



Enkele tendensen in het staatssteunrecht

mr B.J. Drijber¹

Net als het mededingingsrecht in enge zin (kartels, misbruik van machtspositie en concentratiecontrole) is het staatssteunrecht in omvang en complexiteit de afgelopen jaren verder toegenomen. De Commissie stelt op dit rechtsgebied per jaar meer dan 1000 beschikkingen vast. Met de uitbreiding van de EU per 1 mei jongstleden zal dat aantal alleen maar verder toenemen. Hof en Gerecht wezen welgeteld 59 arresten in de periode van 1 januari 2002 tot 1 oktober 2004, waarbij ik gevoegde zaken als één reken. Dit artikel geeft daarvan niet een uitputtend overzicht,² maar beoogt uitsluitend enkele actuele ontwikkelingen en tendensen aan te stippen. Dat doe ik aan de hand van de volgende thema's: (1) overheidsmiddelen, (2) compensatie van publieke dienstverplichtingen, (3) procedurele onderwerpen, (4) de samenhang met andere rechtsgebieden en (5) de modernisering van het staatssteunrecht. Deze selectie is ingegeven door wat er zo naar mijn indruk voor de Nederlandse praktijk relevant is.

Overheidsmiddelen

Er is sprake van een steunmaatregel in de zin van artikel 87 lid 1 EG als aan vijf voorwaarden is voldaan: (a) met overheidsmiddelen wordt (b) een voordeel toegekend aan (c) bepaalde ondernemingen³ waardoor (d) de concurrentie wordt vervalst en (e) de handel tussen lidstaten kan worden beïnvloed. Ik zal thans ingaan op de eerste voorwaarde.

Voordelen kunnen slechts als steunmaatregelen worden aangemerkt als ze rechtstreeks of indirect met staatsmiddelen zijn bekostigd én aan de staat kunnen worden toegerekend.⁴ Ook steun die via door de staat aangewezen of opgerichte publiek- of privaatrechtelijke lichamen wordt verleend, impliceert de overdracht van staatsmiddelen.⁵ Daarentegen zijn staatsmiddelen niet aan de orde als een voordeel geheel wordt gefinancierd door andere ondernemingen.

Voor de discussie waar precies de grens ligt moeten we terug naar het arrest *Preussen Elektra* van maart 2001.⁶ Op grond van de *Stromeinspeisungsgesetz* waren particuliere producenten en distributeurs van gewone stroom verplicht stroom die was opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen, boven de marktprijs aan te kopen. Producenten van 'groene stroom' behaalden aldus een voordeel zonder tussenkomst van de Duitse schatkist, omdat het geld rechtstreeks en uitsluitend werd betaald door de producenten en distributeurs van gewone stroom. In lijn met eerdere rechtspraak⁷ leidde het Hof daaruit af, dat de Duitse wet geen rechtstreekse of zijdelingse overdracht van staatsmiddelen met zich meebracht. Het teleologische argument van de Commissie dat het mededingingsverstoring effect even groot is als bij financiering uit publieke middelen, kon het Hof niet vermurwen.⁸

Het hoort bij de dialectiek van het recht dat elke oplossing weer (minstens) twee nieuwe vragen opwerpt. In casu waren dat de vraag of de redenering uit *Preussen*

1 Advocaat te Den Haag en redacteur van dit blad. De auteur dankt mr. N. Saanen-Siebenga voor haar nuttige opmerkingen bij het concept.

2 Zie voor een breder overzicht het artikel van Hansen, Van Ysendijck en Zühlke, *ECLR* 2004, p. 202.

3 Deze voorwaarde staat in art. 87 lid 1 EG maar wordt in de rechtspraak niet steeds apart genoemd.

4 C-303/88, *Italië/Commissie*, Jur. 1991, p. I-1433, punt 11, C-482/99, *Commissie/Frankrijk*, Jur. 2002, p. I-4397, punt 24, en het arrest van 20 november 2003, C-126/01, *GEMO*, n.n.g., punt 24.

5 De financiële tegenprestatie van de overheid voor een door een onderneming verrichte activiteit vormt uiteraard geen steun, mits die tegenprestatie niet boven de marktprijs ligt.

6 C-379/98, Jur. 2001, p. I-2099. Zie Goossens en Emmerich, *CML Rev.* 2001, p. 991, H.H.B. Vedder, *NTER* 2001, p. 147 en B.J. Drijber, *SEW* 2001, p. 400. Zie verder J.A. Winter, *CML Rev.* 2004, p. 475/483.

7 Zie met name zaak 82/77, *Van Tiggele*, Jur. 1978, p. 25, punten 24 en 25, en C-72/91 en C-73/91, *Sloman Neptun*, Jur. 1993, p. I-887.

8 Punten 58-66 van het arrest. Zie echter het kritische commentaar van J.P. Keppenne, *NTER* 2001, p. 193.

Elektra ook geldt (a) als de geldstroom via een publiekrechtelijk lichaam loopt en (b) als het voordeel wordt betaald door een publieke onderneming.

De eerste vraag deed zich voor in *Pearle/Hoofdbedrijfschap Ambachten*.⁹ Inzet was een collectieve reclamecampagne ten behoeve van de Nederlandse opticiensbranche, die door diezelfde branche was gefinancierd via een bestemmingsheffing. De zaak was aan het rollen gebracht door bedrijven die de heffing terugvorderden wegens haar vermeende strijdigheid met artikel 87 lid 1 EG. In afwijking van het standpunt van de Commissie oordeelde het Hof dat van overheidsmiddelen geen sprake was:

*'HBA is weliswaar een publiekrechtelijk lichaam, maar in casu is niet gebleken dat de reclamecampagne is gefinancierd met middelen waarover de nationale autoriteiten naar believen konden beschikken.¹⁰ [...] Daar de kosten die het publiekrechtelijk lichaam voor deze campagne heeft gemaakt, [...] volledig betaald werden uit heffingen ten laste van de ondernemingen die daarvan profiteerden, beoogde de tussenkomst van HBA niet een voordeel te verschaffen dat voor de staat of voor dit lichaam een extra last meebrengt.'*¹¹

Anders gezegd, het Hof aanvaardt het 'sigaar-uit-eigendoos-argument', op grond waarvan in de nationale procedure het Hof Den Haag het vonnis in eerste aanleg had vernietigd. Het Hof vervolgt dan:

*'Voorts blijkt uit het dossier dat het initiatief voor de organisatie en de voortzetting van de betrokken reclamecampagne is uitgegaan van NUVO, een particuliere vereniging van opticiens, en niet van het HBA. [...] Het HBA heeft uitsluitend gediend als instrument voor de heffing en inning van bedragen, gegenereerd ten behoeve van een louter commercieel doel dat de betrokken bedrijfssector vooraf had vastgesteld en dat geen deel uitmaakte van het beleid van de Nederlandse overheid.'*¹²

Deze overwegingen zijn sterk toegesneden op de feiten van het geval en roepen daarom een aantal vragen op. *Eén*, de vraag of nu voortaan iedere bestemmingsheffing buiten het begrip steun valt of dat dit alleen zo is als de debiteuren van de heffing en de begunstigden van de daarmee gefinancierde acties dezelfde zijn. Ik neig ertoe te zeggen dat enkel en alleen beslissend is of er – direct of indirect – een financiële last voor de overheid is. *Twee*, de vraag of er wel steun zou zijn indien de kosten die uit de heffing zijn bestreden, anders op het overheidsbudget zouden hebben gedrukt. Ik vind dat een weinig aantrekkelijk onderscheid, omdat al snel gespeculeerd zal moeten worden over politieke keuzen die al dan niet zouden zijn gemaakt. Verder lijkt het mij weinig logisch dat iets als last voor het overheidsbudget moet worden beschouwd, omdat de overheid zich die last heeft uitgespaard. *Drie*, de vraag of de omstandigheid dat het initiatief van de branche was uitgegaan, een essentiële voorwaarde is voor de afwezigheid van steun –

naast de voorwaarde dat de nationale autoriteiten niet over de middelen konden beschikken. Ik zou menen van niet. Met de overweging dat het initiatief voor de advertentiecampagne van de branche zelf was uitgegaan, heeft het Hof vermoedelijk willen aangeven dat de maatregel ter financiering daarvan niet aan de overheid kon worden toegerekend.¹³ Het noemt aldus een *extra* reden waarom er geen steunmaatregel was. Je zou daar overigens tegen in kunnen brengen dat het HBA de actie van de branchevereniging wel tot de zijne had gemaakt. Heel veel belang hecht ik dan ook niet aan het criterium wie het initiatief heeft genomen. *Vier*, de vraag is of aan het slot van de laatste geciteerde overweging een *a contrario* argument kan worden ontleend, in die zin dat een heffing die wél onderdeel uitmaakt van het beleid van de overheid, om die enkele redenen steun zou vormen.¹⁴ Mij dunkt dat dat niet het geval is. De gedachte dat er wel steun is zodra (en omdat) een maatregel van de overheid uitgaat, zou haaks staan op *Preussen Elektra*. De bevoordeling van de producenten van groene stroom had immers een wettelijke basis en paste daarom per definitie in het overheidsbeleid.

