



Brussel, **XXX**
[...](2016) **XXX**

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

**Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van
artikel 107, lid 1, VWEU**

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	4
2.	De begrippen „onderneming” en „economische activiteit”	5
2.1.	Algemene beginselen	5
2.2.	Uitoefening van overheidsgezag	7
2.3.	Sociale zekerheid	8
2.4.	De gezondheidszorg	10
2.5.	Onderwijs en onderzoeksactiviteiten	11
2.6.	Cultuur en instandhouding van erfgoed, met inbegrip van natuurbehoud	12
3.	„Afkomstig van de Staat”	13
3.1.	Toerekenbaarheid	13
3.1.1.	Aanwijzingen voor toerekenbaarheid	15
3.1.2.	Toerekenbaarheid en verplichtingen op grond van het Unierecht	15
3.2.	Staatsmiddelen	16
3.2.1.	Algemene beginselen	16
3.2.2.	Beheersende invloed over de middelen.....	20
3.2.3.	Rol van de Staat bij de herverdeling tussen particuliere entiteiten	21
4.	Voordeel.....	23
4.1.	Het begrip „voordeel” in algemene zin	23
4.2.	Het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie	26
4.2.1.	Inleiding	26
4.2.2.	Algemene beginselen	27
4.2.3.	Vaststelling van de marktconformiteit	30
4.3.	Indirect voordeel	41
5.	Selectiviteit.....	41
5.1.	Algemene beginselen	41
5.2.	Materiële selectiviteit	42
5.2.1.	De jure en de facto selectiviteit	42
5.2.2.	Selectiviteit als gevolg van discretionaire praktijken van overheidsdiensten	44

5.2.3.	De beoordeling van materiële selectiviteit voor maatregelen ter verlichting van de normale lasten van ondernemingen.....	44
5.3.	Regionale selectiviteit	49
5.3.1.	Institutionele autonomie.....	50
5.3.2.	Procedurele autonomie.....	51
5.3.3.	Economische en financiële autonomie.....	52
5.4.	Specifieke thema's inzake belastingmaatregelen	52
5.4.1.	Coöperatieve vennootschappen.....	52
5.4.2.	Instellingen voor collectieve belegging	54
5.4.3.	Fiscale amnestie	55
5.4.4.	Fiscale rulings en schikkingen met de belastingdienst	56
5.4.5.	Afschrijvingsregels	60
5.4.6.	Belastingregeling op forfaitaire grondslag voor specifieke activiteiten	61
5.4.7.	Antimisbruikbepalingen.....	61
5.4.8.	Accijnzen.....	62
6.	Beïnvloeding van het handelsverkeer en de mededinging.....	62
6.1.	Algemene beginselen	62
6.2.	Vervalsing van de mededinging.....	62
6.3.	Beïnvloeding van het handelsverkeer	64
7.	Infrastructuur: enige specifieke verduidelijkingen.....	68
7.1.	Inleiding	68
7.2.	Steun aan de ontwikkelaar/eigenaar.....	69
7.2.1.	Economische activiteit of niet-economische activiteit?.....	69
7.2.2.	Vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer	71
7.2.3.	Steun aan de infrastructuurontwikkelaar/-eigenaar - een overzicht per sector	73
7.3.	Steun aan beheerders.....	76
7.4.	Steun aan eindgebruikers	77
8.	Slotbepalingen.....	78

1. INLEIDING

1. In het kader van de modernisering van het staatssteunbeleid wenst de Commissie de sleutelbegrippen met betrekking tot het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie nader te verduidelijken. Dit moet bijdragen tot een eenvoudigere, transparantere en coherenter toepassing van dit begrip in de hele Unie.
2. Deze mededeling ziet alleen op het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag, dat zowel de Commissie als de overheden in de lidstaten (met inbegrip van de nationale rechter) moeten toepassen in samenhang met de aanmeldings- en stand-still-verplichtingen die in artikel 108, lid 3, van het Verdrag zijn vastgesteld. Deze mededeling ziet niet op de verenigbaarheid van staatssteun met de interne markt overeenkomstig artikel 107, leden 2 en 3, en artikel 106, lid 2, van het Verdrag, die door de Commissie moet worden beoordeeld.
3. Aangezien het begrip „staatssteun” een objectief en juridisch begrip is dat rechtstreeks door het Verdrag wordt omschreven¹, wordt in deze mededeling duidelijk gemaakt hoe de Commissie artikel 107, lid 1, van het Verdrag, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie en het Gerecht (hierna tezamen „de Unierechter” genoemd), interpreteert. Voor kwesties die nog niet door de Unierechter zijn onderzocht, zal de Commissie uiteenzetten hoe zij meent dat het begrip staatssteun dient te worden begrepen. De in deze mededeling geformuleerde standpunten laten de uitlegging van het begrip staatssteun door de Unierechter onverlet²; de referentie bij uitstek voor de uitlegging van het Verdrag is steeds de rechtspraak van de Unierechter.
4. Beklemtoond moet worden dat de Commissie door dit objectieve begrip is gebonden en dat zij bij de toepassing daarvan slechts over een beperkte beoordelingsvrijheid beschikt, namelijk wanneer de door de Commissie gemaakte beoordelingen een technisch of ingewikkeld karakter hebben, met name in situaties die complexe economische beoordelingen vergen.³
5. Artikel 107, lid 1, van het Verdrag definieert „staatssteun” als „steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, [...], voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt”⁴. In deze mededeling zullen de verschillende bestanddelen van het begrip staatssteun worden toegelicht: het bestaan van een

¹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 22 december 2008, *British Aggregates Association / Commissie*, C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757, punt 111.

² Zie arrest van het Hof van Justitie van 21 juli 2011, *Alcoa Trasformazioni Srl / Commissie*, C-194/09 P, ECLI:EU:C:2011:497, punt 125.

³ Zie arrest *British Aggregates Association*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2008:757, punt 114, en arrest van het Hof van Justitie van 2 september 2010, *Commissie / Scott SA*, C-290/07 P, ECLI:EU:C:2010:480, punt 66.

⁴ De staatssteunregels zijn op de voortbrenging van en handel in landbouwproducten, die op grond van artikel 38, lid 1, van het Verdrag ook visserijproducten omvatten, slechts in zoverre van toepassing als door het Europees Parlement en de Raad is bepaald (artikel 42 van het Verdrag).

onderneming; de toerekenbaarheid van de maatregel aan de Staat; de bekostiging ervan uit staatsmiddelen; het verlenen van een voordeel; het selectieve karakter van de maatregel, en de gevolgen ervan voor de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten. Daarnaast wordt in deze mededeling, gezien de door de lidstaten geformuleerde behoefte aan specifieke aanwijzingen, nader ingegaan op het begrip steun ten aanzien van overheidsfinanciering van infrastructuur.

2. DE BEGRIPPEN „ONDERNEMING” EN „ECONOMISCHE ACTIVITEIT”

6. De staatssteunregels zijn alleen van toepassing wanneer de begunstigde van een maatregel een „onderneming” is.

2.1. Algemene beginselen

7. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dient een onderneming te worden omschreven als „elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd”⁵. Of een bepaalde entiteit als onderneming wordt aangemerkt, hangt dus volledig af van de aard van haar activiteiten. Dit algemene beginsel heeft drie belangrijke gevolgen.
8. Ten eerste is de status van de entiteit in het nationale recht niet bepalend. Zo moet bijvoorbeeld een entiteit die volgens het nationale recht een vereniging of een sportclub is, misschien toch als een onderneming in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag worden aangemerkt. Hetzelfde geldt voor een entiteit die formeel een onderdeel van de overheid is. Het enige relevante criterium is de vraag of de entiteit een economische activiteit uitoefent.
9. Ten tweede is de toepassing van de staatssteunregels niet afhankelijk van de vraag of de entiteit is opgezet om winst te genereren. Ook entiteiten zonder winstoogmerk kunnen goederen of diensten op een markt aanbieden.⁶ Wanneer dit niet het geval is, vallen entiteiten zonder winstoogmerk buiten het staatssteuntoezicht.
10. Ten derde houdt, wanneer een entiteit als onderneming wordt aangemerkt, dit steeds verband met een specifieke activiteit. Een entiteit die zowel economische als niet-economische activiteiten verricht, dient alleen ten aanzien van de economische activiteiten als onderneming te worden aangemerkt.⁷
11. Meerdere afzonderlijke rechtspersonen kunnen voor de toepassing van de staatssteunregels worden geacht één economische entiteit te vormen. Die

⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 12 september 2000, Pavel Pavlov e.a. / Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, C-180/98 t/m C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, punt 74; arrest van het Hof van Justitie van 10 januari 2006, Ministero dell'Economia e delle Finanze / Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a., C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, punt 107.

⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 29 oktober 1980, Heintz van Landewyck SARL e.a. / Commissie, 209 tot 215 en 218/78, ECLI:EU:C:1980:248, punt 88; arrest van het Hof van Justitie van 16 november 1995, Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) e.a. / Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, punt 21; arrest van het Hof van Justitie van 1 juli 2008, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) / Elliniko Dimosio, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, punten 27 en 28.

⁷ Arrest van het Gerecht van 12 december 2000, Aéroports de Paris / Commissie, T-128/98, ECLI:EU:T:2000:290, punt 108.

economische entiteit wordt dan beschouwd als de betrokken onderneming. In dat verband beschouwt het Hof van Justitie het bestaan van een zeggenschapsdeelneming en van andere functionele, economische of organieke banden als relevant.⁸

12. Om het onderscheid tussen economische en niet-economische activiteiten duidelijk te maken, geldt als vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat iedere activiteit die erin bestaat goederen of diensten op een markt aan te bieden, een economische activiteit is.⁹
13. De vraag of er voor bepaalde diensten een markt bestaat, kan afhangen van de wijze waarop die diensten in de betrokken lidstaat zijn georganiseerd¹⁰, en kan dus verschillen van lidstaat tot lidstaat. Bovendien kan, door politieke keuzes of als gevolg van economische ontwikkelingen, de classificatie van een bepaalde dienst mettertijd veranderen. Wat vandaag geen economische activiteit is, kan dat in de toekomst wel worden, en omgekeerd.
14. Het besluit van een overheid om niet toe te staan dat derden een bepaalde dienst verrichten (omdat zij bijvoorbeeld die dienst intern wil verrichten), sluit niet uit dat er sprake is van een economische activiteit. Hoewel de markt op die wijze wordt afgeschermd, kan er toch sprake zijn van een economische activiteit wanneer andere marktdeelnemers bereid en in staat zouden zijn de dienst op de betrokken markt te verrichten. Meer algemeen is het feit dat een bepaalde dienst intern wordt verricht, niet relevant voor het economische karakter van de activiteit.¹¹
15. Aangezien het onderscheid tussen economische en niet-economische activiteiten tot op zekere hoogte afhangt van specifieke politieke en economische ontwikkelingen in een bepaalde lidstaat, kan er geen uitputtende lijst worden opgesteld van activiteiten

⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 16 december 2010, *AceaElectrabel Produzione SpA / Commissie*, C-480/09 P, ECLI:EU:C:2010:787, punten 47 t/m 55; arrest van het Hof van Justitie van 10 januari 2006, *Ministero dell'Economia e delle Finanze / Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a.*, C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, punt 112.

⁹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 16 juni 1987, *Commissie/Italië*, 118/85, ECLI:EU:C:1987:283, punt 7; arrest van het Hof van Justitie van 18 juni 1998, *Commissie/Italië*, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, punt 36; arrest van het Hof van Justitie van 12 september 2000, *Pavel Pavlov e.a. / Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, C-180/98 t/m C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, punt 75.

¹⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 17 februari 1993, *Christian Poucet / Assurances générales de France (AGF) en Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) en Daniel Pistre / Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava)*, C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63, punten 16 t/m 20.

¹¹ Zie de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 28 september 2006, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) / Transformación Agraria SA (Tragsa) en Administración del Estado*, C-295/05, ECLI:EU:C:2006:619, punten 110 t/m 116; Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PB L 315 van 3.12.2007, blz. 1), artikel 5, lid 2, en artikel 6, lid 1; Besluit 2011/501/EU van de Commissie van 23 februari 2011 betreffende de door Duitsland toegekende staatssteun in zaak C 58/06 (ex NN 98/05) ten gunste van Bahnen der Stadt Monheim (BSM) en Rheinische Bahngesellschaft (RBG) in het Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (PB L 210 van 17.8.2011, blz. 1), overwegingen 208 en 209.

die a priori nooit economische activiteiten zouden zijn. Dit soort lijsten zou geen reële rechtszekerheid bieden en zou dus weinig bruikbaar zijn. In plaats daarvan wordt in de punten 17 tot en met 37 geprobeerd dit onderscheid voor een aantal belangrijke sectoren te verduidelijken.

16. Het enkele feit dat een entiteit aandelen, of zelfs zeggenschapsdeelnemingen, houdt in een onderneming die goederen of diensten op een markt aanbiedt, betekent niet dat die entiteit voor de toepassing van artikel 107, lid 1, van het Verdrag automatisch als een onderneming dient te worden beschouwd. Wanneer het houden van die deelneming enkel meebrengt dat aan de hoedanigheid van aandeelhouder verbonden rechten worden uitgeoefend, alsmede, in voorkomend geval, dividenden, die loutere vruchten van de eigendom van een goed zijn, worden geïnd, zal die entiteit niet als onderneming worden beschouwd indien zij zelf geen goederen of diensten op een markt aanbiedt.¹²

2.2. Uitoefening van overheidsgezag

17. Artikel 107, lid 1, van het Verdrag is niet van toepassing op het handelen van de Staat wanneer het om „uitoefening van overheidsgezag”¹³ gaat of wanneer organen die onder de Staat vallen, handelen „in hun hoedanigheid van overheid”¹⁴. Een entiteit kan worden geacht bij haar handelen overheidsgezag uit te oefenen wanneer de betrokken activiteit tot de kerntaken van de Staat behoort, of die wegens haar aard, doel en de regels waaraan zij is onderworpen, met die taken verband houdt.¹⁵ Algemeen gesproken, en tenzij de betrokken lidstaat besloten heeft marktmechanismen te introduceren, vormen activiteiten die intrinsiek tot de overheidsprerogatieven behoren en die de Staat op zich neemt, geen economische activiteiten. Voorbeelden van dit soort activiteiten zijn:
- a) het leger of de politie¹⁶;
 - b) de luchtverkeersveiligheid en luchtverkeersleiding¹⁷;
 - c) de maritieme veiligheid en verkeersafwikkeling¹⁸;

¹² Arrest van het Hof van Justitie van 10 januari 2006, Ministero dell'Economia e delle Finanze / Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a., C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, punten 107 t/m 118 en 125.

¹³ Arrest van het Hof van Justitie van 16 juni 1987, Commissie/Italië, 118/85, ECLI:EU:C:1987:283, punten 7 en 8.

¹⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 4 mei 1988, Corinne Bodson / SA Pompes funèbres des régions libérées, 30/87, ECLI:EU:C:1988:225, punt 18.

¹⁵ Zie met name arrest van het Hof van Justitie van 19 januari 1994, SAT Fluggesellschaft GmbH / Eurocontrol, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7, punt 30, en arrest van het Hof van Justitie van 18 maart 1997, Diego Calì & Figli Srl / Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160, punten 22 en 23.

¹⁶ Besluit van de Commissie van 7 december 2011 betreffende steunmaatregel SA.32820 (2011/NN) - Verenigd Koninkrijk - Aid to Forensic Science Services (PB C 29 van 2.2.2012, blz. 4), punt 8.

¹⁷ Arrest SAT Fluggesellschaft GmbH / Eurocontrol, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1994:7, punt 27; arrest van het Hof van Justitie van 26 maart 2009, SELEX Sistemi Integrati SpA / Commissie en Eurocontrol, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, punt 71.

¹⁸ Besluit van de Commissie van 16 oktober 2002 betreffende steunmaatregel N 438/02 - België - Subsidies voor de havenbedrijven voor de uitvoering van overheidstaken (PB C 284 van 21.11.2002, blz. 2).

- d) milieu-inspectiediensten¹⁹;
 - e) de organisatie, financiering en handhaving van gevangenisstraffen²⁰;
 - f) de ontwikkeling en revitalisering van gronden in handen van de overheid²¹, en
 - g) het op grond van een aan ondernemingen bij wet opgelegde meldingsplicht verzamelen van door de overheid te gebruiken gegevens²².
18. Voor zover een overheidsinstantie een economische activiteit verricht die van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag kan worden losgekoppeld, handelt die instantie, wat deze activiteit betreft, als onderneming. Indien daarentegen die economische activiteit niet van de uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag kan worden gescheiden, hangen alle door die instantie verrichte activiteiten samen met de uitoefening van deze bevoegdheden - en vallen zij dus niet onder het begrip „onderneming”.²³

2.3. Sociale zekerheid

19. Of socialezekerheidsregelingen als economische activiteit moeten worden aangemerkt, hangt af van de wijze waarop deze zijn opgezet en gestructureerd. In wezen maakt de rechtspraak een onderscheid tussen regelingen die op het solidariteitsbeginsel zijn gebaseerd, en regelingen met een economisch karakter.
20. Op het solidariteitsbeginsel gebaseerde socialezekerheidsregelingen die geen economische activiteit inhouden, hebben doorgaans de volgende kenmerken:
- a) de regeling berust op een systeem van verplichte aansluiting²⁴;
 - b) de regeling vervult een functie van uitsluitend sociale aard²⁵;

¹⁹ Arrest Diego Cali & Figli, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1997:160, punt 22.

²⁰ Besluit van de Commissie van 19 juli 2006 betreffende steunmaatregel N 140/06 - Litouwen – Subsidie aan overheidsbedrijven in penitentiaire inrichtingen (PB C 244 van 11.10.2006, blz. 12).

²¹ Besluit van de Commissie van 27 maart 2014 betreffende steunmaatregel SA.36346 - Duitsland – GRW - Kommunale wirtschaftsnahe Infrastruktur - a) Industrie- und Gewerbegebiete (PB C 141 van 9.5.2014, blz. 2). In het kader van een maatregel waarbij de revitalisering (met inbegrip van het schoonmaken) van gronden in handen van de overheid werd gesteund, kwam de Commissie tot de bevinding dat een terrein bouwrijp maken en het zorgen voor de aansluiting op nutsvoorzieningen (water, gas, riolering en elektriciteit) en vervoersnetwerken (spoorwegen en wegen) geen economische activiteit is, maar deel uitmaakt van de overheidstaken van de Staat, namelijk beschikbaarstelling van en het toezicht op gronden in overeenstemming met lokale plannen voor stads- en gebiedsontwikkeling.

²² Arrest van het Hof van Justitie van 12 juli 2012, Compass-Datenbank GmbH / Oostenrijk, C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449, punt 40.

²³ Arrest Compass-Datenbank GmbH, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2012:449, punt 38, en arrest van het Hof van Justitie van 26 maart 2009, SELEX Sistemi Integrati SpA / Commissie en Eurocontrol, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, punt 72 e.v.

²⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 17 februari 1993, Christian Poucet / Assurances générales de France (AGF) en Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) en Daniel Pistre / Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava), C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63, punt 13.

²⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 22 januari 2002, Cisol di Battistello Venanzio & C. Sas / Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), C-218/00, ECLI:EU:C:2002:36, punt 45.

