

# Marktregulering en aansprakelijkheid voor schending van het staatssteunrecht door wetgevend handelen

O&A 2015/56

## 1. INLEIDING

Nederland is sinds de negentiende eeuw geen nachtwakerstaat meer, waardoor in verschillende marktsectoren overheids-optreden waar te nemen is.<sup>2</sup> Deze regulering kan diverse vormen hebben waaronder subsidiëring van bepaalde activiteiten, het gebieden en verbieden van bepaalde handelingen, het verlenen van speciale rechten aan bepaalde ondernemingen en het compenseren van ondernemingen voor geleden schade.

Vaak geschiedt deze marktregulering door middel van wetgeving. Maar de bevoegdheden van de Nederlandse wetgever om te reguleren zijn gelimiteerd. De bepalingen van onder meer het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens ("EVRM") en het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("VWEU") kaderen de mogelijkheden van de wetgever tot marktregulering in.

Het staatssteunrecht is een van die kadergevendende rechtsgebieden. Het strekt tot het voorkomen, of in ieder geval beperken, van concurrentievervalsing door een onderneming of een groep ondernemingen te bevoordelen ten opzichte van anderen. De Europese Commissie toetst de Nederlandse wetgeving regelmatig – al dan niet naar aanleiding van klachten van concurrenten – op de verenigbaarheid met de staatssteunregels. Bovendien heeft een opmars van de private handhaving van het staatssteunrecht in Nederland ertoe geleid dat ook de Nederlandse rechter zich regelmatig moet buigen over deze kwestie.<sup>3</sup>

In dit artikel wordt stilgestaan bij recente procedures voor de nationale en Europese rechter. Daarbij zijn voor deze bijdrage zaken geselecteerd waarin Nederlandse wetgeving (mede) met een beroep op het staatssteunrecht is aangevochten.<sup>4</sup> De uitkomst in deze procedures zal worden gedeut in het licht van andere jurisprudentie van het Gerecht van de Europese Unie ("GvEU" of "Gerecht") en het Hof van Justitie ("HvJ" of "Hof"), met als doel te bezien welke lessen wetgevendende overheidsorganen en private partijen (die voor of tegen wetgeving procederen) kunnen trekken uit de ontwikkelingen in de rechtspraak.

Ten eerste zal het algemene staatssteunrechtelijke kader kort worden geschetst (paragraaf 2). Uit deze uiteenzetting zal blijken dat aan vijf cumulatieve criteria moet zijn voldaan om van staatssteun te spreken en dat de door de

overheid verleende staatssteun grofweg uiteenvalt in "nieuwe staatssteun" en "bestaande staatssteun". Vervolgens worden deze cumulatieve criteria besproken aan de hand van uitspraken van Nederlandse en Europese rechters waarin Nederlandse wetgeving is beoordeeld (paragraaf 3). Daarna wordt, eveneens op basis van dergelijke uitspraken, ingegaan op het begrip "bestaande staatssteun" (paragraaf 4). De procedurele aspecten van het doen van een beroep op het staatssteunrecht worden eveneens uitgelicht (paragraaf 5). Tot slot worden de voor overheidsorganen en private partijen relevante lessen opgesomd (paragraaf 6).

## 2. HET ALGEMENE STAATSSTEUNRECHTELIJKE KADER

Op basis van artikel 107 lid 1 VWEU geldt een algemeen verbod op het verlenen van staatssteun. Van staatssteun is sprake wanneer een overheidsmaatregel voldoet aan de volgende cumulatieve vereisten:

- (i) De maatregel wordt bekostigd door staatsmiddelen.
- (ii) De maatregel wordt verstrekt aan een onderneming of meerdere ondernemingen.
- (iii) De maatregel verstrekt een niet-marktconform voordeel.
- (iv) De maatregel heeft een selectief karakter.
- (v) De maatregel dreigt de mededinging te vervalsen en de maatregel heeft een ongunstig effect op het handelsverkeer tussen lidstaten.

Het begrip 'staatsmiddelen' (vereiste (i)) wordt ruim geïnterpreteerd door de Europese rechter en de Europese Commissie. Het beperkt zich niet tot het gebruik van de eigen middelen van de (decentrale) overheid of overheidsbedrijven. Ook wanneer de overheid afziet van het innen van bepaalde vergoedingen of belastingen is er sprake van een maatregel die met staatsmiddelen wordt bekostigd.<sup>5</sup>

Het HvJ hanteert verder een ruime definitie van het begrip 'onderneming' (vereiste (ii)). Uit het arrest Höfner blijkt dat van doorslaggevend belang is of een entiteit economische activiteiten verricht (en daarmee dus concurreert met andere marktdeelnemers).<sup>6</sup> De rechtsvorm en een eventueel gebrek aan winstoogmerk zijn in beginsel niet relevant voor de vraag of er sprake is van een onderneming.

De steun moet ten derde een voordeel verschaffen die de begunstigde onderneming onder normale marktomstandigheden niet zou hebben verkregen (vereiste (iii)).

De maatregel dient overigens een bepaalde onderneming of bepaalde groep ondernemingen te begunstigen. In dit verband wordt gesproken van de selectiviteit van de steun. Een

1 Mr. A.A. al Khatib is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

2 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Kluwer: Deventer 2010, p. 17-21.

3 P.C. Adriaanse, 'Private handhaving (van het mededingingsrecht) in opmars', *NTBR* 2007/44.

4 Die selectie gaat teug tot uitspraken van tien jaar geleden en is gemaakt uit alle (Nederlandse) zaken die op rechtspraak.nl en curia.europa.eu over die periode te vinden zijn. Fiscale staatssteunzaken zijn in deze bijdrage niet betrokken.

5 HvJ 15 november 2011, C-106/09 P en C-107/09 P, par. 71 en 72 (*Spanje e.a./Europese Commissie*) en HvJ 15 maart 1994, C-387/92 (*Banco Exterior de España SA*), par. 14.

6 HvJ EU 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner*), par. 21.

maatregel die *alle* ondernemingen bevoordeelt (bijvoorbeeld een algemene belastingverlaging of de aanleg van een snelweg die voor iedereen toegankelijk is) voldoet niet aan het vereiste van selectiviteit (*vereiste iv*).

Tot slot is snel voldaan aan het vereiste dat mededinging en het handelsverkeer potentieel ongunstig beïnvloed worden (*vereiste v*). Alleen indien een activiteit evident lokaal is, dan zijn deze criteria niet vervuld. De grens tussen wat evident lokaal is en wat niet, is echter niet altijd makkelijk te bepalen.<sup>7</sup>

Wanneer aan deze vijf vereisten is voldaan, dient een maatregel op grond van artikel 108 lid 3 VWEU in beginsel aangemeld te worden bij en goedgekeurd te worden door de Europese Commissie ("**standstill-verplichting**"). De Europese Commissie heeft een aantal uitzonderingen geformuleerd op deze meldingsplicht. Een van deze uitzondering is de de-minimisverordening (hierna ook: "**de-minimisregeling**").<sup>8</sup> Op basis van deze verordening kan steun ten bedrage maximaal € 200.000 over drie belastingjaren aan een onderneming worden gegeven ("**de-minimisgrens**" of "**de-minimisdrempel**").<sup>9</sup>

De standstill-verplichting is niet van toepassing op "bestaande staatssteun". Van dergelijke steun is onder andere sprake als het gaat om: (a) steun die al verleend werd voor de inwerkingtreding van het VWEU in de betreffende lidstaat; (b) goedgekeurde steun; of (c) steun die ouder is dan tien jaar.<sup>10</sup>

### 3. STAATSSTEUN EN MARKTREGULERING DOOR NIEUWE WETGEVING

#### 3.1 Marktregulering en staatsmiddelen

Uit deze criteria blijkt dat niet alle marktregulering noodzakelijkerwijs valt onder het bereik van het staatssteunrecht. Alleen indien *staatsmiddelen overgedragen* worden als gevolg van de uitgevaardigde wetgeving of (daarop gebaseerde) besluitvorming kan er sprake zijn van staatssteun. In dit verband zijn twee situaties te onderscheiden. De eerste situatie is de financiering van ondernemingen, al dan niet om hen te compenseren voor bepaalde marktomstandigheden (*paragraaf 3.1.1*). De tweede situatie bestaat uit het verlenen van (exclusieve) rechten (*paragraaf 3.1.2*).

##### 3.1.1 Het onderscheid tussen private middelen en staatsmiddelen

In het eerste geval, die van financiële steun, kan steun die bestaat uit louter private middelen geen staatssteun vormen. Dit blijkt uit de klassieke uitspraak *Van Tiggele*.<sup>11</sup> In

deze zaak staat een verordening centraal van het Productschap voor Gedistilleerde Dranken, waarbij voor elke categorie gedistilleerde dranken een minimumprijs wordt vastgesteld. Van Tiggele is een drankverkoper die betoogt ten overstaan van de strafrechter dat deze verordening in strijd is met het staatssteunrecht. Deze rechter legt op zijn beurt de kwestie middels prejudiciële vragen voor aan het Hof. Het Hof oordeelt dat, hoewel de minimumprijzen weliswaar de drankverkopers bevoordelen (ten laste van de drankgebruikers), er geen sprake kan zijn van staatssteun omdat het voordeel van de drankverkopers niet wordt gefinancierd door staatsmiddelen (maar door de private middelen van de consumenten).<sup>12</sup>

Het onderscheid tussen staatsmiddelen en private middelen kan echter diffuus zijn. Daar kwam de Nederlandse wetgever achter bij het reguleren van de elektriciteitsmarkt met de Overgangswet Elektriciteitsproductiesector.<sup>13</sup> Het Hof boog zich – naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Rechtbank Groningen – over deze regeling.<sup>14</sup>

Deze wet regelde hoe vier grote elektriciteitsproducenten moesten worden gecompenseerd voor niet-marktconforme kosten die zij maakten in het jaar 2000. Het compensatiemechanisme hield in dat iedere afnemer in beginsel een extra bedrag per kWh elektriciteit is verschuldigd. Dat extra bedrag kwam ten gunste van de vier elektriciteitsproducenten.