Al met al meen ik dat *Pearle* moet worden uitgelegd aan de hand van *Preussen Elektra*, waarvan het tevens de bevestiging vormt.¹⁵ Dat neemt niet weg dat het zeker een arrest is dat de nodige vragen heeft laten liggen.¹⁶ Het praktische gevolg van *Pearle* zal zijn dat regelingen waarbij product- of bedrijfsschappen een bestemmingsheffing opleggen, vaak niet meer hoeven te worden aangemeld. Dat betekent voor de Commissie (en het Ministerie van LNV) een koerswijziging.¹⁷

Het andere probleem dat *Preussen Elektra* had open gelaten, namelijk de vraag hoe het zit met steun die een publieke onderneming toekent aan andere ondernemingen,

9 Arrest van 15 juli 2004, C-345/02, n.n.g., na een verzoek om een prejudiciële beslissing van de Hoge Raad, NJ 2002, 234.

10 Eerder al had het Hof uitgemaakt dat het aankomt op de controle van de overheid over de financiële middelen, ongeacht of deze middelen (permanent) deel uitmaken van het vermogen van de staat. Zie C-83/98P, *Ladbroke Racing*, Jur. 2000, p. I-3271, punt 50 en de conclusie van A-G Jacobs bij *Preussen Elektra*.

11 Punt 36.

12 Punt 37.

13 Dat blijkt ook uit de opzet van het arrest. In punt 35 wordt gewezen op de cumulatieve eis van staatsmiddelen én toerekenbaarheid aan de staat voor de aanwezigheid van een steunmaatregel. Het eerste element wordt uitgewerkt in punt 36 en het tweede in punt 37.

14 In de daaropvolgende rechtsoverweging 38 wijst het Hof erop, dat de eerdere zaak *Steinlicke & Weinlig* (zaak 78/76, Jur. 1977, p. 595) anders lag want betrekking had op een fonds dat mede werd gefinancierd met rechtstreekse subsidies van de staat en 'voorts als instrument (diende) voor de uitvoering van een door de staat vastgesteld beleid.'

15 Idem L. Hancher 'A Pearl of Wisdom', in *European State Aid Law Quarterly* 2004/3.

16 Zie de bespreking door A. Sinnaeve in *NTER* 2004/10, p. 1. Binnenkort publiceert dit tijdschrift een noot van de hand van S. Verschuur.

17 Vgl. bijv. de beschikking van de Commissie van 20 juli 1999, Staatssteun voor de productie van siergewassen, Pb. EG 2000, L 34/20, met name punt 59.

werd beantwoord in *Stardust Marine*.¹⁸ Het monumentale Crédit Lyonnais, lange tijd het vergiet waarlangs grote sommen Frans belastinggeld zijn weggelekt, had via een dochteronderneming de werf Stardust Marine helpen herkapitaliseren. Vraag was of dit een vorm van steun was en zo ja, of de Franse staat, op dat moment houder van 80% van de aandelen en 100% van de stemrechten in deze bank, daarvoor verantwoordelijk kon worden gehouden. Volgens het Hof zijn de middelen die de bank aanwendde inderdaad staatsmiddelen:

*'De staat is immers perfect in staat, door haar dominerende invloed op deze ondernemingen het gebruik van hun middelen te sturen om, in voorkomend geval, specifieke voordelen voor andere ondernemingen te financieren.'*¹⁹

Hier maakt het Hof dus een duidelijk onderscheid met de particuliere ondernemingen die in *Preussen Elektra* voor het voordeel opdraaiden.

Het arrest is verder interessant vanwege de invulling die het Hof geeft aan het toerekeningsvereiste dat, ook in deze zaak, duidelijk werd onderscheiden van de voorwaarde dat het voordeel direct of indirect met staatsmiddelen wordt betaald. Er mag niet automatisch van het vermoeden worden uitgegaan dat de staat in een concreet geval zijn invloed ook metterdaad heeft uitgeoefend. Het Hof verwerpt dus de gedachte van een *per se* toerekenbaarheid aan de staat in geval van steun door publieke ondernemingen. De Commissie moet nagaan of de overheid op een of andere manier bij de vaststelling van de maatregelen in kwestie was betrokken.²⁰ Het Hof noemt diverse omstandigheden die op betrokkenheid van de overheid kunnen wijzen, althans die betrokkenheid niet uitsluiten.²¹ De genoemde criteria bevestigen dat we hier met een sterk casuïstische exercitie te maken hebben. In de concrete zaak vond het Hof dat de Commissie zich er te gemakkelijk van had afge maakt door alleen het 'organiek criterium' te hanteren dat Crédit Lyonnais en haar dochtermaatschappijen als openbare bedrijven onder staatscontrole stonden.²²

Financiering van diensten van algemeen belang

Het Altmark- arrest

Wil een onderneming adequate publieke diensten aanbieden dan moet er vaak overheidsgeld bij, of het nu gaat om het verzorgen van openbaar vervoer of het aanbieden van kwalitatief hoogstaande televisieprogramma's. Vraag is steeds *hoeveel* geld er bij mag zonder de staatssteunregels te overtreden. Volgens de 'staatssteunbenadering' vormt elke financiële bijdrage van de overheid steun, maar kan die op grond van artikel 86 lid 2 EG worden goedgekeurd als het geld ten goede komt aan een onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang en de compensatie niet meer bedraagt dan de nettokosten voor de uitvoering van de opgedragen taak. In de 'compensatiebenadering' is geen sprake van een voordeel en daarom

niet van steun in de zin van artikel 87 lid 1, als de compensatie de nettokosten niet overschrijdt. Aan artikel 86 lid 2 kom je dan niet toe. Praktisch verschil is dat in de tweede benadering er niets hoeft te worden aangemeld en ook de *standstill*-verplichting van artikel 88 lid 3, laatste zin, niet van toepassing is. Voor overheden is deze benadering daarom interessanter. De eerstgenoemde benadering biedt echter meer rechtszekerheid, omdat de Commissie de zaak onderzoekt en een oordeel geeft.

In het arrest *Altmark Trans* heeft het Hof deze discussie getrancheerd door voor een sterk geclausuleerde versie van de compensatiebenadering te kiezen.²³ Er is geen steun als aan vier voorwaarden is voldaan. Kort samengevat:

- 1 een duidelijk omschreven taakopdracht;
- 2 een van tevoren opgesteld budget op basis van objectieve parameters;
- 3 geen overcompensatie, rekening houdend met een redelijke winst; en
- 4 de compensatie is gebaseerd op de kosten die een 'gemiddelde goed beheerde onderneming belast met een openbare dienstverplichting zou hebben gemaakt', tenzij de onderneming is geselecteerd op basis van een openbare aanbesteding.

Voorwaarden 1 en 3 waren bekend van de toepassing van artikel 86 lid 2. Voorwaarden 2 en 4 zijn nieuw in het staatssteunrecht. Zij lijken mij te zijn geïnspireerd door (de bijlage bij) het gewijzigde voorstel van de Commissie over publieke dienstcontracten in het vervoer over de weg, het spoor en de binnenvaart.²⁴ De gedachte dat een openbare aanbesteding bevoordeling en dus steun kan voorkómen, wordt ook al langer door de Commissie toegepast.²⁵ Als

18 *Commissie/Frankrijk*, Jur. 2002, p. I-4397. Zie over dit arrest Lübbig en von Merveldt, *ECLR* 2003, p. 629. Het toerekeningscriterium was ook aan de orde in de zaken over het F-tarief van Gasunie voor de Nederlandse tuinders. *Gev. zaken* 67, 68 en 70/85, *Van der Kooy*, Jur. 1988, p. 219.

19 Punt 38. Het Hof heeft hier duidelijk het oog op de staat in zijn hoedanigheid van aandeelhouder.

20 Punt 52.

21 Zie de lijst van sterk uiteenlopende factoren genoemd in punt 56.

22 Punt 58.

23 C-280/00, *Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg*, Jur. 2003, p. I-7747.

24 Zie COM (2002) 107 def., met name de bijlage. Dat voorstel is overigens in het Europees Parlement gestrand. DG TREN werkt aan een nieuw voorstel ter vervanging van Verordening 1191/69. Zie voor de uitleg van deze verordening en het begrip 'openbare dienstverplichtingen' in het openbaar vervoer het arrest van het Gerecht van 16 maart 2004, T-157/01, *Danske Busvognmænd/Commissie*, n.n.g.

25 Zie de Richtsnoeren voor de steunrechtelijke beoordeling van privatiseringsmaatregelen, 23e Mededingingsverslag (1993), randnummer 403, de Kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek en ontwikkeling (Pb. EG 1996, C 45/5, punt 2.5) en de Communautaire richtsnoeren betreffende overheidssteun voor het zeevervoer (Pb. EG 1997, C 205/5, hft. 9). Is geen aanbestedingsprocedure gevolgd dan staat steunverlening niet vast maar vindt een omkering van de bewijslast plaats. De lidstaat zal op basis van objectieve gegevens moeten aantonen dat een normale handelstransactie heeft plaatsgevonden. Zie echter ook het arrest *Valmont* (hierna te bespreken), waarin het Gerecht aan de Commissie een zware bewijslast oplegt ten aanzien van het vaststellen van de waarde van een door de overheid verkocht stuk grond.

gevolg van de voorwaarden 2 en 4 staat de oplossing van het Hof qua resultaat verder af van de zuivere compensatiebenadering dan het compromis tussen beide benaderingen dat A-G Jacobs had voorgesteld in zijn conclusie in *GEMO*.²⁶ Zoveel kan ruim een jaar later wel worden gezegd dat niemand, behalve wellicht de juridische uitgevers, echt blij is met deze uitkomst, ook de Commissie niet. Het arrest is van diverse zijden besproken,²⁷ zodat ik mij beperk tot enkele hoofdvragen en de follow-up die aan het arrest is gegeven.

Belangrijkste vragen

Je hoeft geen profeet te zijn om te voorspellen dat nageenog geen enkel bestaand geval van overheidsfinanciering aan de stringente *Altmark*-voorwaarden zou voldoen.²⁸ Dat leidde allereerst tot de vraag of het arrest eigenlijk wel op die bestaande gevallen van toepassing was, of dat het alleen betrekking had op nieuwe gevallen. Het antwoord is simpel: omdat het Hof de werking van het arrest niet in de tijd heeft beperkt, geldt het met terugwerkende kracht. Dat antwoord leidde vervolgens tot de vraag of alle overheden een inventarisatie moesten gaan maken van alle niet-aangemelde lijken in de kast, teneinde die alsnog bij de Commissie aan te melden – vergelijkbaar met de hersteloperatie na de ‘Securitel-affaire’ in 1997. Zo ver is het – terecht – niet gekomen, al was het maar omdat volstrekt duidelijk was dat ook de Commissie zich met al deze aanmeldingen (uit de hele EU) geen raad zou weten. Een derde vraag was hoe het voortaan zat met de verhouding tussen artikel 87 lid 1 EG en artikel 86 lid 2 EG. Door de overlap van *Altmark*-voorwaarden 1 en 3 met de voorwaarden van 86 lid 2 leek het er even op dat een zaak die het niet haalt onder *Altmark*, het ook niet zou kunnen trekken onder artikel 86 lid 2. Dan zou men slechter af zijn dan in de staatssteunbenadering. We zullen hieronder zien dat dit meevalt. Ten slotte riep voorwaarde 4 tal van interpretatievragen op, vooral met betrekking tot de *bench mark company*. Wat als die er niet is? ²⁹ Mag dat ook een buitenlandse onderneming zijn?

Follow-up in de rechtspraak

Hoewel A-G Jacobs zijn belangwekkende conclusie had genomen in de zaak *GEMO*, gaat het arrest in die zaak op deze materie niet in.³⁰ Het Hof concentreerde zich volledig op de (indirecte) bevoordeling van de gebruikers – veehouders en slachthuizen –, hierin bestaande dat kadavers en slachtafval door een daartoe aangewezen destructiebedrijf gratis werden opgehaald. Op die manier werd hun een last bespaard ‘die normaliter op het budget van een onderneming drukt’. Bij gevolg was sprake van ‘een economisch voordeel dat de mededinging kan vervalsen’.³¹ Of de financiering van het destructiebedrijf aan *Altmark* voldeed, hoefde niet te worden onderzocht.

Een week later was het echter wel zover. In *Enirisorse* paste het Hof de *Altmark*-criteria toe.³² In Italië was een belasting op het laden en lossen van goederen in alle

havens van Italië ingesteld. De opbrengst ging voor één derde naar de schatkist en voor twee derde naar openbare ondernemingen, genaamd *Aziende*, die belast waren met het beheer van de mechanische voorzieningen voor laden en lossen in de Italiaanse havens. De firma *Enirisorse* had met eigen materieel en werknemers goederen gelost en weigerde de heffing te betalen. De zaak, die qua feiten sterk doet denken aan eerdere geruchtmakende Italiaanse havenzaken, deed de vraag rijzen of het ‘havenbedrijf’ steun ontving. Bij de eerste *Altmark*-voorwaarde ging het al mis. Niet was namelijk gebleken dat de *Aziende* belast zijn met ‘een taak van openbare-dienstverplichting en, *a fortiori*, evenmin dat deze duidelijk is afgebakend’.³³ Ten aanzien van de tweede voorwaarde merkte het Hof onder andere op dat geen duidelijkheid bestond over de kosten van de door de *Aziende* verrichte diensten, wat niet verbaast.³⁴ Ten aanzien van de derde voorwaarde constateerde het Hof dat het ontvangen bedrag afhing van de mate van bedrijvigheid in de betrokken haven, hetgeen de mogelijkheid van overcompensatie openliet.³⁵ Het arrest wijst uit dat de *Altmark*-voorwaarden niet alleen strikt zijn geformuleerd maar bovendien streng worden toegepast.

Tot slot noem ik het arrest *Valmont* van het Gerecht.³⁶ De Brabantse gemeente Maarheeze zou een stuk grond onder de marktprijs hebben verkocht aan het bedrijf *Valmont*. Het becijferde voordeel had de Commissie gebaseerd op een rapport dat de Nederlandse autoriteiten hadden overgelegd. Een door *Valmont* overgelegde expertise, die 10,5 NLG per vierkante meter lager uitkwam, was door de Commissie genegeerd. In een arrest, dat bepaald niet getuigt van *judicial self-restraint*, overweegt het Gerecht

26 Zie conclusie van 30 april 2002 in zaak C-126/01. In deze zaak vond de mondelinge behandeling plaats samen met een tweede mondelinge behandeling in *Altmark*. Jacobs koos voor de compensatiebenadering als er een duidelijk en direct verband bestaat tussen de kosten, zo niet dan zou de staatssteunbenadering moeten worden toegepast. Het Hof hanteert veel strengere voorwaarden voor de compensatiebenadering, waardoor het resultaat *de facto* in de meeste gevallen niet anders is dan het ingevolge de staatssteunbenadering zou zijn.

27 Zie F.B. Ronkes Agerbeek, *M & M* 2003, p. 213 e.v., B.J. Drijber, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 461, B.J. Drijber en N. Saanen-Siebenga, *NTER* 2003, p. 253 e.v., B. Hessel, *Gemeentestem* 2003, nr. 147, J.P.L. van Marissing, *SEW* 2004, p. 325, Thouvenin en Lorieux, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 2003, p. 633, Chr. Leibenath, *Europarecht* 2003, p. 1052, D. Jackson, *ULR* 2003, p. 81, Hansen c.s, t.a.p. p. 218-223 en Winter, t.a.p. p. 497-501.

28 Behoudens wellicht voor concessies die ingevolge de Wet personenvervoer 2000 al openbaar zijn aanbesteed. *Altmark* ging weliswaar over de exploitatie van een buslijn, maar de vier criteria hebben duidelijk algemene gelding.

29 Zoals het Hof aannam in de zaak *Chronopost/Ufex*, C-83/01P e.a., Jur. 2003, p. I-6993. Zie B.J. Drijber, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 460.

30 Arrest van 20 november 2003, C-126/01, n.n.g.

31 Punten 30-33.

32 Arrest van 27 november 2003, C-34/01 en C-38/01, *Enirisorse*, n.n.g. De zaak was overigens bepleit vóór het arrest *Altmark* werd gewezen.

33 Punt 34.

34 Punt 37.

35 Punt 39.

36 Arrest van 16 september 2004, T-274/01, *Valmont Nederland BV/Commissie*, n.n.g.

dat de Commissie de werkelijk betaalde prijs moet vergelijken met de prijzen die uit de verschillende rapporten naar voren komen om aan de hand daarvan te bepalen of 'deze prijs niet zo ver daarvan afwijkt dat moet worden geconcludeerd dat sprake is van een voordeel'.³⁷ Het Gerecht verwijt de Commissie de conclusies van het ene rapport klakkeloos te hebben overgenomen in plaats van de bewijskracht daarvan zelf te hebben onderzocht. Op het bedrijfsterein bevond zich verder een op kosten van de gemeente aangelegde parkeerplaats. Op grond van een overeenkomst met de gemeente moest Valmont toelaten dat ook andere bedrijven daar gratis gebruik van konden maken. Om die reden droeg Valmont als eigenaar 'in het algemeen belang een last', aldus het Gerecht.³⁸ De Commissie had niet zomaar de helft van de aanlegkosten als steun mogen aanmerken maar zij had aan de hand van de *Altmark*-criteria moeten onderzoeken 'of het deel van de aanlegkosten waardoor Valmont werd begunstigd in werkelijkheid niet als daadwerkelijke tegenprestatie van de door Valmont gedragen last moest worden beschouwd'.³⁹ Ik vind dat het Gerecht hier enigszins doorslaat. Het is nogal onredelijk de Commissie er een verwijt van te maken dat zij in haar beschikking niet de criteria heeft toegepast die 2,5 jaar later in de rechtspraak werden ontwikkeld. Verder lijkt *Altmark* mij niet geschreven voor dit soort gevallen. Niet elke aangegane 'last' – ter inperking van een 'lust' – is ook een 'publieke dienstverplichting'. *Enirisorse* bevestigt dat de eerste *Altmark*-voorwaarde nagenoeg overeenstemt met de eerste voorwaarde van artikel 86 lid 2 ('belast met een dienst van algemeen economisch belang'). Voor mij staat niet vast dat het toestaan dat een ander jouw parkeerterrein mag gebruiken daaronder valt.⁴⁰

Follow-up door de Commissie

Minstens zo interessant is wat de Commissie met *Altmark* heeft gedaan. Daarbij speelt op de achtergrond mee dat de Commissie in breder kader al lang worstelt met het lastige en beladen thema 'diensten van algemeen belang'.⁴¹ De steunrechtelijke beoordeling van de financiering daarvan is slechts één, zij het wel een heel belangrijk, aspect. Mijn inschatting was dat de Commissie weliswaar *Altmark* eng zou interpreteren maar dat toch een tekst als de 'Omroepmededeling'⁴² zou worden herzien. Wat in werkelijkheid gebeurt is dat de Commissie *Altmark* nagenoeg negeert en vooralsnog vasthoudt aan de staatssteunbenadering. Dat is althans wat zij heeft gedaan in een aantal beschikkingen over de publieke omroepen.⁴³ De Commissie stelt dat aan de *Altmark*-voorwaarden 2 en 4 niet is voldaan en past vervolgens de Omroepmededeling toe alsof er niets gebeurd is. Springende punt is steeds dat de compensatie van de overheid lager blijkt te zijn dan de kosten verbonden aan de uitoefening van de opgedragen publieke taken, zonder dat de lezer veel inzicht krijgt in de wijze waarop het niveau van die kosten is bepaald. Er volgt dus een verenigbaarverklaring op grond van artikel 86 lid 2 EG. Minder aantrekkelijk aspect van deze lusten/lasten- vergelij-

king vind ik dat overschotten behaald in een bepaald jaar zeer beperkt kunnen worden overgeheveld naar het volgende jaar en daarom al snel als overcompensatie worden aangemerkt. Daardoor wordt efficiënt beheer afgestraft en de verkeerde prikkel gegeven.

De Commissie zit duidelijk met *Altmark* in haar maag: zij wil geen bevoegdheden kwijtraken, maar ook niet overstroomd worden met aanmeldingen. Zij heeft daarom gezocht naar een oplossing waarbij, binnen strakke voorwaarden, enkele *safe harbours* worden aangeboden. Daartoe publiceerde zij in februari 2004 een ontwerp vrijstellingsbeschikking en een ontwerp kaderregeling.⁴⁴ De beschikking geeft een verenigbaarverklaring op grond van artikel 86 lid 2 en een vrijstelling van de aanmeldingsplicht voor compensatie van publieke dienstverplichtingen die steun vormt (en dus niet aan de *Altmark*-criteria voldoet), maar tegelijkertijd aan een aantal andere voorwaarden voldoet. Het betreft (i) kwantitatieve drempels voor de omzet van het betrokken bedrijf en de betrokken steun; (ii) een sectorale vrijstelling voor ziekenhuizen en sociale huisvestingsmaatschappijen die een dienst van algemeen economisch belang verrichten; (iii) de voorwaarden van artikel 86 lid 2 (onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang en de eis dat geen overcompensatie mag plaatsvinden). De Commissie geeft in dat verband aan, met welke kosten en inkomsten rekening gehouden mag worden en hoe het begrip 'redelijke winst' moet worden uitgelegd.⁴⁵ Het komt erop neer dat de Commissie *Altmark* opzijzet en artikel 86 lid 2 centraal stelt. In ruil daarvoor worden zaken die qua sector of omvang minder relevant zijn, vrijgesteld van aanmelding. De beschikking is, kennelijk bij gebrek aan beter, gebaseerd op artikel 86 lid 3 EG.⁴⁶

37 Punt 45. Een 'beetje afwijking' is kennelijk geen voordeel. De Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (Pb. EG 1997, C 209/3, punt 2 b) laat voor de echte verkoopprijs een marge toe van 5% onder de marktprijs.

38 Punt 124, voorafgegaan door onnodig zwaar aangezette verwijten aan het adres van de Commissie.

39 Punt 133.

40 Anders zou bijvoorbeeld ook een erfdiensbaarheid ten behoeve van een gemeente daaronder vallen.

41 Zie het Groenboek over diensten van algemeen belang van 25 mei 2003 (COM(2003) 270), dat alweer is opgevolgd door een Witboek van 12 mei 2004 (COM(2004) 374).

42 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van regels inzake staatssteun op openbare omroepen, Pb. EG 2001, C 320/5.

43 Zie de beschikking van 15 oktober 2003 m.b.t. de Italiaanse publieke omroep RAI (Pb. 2004, L 119/1), alsook de beschikking van 10 december 2003 inzake de Franse publieke omroepen France 2 en France 3.

44 Zie www.europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/. Zie voor een bespreking B. Hessel, *Gemeentestem* 2004, nr. 118, p. 405/408.

45 Zie art. 5 van de ontwerpbeschikking.

46 Op grond van deze bepaling kan de Commissie de verplichtingen van de lidstaten die uit art. 86 lid 1 EG voortvloeien, nader preciseren. Mijns inziens kun je je afvragen of het in dezen wel gaat om verplichtingen ex art. 86 lid 1. Een rechtsbasis voor een echte groepsvrijstelling is er vooralsnog niet, omdat Verordening 994/98 van de Raad – waarin aan de Commissie de bevoegdheid is gedelegeerd voor bepaalde onderwerpen een groepsvrijstelling vast te stellen – dit onderwerp niet dekt.

De ontwerp kaderregeling bevat een tweede vangnet voor de financiering van publieke dienstverplichtingen die niet aan de strenge *Altmark*-criteria voldoet. Deze kaderregeling geeft een uitleg van de voorwaarden van artikel 86 lid 2, die tegelijkertijd neerkomt op een nadere uitleg van de *Altmark*-voorwaarden 1, 2 en 3. Dat laatste hoeft niet te verbazen. Op het verbod van overcompensatie maakt de Commissie een kleine concessie: een overschot van maximaal 10% mag naar het volgende jaar worden overgeheveld.⁴⁷ Deze kaderregeling zal worden toegepast op alle aangemelde steunvoornemens waarop de Commissie na datum van publicatie van de regeling beslist, ook als zij voor die tijd waren aangemeld.

Op dit moment staat niet vast of beide ontwerp teksten ongewijzigd zullen worden vastgesteld. Voor mijn gevoel valt er nog veel op te helderen.

Procedurele onderwerpen⁴⁸

Regelgevend kader

Sinds het van kracht worden van de Procedureverordening⁴⁹ van de Raad ligt de staatssteunprocedure redelijk helder vast. In mei 2004 trad een uitvoeringsverordening van de Commissie in werking met regels die tot doel hebben de procedure te moderniseren. De verordening bevat voorschriften over een verplicht aanmeldingsformulier, de inhoud en wijze van jaarlijkse verslaglegging door de lidstaten, de berekening van termijnen en de berekening van rentevoeten.⁵⁰ Onderdeel daarvan is dat bij de terugvordering van ten onrechte betaalde steun samengestelde rente moet worden berekend.⁵¹

Bestaande versus nieuwe steun

Een nog steeds veelvoorkomend geschilpunt is of een bepaald voordeel als bestaande steun of als nieuwe steun moet worden aangemerkt. Bestaande steun hoeft niet te worden opgeschort en kan ook niet worden teruggevorderd, omdat de Commissie in eerste instantie alleen maar 'dienstige maatregelen' kan voorstellen.⁵² Wanneer de Commissie in haar beschikking ter inleiding van de formele onderzoeksprocedure een maatregel aanmerkt als nieuwe steun, heeft dat rechtsgevolgen. Daarom kunnen lidstaten en ondernemingen die rechtstreeks en individueel zijn geraakt, daartegen in beroep gaan.^{53,54} Die beroepsmogelijkheid heeft de vraag doen rijzen of de kwalificatie 'nieuwe steun' nog wel voor het eerst kan worden aangevochten in een beroep tegen de eindbeschikking of dat die eindbeschikking op dat punt een 'bevestigende handeling' vormt, zodat een daartegen gericht beroep niet-ontvankelijk zou zijn.⁵⁵ De consequentie daarvan zou kunnen zijn dat partijen ter veiligstelling van hun rechten stelselmatig beroep zouden instellen tegen de opening van de procedure. Voor de Commissie lijkt mij dat geen aantrekkelijk perspectief, toch heeft zij de niet-ontvankelijkheid bepleit.⁵⁶ Het Gerecht heeft dit verweer op overtuigende wijze van tafel geveegd.⁵⁷ Nu een beroep tegen de opening van de proce-

dure dus niet nodig is, komt het in de praktijk aan op de *opportunititeit* van een dergelijk beroep. Het risico dat als gevolg van het beroep de verhoudingen met de Commissie op scherp worden gezet, lijkt mij in de regel groter dan de kans dat er een effectief drukmiddel van uit zal gaan.

Een lastig in te delen categorie vormt de bevoordeling van ondernemingen die aanvankelijk opereerden op een markt die niet openstond voor concurrentie.⁵⁸ Maatregelen die na de (gedeeltelijke) openstelling van de markt worden ingesteld, zijn aan te merken als nieuwe steun.⁵⁹ Maatregelen die voordien al van kracht waren, worden volgens het Gerecht vanaf de openstelling van de markt bestaande steun.⁶⁰ De Procedureverordening spoort daarmee slechts gedeeltelijk: een vóór de liberalisering ingestelde maatregel is daarna bestaande steun voorzover de maatregel geen wijziging heeft ondergaan; zij vormt echter nieuwe steun als de liberalisering het gevolg is van een wijziging van het gemeenschapsrecht.⁶¹ Het eerste deel van deze omschrijving speelt een rol in de zaken over de financiering van de publieke omroep. De Commissie brengt een onderscheid aan tussen de reguliere, publieke financiering enerzijds en 'ad hoc financiering' anderzijds. Voor de eerste categorie onderzoekt de Commissie uit zichzelf of die als 'bestaande steun' kan worden aangemerkt (wat veronder-

47 Zie punt 20.

48 Zie ook J.G. Westerhof, *NTER* 2003, p. 233 e.v. en Soltész en Bielez, *ECLR* 2004, p. 133 e.v.

49 Verordening 659/1999, Pb. EG 1999, L 83/1. Zie P.J. Slot en A. Sinnaeve, *CML Rev.* 1999, p. 1153, N.E.M. Kohll, *NTER* 1999, p. 182 en P.J. Slot, *M&M* 2000, p. 11.