- c) de regeling mist ieder winstoogmerk²⁶;
 - d) de betaalde uitkeringen zijn niet afhankelijk van het bedrag van de premies²⁷;
 - e) het bedrag van de betaalde prestaties is niet noodzakelijkerwijs evenredig aan de beroepsinkomsten van de verzekerde²⁸, en
 - f) de regeling staat onder overheidstoezicht²⁹.
21. Dergelijke op het solidariteitsbeginsel gebaseerde regelingen dienen te worden onderscheiden van regelingen die een economische activiteit omvatten.³⁰ Die laatste regelingen worden doorgaans gekenmerkt door:
- a) het feit dat deelneming facultatief is³¹;
 - b) het kapitalisatiebeginsel (de uitkeringen hangen enkel af van de betaalde premies en de financiële resultaten van de regeling)³²;
 - c) het winstgerichte karakter ervan³³, en
 - d) het feit dat de uitkeringen een aanvulling zijn op die van een basisstelsel³⁴.
22. In sommige regelingen worden kenmerken van beide categorieën gecombineerd. In dat geval hangt de kwalificatie van de regeling af van een beoordeling van de verschillende elementen en hun relatieve belang.³⁵

²⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 16 maart 2004, AOK Bundesverband e.a. / Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co e.a., C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150, punt 47 t/m 55.

²⁷ Arrest Poucet en Pistre, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1993:63, punten 15 t/m 18.

²⁸ Arrest Cisa/INAIL, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2002:36, punt 40.

²⁹ Arrest Poucet en Pistre, reeds aangehaald, C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63, punt 14; arrest Cisa/INAIL, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2002:36, punten 43 t/m 48; arrest AOK Bundesverband, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2004:150, punten 51 t/m 55.

³⁰ Zie met name arrest van het Hof van Justitie van 16 november 1995, Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) e.a. / Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, punt 19.

³¹ Arrest van het Hof van Justitie van 21 september 1999, Albany International BV / Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, punten 80 t/m 87.

³² Arrest FFSA, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1995:392, punten 9 en 17 t/m 20; arrest Albany International, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1999:430, punten 81 t/m 85; zie ook arrest van het Hof van Justitie van 21 september 1999, Brentjens' Handelsonderneming BV / Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, C-115/97 t/m C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434, punten 81 t/m 85; arrest van het Hof van Justitie van 21 september 1999, Maatschappij Drijvende Bokken BV / Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437, punten 71 t/m 75, en arrest van het Hof van Justitie van 12 september 2000, Pavel Pavlov e.a. / Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, C-180/98 t/m C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, punten 114 en 115.

³³ Arrest Brentjens' Handelsonderneming, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1999:434, punten 74 t/m 85.

³⁴ Arrest Pavel Pavlov e.a., reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2000:428, punten 67 t/m 70.

³⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 5 maart 2009, Kattner Stahlbau GmbH / Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft, C-350/07, ECLI:EU:C:2009:127, punt 33 e.v.

2.4. De gezondheidszorg

23. Binnen de Unie verschillen de zorgstelsels sterk van lidstaat tot lidstaat. Of en in welke mate verschillende zorgaanbieders met elkaar concurreren, wordt in ruime mate bepaald door deze specifieke nationale kenmerken.
24. In sommige lidstaten zijn publieke ziekenhuizen een integrerend onderdeel van een nationaal gezondheidsstelsel en zijn deze bijna volledig gebaseerd op het solidariteitsbeginsel.³⁶ Die ziekenhuizen worden rechtstreeks gefinancierd uit sociale premies en andere staatsmiddelen, en leveren hun diensten kosteloos aan de personen die zijn aangesloten, op basis van een universele dekking.³⁷ De Unierechter heeft bevestigd dat, waar dit soort structuur bestaat, de betrokken organisaties niet handelen als ondernemingen.³⁸
25. Waar die structuur bestaat, hebben zelfs activiteiten die op zich een economisch karakter kunnen hebben, maar die alleen worden uitgevoerd om een andere niet-economische dienst te kunnen verrichten, geen economisch karakter. Een organisatie die producten aankoopt, zelfs in grote hoeveelheden, om er diensten mee aan te bieden die geen economisch karakter hebben, handelt niet als onderneming op grond van het enkele feit dat zij koper is op een markt.³⁹
26. In vele andere lidstaten bieden ziekenhuizen en andere zorgaanbieders hun diensten aan tegen betaling, hetzij rechtstreeks door patiënten, hetzij door hun verzekering.⁴⁰ In die stelsels speelt er een zekere mate van concurrentie tussen ziekenhuizen wat betreft het aanbieden van zorgdiensten. Waar dit het geval is, is het enkele feit dat een zorgdienst wordt verricht door een publiek ziekenhuis, niet voldoende om de activiteit als niet-economisch aan te merken.
27. De Unierechter heeft ook duidelijk gemaakt dat zorgdiensten die onafhankelijke dokters en andere particuliere zorgaanbieders tegen vergoeding voor eigen risico verrichten, als een economische activiteit dienen te worden aangemerkt.⁴¹ Dezelfde beginselen gelden voor apotheken.

³⁶ Een uitgesproken voorbeeld hiervan is het Spaanse Sistema Nacional de Salud (SNS) (zie arrest van het Gerecht van 4 maart 2003, Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) / Commissie, T-319/99, ECLI:EU:T:2003:50, en arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 2006, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) / Commissie, C-205/03 P, ECLI:EU:C:2006:453, punten 25 t/m 28).

³⁷ Afhankelijk van de algemene kenmerken van het stelsel, doet het feit dat heffingen die slechts een beperkt deel van de reële kostprijs van de dienst dekken, niets af aan de kwalificatie van de dienst als niet-economische activiteit.

³⁸ Arrest FENIN, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:2003:50, punt 39, en arrest FENIN, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2006:453, punten 25 t/m 28.

³⁹ Arrest FENIN, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:2003:50, punt 40.

⁴⁰ Zie bijv. arrest van het Hof van Justitie van 12 juli 2001, B.S.M. Smits, echtgenote van Geraets / Stichting Ziekenfonds VGZ en H.T.M. Peerbooms / Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404, punten 53 t/m 58.

⁴¹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 12 september 2000, Pavel Pavlov e.a. / Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, C-180/98 t/m C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, punten 75 en 77.

2.5. Onderwijs en onderzoeksactiviteiten

28. Openbaar onderwijs dat binnen het nationale onderwijsstelsel wordt gefinancierd door de Staat en onder staatstoezicht staat, kan als een niet-economische activiteit worden beschouwd. Het Hof van Justitie verklaarde dat de Staat „bij de organisatie en de handhaving van een dergelijk openbaar onderwijsstelsel, dat volledig of hoofdzakelijk uit de staatskas wordt gefinancierd en niet door de leerlingen of hun ouders, niet de bedoeling heeft werkzaamheden tegen vergoeding te verrichten, maar zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak jegens zijn bevolking vervult”⁴².
29. Aan het niet-economische karakter van openbaar onderwijs wordt in beginsel niet afgedaan door het feit dat leerlingen of hun ouders soms onderwijs- of inschrijvingsgelden moeten betalen als bijdrage in de werkingskosten van het stelsel. Dit soort financiële bijdragen dekt vaak slechts een fractie van de reële kosten van de dienst en kan dus niet worden beschouwd als een vergoeding voor de verrichte dienst. Daarom doen deze bijdragen niet af aan het niet-economische karakter van een algemene onderwijsdienst die overwegend uit overheidsmiddelen wordt bekostigd.⁴³ Deze beginselen kunnen gelden voor diensten in het openbaar onderwijs zoals beroepsopleiding⁴⁴, particuliere en openbare basisscholen⁴⁵ en peuterspeelzalen/kleuterscholen⁴⁶, nevenactiviteiten als docent aan een universiteit⁴⁷, en hoger onderwijs⁴⁸.
30. Deze publieke onderwijsdiensten dienen te worden onderscheiden van diensten die overwegend door ouders of leerlingen of uit commerciële inkomsten worden bekostigd. Zo valt bijvoorbeeld hoger onderwijs dat volledig door studenten wordt bekostigd, duidelijk in deze laatste categorie. In bepaalde lidstaten kunnen ook overheidsinstanties onderwijsdiensten aanbieden die, als gevolg van hun aard, hun financieringsstructuur en het feit dat er concurrerende particuliere organisaties bestaan, als economische activiteit moeten worden aangemerkt.
31. In het licht van de in de punten 28, 29 en 30 uiteengezette beginselen is de Commissie van mening dat bepaalde activiteiten van universiteiten en

⁴² Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2007, Commissie/Duitsland, C-318/05, ECLI:EU:C:2007:495, punt 68. Zie ook besluit van de Commissie van 25 april 2001 betreffende steunmaatregel N 118/00 - Frankrijk - Subsidies van de overheid voor professionele sportclubs (PB C 333 van 28.11.2001, blz. 6).

⁴³ Arrest van het EVA-Hof van Justitie van 21 februari 2008, zaak E-5/07, Private Barnehagers Landsforbund / Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, Jurispr. EVA-Hof 2008, blz. 62, punt 83.

⁴⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 27 september 1988, Belgische Staat / René Humbel en Marie-Thérèse Edel, 263/86, ECLI:EU:C:1988:451, punt 18.

⁴⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2007, Commissie/Duitsland, C-318/05, ECLI:EU:C:2007:495, punten 65 t/m 71; arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2007, Herbert Schwarz en Marga Gootjes-Schwarz / Finanzamt Bergisch Gladbach, C-76/05, ECLI:EU:C:2007:492, punten 37 t/m 47.

⁴⁶ Arrest Private Barnehagers Landsforbund, reeds aangehaald.

⁴⁷ Arrest van het Hof van Justitie van 18 december 2007, Hans-Dieter Jundt en Hedwig Jundt / Finanzamt Offenburg, C-281/06, ECLI:EU:C:2007:816, punten 28 t/m 39.

⁴⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 7 december 1993, Stephan Max Wirth / Landeshauptstadt Hannover, C-109/92, ECLI:EU:C:1993:916, punten 14 t/m 22.

onderzoekorganisaties buiten het toepassingsbereik van de staatssteunregels vallen. Daarbij gaat het om de kerntaken van die organisaties, namelijk:

- a) opleiding met het oog op meer en beter gekwalificeerd menselijk kapitaal;
- b) het verrichten van onafhankelijk onderzoek en ontwikkeling met het oog op meer kennis en een beter inzicht, daaronder begrepen samenwerking bij onderzoek en ontwikkeling;
- c) de verspreiding van onderzoeksresultaten.

32. De Commissie beschouwt activiteiten inzake kennisoverdracht (licentiëring, het creëren van spin-offs, of andere vormen van beheer van door de onderzoeksorganisatie of -infrastructuur gecreëerde kennis) als niet-economisch wanneer deze worden uitgevoerd door de onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur (met inbegrip van afdelingen of dochterondernemingen daarvan) of samen met of namens andere dergelijke entiteiten, en wanneer alle inkomsten uit deze activiteiten opnieuw in de primaire activiteiten van de betrokken onderzoeksorganisatie of onderzoeksinfrastructuur worden geïnvesteerd.⁴⁹

2.6. Cultuur en instandhouding van erfgoed, met inbegrip van natuurbehoud

33. Cultuur is een drager van identiteit, waarden en zingeving die een afspiegeling zijn van en een bepalende invloed hebben op de samenlevingen in de Unie. De sector cultuur en instandhouding van erfgoed bestrijkt een breed scala doelstellingen en activiteiten, met onder meer musea, archieven, bibliotheken, kunstcentra en cultuurcentra of artistieke of culturele locaties, theaters, operahuizen, concerthallen, archeologische vindplaatsen, monumenten, historische locaties en gebouwen, traditionele gebruiken en ambachten, festivals en tentoonstellingen, maar ook culturele en artistieke educatie. Europa's rijke natuurlijke erfgoed, met inbegrip van het behoud van biodiversiteit, habitats en soorten, biedt verdere waardevolle voordelen voor de samenlevingen in de Unie.

34. Gezien hun bijzondere karakter kunnen bepaalde activiteiten op het gebied van cultuur en instandhouding van cultureel en natuurlijk erfgoed op niet-commerciële wijze worden georganiseerd en dus niet-economisch van aard zijn. Overheidsfinanciering van die activiteiten vormt dan ook mogelijk geen staatssteun. De Commissie is van mening dat overheidsfinanciering van een activiteit op het gebied van cultuur of instandhouding van erfgoed die kosteloos toegankelijk is voor het brede publiek, een zuiver maatschappelijke en culturele doelstelling dient die niet-economisch van aard is. Evenzo doet het feit dat bezoekers van een culturele instelling of deelnemers aan een activiteit op het gebied van cultuur of instandhouding van erfgoed, met inbegrip van natuurbehoud, die open staat voor het brede publiek, een financiële bijdrage moeten leveren die slechts een fractie van de reële kosten dekt, niet af aan het niet-economische karakter van die activiteit, omdat die bijdrage niet kan worden beschouwd als een echte vergoeding voor de geleverde dienst.

⁴⁹ Zie punt 19 van de kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (PB C 198 van 27.6.2014, blz. 1).

35. Daarentegen dienen activiteiten op het gebied van cultuur of instandhouding van erfgoed (met inbegrip van natuurbehoud) die overwegend worden bekostigd met bezoekers- of gebruikersvergoedingen of met andere commerciële middelen (bijv. commerciële tentoonstellingen, bioscopen, commerciële muziekkuitvoeringen en festivals, en kunstacademies die overwegend worden bekostigd met onderwijsgelden) als economisch te worden aangemerkt. Evenzo dienen activiteiten op het gebied van instandhouding van erfgoed of cultuur die uitsluitend ten goede komen aan bepaalde ondernemingen - en niet aan het brede publiek (bijv. de restauratie van een door een particuliere onderneming gebruikt historisch pand) - in de regel als economisch te worden aangemerkt.
36. Bovendien zijn talrijke activiteiten op het gebied van cultuur of instandhouding van erfgoed objectief gezien niet-substitueerbaar (bijv. publiek toegankelijke archieven die unieke documenten bezitten) en valt hierdoor het bestaan van een echte markt uit te sluiten. Volgens de Commissie zouden ook deze activiteiten niet-economisch van aard zijn.
37. In gevallen waarin een entiteit culturele activiteiten of activiteiten op het gebied van instandhouding van erfgoed uitoefent, waarvan sommige niet-economisch zijn in de zin van de punten 34 en 36 en andere economisch, zal de overheidsfinanciering die zij ontvangt, alleen in zoverre onder de staatssteunregels vallen als deze de kosten dekt die aan de economische activiteiten verbonden zijn.⁵⁰

3. „AFKOMSTIG VAN DE STAAT”

38. Bij de vraag of een voordeel rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen wordt bekostigd en de vraag of die maatregel aan de Staat valt toe te rekenen, gaat het om twee afzonderlijke en cumulatieve voorwaarden om van staatssteun te kunnen spreken.⁵¹ Zij worden echter vaak samen onderzocht wanneer een maatregel aan artikel 107, lid 1, van het Verdrag wordt getoetst, omdat zij beide betrekking hebben op de publieke herkomst van de betrokken maatregel.

3.1. Toerekenbaarheid

39. In gevallen waarin een overheidsinstantie een voordeel aan een begunstigde verleent, valt deze maatregel per definitie aan de Staat toe te rekenen, zelfs indien de betrokken instantie juridische autonomie ten opzichte van andere overheden geniet. Hetzelfde geldt indien een overheidsinstantie een publiek- of privaatrechtelijke orgaan aanwijst om de maatregel waarmee een voordeel wordt verleend, te beheren.

⁵⁰ Zoals uiteengezet in punt 207, is de Commissie van mening dat overheidsfinanciering voor gebruikelijke faciliteiten (zoals restaurants, winkels of betaald-parkeerplaatsen) van infrastructuur die vrijwel uitsluitend voor een niet-economische activiteit wordt gebruikt, in de regel het handelsverkeer tussen de lidstaten niet beïnvloedt. Evenzo is de Commissie van mening dat overheidsfinanciering voor gebruikelijke faciliteiten die beschikbaar worden gesteld in het kader van niet-economische activiteiten op het gebied van cultuur en instandhouding van erfgoed (bijv. een winkel, café of garderobe tegen betaling in een museum) normaal gesproken geen invloed heeft op het handelsverkeer tussen de lidstaten.

⁵¹ Zie bijv. arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie („Stardust Marine”), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punt 24; arrest van het Gerecht van 5 april 2006, Deutsche Bahn AG / Commissie, T-351/02, ECLI:EU:T:2006:104, punt 103.

Het Unierecht kan namelijk niet toestaan dat de regels inzake toezicht op staatssteun kunnen worden omzeild door zelfstandige instellingen op te richten die worden belast met de uitkering van steun.⁵²

40. Toerekenbaarheid ligt evenwel minder voor de hand indien het voordeel wordt toegekend via overheidsbedrijven.⁵³ In dergelijke gevallen dient te worden uitgemaakt of de overheid geacht kan worden op een of andere manier bij de vaststelling van de maatregelen betrokken te zijn geweest.⁵⁴
41. Het enkele feit dat een maatregel door een overheidsbedrijf wordt genomen, is op zich niet voldoende om die maatregel als toerekenbaar aan de Staat te beschouwen.⁵⁵ Er hoeft echter niet te worden aangetoond dat in een bepaalde zaak de overheid het overheidsbedrijf concreet ertoe heeft aangezet de betrokken maatregel te nemen.⁵⁶ Gelet immers op de noodzakelijkerwijs nauwe relatie tussen de Staat en overheidsbedrijven, is het risico immers reëel dat de via die bedrijven toegekende staatssteun op weinig transparante wijze en in strijd met de in het Verdrag vastgelegde staatssteunregels wordt verleend.⁵⁷ Verder zal het, juist als gevolg van de bevoorrechte betrekkingen tussen de Staat en overheidsbedrijven, voor derden in de regel zeer moeilijk zijn om in een concreet geval aan te tonen dat door dergelijke bedrijven genomen maatregelen werkelijk in opdracht van de overheid zijn getroffen.⁵⁸
42. Om die redenen kan de toerekenbaarheid aan de Staat van een door een overheidsbedrijf genomen steunmaatregel worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen.⁵⁹

⁵² Arrest van het Gerecht van 12 december 1996, *Compagnie nationale Air France / Commissie*, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, punt 62.

⁵³ Het begrip „overheidsbedrijf” (openbaar bedrijf) kan worden gedefinieerd aan de hand van Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (PB L 318 van 17.11.2006, blz. 17). Volgens artikel 2, onder b), van die richtlijn wordt onder „openbare bedrijven” verstaan „alle bedrijven waarover overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de desbetreffende regels”.

⁵⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2002, *Frankrijk/Commissie („Stardust Marine”)*, C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punt 52.

⁵⁵ Arrest *Stardust Marine*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2002:294. Zie ook arrest van het Gerecht van 26 juni 2008, *SIC - Sociedade Independente de Comunicação SA / Commissie*, T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228, punten 93 t/m 100.

⁵⁶ Voorts hoeft in een specifiek geval niet te worden aangetoond dat het overheidsbedrijf zich anders zou hebben gedragen indien het autonoom had gehandeld; zie arrest van het Gerecht van 25 juni 2015, *Servizi assicurativi del commercio estero SpA (SACE) en Sace BT / Commissie*, T-305/13, ECLI:EU:T:2015:435, punt 48.

⁵⁷ Arrest *Stardust Marine*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2002:294, punt 53.

⁵⁸ Arrest *Stardust Marine*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2002:294, punt 54.

⁵⁹ Arrest *Stardust Marine*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2002:294, punt 55.

3.1.1. *Aanwijzingen voor toerekenbaarheid*

43. Mogelijke aanwijzingen om te bepalen of een maatregel aan de Staat valt toe te rekenen, zijn onder meer⁶⁰:
- a) de vaststelling dat de betrokken instantie het kwestieuze besluit niet kon nemen zonder rekening te houden met de door de overheid gestelde eisen;
 - b) de aanwezigheid van organieke factoren die het overheidsbedrijf met de Staat verbinden;
 - c) het feit dat het bedrijf waarlangs steun werd verleend, rekening moest houden met de aanwijzingen van overheidsinstanties⁶¹;
 - d) het feit dat het overheidsbedrijf deel uitmaakt van de structuur van de overheidsdiensten;
 - e) de aard van de activiteiten van het overheidsbedrijf⁶² en het feit dat het overheidsbedrijf bij het verrichten van deze activiteiten op de markt normaal concurreert met particuliere marktdeelnemers;
 - f) de juridische status van het bedrijf (of het publiek recht dan wel het algemene vennootschapsrecht van toepassing is), al kan het enkele feit dat een overheidsbedrijf in de vorm van een gemeenrechtelijke kapitaalvennootschap is opgericht, niet als een voldoende reden gelden om toerekenbaarheid aan de Staat uit te sluiten⁶³, gelet op de autonomie die het aan deze rechtsvorm kan ontlenuen;
 - g) de mate waarin de overheid toezicht uitoefent op de bedrijfsvoering van het bedrijf;
 - h) elke andere aanwijzing waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid bij de vaststelling van een maatregel betrokken is of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van deze maatregel, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden.

3.1.2. *Toerekenbaarheid en verplichtingen op grond van het Unierecht*

44. Een maatregel is niet toerekenbaar aan een lidstaat indien de lidstaat, zonder enige beoordelingsmarge, verplicht is deze op grond van het Unierecht ten uitvoer te

⁶⁰ Arrest Stardust Marine, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2002:294, punten 55 en 56. Zie ook conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 13 december 2001, Frankrijk/Commissie („Stardust Marine”), C-482/99, ECLI:EU:C:2001:685, punten 65 t/m 68.

⁶¹ Arrest van het Hof van Justitie van 23 oktober 2014, Commerz Nederland NV / Havenbedrijf Rotterdam NV, C-242/13, ECLI:EU:C:2014:2224, punt 35.

⁶² Bijvoorbeeld wanneer maatregelen worden genomen door publieke ontwikkelingsbanken die doelstellingen van overheidsbeleid nastreven (arrest van het Gerecht van 27 februari 2013, Nitrogénművek Vegyipari Zrt / Commissie, T-387/11, ECLI:EU:T:2013:98, punt 63) of wanneer maatregelen worden genomen door privatiseringsagentschappen of publieke pensioenfondsen (arrest van het Gerecht van 28 januari 2016, Slovenië/Commissie („ELAN”), T-507/12, ECLI:EU:T:2016:35, punt 86).

⁶³ Arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie („Stardust Marine”), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punt 57.

leggen. In dat geval vloeit de maatregel voort uit een handeling van de Uniewetgeving en valt deze niet aan de Staat toe te rekenen.⁶⁴

45. Dit is echter niet het geval in situaties waarin het Unierecht mogelijkheden biedt voor bepaalde nationale maatregelen en de lidstaat over een beoordelingsmarge beschikt i) ten aanzien van de vraag of hij de desbetreffende maatregelen neemt, of ii) met betrekking tot de kenmerken van de concrete maatregel die uit staatsteunperspectief relevant zijn.⁶⁵
46. Maatregelen die meerdere lidstaten gezamenlijk vaststellen, zijn aan alle betrokken lidstaten toe te rekenen overeenkomstig artikel 107, lid 1, van het Verdrag.⁶⁶

3.2. Staatsmiddelen

3.2.1. Algemene beginselen

47. Alleen voordelen die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd, kunnen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag vormen.⁶⁷
48. Staatsmiddelen omvatten alle middelen van de overheidssector⁶⁸, met inbegrip van middelen van decentrale (gedecentraliseerde, federatieve, regionale of andere) bestuursniveaus⁶⁹ en, onder bepaalde omstandigheden, middelen van particuliere instanties (zie de punten 57 en 58). Daarbij doet niet ter zake of een instelling uit de overheidssector al dan niet autonoom is.⁷⁰ Middelen die de centrale bank van een

⁶⁴ Zie arrest van het Hof van Justitie van 23 april 2009, Sandra Puffer / Unabhängiger Finanzsenat, Außenstelle Linz, C-460/07, ECLI:EU:C:2009:254, punt 70 (betreffende het recht op aftrek in het kader van het door de Unie opgezette btw-stelsel) en arrest van het Gerecht van 5 april 2006, Deutsche Bahn AG / Commissie, T-351/02, ECLI:EU:T:2006:104, punt 102 (betreffende door Unierecht vereiste belastingvrijstellingen).

⁶⁵ Zie arrest van het Hof van Justitie van 10 december 2013, Commissie / Ierland e.a., C-272/12 P, ECLI:EU:C:2013:812, punten 45 t/m 53 (betreffende een bij beschikking van de Raad aan een lidstaat verleende toestemming om bepaalde belastingvrijstellingen in te voeren). Het arrest maakt ook duidelijk dat de omstandigheid dat een beschikking van de Raad op het gebied van harmonisatie van wetgeving op voorstel van de Commissie werd vastgesteld, niet ter zake doet, omdat het begrip staatssteun een objectief begrip is.

⁶⁶ Besluit 2010/606/EU van de Commissie van 26 februari 2010 betreffende de door het Koninkrijk België, de Franse Republiek en het Groothertogdom Luxemburg ten uitvoer gelegde steunmaatregel C 9/2009 (ex NN 45/08, NN 49/08 en NN 50/08) ten gunste van Dexia NV (PB L 274 van 19.10.2010, blz. 54).

⁶⁷ Arrest van het Hof van Justitie van 24 januari 1978, Openbaar Ministerie van het Koninkrijk der Nederlanden / Jacobus Philippus van Tiggele, 82/77, ECLI:EU:C:1978:10, punten 25 en 26; arrest van het Gerecht van 12 december 1996, Compagnie nationale Air France / Commissie, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, punt 63.

⁶⁸ Arrest Air France, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:1996:194, punt 56.

⁶⁹ Arrest van het Hof van Justitie van 14 oktober 1987, Duitsland/Commissie, 248/84, ECLI:EU:C:1987:437, punt 17; arrest van het Gerecht van 6 maart 2002, Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava, Ramondín, SA en Ramondín Cápsulas, SA / Commissie, T-92/00 en T-103/00, ECLI:EU:T:2002:61, punt 57.

⁷⁰ Arrest Air France, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:1996:194, punten 58 t/m 62.

lidstaat aan specifieke kredietinstellingen verschaft, behelzen in de regel de overdracht van staatsmiddelen.⁷¹

49. Ook middelen van overheidsbedrijven vormen staatsmiddelen in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag, omdat de Staat het gebruik van die middelen kan sturen.⁷² Voor de toepassing van het staatssteunrecht kunnen ook overdrachten binnen een overheidsconcern staatssteun vormen indien bijvoorbeeld middelen worden overgedragen van de moedermaatschappij aan haar dochteronderneming (ook al vormt deze uit economisch oogpunt één onderneming).⁷³ De vraag of de overdracht van die middelen aan de Staat valt toe te rekenen, wordt behandeld in onderdeel 3.1. De omstandigheid dat een overheidsbedrijf een begunstigde van een steunmaatregel is, betekent niet dat het via een andere steunmaatregel steun mag verlenen aan een andere begunstigde.⁷⁴
50. De omstandigheid dat een maatregel waarmee een voordeel wordt verleend, niet rechtstreeks door de Staat wordt gefinancierd, maar door van overheidswege ingestelde of aangewezen publiek- of privaatrechtelijke beheersorganen, betekent niet noodzakelijk dat de maatregel niet met staatsmiddelen wordt bekostigd.⁷⁵ Een overheidsmaatregel ter begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producten verliest zijn karakter van kosteloos voordeel niet doordat deze geheel of gedeeltelijk wordt gefinancierd uit van overheidswege verplicht gestelde bijdragen van de betrokken ondernemingen.⁷⁶
51. De overdracht van staatsmiddelen kan uiteenlopende vormen aannemen, zoals subsidies, leningen, garanties, deelnemingen in het kapitaal van ondernemingen en voordelen in natura. Een vaste en concrete toezegging om staatsmiddelen op een later tijdstip beschikbaar te stellen, wordt ook als een overdracht van staatsmiddelen beschouwd. Er hoeft geen positieve overdracht van middelen plaats te vinden; het is voldoende dat de Staat inkomsten derft. Het afzien van inkomsten die anders aan de

⁷¹ Zie de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing vanaf 1 augustus 2013 van de staatssteunregels op maatregelen ter ondersteuning van banken in het kader van de financiële crisis („Bankenmededeling”) (PB C 216 van 30.7.2013, blz. 1), met name punt 62. Wel heeft de Commissie duidelijk gemaakt dat wanneer een centrale bank op een bankencrisis reageert met algemene maatregelen die open staan voor alle vergelijkbare marktpelers op de markt (bijv. door op gelijke voorwaarden leningen toe te staan aan de gehele markt) - en niet met selectieve maatregelen ten behoeve van individuele banken - die algemene maatregelen vaak buiten het toepassingsgebied van het staatssteuntoezicht vallen.

⁷² Arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie („Stardust Marine”), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punt 38. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 29 april 2004, Griekenland/Commissie, C-278/00, ECLI:EU:C:2004:239, punten 53 en 54, en arrest van het Hof van Justitie van 8 mei 2003, Italië en SIM 2 Multimedia SpA / Commissie, C-328/99 en C-399/00, ECLI:EU:C:2003:252, punten 33 en 34.

⁷³ Arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a. / La Poste e.a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, punt 62.

⁷⁴ Arrest van het Gerecht van 24 maart 2011, Freistaat Sachsen e.a. / Commissie, T-443/08 en T-455/08, ECLI:EU:T:2011:117, punt 143.

⁷⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 22 maart 1977, Steinike & Weinlig / Duitsland, 78/76, ECLI:EU:C:1977:52, punt 21.

⁷⁶ Arrest Steinike & Weinlig, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1977:52, punt 22.

Staat zouden zijn betaald, vormt een overdracht van staatsmiddelen.⁷⁷ Zo voldoet een derving van belasting- en socialezekerheidsinkomsten als gevolg van door de lidstaat verleende vrijstellingen of verlagingen van belastingen of sociale premies of door vrijstelling van de verplichtingen tot betaling van geldboetes of andere financiële sancties, aan het criterium „staatsmiddelen” van artikel 107, lid 1, van het Verdrag.⁷⁸ Het doen ontstaan van een concreet risico dat de Staat - als gevolg van een garantie of een contractueel aanbod - in de toekomst een extra last zal moeten dragen, is voldoende voor de toepassing van artikel 107, lid 1.⁷⁹

52. Indien overheden of overheidsbedrijven goederen of diensten aanbieden tegen een prijs onder de marktprijs, of in een onderneming investeren op een wijze die niet strookt met het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie, zoals dat in punt 73 e.v. wordt beschreven, impliceert dit dat de Staat inkomsten derft (en bovendien een voordeel verleent).
53. De toewijzing van licenties om het openbare domein te bezetten of te gebruiken, of het verlenen van toegang tot natuurlijke hulpbronnen of de toewijzing van bijzondere of uitsluitende rechten⁸⁰ zonder een adequate, marktconforme vergoeding kan inhouden dat de Staat middelen derft (en ook dat een voordeel wordt toegekend)⁸¹.
54. In die gevallen dient te worden nagegaan of de Staat, naast zijn rol als beheerder van de betrokken openbare goederen, handelt als een toezichthouder die beleidsdoelstellingen nastreeft door aan de selectieprocedure van de betrokken ondernemingen kwalitatieve criteria te verbinden (die vooraf op transparante en

⁷⁷ Arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2000, Frankrijk / Ladbroke Racing Ltd en Commissie, C-83/98 P, ECLI:EU:C:2000:248, punten 48 t/m 51.

⁷⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 15 maart 1994, Banco de Crédito Industrial SA, thans Banco Exterior de España SA / Ayuntamiento de Valencia, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, punt 14 (met betrekking tot belastingvrijstellingen). Voorts kunnen afwijkingen van de normale insolventieregels, waarbij ondernemingen hun bedrijf kunnen voortzetten onder omstandigheden waarin een dergelijke mogelijkheid uitgesloten is bij toepassing van de gewone regels van het faillissementsrecht, een extra last voor de Staat met zich meebrengen indien overheidsinstanties tot de belangrijkste schuldeisers van de betrokken ondernemingen behoren of wanneer die maatregelen als een feitelijke kwijtschelding van vorderingen van de overheid zijn aan te merken; zie arrest van het Hof van Justitie van 17 juni 1999, Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA / International Factors Italia SpA (Ifitalia) e.a., C-295/97, ECLI:EU:C:1999:313, punten 40 t/m 43, en arrest van het Hof van Justitie van 1 december 1998, Ecotrade Srl / Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS), C-200/97, ECLI:EU:C:1998:579, punt 45.

⁷⁹ Arrest Ecotrade Srl, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1998:579, punt 41 en arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2013, Bouygues SA en Bouygues Télécom SA / Commissie e.a., C-399/10 P en C-401/10 P, ECLI:EU:C:2013:175, punten 137, 138 en 139.

⁸⁰ In de zin van artikel 2, onder f) en g), van Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (PB L 318 van 17.11.2006, blz. 17).

⁸¹ Zie ook punt 33 van de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (PB C 8 van 11.1.2012, blz. 4).

niet-discriminerende wijze zijn vastgesteld).⁸² Wanneer de Staat als toezichthouder handelt, kan hij rechtmatig besluiten om de inkomsten die anders zouden kunnen worden behaald, niet te maximaliseren, zonder daarmee in de werkingssfeer van de staatssteunregels te vallen, mits alle betrokken marktdeelnemers overeenkomstig het non-discriminatiebeginsel worden behandeld en er een inherent verband is tussen het behalen van de reguleringsdoelstelling en het derven van de inkomsten.⁸³

55. Hoe dan ook is er sprake van een overdracht van staatsmiddelen indien, in een bepaald geval, de overheid voor de toegang tot het openbare domein of natuurlijke hulpbronnen of de toekenning van bepaalde bijzondere of uitsluitende rechten niet het normale bedrag in het kader van de algemene regeling berekent.
56. Een negatief indirect effect op staatsinkomsten als gevolg van reguleringsmaatregelen vormt geen overdracht van staatsmiddelen wanneer dat een inherent aspect van de maatregel is.⁸⁴ Zo vormt een afwijking van de bepalingen van het arbeidsrecht waardoor het kader wordt gewijzigd waarin de contractuele verhoudingen tussen ondernemingen en hun werknemers tot stand komen, geen overdracht van staatsmiddelen, ook al kunnen hierdoor de sociale premies of de aan de Staat verschuldigde belastingen dalen.⁸⁵ Evenmin houdt nationale wetgeving

⁸² Zie arrest van het Gerecht van 4 juli 2007, Bouygues SA en Bouygues Télécom SA / Commissie, T-475/04, ECLI:EU:T:2007:196, waarin het Gerecht (in punt 104) opmerkte dat nationale autoriteiten bij het verlenen van toegang tot een schaars collectief goed als de radiofrequenties, zowel de rol van toezichthouder als die van beheerder van die collectieve goederen vervullen.

⁸³ Zie, in die zin, punten 28, 29 en 30 van het besluit van de Commissie van 20 juli 2004 betreffende steunmaatregel NN 42/2004 - Frankrijk - Wijziging met terugwerkende kracht van de door Orange en SFR te betalen kosten voor een UMTS-vergunning (PB C 275 van 8.11.2005, blz. 3), bevestigd door de Unierechter (arrest Bouygues SA en Bouygues Télécom SA, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:2007:196, punten 108 t/m 111 en 113, en arrest Bouygues SA en Bouygues Télécom SA, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2009:223, punten 94 t/m 98 en 125). In dit geval vervulde de Staat, bij de toekenning UMTS-radiospectrumvergunningen, tegelijkertijd de rol van telecommtoezichthouder en die van beheerder van die collectieve goederen en streefde hij de reguleringsdoelstellingen na die waren uiteengezet in Richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (PB L 117 van 7.5.1997, blz. 15). In dit soort situaties, zo heeft de Unierechter bevestigd, was met het verlenen van vergunningen zonder het maximaliseren van de inkomsten die hadden kunnen worden behaald, geen staatssteun gemoeid, aangezien de betrokken maatregelen gerechtvaardigd waren door de reguleringsdoelstellingen die in Richtlijn 97/13/EG waren vastgesteld en het non-discriminatiebeginsel in acht werd genomen. Daarentegen heeft het Hof van Justitie in zijn arrest van 8 september 2011, Commissie/Nederland C-279/08 P (ECLI:EU:C:2011:551, punt 88 e.v.), geen reguleringsargumenten onderscheiden die zouden rechtvaardigen dat vrij verhandelbare emissierechten, zonder tegenprestatie, worden verleend. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 14 januari 2015, Eventech Ltd / Parking Adjudicator, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, punt 46 e.v.

⁸⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 13 maart 2001, PreussenElektra AG / Schlesweg AG, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160, punt 62.

⁸⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 17 maart 1993, Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG / Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG, C-72/91 en C-73/91, ECLI:EU:C:1993:97, punten 20 en 21. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 7 mei 1998, Epifanio Viscido e.a. / Ente Poste Italiane, C-52/97, C-53/97 en C-54/97, ECLI:EU:C:1998:209, punten 13 en 14, en arrest van het Hof van Justitie van 30 november 1993, Petra Kirsammer-Hack / Nurhan Sidal, C-189/91, ECLI:EU:C:1993:907, punten 17 en 18, met betrekking tot het feit dat de niet-toepassing van een aantal bepalingen van het arbeidsrecht geen overdracht van staatsmiddelen behelst.

waarmee voor bepaalde goederen een minimumprijs wordt vastgesteld, een overdracht van staatsmiddelen in.⁸⁶

3.2.2. *Beheersende invloed over de middelen*

57. De herkomst van de middelen is niet relevant, op voorwaarde dat deze, voordat zij direct of indirect aan de begunstigden werden overgedragen, onder staatscontrole komen en dus ter beschikking blijven van de bevoegde nationale autoriteiten⁸⁷, zelfs indien de middelen geen eigendom worden van de overheid⁸⁸.
58. Bijgevolg houden subsidies die worden bekostigd uit parafiscale heffingen of door de Staat opgelegde bijdragen, en die overeenkomstig wetgeving worden beheerd en verdeeld, een overdracht van staatsmiddelen in, zelfs indien deze middelen niet door de overheid worden beheerd.⁸⁹ Bovendien kan aan dat beginsel niet worden afgedaan door de enkele omstandigheid dat de particuliere bijdragen waarmee de maatregelen gedeeltelijk moeten worden gefinancierd, vrijwillig van aard zijn, aangezien het relevante criterium niet de herkomst van middelen is, maar de mate waarin het overheidsorgaan is tussengekomen bij de vaststelling van de betrokken maatregelen en van de financieringswijze ervan.⁹⁰ Dat staatsmiddelen worden overgedragen, kan alleen in zeer specifieke omstandigheden worden uitgesloten, met name indien middelen van de leden van een brancheorganisatie worden bestemd voor het financieren van een specifieke doelstelling ten behoeve van de leden, door een particuliere organisatie zijn vastgesteld en een louter commercieel doel dienen, en indien de lidstaat louter handelt als instrument voor de inning van een door de sectorale organisatie opgelegde bijdrage.⁹¹

⁸⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 24 januari 1978, Openbaar Ministerie van het Koninkrijk der Nederlanden / Jacobus Philippus van Tiggele, 82/77, ECLI:EU:C:1978:10, punten 25 en 26.

⁸⁷ Zie bijv. arrest van het Hof van Justitie van 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord BV, C-206/06, ECLI:EU:C:2008:413, punt 70; arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2000, Frankrijk / Ladbroke Racing Ltd en Commissie, C-83/98 P, ECLI:EU:C:2000:248, punt 50.

⁸⁸ Zie arrest van het Gerecht van 12 december 1996, Compagnie nationale Air France / Commissie, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, punten 65, 66 en 67, met betrekking tot door de Caisse des Dépôts et Consignations (CDC) verleende steun die werd gefinancierd uit vrijwillige deposito's van particulieren die te allen tijde konden worden opgevraagd. Deze omstandigheid deed echter niet af aan de conclusie dat die middelen staatsmiddelen waren omdat de in- en uitboekingen van geldmiddelen een saldo opleverden, dat CDC kon gebruiken alsof de met dit saldo overeenkomende geldmiddelen definitief te harer beschikking stonden. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2000, Frankrijk / Ladbroke Racing Ltd en Commissie, C-83/98 P, ECLI:EU:C:2000:248, punt 50.

⁸⁹ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 16; arrest van het Hof van Justitie van 11 maart 1992, Compagnie Commerciale de l'Ouest e.a. / Receveur principal des douanes de La Pallice Port, C-78/90 t/m C-83/90, ECLI:EU:C:1992:118, punt 35; arrest van het Hof van Justitie van 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord BV, C-206/06, ECLI:EU:C:2008:413, punten 58 t/m 74.

⁹⁰ Arrest van het Gerecht van 27 september 2012, Frankrijk e.a. / Commissie, T-139/09, T-243/09 en T-328/09, ECLI:EU:T:2012:496, punten 63 en 64.

⁹¹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 15 juli 2004, Pearle BV e.a. / Hoofdbedrijfschap Ambachten, C-345/02, ECLI:EU:C:2004:448, punt 41, en arrest van het Hof van Justitie van 30 mei 2013, Doux Élevage SNC en Coopérative agricole UKL-ARREE / Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche, de la Ruralité et de l'Aménagement du territoire en Comité interprofessionnel de la dinde française (CIDF), C-677/11, ECLI:EU:C:2013:348.

59. Van een overdracht van staatsmiddelen is ook sprake indien de middelen ter beschikking staan van meerdere lidstaten samen, die gezamenlijk over het gebruik van die middelen beschikken.⁹² Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn voor middelen uit het Europees stabiliteitsmechanisme (ESM).
60. Ook middelen afkomstig van de Unie (bijv. uit de structuurfondsen), van de Europese Investeringsbank of het Europees Investeringsfonds, of van internationale financiële instellingen zoals het Internationaal Monetair Fonds of de Europese Bank voor Wederopbouw en Ontwikkeling, worden als staatsmiddelen beschouwd indien nationale autoriteiten een beoordelingsruimte hebben ten aanzien van het gebruik van deze middelen (met name de keuze van begunstigden).⁹³ Wanneer deze middelen daarentegen rechtstreeks door de Unie, de Europese Investeringsbank of het Europees Investeringsfonds worden toegekend, zonder enige beoordelingsruimte voor de nationale autoriteiten, vormen deze middelen geen staatsmiddelen (bijv. de onder direct beheer toegekende financiering in het kader van het Horizon 2020-kaderprogramma, het EU-programma voor het concurrentievermogen van ondernemingen en voor kleine en middelgrote ondernemingen (COSME), of middelen voor het trans-Europees vervoersnetwerk (TEN-T)).
- 3.2.3. *Rol van de Staat bij de herverdeling tussen particuliere entiteiten*
61. Regelgeving die leidt tot financiële herverdeling van één particuliere entiteit naar een andere, zonder dat de Staat daarbij verder enige rol speelt, houdt - in beginsel - geen overdracht van staatsmiddelen in indien de middelen rechtstreeks van één particuliere entiteit naar een andere stromen, zonder dat zij langs door van overheidswege ingestelde of aangewezen publiek- of privaatrechtelijke beheersorganen verlopen.⁹⁴
62. Zo brengt een door een lidstaat aan particuliere elektriciteitsbedrijven opgelegde verplichting om tegen vaste minimumtarieven elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen af te nemen, geen enkele rechtstreekse of zijdelingse overdracht van

⁹² Besluit 2010/606/EU van de Commissie van 26 februari 2010 betreffende de door het Koninkrijk België, de Franse Republiek en het Groothertogdom Luxemburg ten uitvoer gelegde steunmaatregel C 9/2009 (ex NN 45/08, NN 49/08 en NN 50/08) ten gunste van Dexia NV (PB L 274 van 19.10.2010, blz. 54).

⁹³ Zie bijvoorbeeld, wat de structuurfondsen betreft, het besluit van de Commissie van 22 november 2006 betreffende steunmaatregel N 157/06 - Verenigd Koninkrijk - South Yorkshire Digital Region Broadband Project (PB C 80 van 13.4.2007, blz. 2), punten 21 en 29 (een gedeeltelijk door het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (EFRO) gefinancierde maatregel). Wat betreft financiering voor de voortbrenging van en handel in landbouwproducten, wordt het toepassingsbereik van de staatssteunregels beperkt door artikel 42 van het Verdrag.

⁹⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 24 januari 1978, Openbaar Ministerie van het Koninkrijk der Nederlanden / Jacobus Philippus van Tiggele, 82/77, ECLI:EU:C:1978:10, punten 25 en 26.

staatsmiddelen aan de producenten van dit soort elektriciteit met zich mee.⁹⁵ In dit geval zijn de betrokken ondernemingen (d.w.z. de particuliere elektriciteitsbedrijven) niet door de Staat aangewezen om een steunregeling te beheren, maar zijn zij alleen gebonden door een verplichting een bepaald soort elektriciteit aan te kopen met hun eigen financiële middelen.

63. Van een overdracht van staatsmiddelen is evenwel sprake wanneer de heffingen die particulieren verschuldigd zijn, via een publieke of particuliere entiteit verlopen die deze moet doorgeven aan de begunstigde onderneming.
64. Dit is bijvoorbeeld zelfs het geval wanneer een particuliere entiteit bij wet wordt aangewezen om die heffingen namens de Staat te innen en door te leiden naar de begunstigten, zonder dat deze entiteit de opbrengsten uit deze heffingen mag gebruiken voor andere doelstellingen dan die welke bij wet zijn vastgesteld. In dit geval blijven de betrokken bedragen onder toezicht van de overheid en staan zij dus ter beschikking van de nationale autoriteiten, hetgeen voldoende reden is om ze als staatsmiddelen te beschouwen.⁹⁶ Aangezien dit beginsel geldt voor zowel overheidsinstanties als particuliere entiteiten die aangewezen zijn om de heffingen te innen en de betalingen te verrichten, is een verandering van het statuut van de tussenpersoon van publieke entiteit in particuliere entiteit niet relevant voor het criterium „staatsmiddelen” indien de Staat die entiteit van nabij blijft volgen.⁹⁷
65. Voorts vormt ook een mechanisme voor de volledige compensatie van de meerkosten die voor ondernemingen voortvloeien uit de afnameverplichting van een product van bepaalde aanbieders tegen een hogere prijs dan de marktprijs, waarbij de compensatie wordt gefinancierd door alle eindverbruikers van dat product, een met staatsmiddelen bekostigde maatregel, zelfs wanneer dit mechanisme ten dele is gebaseerd op een rechtstreekse overdracht van middelen tussen particuliere entiteiten.⁹⁸

⁹⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 13 maart 2001, PreussenElektra AG / Schleswag AG, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160, punten 59 t/m 62. Het Hof verklaarde dat de aan de particuliere ondernemingen opgelegde afnameverplichting geen enkele rechtstreekse of zijdelingse overdracht van staatsmiddelen met zich meebrengt en dat aan deze conclusie niet wordt afgedaan door het feit dat de inkomsten van de aan die verplichting onderworpen ondernemingen dalen, hetgeen tot een daling van de belastingontvangsten kan leiden, omdat dit gevolg inherent is aan een dergelijke regeling. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 5 maart 2009, Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) / Administración General del Estado, C-222/07, ECLI:EU:C:2009:124, punten 43 t/m 47 (over het feit dat aan omroeporganisaties ten behoeve van filmproductie opgelegde verplichte bijdragen, geen overdracht van staatsmiddelen met zich meebrengen).

⁹⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord BV, C-206/06, ECLI:EU:C:2008:413, punten 69 t/m 75.

⁹⁷ Besluit 2011/528/EU van de Commissie van 8 maart 2011 betreffende de staatssteun in zaak C 24/09 (ex NN 446/08) - Staatssteun voor energie-intensieve ondernemingen, Wet op groene elektriciteit, Oostenrijk (PB L 235 van 10.9.2011, blz. 42), overweging 76.

⁹⁸ Arrest van het Hof van Justitie 19 december 2013, Association Vent De Colère! Fédération nationale e.a. / Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement en Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, C-262/12, ECLI:EU:C:2013:851, punten 25 en 26.

4. VOORDEEL

4.1. Het begrip „voordeel” in algemene zin

66. Een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag is een economisch voordeel dat een onderneming onder normale marktvoorwaarden - d.w.z. zonder overheidsingrijpen - niet had kunnen verkrijgen.⁹⁹ In onderdeel 4.2 van deze mededeling zijn nadere aanwijzingen te vinden over de vraag of een voordeel als onder normale marktvoorwaarden verkregen kan worden beschouwd.
67. Alleen de gevolgen van de maatregel voor de onderneming zijn relevant, en niet de oorzaken of doeleinden van de overheidsmaatregel.¹⁰⁰ Telkens wanneer de financiële situatie van een onderneming verbetert als gevolg van overheidsingrijpen¹⁰¹ op voorwaarden die afwijken van normale marktvoorwaarden, is er sprake van een voordeel. Om dit te kunnen beoordelen, dient de financiële situatie van de onderneming ná de maatregel te worden vergeleken met haar financiële situatie indien de maatregel niet was genomen.¹⁰² Aangezien alleen de gevolgen van de maatregel voor de onderneming van belang zijn, doet niet ter zake of het voordeel voor de onderneming verplicht is in die zin dat zij het niet kon vermijden of weigeren.¹⁰³
68. Ook de precieze vorm van de maatregel is niet van belang om te bepalen of daarmee een economisch voordeel aan de onderneming wordt verleend.¹⁰⁴ Niet alleen het verlenen van positieve economische voordelen is relevant voor het begrip „staatssteun”, maar ook het verlichten van economische lasten¹⁰⁵ kan een voordeel zijn. Dit laatste is een ruime categorie die iedere verlichting van lasten omvat die normaal gesproken op het budget van een onderneming drukken.¹⁰⁶ Dit omvat alle situaties waarin economische spelers worden bevrijd van de inherente kosten van hun

⁹⁹ Arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a. / La Poste e.a.*, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, punt 60; arrest van het Hof van Justitie van 29 april 1999, *Spanje/Commissie*, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, punt 41.

¹⁰⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, *Italië/Commissie*, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

¹⁰¹ Het begrip „overheidsingrijpen” ziet niet alleen op positieve maatregelen van de Staat, maar betreft ook het feit dat overheden in bepaalde omstandigheden geen maatregelen nemen, bijvoorbeeld om schulden in te vorderen; zie bijv. arrest van het Hof van Justitie van 12 oktober 2000, *Spanje/Commissie („Magesa”)*, C-480/98, EU:C:2000:559, punten 19 en 20.

¹⁰² Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, *Italië/Commissie*, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 13.

¹⁰³ Beschikking 2004/339/EG van de Commissie van 15 oktober 2003 betreffende de door Italië ten uitvoer gelegde maatregelen ten gunste van RAI SpA (PB L 119 van 23.4.2004, blz. 1), overweging 69; conclusie van advocaat-generaal Fennelly van 26 november 1998, *Frankrijk/Commissie*, C-251/97, ECLI:EU:C:1998:572, punt 26.

¹⁰⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 24 juli 2003, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg / Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, punt 84.

¹⁰⁵ Zoals bijvoorbeeld belastingvoordelen of verlagingen van sociale premies.

¹⁰⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 15 maart 1994, *Banco de Crédito Industrial SA, thans Banco Exterior de España SA / Ayuntamiento de Valencia*, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, punt 13; arrest van het Hof van Justitie van 19 september 2000, *Duitsland/Commissie*, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, punt 25; arrest van het Hof van Justitie van 19 mei 1999, *Italië/Commissie*, C-6/97, ECLI:EU:C:1999:251, punt 15; arrest van het Hof van Justitie van 3 maart 2005, *Wolfgang Heiser / Finanzamt Innsbruck*, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, punt 36.

economische activiteiten.¹⁰⁷ Indien bijvoorbeeld een lidstaat een deel van de kosten van de werknemers van een bepaalde onderneming betaalt, wordt die onderneming daarmee bevrijd van kosten die inherent zijn aan haar economische activiteiten. Van een voordeel is ook sprake wanneer de overheid een salaristoelage betaalt aan de werknemers van een bepaalde onderneming, ook al was er voor de onderneming geen wettelijke verplichting om die toelage te betalen.¹⁰⁸ Hieronder vallen ook situaties waarin bepaalde marktdeelnemers niet de kosten hoeven te dragen die andere, vergelijkbare marktdeelnemers normaal gesproken binnen een bepaalde rechtsorde moeten dragen, ongeacht het niet-economische karakter van de activiteit waarmee de kosten verband houden.¹⁰⁹

69. Kosten die voortvloeien uit door de Staat opgelegde wettelijke verplichtingen¹¹⁰, kunnen in beginsel worden beschouwd als verband houdende met de inherente kosten van de economische activiteit, zodat met eventuele compensaties voor die kosten een voordeel aan de onderneming wordt verleend¹¹¹. Dit betekent dat het bestaan van een voordeel in beginsel niet valt uit te sluiten wanneer het voordeel niet verder gaat dan een compensatie van kosten voortvloeiend uit het opleggen van een wettelijke verplichting. Hetzelfde geldt voor de situatie waarin de onderneming wordt bevrijd van de kosten die zij niet had moeten maken indien er geen uit de overheidsmaatregel voortvloeiende prikkel was geweest, omdat de onderneming, zonder deze prikkel, haar activiteit anders had gestructureerd.¹¹² Evenmin valt het

¹⁰⁷ Arrest van het Hof van Justitie van 20 november 2003, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie / GEMO SA, C-126/01, ECLI:EU:C:2003:622, punten 28 t/m 31 (over het kosteloos ophalen en verwijderen van afval).

¹⁰⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 26 september 1996, Frankrijk/Commissie, C-241/94, ECLI:EU:C:1996:353, punt 40; arrest van het Hof van Justitie van 12 december 2002, België/Commissie, C-5/01, ECLI:EU:C:2002:754, punten 38 en 39; arrest van het Gerecht van 11 september 2012, Corsica Ferries France SAS / Commissie, T-565/08, ECLI:EU:T:2012:415, punten 137 en 138, bevestigd in beroep, zie arrest van het Hof van Justitie van 4 september 2014, Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNCM) SA en Frankrijk / Corsica Ferries France SAS, C-533/12 P en C-536/12 P, ECLI:EU:C:2014:2142.

¹⁰⁹ Zie de richtsnoeren voor staatssteun aan luchthavens en luchtvaartmaatschappijen (PB C 99 van 4.4.2014, blz. 3), punt 37.

¹¹⁰ Wat de landbouwsector betreft, zouden voorbeelden van het opleggen van een wettelijke verplichting veterinaire of voedselveiligheidscontroles en testen zijn die aan de landbouwproducenten worden opgelegd. Daarentegen worden controles en testen die worden uitgevoerd en gefinancierd door overheidsinstanties en die niet wettelijk verplicht uit te voeren zijn of door de landbouwproducenten moeten worden gefinancierd, niet beschouwd als aan de ondernemingen opgelegde wettelijke verplichtingen. Zie Besluit (EU) 2015/2432 van de Commissie van 18 september 2015 inzake de door Duitsland verleende staatssteun voor melkkwaliteitstests in het kader van de wet melk en vetten - SA.35484 (2013/C) (ex SA.35484 (2012/NN)) (PB L 334 van 22.12.2015, blz. 23) en Besluit (EU) 2016/290 van de Commissie van 4 april 2016 inzake de door Verband der deutschen Milchwirtschaft e.V (vereniging van de Duitse zuivelsector) uitgevoerde steunmaatregelen in verband met de wet melk en vetten SA.35484 (2013/C) (ex SA.35484 (2012/NN)) (PB L 59 van 4.3.2016, blz. 194).

¹¹¹ Arrest van het Gerecht van 25 maart 2015, België/Commissie, T-538/11, ECLI:EU:T:2015:188, punten 74 t/m 78.

¹¹² Indien een onderneming bijvoorbeeld subsidie ontvangt om een investering in een steungebied te doen, kan niet worden aangevoerd dat hiermee niet de kosten zouden worden verlicht die normaal gesproken in het budget van de onderneming zouden zijn opgenomen, aangezien de onderneming, zónder de subsidie, de investering niet had uitgevoerd.

bestaan van een voordeel uit te sluiten indien een maatregel lasten van een andere aard compenseert die geen verband houden met die maatregel.¹¹³

70. Wat betreft de kosten gemaakt bij het beheer van een dienst van algemeen economisch belang (DAEB), heeft het Hof in zijn Altmark-arrest duidelijk gemaakt dat kan worden uitgesloten dat een voordeel wordt verleend wanneer vier cumulatieve voorwaarden zijn vervuld.¹¹⁴ In de eerste plaats moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk omschreven zijn. In de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en transparante wijze zijn vastgesteld. In de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare-dienstverplichtingen, rekening houdende met de opbrengsten en een redelijke winst, geheel of gedeeltelijk te dekken. In de vierde plaats moet, wanneer de met de uitvoering van openbare-dienstverplichtingen te belasten onderneming niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding waarbij een kandidaat kan worden geselecteerd welke deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdende met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen. De Commissie heeft haar uitlegging van deze voorwaarden verder uitgewerkt in haar mededeling betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie.¹¹⁵
71. Het bestaan van een voordeel is uitgesloten in het geval van de terugbetaling van onverschuldigde belastingen¹¹⁶, van een verplichting voor de nationale autoriteiten

¹¹³ Arrest van het Hof van Justitie van 8 december 2011, France Télécom SA / Commissie, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, punten 43 t/m 50. Dit geldt logischerwijs ook voor een maatregel die een onderneming bevrijdt van de kosten om de status van ambtenaren te vervangen door een status van werknemers die vergelijkbaar is met die van de medewerkers van haar concurrenten. In dat geval zou de betrokken onderneming daarmee een voordeel verleend krijgen (hierover bestond er voordien enige onzekerheid na het arrest van het Gerecht van 16 maart 2004, Danske Busvognmænd / Commissie, T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, punt 57). Zie, over de compensatie voor gestrande kosten, ook arrest van het Gerecht van 11 februari 2009, Iride SpA en Iride Energia SpA / Commissie, T-25/07, ECLI:EU:T:2009:33, punten 46 t/m 56.

¹¹⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 24 juli 2003, Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg / Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, punten 87 t/m 95.

¹¹⁵ PB C 8 van 11.1.2012, blz. 4.

¹¹⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 27 maart 1980, Italiaanse Administratie van de Staatsfinanciën / Denavit italiana Srl, 61/79, ECLI:EU:C:1980:100, punten 29 t/m 32.

om schade te vergoeden die zij aan bepaalde ondernemingen hebben veroorzaakt¹¹⁷ of de betaling van een schadevergoeding bij onteigening¹¹⁸.

72. Het bestaan van een voordeel wordt niet uitgesloten door het enkele feit dat concurrerende ondernemingen in andere lidstaten in een gunstigere positie verkeren¹¹⁹, omdat het begrip „voordeel” is gebaseerd op een analyse van de financiële positie van een onderneming binnen haar eigen juridische en feitelijke context mét en zónder de specifieke maatregel.

4.2. