *Beperkte steunbedragen* (afdeling 2.1 van het kader): Deze afdeling wordt met zes maanden verlengd, tot en met 30 juni 2024. Daarnaast worden de plafonds voor de beperkte steunbedragen verhoogd om de winterperiode te dekken: van €250.000 naar €280.000 voor de landbouwsector; van €300.000 naar €335.000 voor de visserij- en aquacultuursector; en van €2 miljoen naar €2,25 miljoen voor alle andere sectoren.
- *Steun ter compensatie van de hoge energieprijzen* (afdeling 2.4. van het kader): Deze afdeling zal ook met zes maanden worden verlengd en zal van toepassing blijven tot en met 30 juni 2024. Op grond van deze afdeling kunnen de lidstaten steun blijven verlenen door delen van de extra energiekosten te dekken voor zover de energieprijzen het niveau van vóór de crisis aanzienlijk overschrijden.

Deze twee wijzigingen zullen de lidstaten in staat stellen om, waar nodig, hun steunregelingen uit te breiden en ervoor te zorgen dat ondernemingen die nog steeds door de crisis worden getroffen, niet worden uitgesloten van noodzakelijke steun in de komende winterperiode. Tegelijkertijd zal de verlenging het de lidstaten makkelijker maken omdat zij tot eind juni 2024 de tijd krijgen om de steunregelingen in de praktijk uit te voeren.

De goedgekeurde wijzigingen hebben geen gevolgen voor de overige bepalingen van tijdelijke crisis- en transitiekader.

- De andere crisisgerelateerde onderdelen van het

kader (d.w.z. de afdelingen 2.2 en 2.3 over liquiditeitssteun in de vorm van staatsgaranties en gesubsidieerde leningen en afdeling 2.7 over maatregelen ter ondersteuning van de vermindering van de vraag naar elektriciteit) zullen niet worden verlengd na hun huidige vervaldatum, namelijk 31 december 2023.

- De afdelingen van het kader die betrekking hebben op de transitie naar een klimaatneutrale economie, vereist om de EU-economie verder koolstofvrij te maken en sneller onafhankelijk te worden van fossiele brandstoffen (afdelingen 2.5, 2.6 en 2.8) worden niet beïnvloed door de huidige wijzigingen. Deze afdelingen blijven van kracht tot en met 31 december 2023.

De Commissie zal de economische ontwikkelingen nauwlettend blijven volgen en is bereid om te reageren in geval van een nieuwe crisissituatie. De Commissie is momenteel echter niet van plan de lidstaten opnieuw te raadplegen over de specifieke crisisgerelateerde instrumenten van het tijdelijke crisis- en transitiekader dat op 30 juni 2024 geleidelijk zal worden afgeschaft.

## ■ Diversen

### **Commissie actualiseert Frequently Asked Questions (FAQ) over Verordening buitenlandse subsidies**

Op 6 juli 2023 heeft de Commissie een document gepubliceerd om een aantal van de meest gestelde vragen te beantwoorden over de toepassing van Verordening (EU) 2022/2560 betreffende buitenlandse subsidies die de interne markt vestoren (zie *Staatssteun* 2023, nr. 2/3). Op 22 november 2023 heeft de Commissie dit document geactualiseerd. Het document is (in het Engels) te vinden op: [https://competition-policy.ec.europa.eu/foreign-subsidies-regulation/questions-and-answers\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/foreign-subsidies-regulation/questions-and-answers_en)

### **Commissie rectificeert de Visserij Vrijstellingsverordening (VJV) en de Landbouw Groepsvrijstellingsverordening (LGVV)**

De Visserij Vrijstellingsverordening (VJV) en de Landbouw Groepsvrijstellingsverordening (LGVV) bevatten een aantal technische fouten die van invloed zijn op de bepalingen van de desbetreffende verordeningen. Op 22 november 2023 heeft de Commissie daarom twee verordeningen vastgesteld om de fouten te rectificeren.

*Visserij Vrijstellingsverordening (VJV)*

In de Visserij Vrijstellingsverordening (VJV, Verordening (EU) 2022/2473) zijn, onder bepaalde voorwaarden, een aantal categorieën van staatssteun vrijgesteld van de aanmeldingsplicht bij de Commissie. De VJV bevat echter een aantal technische fouten die van invloed zijn op de inhoud van enkele bepalingen van de VJV. Daarbij gaat het om onjuiste of ontbrekende kruisverwijzingen en om omissies. Deze fouten hebben gevolgen voor de voorwaarden waaronder staatssteun kan worden vrijgesteld van de aanmeldingsplicht. Daarom heeft de Commissie op 22 november 2023 Verordening (EU) 2023/2603 vastgesteld, om de desbetreffende bepalingen van de VJV te rectificeren. Daarnaast is deel II van bijlage II aangepast.