50 Verordening 794/2004, Pb. EU 2004, L 140/1. Al eerder had de Commissie een formulier voor de indiening van klachten gepubliceerd, Pb. EU 2003, C 116/3.

51 Zie eerder de Mededeling over de toe te passen rentepercentages bij de terugvordering van onrechtmatig verleende steun, Pb. EU 2003, C 110/21.

52 Art. 88 lid 1 EG en art. 18 en 19 Procedureverordening.

53 Zie C-312/90, *Spanje/Commissie*, Jur. 1992, p. I-4117, punt 22 e.v., C-400/99, *Italië/Commissie (Tirrenia)*, Jur. 2001, p. I-7303, punt 46 e.v. en T-207/01, *Gibraltar/Commissie*, Jur. 2002, p. II-2309, punten 82-86.

54 Het omgekeerde is overigens ook het geval: mits zij *locus standi* hebben, kunnen concurrenten van een steunontvangende onderneming in beroep komen tegen een beschikking waarbij de Commissie een maatregel als 'bestaande steun' heeft aangemerkt. Zie T-82/96, *ARAP*, Jur. 1999, p. II-1889, punt 36, en C-321/99P, Jur. 2002, p. I-4287, punt 61.

55 Met name het arrest *Tirrenia* heeft op dat punt de nodige vragen opgevoerd.

56 Naar ik heb vernomen met de bedoeling het Gerecht de gelegenheid te geven het argument te verwerpen, teneinde bij de lidstaten de onzekerheid weg te nemen over de ontvankelijkheid van een beroep tegen de eindbeschikking.

57 Arrest van 27 november 2003, T-190/00, *Regione Siciliana/Commissie*, n.n.g., punt 47 e.v.

58 Wanneer er geen concurrentie is, kan de concurrentie ook niet zijn verstoord. Dat wil uiteraard niet automatisch zeggen dat de monopolist voor de toepassing van het mededingingsrecht geen 'onderneming' zou zijn.

59 T-298/97, *Alzetto Mauro/Commissie*, Jur. 2000, p. II-2319, punt 145, bevestigd in het arrest van het Hof van 29 april 2004, C-298/00P, n.n.g., punt 68. De feiten van die zaak dateerden van vóór de inwerkingtreding van de Procedureverordening.

60 T-298/97, *Alzetto Mauro*, punt 143.

61 Art. 1, letter b), onder v).

stelt dat niet aan de *Altmark*-criteria is voldaan).⁶² Het zou dan moeten gaan om steun die dateert van vóór de inwerkingtreding van het Verdrag. De tweede categorie maatregelen merkt de Commissie als nieuwe steun aan. Het kan daarbij gaan om reddingssteun, leningen etc. In de Nederlandse zaak heeft de Commissie dit *label* geplakt op een aantal 'neventaken' van de publieke omroepen.⁶³

De aanmelding

De zaak *Van Calster* ging over verplichte bijdragen aan het Belgische Fonds voor de gezondheid en de productie van dieren.⁶⁴ Verschil met *Pearle* was dat het fonds door de overheid was ingesteld. Maar net als in *Pearle* stond niet de uitgavenkant maar de heffingenkant centraal. Het Hof bevestigde dat een regeling waarbij is bepaald dat een fonds uit parafiscale heffingen wordt gevoed, in zijn geheel moet worden aangemeld⁶⁵ (wat weer niet geldt als er – zoals in *Pearle* – geen overheidsmiddelen in het geding zijn). Bij schending van deze aanmeldingsplicht zullen betaalde heffingen moeten worden terugbetaald.

Moet een maatregel als steunvoornemen worden aangemeld zodra vaststaat dat de drie elementen overheidsmiddelen, voordeel en bepaalde ondernemingen zich voordoen, of is aanmelden pas aan de orde als tevens aannemelijk is dat aan de eisen van concurrentievervalsing en handelsbeïnvloeding is voldaan? Het Hof heeft in *Pearle* de gelegenheid voorbij laten gaan hier een duidelijke uitspraak over te doen.⁶⁶ Argumenten voor de eerste opvatting zijn dat steeds aanmelden de meest veilige weg is en – meer principieel – dat alleen de Commissie bevoegd en in staat zou zijn te beoordelen of aan de laatste twee elementen is voldaan.⁶⁷ Het beste argument voor de tweede opvatting vind ik dat artikel 88 lid 3 verwijst naar 'het voornemen tot invoering of wijziging van een steunmaatregel' en het begrip 'steunmaatregel' volgens artikel 87 lid 1 alle vijf hiervoor genoemde voorwaarden omvat. Bovendien zou een steunverlenende overheid die wel in staat en bevoegd is te beoordelen of een onderneming een voordeel ontvangt (in de praktijk vaak de lastigste voorwaarde), toch ook in staat moeten zijn te beoordelen of de mededinging wordt verstoord en de handel tussen de lidstaten kan worden geraakt. Daar kan weer tegen worden ingebracht dat met het bestaan van het voordeel vrijwel automatisch de mededingingsverstoring is gegeven en dat Commissie en Hof de voorwaarde van handelsbeïnvloeding bijzonder ruim uitleggen. Het voorlopige oordeel dat aan de eerste drie voorwaarden is voldaan, zal al snel impliceren dat ook de laatste twee voorwaarden zijn vervuld. Het verschil tussen beide opvattingen valt in de praktijk dan ook erg mee, wat een extra reden vormt om de eerste opvatting te prefereren. Binnen de Rijksoverheid is dat ook de heersende leer.⁶⁸

Het is niet zinvol een niet-aangemelde en reeds ten uitvoer gebrachte steunmaatregel alsnog aan te melden als de Commissie de zaak langs andere weg op het spoor is gekomen, zoals vroeger op grond van Verordening 17 wel

kon voor mededingingsbeperkende overeenkomsten. De logica van de aanmeldingsprocedure is immers de Commissie in staat te stellen een *ontwerp*-steunmaatregel preventief te toetsen.⁶⁹ Wat ook geen soelaas biedt is een reparatiemaatregel als in *Van Calster* aan de orde was. Nadat de Commissie in 1991 een niet-aangemelde regeling had verboden die voorzag in een heffing over ingevoerde of uitgevoerde dieren, heeft de Belgische regering een nieuwe regeling vastgesteld en aangemeld die alleen voorzag in een heffing op nationale dieren. Voor die categorie werd de heffing echter met terugwerkende kracht opgelegd. Kennelijk doel was de destijds opgelegde heffingen alsnog 'te regulariseren' om het fonds van voldoende middelen te voorzien. Deze truc ging niet op.

Opening van de formele onderzoeksprocedure

De Commissie *moet* een formele procedure openen in geval van 'serieuze moeilijkheden' bij de beoordeling van een steunmaatregel.⁷⁰ Al eerder was uitgemaakt dat de Commissie in beginsel steeds de procedure moet openen, tenzij zij aan het eind van het inleidend onderzoek over alle informatie beschikt om te kunnen concluderen dat er hetzij geen steun hetzij een verenigbare steun is. Die strenge jurisprudentie is ontstaan in een periode waarin de Commissie volgens het Gerecht te lang treuzelde met de afsluiting van de eerste onderzoeksfase en lidstaten (het ging bijna altijd om Franse zaken) te gemakkelijk liet wegkomen.⁷¹ Objectiviteit in het mededingingsrecht betekent nu eenmaal streng in de leer zijn. Commissaris Monti heeft zijn goede reputatie mede daaraan te danken.

De opening van de procedure verlengt de *standstill*-verplichting. Het ligt voor de hand dat bij niet-aangemelde (nieuwe) steun die al ten uitvoer wordt gelegd, de *standstill*-verplichting van artikel 88 lid 3, laatste zin, EG eveneens geldt, omdat een schending van de aanmeldingsplicht anders

62 Zie bijvoorbeeld de beschikking inzake de *RAI* (Pb. EG 2004, L 119/1).

63 Zie voor een beschrijving van de Nederlandse zaak *R. Chavannes* in *Mediaforum* 2004, p. 302 en daarvoor reeds P.J. Kreijger, *Mediaforum* 2003, p. 82 en, in reactie daarop, H. Zeinstra, *Mediaforum* 2003, p. 163.

64 Arrest van 21 oktober 2003, gev. zaken C-261/01 en C-262/01, n.n.g. Zie J.W. van de Gronden, *SEW* 2004, p. 341 en dezelfde auteur met S. Belhaj, *Overheid en aansprakelijkheid* 2004, p. 119.

65 Zie met name punt 49 en 52. Zie ook het arrest *Enirisorse*, reeds aangehaald, punt 44.

66 Zie punten 32 en 33, waarin de voorwaarden van art. 87 lid 1 EG nog eens worden genoemd. Dat is echter niet zonder meer een aanwijzing dat het Hof voor de tweede opvatting zou kiezen.

67 Een uitgesproken vertegenwoordiger van de 'vooral aanmelden school' is prof. Bart Hessel. Zie Hessel en Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Kluwer, 2001 en de talrijke publicaties van Hessel in de *Gemeentestem*. Zaken die onder de *De Minimis* Verordening 69/2001 vallen, hoeven niet te worden gemeld. Er gelden wel administratieve en rapportageverplichtingen.

68 In dezelfde zin de Informatiewijzer voor de decentrale overheid inzake Europese regelgeving over staatssteun, een gezamenlijke uitgave van het Ministerie van BZK en Europa Decentraal.

69 Het dossier zal ook bij de Commissie als een 'aide NN' (*non notification*) geregistreerd blijven.

70 T-73/98, *Prayon-Rupel/Commissie*, Jur. 2001, p. II-867, punten 44-45.

71 C-367/95P, *Sytraval*, Jur. 1998, p. I-1719 en T-49/93, *SIDE*, Jur. 1995, p. II-2501.

zou worden 'beloond'. In de praktijk kan dat toch problematisch zijn. Een wettelijke belastingfaciliteit die al geruime tijd wordt toegepast, kan moeilijk zo maar even worden bevroren. Een beschikking ex artikel 88 lid 2 EG bevat echter de vaste passage dat de lidstaat wordt herinnerd aan de verplichtingen genoemd in artikel 88 lid 3 EG en artikel 14 van de Procedureverordening. Deze verwijzing heeft de vraag doen rijzen of de beschikking tot opening van de procedure zelf ook een bevel tot opschorting inhoudt.⁷² Naar mijn mening is dat niet het geval. Artikel 11 van de Procedureverordening bepaalt namelijk dat de Commissie, na de betrokken lidstaat te hebben gehoord, de opschorting per aparte beschikking kan gelasten. Deze afzonderlijke procedure zou geen zin hebben als de openingsbeschikking zelf een bevel tot opschorting zou behelzen.⁷³ Doorgaan met de toepassing van een steunmaatregel waartegen de Commissie een procedure heeft ingeleid houdt uiteraard wel grote risico's in. In de eerste plaats zal de rekening van een latere terugvordering verder oplopen, wat eerst en vooral riskant is voor de bevoordeelde onderneming(en). In de tweede plaats wordt het voor concurrenten nog gemakkelijker om met een beroep op de directe werking van de *standstill*-verplichting de nationale rechter te vragen de tenuitvoerlegging van niet-aangemelde steun op te schorten en eventueel alvast de terugvordering van onrechtmatige steun te gelasten.⁷⁴

De nationale rechter

Dat laatste risico zal zich in de praktijk vooral voordoen bij individuele, met publieke middelen gesubsidieerde projecten. Redelijk berucht is de – inmiddels vernietigde – uitspraak van de voorzieningenrechter Alkmaar,⁷⁵ waarin een vordering tot opschorting van een niet-aangemelde maatregel werd afgewezen omdat de zaak via een klacht al bij de Commissie bekend was en er niet op voorhand van uitgegaan mocht worden dat inderdaad van een steunmaatregel sprake was.⁷⁶ De recente uitspraak van de voorzieningenrechter Groningen in een door een kabelmaatschappij aangespannen kort geding tegen de gemeente Appingedam over de aanleg van een gemeentelijk glasvezelnet is op dit punt wel volgens het boekje.⁷⁷ Die opschorting kan ook doorwerken in het bestuursrecht, bijvoorbeeld bij bezwaren tegen de uitvoering van een bestemmingsplan dat van gemeentewege wordt meegefinancierd.⁷⁸

Artikel 88 lid 3 EG behoort zodoende tot de bevoegdheden van de nationale rechter. Daarentegen is de Commissie bij uitsluiting bevoegd te beoordelen of een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is. In *Van Calster* leidde het Hof uit deze taakverdeling af, dat de verenigbaarverklaring van een ten uitvoer gelegde steun geen terugwerkende kracht mag hebben. Een onrechtmatige steun kan dus niet voor het verleden alsnog rechtmatig worden. Dat betekent dat de rechten die particulieren ontleenen aan artikel 88 lid 3, voor die voorafgaande periode onaangetaast blijven. Als de steun uitsluitend uit de heffing wordt gefinancierd, moeten de over de periode voorafgaande aan de goedkeuring afgedragen heffingen worden terug-

betaald. Als de heffing slechts voor een deel bestemd is voor de financiering van de steunmaatregel, hoeft ook alleen maar dat gedeelte te worden terugbetaald.⁷⁹

Terugvordering

De Commissie is *verplicht* om in een verbodsbeschikking de terugvordering van onrechtmatige steun te gelasten.⁸⁰ Waar een recht is, is een remedie; en waar een inbreuk is, een sanctie. Om beter toezicht te houden op die terugvordering heeft DG COMP een 'Monitoring en recovery unit' ingesteld. Het geld moet terug naar de steunverlenende overheid, niet naar de Commissie. De Commissie kan hooguit incasseren (voor de EU-begroting) als een lidstaat een tweede keer door het Hof wordt veroordeeld wegens het niet nakomen van een verbods- en terugvorderingsbeschikking.⁸¹ Zover is het bij mijn weten nog nooit gekomen. Wel treedt de Commissie veel actiever op dan voorheen.⁸²

Als het bij de nationale rechter tot een terugvorderingsactie door de staat (of een ander verantwoordelijk overheidsorgaan) tegen het bevoordeelde bedrijf komt, zal die actie een nationaalrechtelijke rechtsbasis moeten hebben. Dat kan de nodige vragen oproepen, vooral als het geld moet worden teruggehaald bij partijen die *indirect* bevoordeeld zijn⁸³ of bij een opvolgende eigenaar van de (destijds) bevoordeelde onderneming.⁸⁴ Mij dunkt dat in

72 De rechtspraak is op dit punt niet vrij van dubbelzinnigheid. Zie het arrest *Tirrenia* en het arrest van het Gerecht in T-346, 347 en 348/99, *Territorio Historico de Alava/Commissie*, Jur. 2002, p. II-4259.

73 Westerhof, t.a.p. p. 235, draait het argument om door te stellen dat art. 11 eigenlijk geen betekenis heeft.

74 Zie ook de Bekendmaking van de Commissie betreffende de samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de lidstaten, Pb. EG 1995, C 312/8.

75 Voorzieningenrechter Rb. Alkmaar 5 december 2002, *Bedrijvenvereniging Huiswaard/Gemeente Alkmaar*, zaak nr. 338/2002. Deze uitspraak is door het Hof Amsterdam vernietigd bij arrest van 1 april 2004 (206/03 KG, LJN nummer A06912).

76 Inmiddels startte de Commissie een formele onderzoeksprocedure naar de bouw van het nieuwe AZ. stadion (Pb. EU 2003, C 266/8).

77 Voorzieningenrechter Rb. Groningen 3 september 2004, KGZA 04-271, besproken door B. Hessel in *Mediaforum* 2004, p. 327.

78 Zie ABRvS 6 mei 2004, AB 2004, 225.

79 *Enirisorse*, punt 45.

80 Art. 14 lid 1 Procedureverordening.

81 Art. 228 lid 1 EG. De eerste inbreukprocedure (art. 226 EG) kan de Commissie direct bij het Hof aanhangig maken, zonder eerst de precontentieuze procedure te hoeven volgen (art. 88 lid 2, 2e alinea EG).

82 De belangrijkste lopende zaken zijn die tegen Frankrijk (over Bull) en tegen Duitsland (over de Landesbanken). In de laatste zaak gaat het om een terug te vorderen som van 3 miljard. Zie *Agence Europe* 8811 van 21 oktober 2004, p. 12.

83 Zo heeft de follow-up van de zaak over de tankstations in de grensstreek (C-382/99, *Nederland/Commissie*, Jur. 2002, p. I-5163) de nodige voeten in de aarde, onder meer omdat daar de oliemaatschappijen en niet de individuele pompstations zouden zijn bevoordeeld door de tijdelijke accijnsreductie.

84 Zie S. Coppieters, *SEW* 2001, p. 400 n.a.v. de zaak *Seleco*. Zie C-328/99 en C-399/00, *Italië en SIM Media/Commissie*, Jur. 2003, p. I-4035. Het Hof bepaalde dat de verkoop van aandelen in een onderneming die onrechtmatige steun heeft ontvangen, niet van invloed is op de verplichting tot terugvordering. Dit soort problemen van aanspreekbaarheid in geval van rechtsopvolging zijn al veel langer bekend uit het kartelrecht.

een dergelijke nationale procedure de verweermiddelen van het aangesproken bedrijf op dezelfde wijze zullen moeten worden ingeperkt als voor de lidstaat tegenover de Commissie het geval is. Het kan niet zo zijn dat een bedrijf bij de rechter met een zielig verhaal wegstrekt maar de lidstaat vervolgens daarmee bij de Commissie bot vangt. Net als in het gewone mededingingsrecht is ook de nationale rechter aan de verbodsbeschikking van de Commissie gebonden.⁸⁵

Zoals bekend is er nauwelijks een mogelijkheid om onder een terugvorderingsverplichting uit te komen (ervan uitgaande dat de verbodsbeschikking als zodanig in stand blijft). Alle denkbare excuses en smoezen zijn al door de lidstaten geprobeerd en door het Hof verworpen. In de praktijk zijn er slechts twee kansrijke uitzonderingen: het steunontvangende bedrijf *is* (op eerlijke wijze) failliet gegaan of *de Commissie* had het gewettigd vertrouwen gewekt dat de betrokken steunoperatie niet in strijd was met het Verdrag. Een lidstaat die een steunregeling niet heeft gemeld, kan zich echter niet met een beroep op het gewettigd vertrouwen van de steunontvangers onttrekken aan zijn verplichting de steun terug te vorderen.⁸⁶

In de zaak over de *Nederlandse concernfinanciering* aanvaardde de Commissie een beroep op gewettigd vertrouwen omdat zij eerder geen bezwaar had gehad tegen de enigszins vergelijkbare regeling over de Belgische coördinatiecentra (en niet omdat zij ten aanzien van de Nederlandse regeling te lang inactief zou zijn geweest).⁸⁷ Zij zag daarom af van een terugvorderingsbevel, maar verbood intussen wel deze Nederlandse fiscale faciliteit.⁸⁸ De Belgische regeling werd dezelfde dag verboden, maar ook alleen voor de toekomst. Wegens gewettigde verwachtingen stond de Commissie bovendien een overgangstermijn tot eind 2005 toe. België vond dat nog te kort en slaagde erin de Raad te laten instemmen met een overgangstermijn tot 2010.⁸⁹

In het alweer van 1987 daterende *RSV*-arrest bepaalde het Hof dat het lange stilzitten van de Commissie door het belanghebbende bedrijf zo mocht worden opgevat dat de Commissie niet langer twijfelde aan de verenigbaarheid van de steunmaatregel. *RSV* is vaak ingeroepen, maar zonder succes.⁹⁰ Ik denk dat 'stilzitten' als rechtvaardigingsgrond vandaag de dag niet meer op deze wijze aan de orde komt. De Procedureverordening straft in de eerste onderzoeksfase stilzitten af met een stilzwijgende goedkeuring.⁹¹ In de tweede fase geldt een niet-fatale termijn van 18 maanden⁹² en is het een koud kunstje voor de Commissie door stopbriefjes te voorkomen dat gewettigd vertrouwen ontstaat. Een steunontvangend bedrijf heeft er bovendien geen belang bij tegen de Commissie een beroep wegens nalaten (artikel 232 EG) aan te spannen.⁹³

De bevoegdheid van de Commissie om steun terug te vorderen verjaart na 10 jaar.⁹⁴ Die verjaringstermijn kan volgens het Gerecht worden gestuit door een enkel verzoek om inlichtingen.⁹⁵ De periode waarover wordt teruggevorderd kan zo teruggaan tot 10 jaar voor de datum van het

verzoek om inlichtingen. Vaak valt dat tijdvak samen met de onderzoeksperiode.⁹⁶

Samenhang met andere procedures en rechtsgebieden

In het arrest *Van Calster* bepaalde het Hof dat de wijze van financiering van een steunmaatregel het geheel van de ermee gefinancierde steunregeling onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan maken.⁹⁷ Als financiering plaatsvindt in strijd met een andere verdragsbepaling, bijvoorbeeld artikel 23 en 25 EG over maatregelen van gelijke werking als een douaneheffing, mag de Commissie de steunregeling om die reden niet verenigbaar verklaren met de gemeenschappelijke markt.⁹⁸ Omgekeerd, als de financiering van de steun via een heffing op zichzelf wel verenigbaar is met het Verdrag, bijvoorbeeld met artikel 90 dat

85 Mocht de beschikking niet zijn aangevochten bij de communautaire rechter, dan kan later niet bij de nationale rechter beroep op de ongeldigheid van de beschikking worden gedaan. Zie C-188/92, *Textilwerke Deggendorf*, Jur. 1994, p. I-833.

86 Arrest *P & O European Ferries*, reeds aangehaald, punt 202.

87 Beschikking 2003/515 van 17 februari 2003, Pb. EU L 180/52.

88 Hoewel de regeling openstond voor een brede categorie internationaal opererende concerns en ook een heterogeen scala aan bedrijven er gebruik van maakte, was volgens de Commissie toch aan het selectiviteitsvereiste voldaan. Recente rechtspraak bevestigt dat ook al aan die voorwaarde wordt voldaan door regelingen die een fiscaal voordeel bevatten voor 'alle bedrijven die stoffelijke goederen produceren' (zie C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Jur. 2001, p. I-8365, punt 48-53). Ook als de begunstigde ondernemingen tot verschillende sectoren van het bedrijfsleven horen, kan aan het selectiviteitsvereiste zijn voldaan (C-409/00, *Spanje/Commissie*, Jur. 2003, p. I-1487, punt 48 en *GEMO*, punt 39).

89 Op grond van art. 88, lid 2, 3e alinea EG kan de Raad op verzoek van een lidstaat met unanimititeit en om bijzondere redenen een steunmaatregel verenigbaar verklaren met de gemeenschappelijke markt. Deze bepaling leent zich bij uitstek voor *package deals*. Zij is bijvoorbeeld toegepast in het dossier over de 'paarse diesel' (Nederlandse benzineaccijnsverlaging ten behoeve van het wegvervoer). Deze bepaling gaat echter niet zover dat een door de Commissie definitief beoordeelde en verboden steun alsnog door de Raad verenigbaar kan worden verklaard (arrest van 29 juni 2004, C-110/02, *Commissie/Raad (Portugese varkensboeren)*, n.n.g.). Na dit arrest zal ook het beroep van de Commissie tegen het besluit van de Raad over de Belgische coördinatiecentra (zaak C-399/03, Pb. EU 2003, C 275/35) vermoedelijk slagen.

90 Zie bijvoorbeeld Beschikking 2003/86 van 20 december 2001, *Vizcaya*, Pb. EU 2003, L 40/11.

91 Zie art. 4 lid 6. De lidstaat moet dan wel zijn voornemen om de steun ten uitvoer te leggen kenbaar maken, waarna de Commissie 15 dagen heeft om alsnog een formele onderzoeksprocedure te openen. Zie voor een geval waarin zij dat te laat deed C-398/00, *Spanje/Commissie*, Jur. 2002, p. I-5643.

92 Art. 7 lid 6.

93 Dat ligt anders voor klagers, zoals blijkt uit de diverse door commerciële omroepen met succes tegen de Commissie ingestelde beroepen wegens nalaten (art. 232).

94 Art. 15 lid 1 Procedureverordening.

95 Arrest van 4 oktober 2003, T-366/00 en T-369/00, *Scott en Département de Loiret/Commissie*, n.n.g., punt 82.

96 Zo bijvoorbeeld in de *zeesleperszaak* en de zaak over de *Nederlandse omroepfinanciering*. In die laatste zaak is de onderzoeksperiode aan weerszijden begrensd (1992-2002).

97 Arrest, punt 49.

98 Arrest, punt 48.

fiscale discriminatie verbiedt, wil dat nog niet zeggen dat zij ook verenigbaar is met artikel 87 en 88 EG.⁹⁹ De omstandigheid dat de staat een openbare onderneming een voordeel verschafft dat als verboden staatssteun moet worden aangemerkt, sluit namelijk niet uit dat deze toedeling ook misbruik van machtspositie door die onderneming in de hand kan werken, wat in strijd kan zijn met artikel 86 juncto 82 EG.¹⁰⁰

Vast te houden is dat een regeling die qua steunintensiteit geen problemen hoeft op te leveren maar om een andere reden inbreuk maakt op het EG-Verdrag, enkel daarom niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar kan worden verklaard.¹⁰¹ Dat lot treft bijvoorbeeld een steunregeling ten behoeve van een bepaalde regio of een bepaalde industriële sector, waarin is bepaald dat een bedrijf om voor steun in aanmerking te komen alleen werknemers uit de betrokken regio moet inzetten of overwegend nationale onderdanen of rechtspersonen als bestuurder of aandeelhouder moet hebben. Voor de Commissie is het dan eenvoudig de aangemelde regeling wegens strijd met het vrij verkeer van werknemers respectievelijk de vrijheid van vestiging te verbieden. Zij hoeft daarvoor geen inbreukprocedure te starten (artikel 226). Zij kan dat niet eens doen, als we uitgaan van het normale geval van een nieuwe steun die in ontwerpstadium is aangemeld. Er is dan immers nog geen inbreuk. Lidstaten moeten daarom goed opletten dat een aangemelde steunregeling niet een communautairrechtelijk 'vuiltje' bevat, dat de hele regeling de das om kan doen.

In dat verband moet ook de wisselwerking tussen de staatssteunregels en de overige mededingingsregels worden genoemd. De Commissie mag geen goedkeuring hechten aan steun ten behoeve van een joint venture die in strijd is met artikel 81 lid 1 EG.¹⁰² In *RJB Mining* bepaalde het Gerecht dat als een fusie gepaard gaat met een beweerdelijke staatssteun de Commissie bij de beoordeling van die concentratie de vraag dient te betrekken 'of en eventueel in welke mate de financiële en dus commerciële macht van de gefuseerde eenheid is versterkt door de financiële ondersteuning in de vorm van eventuele steun'.¹⁰³ Op deze uitspraak is nogal wat kritiek geweest.¹⁰⁴ Ik denk zelf dat het Gerecht niets anders heeft willen zeggen dan dat bij de *ex ante* beoordeling van de marktmacht van de gefuseerde eenheid rekening moet worden gehouden met de financiële slagkracht van die eenheid, ook als een deel van de financiering uit overheidsmiddelen komt. In *Babyliiss* heeft het Gerecht *RJB Mining* eng uitgelegd. Het overwoog dat niet kan worden verlangd dat de Commissie in elke concentratieprocedure – die zij binnen strikte termijnen moet beëindigen – eerst een staatssteunprocedure tot een goed einde brengt. Het Gerecht wees er verder op dat *RJB Mining* betrekking had op een privatiseringsoperatie waarbij de koopprijs zelf als staatssteun was aangemeld. Deze – zeer bijzondere – situatie kon volgens het Gerecht niet worden vergeleken met een gewone concentratie van twee privé-vennootschappen.¹⁰⁵

Besluit: een volgende moderniseringsoperatie?

Na de modernisering van het kartelbeleid en de aanpassingen bij de concentratiecontrole rijst de vraag of ook het derde mededingingsrechtelijk luik niet toe is aan een nieuw jasje. Het huidige jasje begint als gevolg van de extensieve interpretatie van artikel 87 lid 1 en de aanmeldingsplicht van artikel 88 lid 3 te knellen. Dat alles legt grote druk op de middelen van de Commissie. In zoverre is er een duidelijke parallel met de oude Verordening 17. Staatssteun ligt echter in die zin anders, dat daar gearbitreerd moet worden tussen nationale en communautaire belangen.¹⁰⁶ Dat kun je niet zomaar naar de lidstaten decentraliseren. De makkelijkste manier om de vloed van zaken in te dammen zou zijn een inperking te geven van artikel 87 lid 1, of de bestaande *De Minimis* verordening fors op te rekken.¹⁰⁷ Los van de vraag of een instrument van afgeleid recht een verdragsbepaling zoals door het Hof uitgelegd kan inperken,¹⁰⁸ lijkt de Commissie niet bereid een stap terug te doen,¹⁰⁹ zelfs niet als zij zich daarmee minder interessante aanmeldingen kan besparen.¹¹⁰ Voor de Commissie is het aantrekkelijker om lichtere zaken via een vereenvoudigde goedkeuringsprocedure te kunnen afdoen.

Tegen deze achtergrond heeft de Commissie eind 2003 ideeën voor een *significant impact test* gelanceerd.¹¹¹ Doel is meer te kijken naar het economische effect van een steunverlening. Dat klinkt enigszins als de meer economische benadering die ook in het kartelrecht opgeld is gaan doen. De uitwerking is echter totaal verschillend. Concreet stelt de Commissie twee nieuwe tests voor.

In de eerste plaats onderscheidt de Commissie een categorie van geringe steunbedragen ('*limited amount of*

99 Arrest, punt 47.

100 *Enirisorse*, punt 50. De formulering van het arrest is op dit punt niet erg nauwkeurig omdat een inbreuk op art. 82 en 86 EG alleen door een lidstaat kan worden begaan.

101 Zie reeds zaak 73/79, *Commissie/Italië*, Jur. 1980, p. 1533, punt 11.

102 C-225/91, *Matra*, Jur. 1993, p. I-3203, punt 45 en T-17/93, *Matra*, Jur. 1994, p. II-595.

103 T-156/98, Jur. 2001, p. II-337, punt 125. Het betrof nog een fusie onder art. 66 lid 2 EGKS.

104 Zie Hansen c.s., t.a.p. p. 232, voor de – volgens hen weinig heldere – toepassing die de Commissie aan *RJB Mining* heeft gegeven.

105 Punt 441.

106 Zie Winter, t.a.p. p. 476 inzake de (on)mogelijkheden van een 'decentralized enforcement of the rules on State aid control'.

107 In die zin ook L. Hancher in haar redactioneel (noot 15).

108 Die discussie speelde ook bij de invoering van de *De Minimis* verordening. Zie S.M.M. Schouten, *NTER* 2001, p. 289.

109 Illustratief is het standpunt dat zij in zaken als *Preussen Elektra* en *Pearle* heeft ingenomen.

110 Toen het Ministerie van BZK in juni 2002 aan de Commissie vroeg te verklaren dat zij niet bevoegd was op te treden ten aanzien van steun voor professionele voetbalclubs, kwam bij brief van 11 juli 2002 het niet verrassende antwoord dat de Commissie zich wel bevoegd achtte. In het antwoord deed de Commissie echter ook suggesties hoe kan worden voorkómen dat financiering van een club of een stadion een ontoelaatbare steun vormt. Dat wijst erop dat de Commissie niet op dit soort zaken zit te wachten.

111 Zie de speech van DG Philip Lowe gehouden op 1 december 2003 op een conferentie van de British Chamber of Commerce (op website DG COMP). Voor een bespreking van de voorstellen zie R.J.M. van den Tweel, *Gemeentestem* 2004, nr. 119, p. 412.

State aid – LASA), die over een periode van drie jaar de € 1.000.000 per onderneming niet mogen overschrijden. Er zou dus naast de *de minimis*- steun een aparte categorie geringe steun komen. Om voor de versnelde procedure in aanmerking te komen, moet een maatregel echter wel voldoen aan een aantal strikte voorwaarden. De lidstaat moet aantonen dat de steunmaatregel een positief effect heeft op bepaalde communautaire doelstellingen, zoals de bevordering van O & O, de bescherming van het milieu en het scheppen van banen. De steunintensiteit mag niet meer dan 30% bedragen van de subsidiabele kosten; en de steunverlenende overheid moet een databank instellen en jaarlijkse rapportages aanleveren om misbruik te voorkomen. Ten slotte mogen de uitgekeerde bedragen niet een bepaald 'jaarbudget' overschrijden, dat voor elke lidstaat word vastgesteld. In de tweede plaats zou er een test komen om vast te stellen of steun slechts een beperkte invloed op het handelsverkeer heeft (*limited effect on trade – LET*). Ten aanzien van die voorwaarde bestaat tot nu toe geen *de minimis*- drempel.¹¹² De Commissie zal kijken naar het effect van een maatregel op de positie van de begunstigde onderneming, en niet zozeer naar de omvang van het grensoverschrijdende verkeer.¹¹³ Daartoe brengt zij een onderscheid aan tussen *tradable* en *non-tradable activities*. De laatste zijn activiteiten waarvan het doorgaans minder waarschijnlijk is dat ondernemingen uit andere lidstaten daar belangstelling voor hebben en activiteiten die niet worden gekenmerkt door een hoge concentratiegraad of hoge toetredingsdrempels. Ook hier gelden vergelijkbare bijkomende voorwaarden. Zo mag het bedrag aan steun niet meer dan 30% van de projectkosten belopen en mag de totale steun aan één zelfstandige onderneming niet meer dan 3 miljoen bedragen. Steunvoornemens die voldoen aan alle voorwaarden van de ene of de andere categorie (dan wel beide), worden via een versnelde procedure op grond van artikel 87 lid 3, onder c) EG met de gemeenschappelijke markt verenigbaar verklaard. Zij moeten nog wel worden aangemeld maar genieten van een vermoeden van verenigbaarheid. Hoeveel simpeler en hoeveel sneller de speciale procedure zal zijn, is nog onduidelijk. Ik ben er dan ook niet van overtuigd dat het sop werkelijk de kool waard zal zijn.

Of deze vernieuwingen daadwerkelijk zullen worden doorgevoerd, is op dit moment overigens nog onzeker. De laatste speech¹¹⁴ van Mario Monti als mededingingscommissaris bevat daarover een tamelijk algemene passage: *'In order to enable resources to be concentrated on cases which give rise to important competition concerns, new instruments are being developed to allow for the very simplified treatment of cases which do not give rise to significant concerns as regards distortion of competition or effect on trade.'* De Commissie zit weer eens in de bekende spagaat tussen de wens enkele taken af te stoten en de ambitie alle touwtjes in handen te houden. Met Verordening 1/2003 is haar dat voor het kartelrecht gelukt.¹¹⁵ Bij een systeem van preventieve controle als staatssteun ligt dat veel moeilijker.

You cannot have your cake and eat it, ook de Commissie niet.

112 Het Hof heeft steeds bepaald dat 'er geen drempel is waaronder het handelsverkeer kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed' (arrest *Enirisorse*, punt 28).

113 Dat spooft met de rechtspraak (laatstelijk arrest *GEMO*, punt 41).

114 Speech/04/477 van 28 oktober 2004 voor het *Center for European Reform* te Brussel.

115 Duidelijkste voorbeeld daarvan is art. 11 lid 6 van Verordening 1/2003, dat de Commissie de mogelijkheid geeft een NMA terug te fluiten als die van plan is een besluit te nemen dat de Commissie niet aanstaat. Tijdens zijn onderhoudende voordracht voor de VMR op 12 oktober jl. zei E. de Smijter, ambtenaar bij DG COMP, dat de Commissie alleen in het uiterste geval van deze 'nucleaire optie' gebruik zal maken. Inderdaad dienen nucleaire opties ter afschrikking, maar hun enkele bestaan is wel bepalend voor de machtsverhoudingen.