Staatssteunproblemen als gevolg van de regeling leken bijna geheel uitgesloten. Eerder in de zaak *PreussenElektra* had het Hof namelijk geoordeeld dat een Duitse regeling, die particuliere elektriciteitsbedrijven verplichtte om tegen een minimumprijs elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen te kopen, geen inzet van staatsmiddelen inhoudt.<sup>15</sup> De Duitse maatregel had, hoewel deze qua bereik en achterliggende reden verschilde, gemeen met de Nederlandse regeling in de Elektriciteitswet ("**EW**") dat de elektriciteitsproducenten begunstigd werden met van private partijen afkomstige middelen.<sup>16</sup>

Het Hof oordeelde niettemin dat de Nederlandse maatregel vanuit staatssteunrechtelijk oogpunt in belangrijke mate verschilde van de Duitse.<sup>17</sup> De door de afnemers betaalde extra bedragen moesten de leveranciers namelijk overdragen aan een dochterbedrijf van de vier elektriciteitsproducenten. Dat dochterbedrijf beheerde en besteedde de ingezamelde bedragen onder toezicht van de centrale Nederlandse overheid. En deze in de EW verankerde controle van de overheid gaf de door het dochterbedrijf verzamelde middelen het karakter van staatsmiddelen.

De eigenschap van de middelen kan dus 'verspringen' van private middelen naar staatsmiddelen als zij onder de controle van de overheid komen.

7 A.A. al Khatib, 'Grondtransacties en het staatssteunrecht', Bb 2014/38. Beschikking EC inzake Jachthavens (Steuurmaatregel NN 135/02).

8 Verordening (EU) 1407/2013 van de Commissie van 18 december (PbEU 2013, L 352/1).

9 Voor bepaalde sectoren zoals visserij en landbouw is een specifieke de-minimisregeling uitgevaardigd.

10 Zie voor de uitgebreide definitie van het begrip "bestaande staatssteun" artikel 1 sub b van Verordening 2015/1589 (gepubliceerd op 24 september 2015).

11 HvJ EU 24 januari 1978, C 82/77 (*Openbaar Ministerie van het Koninkrijk der Nederlanden/Van Tiggele*).

12 HvJ EU 24 januari 1978, C 82/77 (*Openbaar Ministerie van het Koninkrijk der Nederlanden/Van Tiggele*), par. 23-25.

13 Stb. 2000, 607.

14 HvJ EU 17 juli 2008, C-206/06 (*Essent*).

15 HvJ EU 13 maart 2001, C 379/98 (*PreussenElektra*), par. 61 en 62.

16 P. Nicolaidis, *State Aid Uncovered: Critical Analysis of Developments in State Aid 2014*, Lexxion Publisher: Berlin 2015, p. 25-29.

17 *Supra* noot 14, par. 73.

### 3.1.2 *Het verlenen van (exclusieve) rechten aan ondernemingen*

Overheden kunnen ook door het geven van bepaalde (exclusieve) (voor)rechten aan ondernemingen deze bevoordelen ten opzichte van hun concurrenten. Het geven van dergelijke voorrechten neemt allerlei vormen aan. De overheid kan, onder andere, bepaalde ondernemingen toegang geven tot overheidsinfrastructuur (zoals snelwegen), toestaan om op bepaalde tijden open te zijn of begunstigen bij bestemmingsplanwijzigingen zodat hun gronden of uitbreidingsmogelijkheden waardevoller respectievelijk groter worden. Bij de nationale rechter zijn concurrenten tegen het verlenen van dergelijke rechten opgekomen.

Zo hebben openingstijden van winkels aanleiding gegeven tot een beroep op het staatssteunrecht. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven ("CBb") boog zich over een schaarse ontheffing voor de openstelling op zondag die het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Heumen verleende aan een supermarkt,<sup>18</sup> terwijl zowel de *Winkeltijdenwet* als de *Verordening Winkeltijden Heumen* winkels verboden om op zondag open te zijn. De ontheffing kon op basis van deze verordening enkel aan één winkel worden verleend. De weigeringsgronden waren een nadelige beïnvloeding van de woon- en leefsituatie of de openbare orde in de omgeving door de openstelling.

Ook kwam een private partij bij de Rechtbank 's-Gravenhage op tegen de weigering van de Minister van Justitie om een vergunning te verlenen voor het zelfstandig organiseren van een permanente loterij. Deze weigering was gestoeld op een restrictief beleid dat is gepubliceerd in de Voortgangsnota kansspelen. De voornoemde private partij betoogde dat dit restrictieve beleid staatssteun inhoudt, nu de beperkte kring van vergunninghouders inkomsten verwerft die aan niet-vergunninghouders worden onthouden. Het CBb en de Rechtbank 's-Gravenhage oordeelden in beide zaken dat geen sprake was van staatssteun, omdat er geen overdracht van staatsmiddelen plaatsvond. Tegelijkertijd hebben beide rechterlijke instanties niet uitvoerig gemotiveerd waarom een dergelijke overdracht zich niet voordoet. Een antwoord op deze vraag kan wel worden gevonden in het *Eventechs*-arrest en het *Trapeza Eurobank*-arrest van het HvJ.

Het arrest *Eventechs* betreft het busbanenbeleid in Londen. Dit beleid houdt in dat de zogeheten *Black cabs* een (exclusieve) toegang tot de busbanen hebben en andere taxi's niet.<sup>19</sup> Door dit (exclusieve) recht kunnen de *Black cabs* de drukte op de weg mijden en sneller passagiers vervoeren. Die exclusieve toegang maakt de *Black cabs* dus aantrekkelijker voor consumenten en geeft hen een concurrentievoordeel ten opzichte van andere taxi's. Op het oog geeft de exclusieve toegang tot busbanen dus een soortgelijk (concurrentie)voordeel aan Londense taxi's als de ontheffing voor de openstelling op zondag en een vergunning om een

permanente loterij te houden een (concurrentie)voordeel geven aan een winkel respectievelijk een organisator van kansspelen.

Het Hof oordeelde dat het verlenen van een exclusieve toegang tot busbanen niet noodzakelijk een overdracht van staatsmiddelen inhoudt. Het overwoog dat de overheid geen vergoeding hoeft te vragen voor dit recht, als de wegen: (i) niet over het algemeen economisch geëxploiteerd worden en; (ii) als de overheid van mening is dat het algemeen belang beter behartigd wordt indien wordt afgezien van het vragen van een vergoeding. Een randvoorwaarde die het Hof stelt is echter dat de exclusieve toegang verleend wordt op basis van *vooraf bekende* en *non-discriminatoire* gunningscriteria.<sup>20</sup> Het Hof overwoog dat het busbanenbeleid in Londen lijkt te voldoen aan deze criteria.

In het arrest *Trapeza Eurobank* beoordeelde het Hof bovendien of het verlenen van bepaalde voorrechten aan een bank – zoals het recht om eenzijdig een hypotheek te vestigen, het recht om een gedwongen executie in te leiden op basis van een eenvoudige onderhandse akte, en de vrijstelling van kosten en heffingen bij de inschrijving van een dergelijke hypotheek of bij een dergelijke gedwongen executie – een overdracht van staatsmiddelen inhoudt. Volgens het Hof luidt het antwoord op deze vraag bevestigend indien de verleende voorrechten ertoe leiden dat de betrokken onderneming (lees: de bank) wordt vrijgesteld van bepaalde kosten en indien, meer in het algemeen, de staatskas minder middelen ontvangt door het voorrecht.

Het verlenen van een exclusief recht, zo kan worden geconcludeerd, leidt dus enkel tot een overdracht van staatsmiddelen indien het: a) normaliter verleend wordt tegen betaling en bepaalde ondernemingen daarvan worden vrijgesteld; b) op basis van niet-transparante en discriminatoire criteria is toegekend aan bepaalde ondernemingen en/of; (c) voor zover het anderszins leidt tot vrijstelling van ondernemingen van het betalen van bepaalde kosten of tot gevolg heeft dat de staatskas minder middelen ontvangt.

Dit brengt ons terug bij de uitspraken van het CBb en de Rechtbank 's-Gravenhage. Voor het CBb en de Rechtbank 's-Gravenhage is gesteld noch gebleken dat de ontheffing voor de openstelling op zondag respectievelijk de vergunning tot het zelfstandig organiseren van een permanente loterij op basis van niet-transparante en discriminatoire gronden zijn verleend. Evenmin is gebleken dat de ontheffing of de vergunning normaliter tegen een bepaalde vergoeding wordt verleend en dat de onderneming(en) aan wie de ontheffing of de vergunning is verleend die vergoeding niet heeft betaald. Ten slotte is niet gebleken dat daardoor de staatskas minder middelen ontvangt omdat de (vermeend) begunstigde ondernemingen worden vrijgesteld van bepaalde kosten. Kortom, het verlenen van een (exclusief) recht aan een onderneming vormt over het algemeen geen staatssteun omdat het niet leidt tot een overdracht van staatsmiddelen. De wetgever dient desalniettemin voorzichtigheid te betrach-

18 CBb 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7946, AB 2012/274, m.nt. C.J. Wolswinkel.

19 HvJ EU 14 januari 2015, C-518/13 (*Eventech Ltd/The Parking Adjudicator*), NtEr 2015/81 door C.T. Dekker, AA 2015/510, m.nt. P.J. Slot, NJ 2015/273, m.nt. N. Saanen en AB 2015/239, m.nt. A.A. al Khatib.

20 HvJ EU 14 januari 2015, C-518/13 (*Eventech Ltd/The Parking Adjudicator*), NtEr 2015/81 door C.T. Dekker, AA 2015/510, m.nt. P.J. Slot, NJ 2015/273, m.nt. N. Saanen en AB 2015/239, m.nt. A.A. al Khatib; par. 49.

ten door na te gaan of het gegeven (exclusieve) recht niet (indirect) tot gevolg heeft dat de staatskas minder middelen ontvangt omdat de betreffende onderneming wordt vrijgesteld van het betalen voor het recht.<sup>21</sup> Omgekeerd kunnen ondernemingen alleen succesvol opkomen tegen het verlenen van exclusieve rechten aan hun concurrenten, indien zij aannemelijk kunnen maken dat dit recht: (a) op basis van discriminatoire en niet-transparante criteria is verleend en; (b) leidt tot een vermindering van de inkomsten van de staat.

### 3.2 Het Europese ondernemingsbegrip

Het Europese staatssteunrecht, en overigens ook het mededingingsrecht, kent een eigen ondernemingsbegrip dat wel eens afwijkt van de Nederlandse opvattingen van het ondernemingsbegrip. Die discrepantie kan problematisch zijn voor zowel de wetgever als ondernemingen (ofwel, de ontvangers van staatssteun en hun concurrenten). Het toepassingsbereik van het staatssteunrechtelijke ondernemingsbegrip is namelijk soms breder (*paragraaf 3.2.1*) en soms nauwer (*paragraaf 3.2.2*) dan de wetgever en ondernemingen verwachten.

#### 3.2.1 Maatschappelijke (natuur)organisaties

De brede reikwijdte van het staatssteunrechtelijke ondernemingsbegrip is zichtbaar in het geval van organisaties die zich primair richten op niet-economische activiteiten. Deze organisaties kwalificeren in beginsel ook als ondernemingen indien zij (al dan niet voor een klein deel) ook economische activiteiten verrichten.<sup>22</sup> Een goed voorbeeld van een dergelijke situatie in Nederland is die van de terreinbeherende natuurbeschermingsorganisaties, die zich voornamelijk toeleggen op het beheer van natuur en steun ontvangen van de overheid.<sup>23</sup>

Het Ministerie van Economische Zaken heeft tot 2008 op basis van de Regeling subsidies particuliere terreinbeherende natuurbeschermingsorganisaties grondaankoopsubsidies verstrekt aan de zogeheten terreinbeherende natuurbeschermingsorganisaties. Daarna is de subsidiëring van deze organisaties op provinciaal niveau voortgezet, waarbij iedere provincie een eigen regeling uitvaardigde.

De staat en de provincies zijn hierbij uitgegaan van de aanname dat deze terreinbeherende organisaties geen ondernemingen zijn in de zin van artikel 107 VWEU.<sup>24</sup> Deze ver-

onderstelling klopte echter niet zonder meer, zoals bleek uit een commissiebeschikking die de Nederlandse provincies en terreinbeherende natuurbeschermingsorganisaties bij het GvEU hebben aangevochten.<sup>25</sup>

Aanleiding voor de beschikking van de Europese Commissie en het beroep bij het GvEU was de door de Nederlandse Staat gedane melding bij de Europese Commissie van een nieuwe subsidieregeling voor de aankoop van gronden. De Europese Commissie verklaarde deze nieuwe regeling verenigbaar met de interne markt, maar heeft tegelijkertijd aangegeven dat de terreinbeherende natuurbeschermingsorganisaties – anders dan de Nederlandse Staat betoogt – wél ondernemingen in de zin van artikel 107 VWEU zijn, omdat zij economische activiteiten verrichten als de verkoop van houtsnippers en riet, het verpachten van land en het aantrekken van toeristen.<sup>26</sup> Het GvEU liet de beschikking van de Europese Commissie in stand omdat het overwoog dat de provincies en de terreinbeherende natuurbeschermingsorganisaties niet-ontvankelijk waren.<sup>27</sup>

#### 3.2.2 Onderwijsinstellingen

Zo breed als het ondernemingsbegrip is wanneer het gaat om private organisaties die voor een klein deel economische activiteiten verrichten, zo beperkt kan dit begrip zijn wanneer het gaat om semi-publieke organisaties die concurreren met private marktpartijen. Dit bleek toen de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“**ABRvS**” of “**Afdeling**”) oordeelde dat de Openbare Universiteit Nederland (“**OUN**”) geen onderneming is voor zover deze universiteit de deeltijd hbo-rechtenopleiding in de vorm van afstands-onderwijs gaf.<sup>28</sup> Daardoor is bekostiging van deze opleiding op basis van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek geen staatssteun.

Een aantal onderwijsinstellingen, te weten LOI en NTI, heeft beroep ingesteld bij de rechtbank en daarna bij de Afdeling tegen deze toestemming van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap aan de OUN om dit afstands-onderwijs te verzorgen. De onderwijsinstellingen hadden zich op het standpunt gesteld dat de toestemming van de staatssecretaris, die tevens bekostiging van de door OUN aangeboden opleiding inhoudt, staatssteun vormt.

21 Zie HvJ EU 16 april 2015, C-690 (*Trapeza Eurobank Ergasias AE/Agrotiki Trapeza tis Ellados AE (ATE)*), par. 28.

22 Zie voor een (kritische) beschouwing over deze trend in het staatssteunrecht: N. Saanen, ‘Met een kanon op een mug schieten? De toepassing van staatssteunregels op natuurbeheer’, *Tijdschrift voor Staatssteun* 2012, p. 59-66.

23 De Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters (“**VGG**”) heeft een klacht ingediend bij de Europese Commissie inzake de bevoordeling van de terreinbeherende natuurbeschermingsorganisaties. Stibbe staat de VGG bij. Ik onthoud mij daarom van een oordeel over de (on)rechtmatigheid van de in het verleden aan die organisaties verleende steun.

24 Zie bijvoorbeeld het Provinciaal Meerjarenprogramma Drenthe Landelijk Gebied 2007-2013, p. 53 over het verlenen van aankoopsubsidies aan twee natuurbeschermingsorganisaties: “De subsidie die wordt verstrekt in het kader van deze maatregel is geen staatssteun. Het betreft hier geen (begunstiging van) ondernemingen of producties als bedoeld in artikel 87 en verder van het EG-verdrag.”

25 GvEU 19 februari 2013, T-15/12 en T-16/12 (*Provincie Groningen e.a. en Stichting Het Groninger Landschap/Europese Commissie*).

26 Beschikking EC inzake Subsidieregeling grondverwerving ten behoeve van natuurbehoud (Steenmaatregel N 308/3010), alineanummer (17) waarin verwezen wordt naar de paar maanden eerder genomen beschikking van de Europese Commissie in de zaak betreffende subsidies voor natuurbeheer (N 376/2010).

27 In de zaak *Duitsland/Europese Commissie* (T-347/09) heeft het Gerecht van de Europese Unie geoordeeld dat de natuurbeschermingsorganisaties als ondernemingen kwalificeren. Het GvEU overweegt – in navolging van de Europese Commissie – dat deze natuurbeschermingsorganisaties ook economische activiteiten verrichten, zoals houtverkoop, het ontvangen van toeristen en jacht. Daardoor concurreren zij met andere ondernemingen. Vanwege deze economische activiteiten kwalificeren natuurbeschermingsorganisaties wel als ondernemingen ook als zij tegelijkertijd niet-economische activiteiten (zoals natuurbescherming) verrichten.

28 ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933, AB 2014/344, m.nt. T. Barkhuysen en M. Claessens. Zie ook: A.H.A. Mohammad, ‘Ongelijke spelregels voor het online onderwijs’, *SEW* 2015/10 (te verschijnen).

De Afdeling ging na – in navolging van het advies van de Europese Commissie – of de Nederlandse overheid door het financieren van deeltijd afstandsonderwijs in HBO-rechten zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens de bevolking vervult (*eerste criterium van de Europese Commissie*). Zij concludeerde dat dit inderdaad het geval is nu OUN een groep bedient die niet door andere (markt)partijen bedient kan worden. Op basis van de wet konden de concurrenten van OUN alleen leerlingen met een vooropleiding toelaten:

“De staatssecretaris heeft bij het verlenen van toestemming aan de OUN om de opleiding te mogen verzorgen, in aanmerking genomen dat de door de OUN aangeboden opleiding zich richt tot een specifieke groep studenten die niet steeds door andere bekostigde scholen en rechtspersonen voor hoger onderwijs, zoals LOI en NTI, bedient kunnen worden. Daarmee is voldoende komen vast te staan dat de Nederlandse Staat met het financieren van de opleiding zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens de bevolking vervult. Het betoog van LOI en NTI in hun reactie van 7 december 2012 dat particuliere organisaties reeds in de vraag naar de opleiding voorzien, zodat van het vervullen van een dergelijke taak geen sprake kan zijn, leidt niet tot een ander oordeel. Dat betoog gaat eraan voorbij dat, gelet op hetgeen is overwogen onder 7.2, ervan moet worden uitgegaan dat de opleiding van de OUN zich richt tot een specifieke groep personen die niet steeds door bestaande onderwijsaanbieders bedient kunnen worden en dat voor de opleiding voldoende ruimte bestaat.”

Daarbij stelde de Afdeling vast dat niet in geschil is dat een aanzienlijk deel van de kosten van deze opleiding door de Nederlandse Staat gedekt worden en dus niet door de bijdragen van studenten (*tweede criterium van de Europese Commissie*). Op basis van deze tweeledige redenering verwierp de Afdeling het beroep van de onderwijsinstellingen op het staatssteunrecht.

### 3.2.3 Manieren om problemen met het ondernemingsbegrip te voorkomen

Het is dus voor de wetgever, de ontvangers van staatssteun en hun concurrenten van belang om na te gaan of de beoogde begunstigden van een regeling ook economische activiteiten verrichten. Ook wanneer het gaat om maatschappelijke organisaties die (op het eerste oog) niet-economische activiteiten verrichten en niet-commerciële doelen nastreven.

Als dat het geval is, dan heeft de wetgever twee opties om strijd met het staatssteunrecht te voorkomen. Ten eerste, door de subsidieregeling (zekerheidshalve) aan te melden bij de Europese Commissie. Deze kan dan beoordelen of de (potentiële) begunstigden ondernemingen zijn en indien er sprake is van staatssteun nagaan of deze verenigbaar is met de interne markt. Ten tweede kan de wetgever in de subsidieregeling vastleggen dat de subsidies alleen ten gunste van de niet-economische activiteiten van de begunstigde mogen komen en dat deze daarom een gescheiden boek-

houding moet hanteren.<sup>29</sup> Deze tweede optie maakt aanmelding bij en goedkeuring door de Europese Commissie in beginsel overbodig.

Omgekeerd kan een concurrent van semi-publieke organisaties, zoals onderwijsinstellingen, oplopen tegen een – vanuit zijn perspectief – nauwe invulling van het ondernemingsbegrip. De overheid kan door middel van wetgeving een bepaald deel van de markt voor hem hebben afgesloten en ondertussen een op die markt opererende organisatie financieren. De overheid kan zich daarbij op het standpunt stellen dat die markt door “niemand kan worden bedient” en dat het financieren van die organisatie in het algemeen belang is (het behartigen van een sociale, culturele en opvoedkundige taak). Aan een dergelijke (mogelijk) discriminatoire verdeling van de markt staat het staatssteunrecht in beginsel niet in de weg.

De concurrerende onderneming kan in een dergelijke situatie in eerste instantie beziën of het mogelijk is om aan te tonen dat zij feitelijk wél concurreert met een semi-publieke organisatie en daarbij een – vanuit het algemeen belang beziën – kwalitatief gelijkwaardig product aanbiedt. Als dit het geval is, dan zal het moeilijker worden voor de overheid om aan te tonen dat hij het algemeen belang dient door die organisatie te financieren.

Kan de (potentieel) concurrerende onderneming dit niet aantonen omdat de wet bepaalt dat een bepaalde markt alleen bedient mag worden door een semi-publieke organisatie, dan moet de concurrerende onderneming onderzoeken of die wet aangevochten kan worden met andere verdragsbepalingen in aanvulling op artikelen 107 en 108 VWEU, bijvoorbeeld de bepalingen van het VWEU over het vrije verkeer van goederen, diensten en kapitaal.<sup>30</sup> Wanneer de door wetgeving bepaalde marktverdeling opengebroken wordt (en elke partij de vrij gekomen markten kan bedienen), kan de overheid eveneens minder snel hard maken dat hij het algemeen belang met de verleende steun nastreeft.

Tot slot geldt dat alle partijen – de wetgever, de begunstigde en de daarmee concurrerende ondernemingen – de ontwikkelingen op Europees niveau constant moeten volgen aangezien het staatssteunrechtelijke ondernemingsbegrip geen statisch gegeven is. Soms verandert de opvatting van de Europese Commissie plots over of een bepaalde activiteit economisch van aard is en wordt zij daarin gesteund door de Europese rechter.<sup>31</sup> En soms stelt de Europese Commissie zich op het standpunt dat een bepaalde activiteit niet-economisch van aard is terwijl de Europese rechter zich daarover nog niet heeft kunnen uitspreken. Zo was het advies van de Europese Commissie aan de Afdeling in de zaak over financiering van de deeltijd hbo-rechten in de vorm van

29 Vgl. artikel 2.2, tweede lid, sub a van de Subsidieregeling Wet op het Wadendfonds: “de subsidie wordt uitsluitend gebruikt voor en heeft uitsluitend betrekking op niet-economische activiteiten.”

30 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 12 december 2013, C-523/12, AB 2014/389, m.nt. J.E. van den Brink en A.H.A. Mohammad. Het vereiste van tien jaar ervaring in het verzorgen van postacademisch onderwijs werd aangevochten met een beroep op het staatssteunrecht in combinatie met een beroep op artikel 56 VWEU.

31 Vgl. HvJ EU 19 december 2012, C-288/11 P (*Mitteldeutsche Flughafen AG en Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Europese Commissie*).

afstandsonderwijs (voornamelijk) gebaseerd op haar eigen beschikkingenpraktijk.

### 3.3 *Compensatie van ondernemingen*

Bevoordeling van ondernemingen door de overheid is op zichzelf onvoldoende om als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU te gelden. Pas wanneer de overheid een onderneming een *niet-marktconform* voordeel verschafft, kan sprake zijn van staatssteun. Daarbij komt dat de standstill-verplichting niet van toepassing is op een niet-marktconform voordeel dat onder de grens valt van de toepasselijke de-minimisregeling. De wetgever vaardigt legio wetten uit op basis waarvan geld kan of moet worden verstrekt aan ondernemingen.<sup>32</sup>

#### 3.3.1 *De verschillende verschijningsvormen van de overheid*

De overheid manifesteert zich op verschillende manieren in het economische verkeer. Soms neemt zij daaraan deel op gelijke voet met andere ondernemingen door diensten en goederen aan te bieden dan wel af te nemen. De compensatie die de overheid dan geeft of ontvangt is marktconform, als hij de marktprijs krijgt of ontvangt voor door hem aangeboden respectievelijk afgenomen goederen of diensten. De marktconformiteit kan dan bijvoorbeeld vastgesteld worden door het inschakelen van een onafhankelijke taxateur.<sup>33</sup> Tegelijkertijd is een dergelijke taxatie niet altijd doorslaggevend en bestaat de mogelijkheid dat een lagere prijs, gelet op de omstandigheden van het geval, marktconform is.<sup>34</sup>

In andere gevallen compenseert de overheid marktpartijen voor schade die zij lijden als gevolg van een overheidsmaatregel. Zo gaat het verbod op pelsdierhouderij gepaard, naast een overgangstermijn van tien jaar waarbinnen de pelsdierhouders hun ondernemingen voort kunnen zetten, met een flankerend beleid dat voorziet in vergoedingen: een sloopregeling, fiscale voorzieningen en een hardheidsclausule voor pensioenproblematiek.<sup>35</sup> De Rechtbank Den Haag achtte de geboden compensatie onvoldoende,<sup>36</sup> maar de compensatie is in beginsel wel in lijn met het staatssteunrecht. Een financiële verstrekking is namelijk, blijkens het arrest *Asteris*,<sup>37</sup> marktconform indien deze het gevolg is van een door de rechter vastgestelde rechtsplicht tot compensatie. Ook de compensatie voor inbreuken op het eigendomsrecht – bijvoorbeeld als gevolg van de intrekking of wijziging van een vergunning – kan niet als niet-marktconforme be-

voordeling gecategoriseerd worden als gevolg van de *Akzo Nobel*-beschikking.<sup>38</sup> Opvallend is dat de Europese Commissie in deze beschikking, in tegenstelling tot het HvJ is de zaak *Astris*, niet rept over de vaststelling van de plicht tot compensatie door de rechter. Uit deze en een latere beschikking van de Europese Commissie kan worden afgeleid dat de compensatie gebaseerd moet zijn op een door de rechter erkend beginsel dat tot schadevergoeding verplicht.<sup>39</sup>

Ten derde komt het op reguliere basis voor dat de overheid – door middel van wetgeving – ondernemingen verplichtingen oplegt, zonder dat dit leidt tot een rechtsplicht tot compensatie als zojuist besproken: onder andere quota voor productie, de verplichting om producten op een bepaalde manier te testen en het in acht nemen van veiligheidsvoorschriften. De vraag die dan rijst is of de overheid deze ondernemingen uit coulance mag compenseren.

Het antwoord op die vraag is afhankelijk van in hoeverre de opgelegde verplichting onder “normale” marktomstandigheden valt. Het GvEU overwoog onlangs dat tot de kosten, die ondernemingen normaliter moeten betalen, ook de kosten als gevolg van wettelijke of bestuursrechtelijke verplichtingen behoren. Om die reden oordeelde het Gerecht dat de financiële steun die de Belgische overheid geeft aan ondernemingen voor het (laten) uitvoeren van wettelijk verplichte tests ter opsporing van overdraagbare spongiforme encefalopathieën een voordeel in de zin van artikel 107 VWEU is.<sup>40</sup> Het Gerecht ziet, met andere woorden, de aanwezigheid van een regulerende overheid als een onderdeel van de normale marktomstandigheden.

#### 3.3.2 *De compenserende Nederlandse wetgever voor de rechter*

Het CbB heeft een uitspraak gedaan over een wet die de compensatie regelt voor diensten die een onderneming uitvoert voor de overheid en de verenigbaarheid van die compensatie met het staatssteunrecht. De Voedsel en Waren Autoriteit (“VWA”) schakelde bij keuringen na de slacht (“post mortem-keuringen”) assistenten van een particuliere inspectieorganisatie in. De compensatie van die inspectieorganisatie voor post mortem-keuringen was geregeld in de Regeling retributies veterinaire en hygiënische aangelegenheden. Op basis van deze regeling werden heffingen geheven van ondernemingen, ten behoeve waarvan de keuringen werden verricht. Met deze heffingen werden de door VWA en de inspectieorganisatie gemaakte kosten vergoed. Een slachterij, die het oneens was met de hoogte van de opgelegde heffingen, stelde zich op het standpunt dat de heffingen tot staatssteun leiden omdat de inspectieorganisatie meer betaald werd dan de daadwerkelijk door haar gemaakte kosten. Het CbB oordeelde dat van staatssteun geen sprake kan zijn, nu niet is gebleken dat de betalingen die de

32 Zie H.C. Lagrouw, ‘Onverplichte tegemoetkomingen bij bedrijfstakbeperkende maatregelen’, *NTB* 2015/12, M.K.G. Tjepkema, Tegemoetkomingen van overheidswege: ongeregeld en ondoorzichtig bestuur anno 2014’, *NTB* 2014/3 en B.P.M. van Ravels, ‘De (nabije) toekomst van de bestuursrechtelijke schadevergoeding’, *JBplus* 2015/150.

33 Vgl. Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (*PbEU* 1997, C-209/03).

34 GvEU 30 juni 2015, T-186/13, T-190/13 en T-193/13 (*Gemeente Leidschen-dam-Voorburg/Europese Commissie*).

35 *Stb.* 2013, 11, *Stb.* 2013, 12 en *Stb.* 2013, 13.

36 Rb. Den Haag 21 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6161, r.o. 4.17-4.18.

37 HvJ EU 26 april 1988, Gevoegde zaken 106 tot 120/87 (*Asteris a.e. en anderen en Helleense Republiek/Europese Commissie*).

38 EC 16 juni 2004 inzake Steun ten behoeve van Akzo Nobel ter beperking transport van chloor (Steu maatregel N304/2003).

39 M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 730.

40 GvEU 25 maart 2015, T-538/11 (*Koninkrijk België/Europese Commissie*).

inspectieorganisatie ontvangt inderdaad hoger zijn dan de kosten die zij maakt.<sup>41</sup>

De gedachte die aan deze redenering ten grondslag ligt is waarschijnlijk dat het betalen van de bij de keuringen gemaakte kosten niet leidt tot een bevoordeling die niet gangbaar is in de markt. Nu de slachterij geen andere feiten of omstandigheden aangedragen heeft (bijvoorbeeld dat de gemaakte kosten onnodig hoog zijn) en dergelijke feiten en omstandigheden kennelijk niet zijn gebleken tijdens de procedure, kon het CbB het beroep op het staatssteunrecht ongegrond verklaren.

In een meer recente zaak moest het CbB oordelen over de compensatie van vissers voor het aalvisverbod.<sup>42</sup> Dit verbod is vanaf 2009 jaarlijks van september tot en met november van kracht. Op basis van de Regeling LNV-subsidies ontvingen de getroffen beroepsvissers tot en met 2012 een tegemoetkoming. Om staatsteunperikelen te voorkomen koos de minister een tegemoetkomingplafond van € 30.000 per beroepsvisser. Hiermee zocht hij aansluiting bij de de-minimisverordening voor de visserijsector.<sup>43</sup> Een visserijbedrijf zag zich door dit plafond geconfronteerd met een restschade. Het CbB overwoog dat dit plafond daarom in strijd is met het gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel.

De vraag is echter of het verstrekken van een hoger bedrag dan € 30.000 staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU oplevert en dus of het CbB door te oordelen dat een hogere compensatie betaald moet worden een (mogelijke) inbreuk op het staatssteunrecht beveelt. In het bijzonder is het opmerkelijk dat het CbB geen aandacht besteedt aan de vraag wat de aard van de compensatie is: een op een rechtsplicht gebaseerde vergoeding of een uit coulance gegeven compensatie voor een door de overheid opgelegde plicht. Het verstrekken van de eerste vorm van compensatie kan gebeuren zonder aanmelding bij de Europese Commissie, terwijl bij de tweede vorm een gereede kans bestaat dat het verstrekken ervan zonder de voornoemde melding in strijd is met de standstill-verplichting.

Zoals Lagrouw en Tjepkema in hun annotatie bij deze CbB-uitspraak opmerken is er (waarschijnlijk) sprake van een onverplichte nadeelcompensatie (de tweede vorm van compensatie zoals hiervoor geduid) gelet op een eerdere uitspraak van de ABRvS, waarin een verbod op het gebruik van aalfuiken voorzienbaar werd geacht omdat de Aalverordening in een vermindering van de commerciële visactiviteiten voorziet.<sup>44</sup> De uitspraak van het CbB brengt hiermee het Productschap Vis – dat beslist over de verlening van de compensatie aan de vissers – in een, vanuit het staatssteunrecht bezien, lastig parket.

### 3.3.3 Compensatie en de de-minimisregeling

De wetgever gebruikt regelmatig de toepasselijke de-minimisregeling om een schending van de staatssteunregels te

voorkomen. Soms kan de wetgever echter de voorwaarden van de de-minimisregeling (onbewust) niet in acht nemen. Een van de belangrijkste voorwaarden is dat de totale hoeveelheid van aan een onderneming verstrekte steun niet de in de betreffende de-minimisregeling aangegeven drempel mag overschrijden. Hoewel deze voorwaarde duidelijk is, gaat het voldoen daaraan bij het uitvaardigen van wetgeving weleens mis.

Dit was het geval toen de Minister van Financiën de *Tijdelijke Regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland* uitvaardigde. Met deze regeling beoogde de minister om de negatieve gevolgen van een accijnsverhoging voor langs de grens met Duitsland gelegen tankstations te verzachten. Deze tankstations kwamen namelijk door die accijnsverhoging in een nadelige concurrentiepositie ten opzichte van hun Duitse collega's. Om verstrekking van onrechtmatige staatssteun te voorkomen, sloot de minister aan bij de drempel van € 100.000 per drie jaar van de toenmalige reguliere de-minimisverordening.

Volgens de Europese Commissie<sup>45</sup> en de Europese rechters<sup>46</sup> is niet gewaarborgd dat de voornoemde drempel niet wordt overschreden, onder meer omdat zij vaststelden dat op basis van tussen tankstations en oliemaatschappijen gesloten contracten de oliemaatschappijen verplicht zijn om de tankstations te compenseren voor verliezen als gevolg van de accijnsverhoging. Wanneer een oliemaatschappij met meerdere tankstations een dergelijke overeenkomst heeft gesloten, komen alle aan die tankstations verleende subsidies (gedeeltelijk) ten goede van die oliemaatschappij, die immers voor zover subsidie is verleend de tankstations niet hoeft te compenseren. Daardoor is niet uitgesloten dat de toenmalige drempel van € 100.000 overschreden wordt.

Uit het voorgaande blijkt dat de wetgever, wanneer hij aansluiting zoekt bij een de-minimisregeling, niet kan volstaan met (alleen) kijken naar hoeveel steun de directe begunstigde ontvangt. Hij dient de markt waarin die directe begunstigde zich bevindt te analyseren en te onderzoeken in hoeverre andere ondernemingen ook zullen profiteren als gevolg van de subsidie. Dit gegeven is op zich niet problematisch zolang de subsidieregeling de voornoemde drempel van de de-minimisregeling in acht neemt.

### 3.4 Selectiviteit van de steun

Het vereiste van selectiviteit houdt in dat de door de overheid verleende steun toekomt aan één onderneming of een bepaalde groep ondernemingen. De steun is dus niet selectief indien alle vergelijkbare ondernemingen daarvoor in aanmerking komen. Het HvJ beantwoordt de vraag of een steunregeling selectief is in twee stappen: (I) bevinden de begunstigde ondernemingen zich in een situatie die feitelijk en juridisch vergelijkbaar is met die van andere (niet-begunstigde) ondernemingen? En, zo ja; (II) kan het begunstigen

41 CbB 14 oktober 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO2556, r.o. 4.4.

42 CbB 29 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:29, AB 2014/177, m.nt. H.C. Lagrouw en M.K.G. Tjepkema.

43 Verordening 875/2007 betreffende de-minimissteun in de visserijsector, PB L193/6 van 25 juli 2007.

44 ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0407, r.o. 6.1.

45 Beschikking 1999/705/EG van de Commissie van 20 juli 1999 betreffende staatssteun van Nederland ten behoeve van 633 Nederlandse tankstations in de grensstreek met Duitsland (PB L 280, p. 87).

46 HvJ EU 13 juni 2002, C-382/99 (*Koninkrijk der Nederlanden/Europese Commissie*). GvEU 31 mei 2006, T-354/99 (*Kuwait Petroleum/Europese Commissie*).

van de eerstgenoemde groep ondernemingen worden gerechtvaardigd door de aard en opzet van de steunregeling?<sup>47</sup> Deze twee vragen zijn in de praktijk niet altijd makkelijk te beantwoorden. Zo meldde de Nederlandse Staat in 2003 het “Systeem van verhandelbare emissierechten voor NOx” aan bij de Europese Commissie. Dit systeem is een nationale regeling voor NOx-emissiehandel voor grote industrie-installaties met een capaciteit van meer dan 20 MW. In totaal vielen 250 ondernemingen, die gezamenlijk maximaal 55 Kiloton per jaar mochten uitstoten, onder deze regeling. Zij kregen elk emissierechten toebedeeld en konden die emissierechten verkopen. Een onderneming die de hoeveelheid aan hem toebedeelde emissierechten dreigde te overschrijden kon dus extra emissierechten kopen.

De Europese Commissie kwalificeerde de regeling als (met de interne markt verenigbare) staatssteun voor de 250 ondernemingen. Het GvEU daarentegen oordeelde dat de regeling niet selectief is. Daarentegen heeft het HvJ geoordeeld dat deze regeling wel selectief is.<sup>48</sup>

Het Hof concludeerde dat de regeling prima facie selectief is (*step 1*) omdat de andere ondernemingen (met een installatie van minder dan 20 Mw) hun uitstoot eveneens moeten verminderen, maar niet de mogelijkheid krijgen om emissierechten te (ver)kopen. Het was dan aan de Nederlandse Staat om aan te tonen dat deze selectiviteit te rechtvaardigen is op basis van de aard en de opzet van de regeling (*step 2*).

Om aan deze bewijslast te voldoen, heeft de Nederlandse Staat aangevoerd dat de hoeveelheid NOx-emissies van deze ondernemingen en de specifieke reductienorm waaraan ze moeten voldoen, de selectiviteit rechtvaardigt. Het HvJ achtte die twee omstandigheden onvoldoende en overwoog:

“In casu volstaan de grote NO<sub>x</sub>-emissies van de ondernemingen waarop de betrokken maatregel van toepassing is, en de specifieke reductienorm waaraan deze ondernemingen moeten voldoen, niet om de kwalificatie van deze maatregel als selectieve maatregel in de zin van artikel 87, lid 1, EG uit te sluiten. Zoals de advocaat-generaal in punt 55 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan een dergelijk onderscheid tussen ondernemingen dat is gebaseerd op een kwantitatief criterium, te weten het criterium inzake de geïnstalleerde totale thermische capaciteit van meer dan 20 MWth, namelijk niet worden geacht inherent te zijn aan een stelsel dat erop is gericht industriële verontreinigingen te verminderen, en op zich dus niet worden geacht te zijn gerechtvaardigd door ecologische overwegingen alleen.”

Hoewel het Hof zijn oordeel niet uitgebreid motiveert, lijkt het aan te sluiten bij zijn eerdere jurisprudentie inhoudende dat een verschil in behandeling noodzakelijkerwijs moet volgen uit (“inherent moet zijn aan”) de regeling. Ook moeten de redenen die ten grondslag liggen aan de verschillende behandeling ‘intern’ en ‘extern’ consistent zijn. De erkenning van de Nederlandse Staat dat de regeling op termijn ook op andere ondernemingen van toepassing zal zijn, droeg vermoedelijk niet bij aan de bereidheid van het Hof om aan te nemen dat de begunstiging van de 250 ondernemingen noodzakelijk volgt uit en consistent is met de regeling.<sup>49</sup>

Het vraagstuk van selectiviteit is eveneens een belangrijke factor bij de financiële steun van overheden aan bepaalde infrastructuurprojecten. Bij staatssteun aan dergelijke projecten worden andere, meer toegespitste, criteria gehanteerd om selectiviteit te beoordelen dan de twee hiervoor genoemde stappen. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen steun aan de gebruikers van de infrastructuur enerzijds en de exploitanten van de infrastructuur anderzijds. Op het niveau van gebruikers is selectieve steun niet aan de orde indien de infrastructuur toegankelijk is voor eenieder dan wel op basis van transparante en non-discriminatoire criteria. Voor wat betreft de exploitant is de steun in beginsel niet selectief als deze exploitant via een open en non-discriminatoire procedure is geselecteerd.<sup>50</sup>

Het komt voor dat op grond van (decentrale) subsidieregelingen steun aan infrastructuurprojecten mogelijk is, maar dat die steun niet of slechts tot aan de de-minimisgrens mag worden gegeven indien die steun als staatssteun in de zin van de VWEU zou kwalificeren. De selectiviteit van de steun is dan een zeer belangrijk punt. Een voorbeeld hiervan vormt de door de ABRvS behandelde *Ridderstee Holiday* zaak.<sup>51</sup> Deze zaak betrof de vraag of het verlenen van een subsidie – die de de-minimisdrempel overschrijdt – aan voor het publiek toegankelijke voorzieningen zoals openbare parkeerplaatsen en openbare recreatieve voorzieningen selectief is. Op grond van de toepasselijke regeling, de *Tijdelijke verordening stimulering Voordelta*, mag geen staatssteun boven de de-minimisdrempel worden verstrekt.

Aan de ene kant stelde de onderneming *Ridderstee Holiday* dat die selectiviteit ontbrak nu deze voorzieningen voor *alle* gebruikers toegankelijk zullen zijn. Aan de andere kant gaf het college van Gedeputeerde Staten van de provincie Zuid-Holland aan dat er wel sprake was van selectiviteit aangezien – kortgezegd – de toegankelijkheid van die voorzieningen niet is gegarandeerd en dat deze voorzieningen de commerciële activiteiten van *Ridderstee Holiday* zouden stimuleren (“spill-overeffecten”).

De Afdeling overwoog dat van selectiviteit geen sprake is. Dit omdat de omstandigheid dat de openbare toegankelijke

49 J. Ahlin, ‘Material Selectivity, a Less Fuzzy Concept’, *EstAL* 2012, 4, p. 855.

50 Zie Beschikking EC inzake de renovatie van ijsstadion Thialf in Heerenveen (Steunmaatregel 2013/N), alinea’s (48) en (49). De Europese Commissie oordeelt blijkens deze beschikking soms dat op het niveau van de exploitant een selectief voordeel niet kan worden uitgesloten zelfs wanneer een open en non-discriminatoire selectieprocedure wordt gehanteerd om de exploitant te kiezen. Beschikking EC inzake de Freight Facilities Grant (FFG) (Steunmaatregel N 649/2001), alinea (47).

51 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245.

47 HvJ EU 8 november 2001, C-143/99, (*Adria-Wien Pipeline*), par. 41. Voor een uitgebreide beschouwing over het selectiviteitsvereiste: A. Bartoch, ‘Is there a need for a rule of reason in European State Aid Law? Or how to arrive at a coherent concept of material selectivity’, *CMLR* 2010, p. 729-752.

48 HvJ EU 8 september 2011, C-279/08 P (*Koninkrijk der Nederlanden/Europese Commissie*), par. 50-79.



heid niet is gegarandeerd volgens de Afdeling, op zichzelf onvoldoende is om selectiviteit van de steun aan te nemen. Voorts overwoog de Afdeling dat het niet aannemelijk is dat de spill-overeffecten aanzienlijk zijn.

Deze uitspraak is met de nodige kritiek ontvangen. De non-discriminatoire toegankelijkheid van de infrastructurele voorzieningen pleegt – zo is aangegeven – namelijk in de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie relevant te zijn voor zover het gaat om de vraag of de gebruikers/bezoekers van die voorzieningen selectief bevoordeeld worden. Maar die toegankelijkheid is niet relevant als het gaat om de kwalificatie van de steun aan de exploitant (vermoedelijk Ridderstee Holiday in dit geval). Nu de exploitant in dit geval niet is aangezocht via een open en non-discriminatoire selectieprocedure is deze steun (waarschijnlijk) wel selectief.<sup>52</sup> De Afdeling had hieraan aandacht moeten besteden. Hetzelfde geldt voor het college dat blijkens de uitspraak deze punten evenmin maakte.

Er kan dus worden geconcludeerd dat de overheid bij het verlenen van steun moet nagaan of hij een onderscheid maakt tussen ondernemingen die, vanuit feitelijk en juridisch opzicht, in een min of meer soortgelijke situatie verkeren. Als dat het geval is dan bestaat er gerede kans dat de steun prima facie selectief is. De overheid moet dan onderzoeken of die verschillende behandeling gerechtvaardigd kan worden door de aard en de opzet van de regeling. Die behandeling moet *noodzakelijk* zijn gezien de aard en de opzet van de regeling. De redenen hiervoor mogen niet tegenstrijdig zijn. Tot slot moet de selectiviteit van steun aan infrastructuurprojecten beoordeeld worden door te kijken naar in welke categorie – gebruikers of exploitanten – de begunstigde behoort.

### 3.5 Invloed op het Europese handelsverkeer

Het vereiste dat een maatregel invloed moet hebben op het handelsverkeer tussen lidstaten is over het algemeen snel vervuld. Daardoor zal dit vereiste een weinig prominente rol spelen bij procedures over wetgeving (die over het algemeen een invloed heeft op veel marktpartijen). Toch kan dit vereiste bij individuele beslissingen op basis van subsidie-regelingen mogelijk een grote rol spelen. De zojuist besproken Ridderstee Holiday-uitspraak vormt een goede illustratie. De Afdeling heeft immers geoordeeld dat de steun aan Ridderstee niet voldoet aan dit vereiste gelet op onder meer de lokale aard van de te bouwen infrastructuur en het feit dat er niet meer dan een marginaal effect is op consumenten uit naburige lidstaten.<sup>53</sup>

## 4. BESTAANDE STAATSSTEUN

In het geval staatssteun als bestaande staatssteun kwalificeert geldt een ander regime voor de handhaving ervan. Omdat de standstill-verplichting daarop niet van toepassing is, hoeft deze steun niet vooraf aangemeld te worden

bij en goedgekeurd te worden door de Europese Commissie. Het is echter aan de Europese Commissie om deze vormen van steun te (blijven) onderzoeken op grond van artikel 108 lid 1 VWEU.

Dit onderzoek heeft frequent tot gevolg dat de Europese Commissie besluiten neemt die bepalen dat een bepaalde regeling, die bestaande staatssteun is, niet (meer) verenigbaar is met de interne markt en dat die regeling gewijzigd moet worden. Een recent voorbeeld vormt de beslissing van de Europese Commissie waarin zij de Nederlandse Staat verzoekt om de vrijstelling van de vennootschapsbelasting voor overheidsbedrijven af te schaffen.<sup>54</sup>

De hierna te bespreken beschikking over steun aan de woningcorporaties is een ander voorbeeld van hoe bestaande staatssteun gewijzigd kan worden naar aanleiding van onderzoek van de Europese Commissie.

### 4.1 De “bestaande staatssteun” aan woningcorporaties

Sinds jaar en dag ontvangen woningcorporaties steun in het kader van hun taken op het gebied van de volkshuisvesting. Die steun valt uiteen in vier delen: (i) staatsgaranties voor leningen bij het Waarborgfonds Sociale Woningbouw; (ii) steun uit het Centrale Fonds Volkshuisvesting voor woningcorporaties die algeheel of op project niveau met financiële problemen kampen; (iii) de verkoop van overheidsgrond door gemeenten tegen een prijs onder de marktwaarde voor bepaalde specifieke projecten en; (iv) het recht om leningen aan te gaan bij de Bank Nederlandse Gemeenten (waar alleen overheidslichamen kunnen lenen).

De Europese Commissie bevestigde in haar beschikking d.d. 15 december 2009 dat deze maatregelen bestaande staatssteun vormen.<sup>55</sup> Zij heeft geoordeeld dat deze maatregelen echter niet meer verenigbaar zijn met de interne markt en heeft de toezegging gekregen van de Nederlandse Staat dat de steun op een aantal punten gewijzigd zal worden.

Zo is toegezegd dat de maatschappelijke activiteiten (die staatssteun krijgen) en de (louter) commerciële activiteiten van de woningcorporatie van elkaar gescheiden zullen worden zodat verzekerd is dat de commerciële activiteiten niet gesteund worden door de overheid. Ook heeft de Nederlandse Staat ingestemd met het introduceren van een strakkere definitie van onder meer sociaal kansarme groepen door een inkomensgrens van € 33.000 te hanteren bij het toewijzen van sociale woningen. Met deze maatregelen beoogde de Europese Commissie marktverstoring als gevolg van de staatssteun zoveel mogelijk te voorkomen dan wel te beperken.

Zowel woningcorporaties als concurrenten daarvan zijn bij de Europese rechter opgekomen tegen deze beschikking. De woningcorporaties, die beroep hebben ingesteld, stelden

52 E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: de interne situatie', *SEW* 2014, p. 74 en N. Saanen, 'De uitspraak Ridderstee Holiday: een drieluik van selectiviteit, handelsverkeer en zorgvuldigheid', *NtEr* 2013/240, p. 243.

53 *Supra* noot 51, r.o. 5.4.

54 Beschikking EC inzake Vrijstelling van vennootschapsbelasting voor Nederlandse overheidsbedrijven (SA.25338).

55 Beschikking EC inzake Bestaande staatssteun en bijzondere projecten voor woningcorporaties (Staatssteunmaatregelen E 2/2005 en N 642/2009). Zie voor een duiding van deze beschikking: H.M.H. Speyart, 'Een bouwwerk met krimpnaden: het besluit inzake staatssteun aan de Nederlandse woningcorporaties nader bekeken', *NTER* 2010/04.

zich onder meer op het standpunt dat de door de Europese Commissie voorgestelde maatregelen gebaseerd waren op een onzorgvuldige beoordeling van de situatie en dat de Europese Commissie misbruik van haar bevoegdheden heeft gemaakt door een definitie te verlangen van het begrip “sociale huurwoning”.

De betreffende woningcorporaties werden in het ongelijk gesteld. Het Gerecht overwoog dat zijn taak beperkt is tot het beoordelen of de Europese Commissie niet een kennelijke beoordelingsfout bij het instellen van maatregelen met de door de bestaande staatsteun veroorzaakte mededingingsproblemen op te lossen.<sup>56</sup> Door deze terughoudende maatstaf is het beroep van de woningcorporaties ongegrond verklaard.

De concurrenten van de woningcorporaties liepen op tegen de ontvankelijkheidsvereisten om beroep in te stellen. Zij werden niet-ontvankelijk verklaard omdat zij niet konden aantonen dat hun positie merkbaar werd getroffen door de beschikking van de Europese Commissie.<sup>57</sup> De concurrenten konden wel, nu zij niet-ontvankelijk waren bij de Europese rechter, de geldigheid van de beschikking van de Europese Commissie voor de nationale rechter betwisten. De nationale rechter kan de beschikking niet zelf onrechtmatig verklaren, maar dient aan het HvJ prejudiciële vragen te stellen.<sup>58</sup>

#### 4.1.1 Procederen over bestaande staatsteun bij de civiele rechter

De beschikking van de Europese Commissie over de bestaande staatsteun aan woningcorporaties heeft ook in nationale procedures tegen steun aan woningcorporaties een rol gespeeld. De Nederlandse wetgever heeft recentelijk nieuwe maatregelen genomen voor de woningcorporaties zoals onder andere de verhuurdersheffing en heffingsvermindering.<sup>59</sup>

In een kort geding tegen de wetgeving, die deze maatregelen introduceert, hebben partijen zich op het standpunt gesteld dat (nieuwe) steunmaatregelen niet geïmplementeerd mogen worden zolang de beschikking van de Europese Commissie, in het bijzonder de daarin bevolen scheiding tussen commerciële en maatschappelijke activiteiten, niet is uitgevoerd.

Het Hof Den Haag stelde uiteindelijk vast dat de Europese Commissie geen termijn heeft gesteld aan de implementatie van haar beschikking. Mede daardoor moet nieuwe wetgeving niet onrechtmatig worden geacht louter omdat die implementatie niet heeft plaatsgevonden.<sup>60</sup>

## 5. HANDHAVING VAN HET STAATSSTEUNRECHT: PROCEDURELE ASPECTEN

Wat zijn de gevolgen indien een wettelijke regeling staatsteun vormt in de zin van artikel 107 VWEU? Indien de staatsteun als *nieuwe staatsteun* kwalificeert, dan is de standstill-verplichting van toepassing. Dit betekent, zoals eerder toegelicht, dat deze steun aangemeld moet worden bij en goedgekeurd moet worden door de Europese Commissie.

Bij de handhaving van het staatsteunrecht vervullen de nationale rechter en de Europese Commissie gescheiden en aanvullende rollen.<sup>61</sup> De nationale rechter is belast met het handhaven van de standstill-verplichting. Overheden en concurrenten van de begunstigde partijen kunnen bij de nationale rechter aankloppen wanneer deze verplichting wordt geschonden door de wetgever. De nationale rechter moet een verzoek om teruggave van betaalde steun (inclusief rente over het tijdsbestek waarin de niet-aangemelde steun is verleend) in beginsel toewijzen en, binnen de grenzen van het nationale recht, alle maatregelen nemen om de verdere verstrekking van niet door de Europese Commissie goedgekeurde steun te stoppen.<sup>62</sup> Dit betekent dat de Nederlandse rechter wettelijke regelingen die in strijd zijn met het staatsteunrecht buiten werking kan stellen. De op basis van die regelingen verleende steun kan de Nederlandse rechter terug laten vorderen door de overheid die deze steun heeft verstrekt, waarbij de Afdeling recentelijk heeft geoordeeld dat een specifieke wettelijke grondslag voor de terugvordering niet is vereist.<sup>63</sup> Het is maar de vraag of de andere nationale hoogste rechters deze route ook zullen volgen nu in de literatuur herhaaldelijk is gewezen op spanningen tussen het nationale en het Europese juridische kader.<sup>64</sup> De Europese Commissie is op haar beurt belast met het beoordelen van de verenigbaarheid van de steunregeling met de interne markt. Overigens is het niet mogelijk om als belastingbetaler aan het betalen van een heffing te ontkomen door te stellen dat met die heffing staatsteun aan een andere onderneming zal worden verstrekt.<sup>65</sup>

Op grond van artikel 108 lid 1 VWEU is de Europese Commissie daarnaast verplicht om bestaande steunregelingen – die als “bestaande staatsteun” kwalificeren – aan voortdurend onderzoek te onderwerpen. Het onderzoek van de Europese Commissie naar de steunregeling aan woningcorporaties alsook de vrijstelling van vennootschapsbelasting van overheidsbedrijven vormen een voorbeeld hiervan. Aangezien de standstill-verplichting bij bestaande staatsteun niet van

56 GvEU 12 mei 2015, T-203/10 (*Stichting Woonpunt e.a./Europese Commissie*), par. 57 en 82.

57 GvEU 13 juli 2012, T-201/10 (*Vereniging van Institutionele beleggers in Vastgoed, Nederland/Europese Commissie*), par. 33 en 34.

58 Vgl. HvJ EU 22 oktober 1987, C-314/85 (*Foto Frosto*), par. 15-16 en HvJ EU 9 maart 1994, C-188/92 (*Deggendorf*), par.17-23.

59 Zie de Wet maatregelen woningmarkt 2014 II (Stb 2013/583) en het zogeheten Aedes-akkoord.

60 Hof Den Haag, 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:404, r.o. 3.3 en 3.4, Tvs 2015/71, m.nt M. Aalbers, mr. H.C. Lejeune en mr. dr. A.D.L. Knook.

61 HvJ EU 21 november 2013, C-284/12 (*Deutsche Lufthansa AG/Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH*), par. 27.

62 HvJ EU 16 februari 2008, C-199/06 (*Centre d'exportation du livre français (CELF)*), par. 39 en 41.

63 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152, r.o. 5.3, AB 2015/226, m.nt. J. van den Brink en W. den Ouden.

64 A.J. Metselaar en P.C. Adriaanse, Nut en noodzaak van het Wetsvoorstel terugvordering staatsteun, Tvs 2011/57. R.J.M. van den Tweel, 'Beschouwingen over effectieve terugvordering van onrechtmatige staatsteun', SEW 2007/174.

65 Vgl. Rb. 's-Gravenhage 19 maart 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC7128.

toepassing is, is de rol van de nationale rechter in dat kader zeer beperkt. Concurrenten kunnen de nationale rechter in beginsel alleen benaderen als de Europese Commissie heeft besloten dat bestaande staatssteun gewijzigd dient worden en aan het implementeren van die wijzigingen een bepaalde termijn heeft gesteld. Indien de overheid de beschikking van de Europese Commissie niet tijdig implementeert kan daartegen geageerd worden bij de nationale rechter.

## 6. CONCLUSIE

Dit brengt ons terug bij de hoofdvraag van dit artikel: welke lessen of vuistregels voor overheden, begunstigde partijen en hun concurrenten kunnen worden afgeleid uit het voorgaande? Om te beginnen is het belangrijk om vast te stellen dat de afkomst van de middelen waarmee de maatregel wordt gefinancierd niet doorslaggevend is voor de vraag of staatsmiddelen ingezet worden. Doorslaggevend is of de middelen onder de controle van de overheid komen, zoals blijkt uit de Essent-zaak. De Nederlandse wetgever zou dus, zo leert de Essent-zaak, om eventuele staatssteunproblemen geheel te voorkomen moeten kiezen (waar mogelijk) om voor een bepaald doel geheven gelden niet in een door de overheid gecontroleerd fonds te zetten. Hij kan dan in plaats van een dergelijk fonds kiezen voor wetgeving die particulieren verplicht om rechtstreeks aan bepaalde particulieren (de uiteindelijke begunstigten) te betalen. De verlening van exclusieve rechten aan ondernemingen houdt verder niet noodzakelijkerwijs overdracht van staatsmiddelen in, in het bijzonder wanneer die exclusieve rechten op basis van transparante en non-discriminatoire criteria worden toegekend. Tot nu toe lijken ondernemingen, die opkomen tegen de verlening van deze exclusieve rechten aan hun concurrenten, hun pijlen onvoldoende te richten op de (non-)transparantie en de discriminatoire aard van de criteria.

Ten tweede is het staatssteunrechtelijke ondernemingsbegrip soms ruimer en soms nauwer dan de algemene Nederlandse invulling. Dit begrip is ruimer omdat ook entiteiten die niet commercieel zijn als ondernemingen worden gekwalificeerd wanneer zij bijkomstige economische activiteiten verrichten. Het strekt tot aanbeveling om waar mogelijk de steun alleen ten behoeve van de niet-commerciële activiteiten van deze ondernemingen te laten komen. Tegelijkertijd zullen semi-publieke organisaties onder omstandigheden met private commerciële partijen concurreren zonder als onderneming te worden aangemerkt. Private commerciële partijen dienen om staatssteun aan deze organisaties aan te vechten: (i) aan te tonen dat zij feitelijk wel concurreren met deze organisaties op het marktsegment waarvoor staatssteun wordt gegeven en/of; (ii) wetgeving die deze concurrentie tegenhoudt met een beroep op andere (verdrags)bepalingen buiten werking te laten stellen. Verder dienen rechters, overheden en private partijen het al dan niet marktconforme karakter van een maatregel voor ogen te houden. Daarbij geldt in het bijzonder dat *verplichte* schadevergoedingen een marktconform voordeel opleveren en dus geen staatssteun vormen, maar *onverplichte* niet. In

de Cbb-zaak over de compensatie naar aanleiding van het aalvisverbod was onvoldoende stilgestaan bij de vraag in hoeverre deze compensatie verplicht is. Dit terwijl het al dan niet verplichte karakter van doorslaggevend belang was om te kunnen beoordelen of een compensatie boven de de-minimisgrens onrechtmatige staatssteun zou inhouden. Als niet vaststaat (op basis van eerdere jurisprudentie) dat de compensatie verplicht is, is de verstrekking ervan zonder aanmelding bij de Europese Commissie in beginsel onrechtmatige staatssteun. Indien de wetgever de verstrekking van steun in een regeling limiteert tot de de-minimisgrens, dient hij er verder zorg voor te dragen dat een onderneming niet (mogelijk) indirect boven deze grens begunstigd wordt (onder andere omdat deze onderneming anders de kosten van de begunstigde ondernemingen had moeten vergoeden) zoals het geval was bij de compensatie vantankstations grensstreek Duitsland. De wetgever kan zich niet zonder meer beroepen op de de-minimisregeling, maar moet de effecten van, bijvoorbeeld, een bepaalde subsidie in het licht van de marktverhoudingen (onder andere contracten die gesloten zijn) beoordelen. Het is dus bij het opstellen en aanvechten van wetgeving van belang om niet alleen de directe maar ook om de indirecte begunstigten in kaart te hebben, zodat goed beoordeeld kan worden of een bepaalde compensatieregeling de de-minimisgrens overschrijdt.

Ten vierde moet de wetgever beter reflecteren over het al dan niet selectieve karakter van een (wettelijke) regeling. Vooral moet de wetgever goed bedenken en beargmenteren waarom een bepaalde groep ondernemingen wél in aanmerking komt voor steun en een andere groep niet. Bij steun die bedoeld is om het milieu te verbeteren, zal het gegeven dat bepaalde ondernemingen grotere vervuilers zijn en daardoor aan specifieke normen moeten voldoen niet altijd een voldoende rechtvaardiging zijn. Een aanvullende rechtvaardiging is dan nodig. Anderzijds dient in de context van infrastructuur preciezer gediscussieerd te worden over selectiviteit: gaat het om de selectiviteit op het niveau van de gebruikers of op het niveau van de exploitant? De (kritiek op de) Ridderstee Holiday-uitspraak illustreert dat deze focus mogelijk tot een andere uitkomst zou kunnen leiden. Ten vijfde kan steun af en toe niet als staatssteun aangemerkt worden vanwege de beperkte impact ervan op het Europese handelsverkeer. Tot nu toe is er weinig consensus over wanneer van een zodanige beperkte impact sprake is. Bij twijfel zal de verstrekking van steun niet op basis van de veronderstelling dat er geen sprake is van staatssteun vanwege de beperkte impact op het Europese handelsverkeer moeten geschieden.

Tot slot kan de Europese Commissie oordelen dat bestaande staatssteun aangepast moet worden om te voldoen aan de vereisten van de interne markt. De begunstigten van die steun kunnen een dergelijk oordeel via de rechter van tafel krijgen indien zij erin slagen om te bewijzen dat de Europese Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan door te oordelen dat de voorgestelde aanpassingen van de steun de mededingingsproblemen oplossen. Dit betekent dat de begunstigten van bestaande staatssteun soms moeten accepteren dat die steun, met naar hun mening onre-

delijke criteria, afgebakend wordt. De concurrenten van die begunstigen moeten op hun beurt bij het instellen van een beroep bij de Europese rechter tegen het besluit van de Europese Commissie aantonen dat zij zich in voldoende mate onderscheiden van andere concurrenten. Als het besluit van de Europese Commissie een termijn bevat waarbinnen de bestaande staatssteun gewijzigd moet worden, dan kunnen die concurrenten de tijdige implementatie van dit besluit bij de nationale rechter afdwingen.