*Landbouw Groepsvrijstellingsverordening (LGVV)*

In de Landbouw Groepsvrijstellingsverordening (LGVV, Verordening (EU) 2022/2472) zijn, onder bepaalde voorwaarden, een groot aantal categorieën van staatssteun vrijgesteld van de aanmeldingsplicht bij de Commissie. Ook de LGVV bevat een aantal technische fouten die van invloed zijn op de inhoud van enkele bepalingen van de LGVV. De fouten hebben gevolgen voor de voorwaarden waaronder staatssteun kan worden vrijgesteld van de aanmeldingsplicht. De Commissie heeft daarom op 22 november 2023 Verordening (EU) 2023/2607 aangenomen, om deze fouten te herstellen.

Op 23 november 2023 zijn beide verordeningen in de L-serie van het Publicatieblad van de EU verschenen. Zij treden in werking op de twintigste dag na deze bekendmaking.

**Commissie stelt nieuwe algemene de-minimisverordening en nieuwe DAEB-de-minimisverordening vast.**

Op 13 december 2023 heeft de Commissie twee verordeningen vastgesteld tot wijziging van de algemene de-minimisverordening (Verordening (EU) 1407/2013) en de de-minimisverordening voor Diensten van Algemeen Economisch Belang, de zogenoemde DAEB-de-minimisverordening (Verordening (EU) 360/2012). Het gaat om een nieuwe algemene de-minimisverordening (Verordening (EU) 2023/2831) en een nieuwe DAEB-de-minimisverordening (Verordening (EU) 2023/2832). Beide verordeningen zijn op 15 december 2023 in de L-serie van het EU Publicatieblad verschenen. De herziene verordeningen vervangen de huidige de-minimisverordeningen. Zij treden op 1 januari 2024 en blijven van toepassing tot en met 31 december 2030.

*Wijzigingen in de algemene de-minimisverordening*

De nieuwe algemene de-minimisverordening brengt onder meer de volgende wijzigingen mee.

- Verhoging van het plafond per onderneming over drie belastingjaren van €200.000 (van toepassing sinds 2008) naar €300.000, om de inflatie op te vangen.
- Introductie van een verplichting voor de lidstaten om vanaf 1 januari 2026 de-minimissteun te registreren in een centraal register op nationaal

of EU-niveau, waardoor de rapportageverplichtingen voor ondernemingen worden verminderd. Elke lidstaat kan een nationaal register opzetten maar de Commissie zal op EU-niveau een centraal register opzetten dat per 1 januari 2026 door de lidstaten kan worden gebruikt.

- Introductie van veilige havens voor financiële intermediairs om steunverlening in de vorm van leningen en garanties verder te vergemakkelijken, waarbij het niet langer is vereist dat de-minimissteun door financiële intermediairs volledig wordt doorgegeven aan de eindbegunstigden.

*Wijzigingen in de DAEB-de-minimisverordening*

De nieuwe DAEB-de-minimisverordening brengt onder meer de volgende wijzigingen mee.

- De verhoging van het plafond per onderneming over drie belastingjaren van €500.000 (van toepassing sinds 2012) naar €750.000. Ook hier heeft de Commissie rekening gehouden met de inflatie en de feedback ontvangen naar aanleiding van de openbare raadpleging van 19 april 2023 (zie *Staatssteun* 2023, nr. 2/3). Zij heeft het plafond van €650.000 uit het oorspronkelijke ontwerpverordening in de nieuwe verordening verhoogd naar €750.000.
- De verplichting voor de lidstaten om vanaf 1 januari 2026 de-minimissteun te registreren in een centraal register op nationaal of EU-niveau.

De nieuwe verordeningen bevatten een overgangsregeling voor onder meer eerder verleende de-minimissteun onder de oude de-minimisverordeningen in relatie tot nieuwe de-minimissteun onder de nieuwe verordeningen. Ook blijkt dat een lidstaat nog steeds om een de-minimisverklaring van de ontvanger van de-minimissteun kan blijven vragen.

**Commissie stelt nieuwe regels inzake kleine steunbedragen voor de visserij- en aquacultuursector vast**

Op 4 oktober 2023 heeft de Commissie een wijziging van de zogenoemde de-minimisverordening voor de visserij- en aquacultuursector (*PbEU* 2014, L 190/45) goedgekeurd. De herziene verordening, Verordening (EU) 2023/2391, is verschenen in het Publicatieblad van 5 oktober 2023 en is op 25 oktober 2023 in werking getreden.

In december 2022 heeft de Commissie de geldigheidsduur van de minimisverordening met een jaar verlengd, tot en met 31 december 2023 (zie *Staatssteun* 2023, nr. 1). Deze verlenging was nodig omdat er nog geen definitieve beslissingen waren genomen over de nodige aanpassingen.

De wijziging van de de-minimisverordening omvat de volgende punten.

- Een verhoging van het plafond voor de-minimissteun per onderneming over een periode van drie belastingjaren, van €30.000 naar €40.000, mits er een centraal nationaal register wordt aangelegd.

- Alleen de primaire productie van visserij- en aquacultuurproducten blijft onder de de-minimisverordening voor de visserij- en aquacultuursector vallen, terwijl de verwerking en de afzet van die producten onder het toepassingsgebied van de algemene de-minimisverordening (Verordening (EU) 1407/2013) worden gebracht.
- Een herberekening van de zogenoemde "nationale maxima", d.w.z. de maximale cumulatieve bedragen aan de-minimissteun die per lidstaat kunnen worden toegekend. De nationale maxima zijn geactualiseerd op basis van recentere gegevens over uitsluitend de primaire productie van visserij- en aquacultuurproducten.
- Bepaalde handelingen die buiten het toepassingsgebied van de de-minimisverordening voor de visserij- en aquacultuursector vallen, zullen bij wijze van uitzondering worden toegestaan in de ultraperifere gebieden van de EU om de modernisering van kleine vaartuigen in die gebieden te vergemakkelijken en onder meer antwoord te bieden op veiligheidsvraagstukken. Dit is een voorbeeld van doelgerichte maatregelen voor de ultraperifere gebieden op grond van artikel 349 VWEU.
- Een verlenging van de geldigheidsduur van de herziene de-minimisverordening voor de visserij- en aquacultuursector tot en met 31 december 2029.

#### Publicaties

Op 26 januari 2024 heeft DG Mededinging van de Commissie een Praktijkgids gepubliceerd met richtsnoeren voor lidstaten om te beoordelen of er sprake is van staatssteun bij risicofinancieringsmaatregelen. Deze gids, getiteld *The Market Economy Operator Test for Risk Finance Measures: Practical guidance for Member States*, is beschikbaar op: [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2024-01/20240126\\_practical\\_guidance\\_for\\_member\\_states\\_the\\_market\\_economy\\_operator\\_test\\_for\\_risk\\_finance\\_measures.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2024-01/20240126_practical_guidance_for_member_states_the_market_economy_operator_test_for_risk_finance_measures.pdf)

In de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip staatssteun van 2016 (*PbEU* 2016, C 262/1) verduidelijkt de Commissie dat indien een lidstaat bij steunverlening optreedt zoals een particuliere investeerder zou doen, en voor het daar bij de financiering genomen risico wordt vergoed op dezelfde wijze die een particuliere investeerder onder marktvoorwaarden ook zou aanvaarden, een dergelijke maatregel niet kan worden beschouwd als staatssteun in de zin van het VWEU. Dit is het zogenoemde beginsel van de particuliere investeerder handelend in een markteconomie (*Market Economy Operator Principle*).

De praktijkgids wil lidstaten niet-bindende praktische aanwijzingen geven over wanneer en hoe het beginsel van de particuliere investeerder handelend in een markteconomie op risicofinancieringsmaatregelen kan worden toegepast.

# Markt & Overheid

*mr. J. Meulman, mr. T. Topp, mr. R. Rodenrijs, Demi Hoefnagels en mr. H.C. van Scherpenseel*

## ■ **Uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 8 augustus 2023 inzake aanbieden van beschermingsbewind door de gemeente 's-Hertogenbosch, zaaknummer ACM/22/178466, kenmerk ACM/UIT/576390**

### **Inleiding**

In TvS 2022/1 is in onderhavige rubriek stilgestaan bij de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 14 oktober 2021 over het (gratis) aanbieden van beschermingsbewind door de gemeente Den Bosch aan inwoners die recht hebben op vergoeding vanuit de bijzondere bijstand. In deze procedure is door een aantal particuliere bewindvoerders een algemeen-belangbesluit in de zin van artikel 25h lid 5 van de Mededingingswet bestreden dat raad van de gemeente Den Bosch (hierna: de raad) in dit kader had genomen. De rechtbank heeft het beroep van de particuliere bewindvoerders gegrond verklaard en het algemeen-belangbesluit vernietigd. Volgens de rechtbank was het algemeen-belangbesluit onvoldoende zorgvuldig voorbereid en niet draagkrachtig gemotiveerd. Onderhavige uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) heeft betrekking op het door de raad ingestelde hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank.

Hier wordt volstaan met bespreking van de uitspraak van het CBb. Voor de verdere feitelijke achtergrond en de uitspraak van de rechtbank wordt verwezen naar de genoemde vorige rubriek. In aanvulling hierop is nog van belang dat de raad na de uitspraak van de rechtbank een vervangingsbesluit heeft genomen. Hierin is kort gezegd het aanbieden van beschermingsbewind opnieuw als activiteit aangewezen die wordt verricht in het algemeen belang. Dit vervangingsbesluit maakt als gevolg van de artikelen 6:19 en 6:24 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) deel uit van het geding in hoger beroep.

### **Beoordeling CBb**

Het CBb overweegt dat niet ter discussie staat dat het aanbieden van beschermingsbewind aan inwoners van de gemeente Den Bosch die recht hebben op een vergoeding vanuit de bijzondere bijstand, een economische activiteit is. Er is wel sprake van een atypische markt waar niet geconcentreerd wordt op prijs: er gelden (lage) wettelijke maximumtarieven en de kosten worden voor de gebruikers vanuit de bijzondere bijstand vergoed. Volgens het CBb onttrekt de gemeente met het algemeen-belangbesluit echter het gehele marktsegment van deze bewindvoering aan de markt. Uitgangspunt en oogmerk

van de gemeente is namelijk dat het gemeentelijke aanbod een zogenaamde 'voorliggende voorziening' is in de zin van de Participatiewet. Voor de kosten van diensten van particuliere bewindvoerders bestaat dan voor inwoners geen recht meer op vergoeding vanuit de bijzondere bijstand, naast of in plaats van de publiek geregelde mogelijkheid.

Volgens de particuliere bewindvoerders is het algemeen-belangbesluit in strijd met de Wet Markt en Overheid, omdat het leidt tot ongerechtvaardigde concurrentievervalsing. Er is geen noodzaak vanuit oogpunt van de publieke taak voor het aanbieden van bewindvoering door de gemeente.

Het CBb geeft aan dat de rechtbank het algemeen-belangbesluit heeft vernietigd vanwege een onzorgvuldige voorbereiding en niet-draagkrachtige motivering. Naar de opvatting van het CBb is de rechtbank echter ten onrechte voorbijgegaan aan de (voor)vraag of in het algemeen-belangbesluit het begrip "algemeen belang" adequaat is ingevuld. Deze vraag moet eerst worden beantwoord: bij een bevestigend antwoord is immers sprake van een onherstelbaar gebrek en is een "zuivere" zorgvuldigheids- en/of motiveringsvernietiging niet meer opportuun.

Vervolgens verwijst het CBb naar zijn in 2018 ingezette en inmiddels vaste jurisprudentie waarin de achtergrond van de Wet Markt en Overheid in algemene zin en van het algemeen-belangbesluit in het bijzonder wordt beschreven. Het CBb herhaalt onder andere dat in de wetgeschiedenis wat betreft het algemeen-belangbesluit is gesteld dat een bepaald publiek belang reden kan zijn voor een uitzondering op de Wet Markt en Overheid.

Het CBb oordeelt dat een algemeen belang ontbreekt als met het algemeen-belangbesluit wordt beoogd een deel van de markt dat door particuliere ondernemingen wordt bediend, voor de gemeente zelf te reserveren. Het op deze manier invullen van het begrip "algemeen belang" is in strijd met doel en strekking van de Wet Markt en Overheid en met het verbod van *détournement de pouvoir* zoals neergelegd in artikel 3:3 van de Awb. De raad heeft het aanbieden van beschermingsbewind gekoppeld aan het recht op vergoeding vanuit de bijzondere bijstand, maar dat houdt hier op zichzelf geen verband mee. Het verband is alleen aanwezig omdat via het systeem van de Participatiewet een 'voorliggende voor-

ziening' wordt gecreëerd die tot gevolgd heeft dat particuliere bewindvoerders zijn uitgesloten van dit deel van de markt. Het feit dat de gemeente tegelijkertijd via de Verordening nadeelcompensatie heeft willen voorzien in (enige) mate van compensatie, maakt dit oordeel niet anders. Volgens het CBb wordt met het algemeen-belangbesluit ook de in het Burgerlijk Wetboek neergelegde keuzevrijheid voor diegenen die recht hebben op bewindvoering, ondermijnd.

Het bovenstaande betekent volgens het CBb dat de rechtbank de beroepen van de particuliere bewindvoerders – zij het op andere gronden – terecht gegrond heeft verklaard en het algemeen-belangbesluit terecht heeft vernietigd. Gelet op het feit dat de raad het begrip "algemeen belang" niet adequaat heeft ingevuld, komt het CBb niet toe aan de hoger beroepsgronden van de raad die zien op de overwegingen van de rechtbank ten aanzien van de voorbereiding en de motivering.

Ten slotte beoordeelt het CBb nog het door de raad genomen vervangingsbesluit. Hierin is de raad nader ingegaan op onder andere de met de integrale aanpak beoogde kwaliteitsverbetering, alsmede op de vraag waarom niet kan worden volstaan met minder ingrijpende maatregelen. Het CBb stelt echter vast dat het oogmerk van het vervangingsbesluit identiek is aan dat van het oorspronkelijke algemeen-belangbesluit. De strijd met de Wet Markt en Overheid en met het verbod van *détournement de pouvoir* wordt hiermee derhalve niet opgeheven. Het vervangingsbesluit treft dan ook hetzelfde lot als het algemeen-belangbesluit: de beroepen daartegen van rechtswege zijn gegrond en ook het vervangingsbesluit moet worden vernietigd.

**Conclusie**

Het CBb bevestigt de aangevallen uitspraak van de rechtbank. De beroepen tegen het vervangingsbesluit worden gegrond verklaard en het vervangingsbesluit wordt vernietigd.

**Besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 12 juli 2023 op het bezwaar van AVR-afvalverwerking B.V. tegen het besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 19 augustus 2022 met kenmerk ACM/UIT/582207, ACM/UIT/600787**

**Beoordeling Twence door aandeelhoudende gemeenten**

Op 19 augustus 2022 nam de ACM het bestreden besluit<sup>1</sup> op een klacht van AVR, waarvan de conclusie luidde dat de ACM geen nader onderzoek zou doen naar de mogelijke beoordeling van

Twence Holding B.V. en haar dochterondernemingen door de gemeenten die aandelen in afvalverwerker Twence houden.<sup>2</sup> De oorspronkelijke klacht van AVR luidde dat de deelnemende gemeenten afvalverwerker Twence hebben bevoordeeld door een langdurige opdracht te gunnen voor het verwerken van huishoudelijk afval zonder deze aan te besteden en voor deze opdracht te hoge tarieven te betalen.

Aanleiding voor het besluit uit 2022 was een verzoek van AVR aan de ACM om handhavend op te treden door een overtreding van het bevoordelingsverbod vast te stellen en een last onder dwangsom op te leggen aan de gemeenten strekkende tot beëindiging van de vermeende overtredingen en een preventieve last onder dwangsom op te leggen tot het voorkomen van toekomstige overtredingen. Dit verzoek heeft de ACM op grond van haar prioriteringsbeleid afgewezen.

**Gronden van bezwaar**

AVR stelt in bezwaar dat de ACM ten onrechte het handhavingsverzoek op grond van het prioriteringsbeleid heeft afgewezen en niet zorgvuldig en voortvarend heeft opgetreden bij het vooronderzoek. De ACM zou ten onrechte vastgesteld hebben dat Twence met het verwerken van huishoudelijk afval geen economische activiteit verricht omdat sprake is van een inbestede opdracht. Volgens AVR verricht Twence wel degelijk economische activiteiten. AVR meent daarbij dat de ACM voorts de economische en maatschappelijke gevolgen van de gestelde bevoordeling van Twence door haar aandeelhouders onderschat.

Tot slot stelt AVR dat de ACM onvoldoende rekening heeft gehouden met de bewijsachterstand van AVR in een eventuele civiele – aanbestedingsrechtelijke – procedure tussen AVR, de deelnemende gemeenten en Twence. Volgens AVR kan de ACM met de inzet van haar bevoegdheden Twence dwingen informatie te verschaffen waarmee kan worden vastgesteld of aan de regels voor een legitieme inbesteding zou zijn voldaan of niet.

**Beoordeling van de gronden: toepasselijkheid van het bevoordelingsverbod**

Voorvraag is of in casu het bevoordelingsverbod ex artikel 25j eerste lid van de Mededingingswet van toepassing is. De eerste halte bij deze beoordeling betreft de vraag of Twence überhaupt een economische activiteit verricht. In het BIP had de ACM nog beargumenteerd dat dat niet het geval was, terwijl het bevoordelingsverbod alleen ziet op de situatie waarin de bevoordeling door een overheid ten goede komt of kan komen aan een economische activiteit van een overheidsbedrijf. Dat bevoordelingsverbod

1. Besluit van de Autoriteit consument en Markt van 19 augustus 2023, 'Openbaar besluit M&O handhavingsverzoek AVR – Twence,' in zaak: ACM/2220/038703, kenmerk: ACM/UIT/582207, op <https://www.acm.nl/system/files/documents/openbare-versie-besluit-hhv-avr.pdf> (hierna: "het besluit in primo" of "BIP"). Een korte bespreking van dit besluit kunt u teruglezen in deze rubriek in

editie 2022 3/4 van dit Tijdschrift; omwille van de leesbaarheid worden hierna de feiten uit het BIP, voor zover relevant, herhaald.  
2. Almelo, Borne, Dinkelland, Enschede, Haaksbergen, Hellendoorn, Hengelo, Hof van Twente, Losser, Oldenzaal, Rijssen-Holten, Tubbergen, Twenterand, Wierden en Berkelland (de deelnemende gemeenten).

is immers gericht op het voorkómen van concurrentievervalsing bij economische activiteiten van overheidsbedrijven.

In het BIP formuleerde de ACM een en ander als volgt, onder refereerend aan haar eerdere besluit in de zaak-Marcandi:<sup>3</sup>

*De ACM houdt geen toezicht op de naleving van de regelgeving in de [Aanbestedingswet]. Daarbij komt dat de Wet M&O alleen regels geeft voor het uitvoeren van economische activiteiten door bestuursorganen of overheidsbedrijven. In geval van inbesteding is er geen sprake van een economische activiteit, omdat er geen goederen of diensten aangeboden worden op een markt. Nu de Wet M&O geen regels bevat voor inbesteding, staat de Wet M&O niet in de weg aan een mogelijke keuze van de Aandeelhoudende gemeenten om opnieuw Twence te kiezen voor de verwerking van hun eigen huishoudelijk afval en geeft de Wet M&O evenmin regels over de duur van de inbestedingsovereenkomst. AVR kan de inbesteding met het handhavingsverzoek dus niet verhinderen.*<sup>4</sup>

Op die conclusie komt de ACM terug in het besluit op bezwaar. Daartoe overweegt zij als volgt: artikel 2.24b van de Aanbestedingswet 2012 volgt dat er onder bepaalde voorwaarden niet hoeft te worden aanbesteed, maar dat brengt niet met zich dat er geen sprake is van een economische activiteit. Daarvoor moet worden aangesloten bij de Europese rechtspraak. Daaruit blijkt ten eerste dat er ook sprake kan zijn van een economische activiteit wanneer activiteiten 'inhouse' worden verricht (c.q.: inbested). Er moet daarbij dus worden geabstraheerd van de aanbieder en de afnemer van de betrokken diensten; er dient dus uitsluitend te worden gekeken naar de voorliggende activiteit. Wanneer die activiteit gewoonlijk op een markt wordt aangeboden, dan is sprake van een economische activiteit; de tweede hobbel die genomen moet worden.

Op dat punt overweegt de ACM dat afvalverwerking een activiteit is die gewoonlijk op een markt wordt aangeboden. Zo verwerkt ook Twence niet alleen het afval voor de gemeenten, maar ook voor een derde, namelijk de Duitse stad Münster. Daarnaast zijn er meerdere (private) afvalverwerkers, zoals AVR, op de markt actief en zijn gemeenten normaliter aanbestedingsplichtig. Het feit dat op die plicht een uitzonderingsmogelijkheid bestaat, zoals de uitzondering van artikel 2.24b van de Aanbestedingswet 2012, verandert niets aan de commerciële aard van de activiteit. De ACM concludeert dan ook dat er sprake is van een economische activiteit, in afwijking van haar eerdere conclusie in het BIP.

De uitzonderingsgrond van artikel 25h lid 2 van de Mededingingswet doet hier ook geen opgang. Die

geldt alleen in het geval waarin een bestuursorgaan goederen of diensten aanbiedt aan andere bestuursorganen of overheidsbedrijven, voor zover die goederen of diensten zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak. In dit geval wordt de dienst aangeboden door Twence, niet door een bestuursorgaan. Daarnaast is de activiteit die Twence verricht niet bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak van de deelnemende gemeenten. Op grond van titel 10.4 van de Wet Milieubeheer hebben gemeenten weliswaar de publieke taak om zorg te dragen voor 'inzameling en het op een daartoe ter beschikking gestelde plaats achterlaten van huishoudelijk afval' maar niet voor het verder verwerken daarvan. Juist daarop ziet de dienstverlening die Twence aanbiedt.

De dienst die Twence voor de deelnemende gemeenten verricht is daarmee volgens de ACM niet (onlosmakelijk) verbonden met de publieke taak van gemeenten zoals omschreven in de Wet Milieubeheer. De uitzondering van artikel 25h lid 2 van de Mededingingswet is dus niet van toepassing. Volgt de conclusie dat het bevoordelingsverbod in beginsel van toepassing is.

#### **Beoordeling van de marktconformiteit van de tarieven is niet opportuun**

De ACM schetst vervolgens het wettelijk kader dat moet worden toegepast om te kunnen concluderen dat er sprake is van bevoordeling. Daarvoor moet worden aangesloten bij drie van de vijf criteria die de Europese Commissie in de Mededeling Staatssteun<sup>5</sup> toepast bij de beoordeling of er sprake is van staatssteun: (1) de directe of indirecte toekenning van staatsmiddelen, (2) leidend tot een niet marktconform voordeel voor de betrokken onderneming, en (3) selectiviteit. Aan het eerste criterium is volgens de ACM voldaan omdat Twence wordt betaald door de deelnemende gemeenten (en enkele derden). De selectiviteit blijkt uit het feit dat er sprake was van een, terechte of onterechte, inbesteding.

De marktconformiteit van de tarieven die Twence hanteert is een lastiger vraagstuk. Marktconformiteit kan volgens de ACM slechts op twee manieren eenvoudig direct worden aangetoond: als aan het *pari passu*-beginsel is voldaan (quod non in casu) of als de inkoop plaatsvindt door middel van een concurrerende, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure (quod quoque non in casu). Dan resten alleen de mogelijkheden om de marktconformiteit toe te meten door benchmarking of andere waarderingsmethoden.

In de bezwaarfase hebben enkele van de betrokken partijen aangevoerd dat er sprake is geweest van correcte benchmarking. De Mededeling (randnummers

3. Besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 20 februari 2017, zaaknummer 15.1221.29, 'Kees Groot Horeca vs Marcandi,' kenmerk ACM/DM/2017/201173\_OV, op [https://www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publicaties/publicaties/17022\\_besluit-marcandi-stopt-oneerlijke-concurrentie-met-groothandels-2017-02-20.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publicaties/publicaties/17022_besluit-marcandi-stopt-oneerlijke-concurrentie-met-groothandels-2017-02-20.pdf).

4. Randnummer 37 van het BIP (voetnoten hier geïmitteerd).

5. 'Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie', PbEU (2016), C-262/1, C:2016:262:TOC (hierna: de Mededeling).

98-100) stelt volgens de ACM echter wel eisen aan de kwaliteit van een benchmark, wil die geschikt zijn voor de toetsing van marktconformiteit: i) het soort betrokken marktdeelnemer, ii) het soort transactie waar het om gaat, iii) het soort of de soorten markten en iv) het tijdstip van de transactie wanneer er belangrijke economische ontwikkelingen hebben plaatsgevonden. De ACM toetst de overgelegde benchmark daar vervolgens aan. Eerste bevinding is daarbij dat onduidelijk is of de gebruikte tarieven vergelijkbaar zijn en dat bronvermeldingen ontbreken. De bevindingen zijn vervolgens voorgelegd aan partijen en uit de reactie daarop blijkt dat de procespartijen het onderling ook niet eens zijn over de juistheid.

De gemeente Enschede (e.a.) betoogt dat de tarieven uit het benchmarkonderzoek vergelijkbaar zijn met de tarieven die Twence hanteert. Ook zouden de tarieven volgens hen volgen uit openbare bronnen. Andere deelnemende gemeenten, Almelo, Oldenzaal en Twenterand voeren dat ze al eerder twijfels hadden over de marktconformiteit van de tarieven en dat ze op basis van de jaarrekening van AVI-Twente B.V. vaststellen dat deze twijfel gerechtvaardigd zou zijn. De deelnemende gemeenten zijn het dus ook onderling niet eens of er op de juiste wijze is gebenchmarkt. De ACM benadrukt vervolgens dat de gemeenten hier ieder een verantwoordelijkheid hebben om niet in strijd te handelen met het bevoordelingsverbod. AVR voert aan dat de genoemde tarieven uit het benchmarkonderzoek om verschillende redenen niet vergelijkbaar zijn met de tarieven die Twence hanteert. Zo zou geen onderscheid zijn gemaakt tussen tarieven die gelden op de 'captive' markt en 'non-captive'-markt. Ook zou volgens AVR de bronvermelding bij het benchmarkonderzoek ontbreken. Gezien deze gebreken aan de overgelegde benchmark zou de ACM, indien zij het handhavingsverzoek zou doorzetten, nader onderzoek moeten doen. De ACM acht dat niet doelmatig. Ook is nader onderzoek niet doeltreffend, maar dat kent een andere oorzaak.

#### **Nader onderzoek ook niet doeltreffend: ACM is niet de aangewezen instantie**

Het gebrek aan doeltreffendheid openbaart zich volgens de ACM doordat ze naar eigen zeggen niet de aangewezen instantie is om een eindoordeel te geven over de marktconformiteit van de tarieven die de deelnemende gemeenten aan Twence betalen. De ACM wijst er hier op dat, naast de drie genoemde (overlappende) basisregels waaraan moeten worden voldaan voor de toepasselijkheid van zowel de Wet Markt en Overheid als de staatssteunregels, naar verwachting ook aan een vierde criterium is voldaan. Er is waarschijnlijk sprake van een grensoverschrijdend effect, nu Twence ook afval uit Münster verwerkt en het aandeel daarvan in de verwerking is aanzienlijk.

Daarnaast is eveneens aannemelijk dat, indien de tarieven inderdaad niet marktconform zouden zijn, er volgens de ACM al snel sprake zal zijn van overschrijding van de de-minimisgrens voor steun. Een

vlugge berekening die ze daartoe opvoert, levert het beeld op dat de (destijds geldende) de-minimisdrempel van € 200.000,- al zou worden overschreden, indien zou blijken dat de tarieven van Twence, afhankelijk van het type afval, gemiddeld meer dan 0,003 of 0,006%, boven het marktconforme niveau zouden liggen. Een en ander maakt het volgens de ACM aannemelijk dat er sprake is van staatssteun, waardoor zij niet de aangewezen organisatie zou zijn om te oordelen over de rechtmatigheid van de tarieven die Twence hanteert jegens de deelnemende gemeenten, maar de Europese Commissie.

#### **Nader onderzoek niet in het maatschappelijk belang en geen schade aan consumentenwelvaart**

De ACM onderkent enerzijds wel dat in het BIP ten onrechte is gesteld dat de verwerking van huishoudelijk afval slechts 5% van de totale markt zou behelzen en daarom slechts een gering belang zou zijn gediend met het overgaan tot handhaving in deze zaak. Niet alleen de omvang van het belang weegt daarbij, maar ook het antwoord op de vraag in hoeverre de betrokken markt wordt geschaad door het beklagde gedrag.

Ook een nadere blik wat handhavend opgetreden door de ACM zou opleveren in termen van welvaarts-winst voor consumenten op korte en lange termijn is niet aan de orde. Het is niet op voorhand duidelijk dat de mogelijke bevoordeling van Twence door niet marktconforme tarieven te hanteren uiteindelijk ook wordt doorberekend aan de consument. Ten overvloede merkt de ACM daarover nog op dat schade aan de consumentenwelvaart slechts één van de prioriteringscriteria is. Zelfs al zou er sprake zijn van invloed op de consumentenwelvaart, dan nog zou nader onderzoek niet doelmatig en doeltreffend zijn volgens de ACM.

#### **Formele gronden: zorgvuldigheidsbeginsel en belang in civiele procedure**

Verder voert de AVR nog twee formele gronden aan. Bij de behandeling van het handhavingsverzoek van AVR zou, ten eerste, ten onrechte alleen de gemeente Enschede zijn betrokken bij een inventariserend onderzoek. Dat gebrek erkent de ACM, maar dat is in bezwaar hersteld. Tot slot dwingt het feit dat er parallel aan het handhavingsverzoek een civiele procedure loopt de ACM er niet toe om tot actie over te gaan. AVR procedeert aanbestedingsrechtelijk tegen de relatie die de deelnemende gemeenten zijn aangegaan met Twence. In die civiele procedure is volgens AVR sprake van een informatieasymmetrie. Hierdoor zou AVR onmogelijk het gevraagde bewijs kunnen leveren over de cijfers van Twence die zien op de onderlinge verhoudingen en op de scheiding tussen private en commerciële activiteiten. De ACM ziet echter geen ruimte om rekening te houden met de positie van partijen in een civiele procedure over aanbestedingsrechtelijke aangelegenheden.

**Conclusie**

Volgt ongegrondverklaring van het bezwaar.

# Actualiteiten

mr. T.J. Binder

## ■ Cursussen / Seminars

### State Aid for Regional Aid and Infrastructure

- Datum: 21-22 maart 2024
- Locatie: Hybride, online en op locatie te Leuven
- Organisatie: Lexxion Publisher

### State Aid for Climate, Environmental Protection, and Energy

- Datum: 11-12 april 2024
- Locatie: Hybride, online en op locatie te Florence
- Organisatie: Lexxion Publisher

### State Aid Rules for Agriculture and Forestry

- Datum: 24-25 april 2024
- Locatie: Hybride, online en op locatie te Brussels
- Organisatie: Lexxion Publisher

### Economic Tools for State Aid Analysis

- Datum: 13-14 mei 2024
- Locatie: Hybride, online en op locatie te Napels
- Organisatie: Lexxion Publisher

## ■ Publicaties

### European State Aid law Quarterly, 2023/4

- S. Holtan Lakså, 'Proportionality of the Sectoral Application of the Covid-19 Temporary Framework', pp. 356-370;

- P. Nicolaides, 'The Court of Justice Allows Member States to Compensate the Undertaking of their Choice: a Critique', pp. 371-380;
- D. du Parc Braham & M. Marsden, 'The UK's Subsidy Control Regime', pp. 381-388;
- S. Akira Jarecki, & K. Ciupak, 'The Art of Change Management – How To Deal with the Incentive Effect in Turbulent Times', pp. 389-403;
- R. Caranta, 'The Nürburgring Cases and How Much Procurement-Like Procedure Do We Need for Lawful Aids?', pp. 404-413;
- T. Pantazi, 'Covid State Aid Policy for Aviation Backfired', pp. 414-419;

### EC Tax Review, 2024/1

- S. Geringer, 'Reconciling Environmental VAT Differentiations With EU State Aid Law', pp. 8-18;

### Review of European Administrative Law, 2024/4

- T.G. Iliopoulos, 'State aid assessment for renewable energy support schemes: deconstructing the Guidelines on State aid for Climate, Environmental Protection and Energy, in view of the recent major crises', pp. 45-66;

### Journal for Common Market Studies, 2024/1

- B. Steunenberg & P. Zwaan, 'Working with the EU: How Discourses Shape the Application of EU State Aid Rules', pp. 242-261;



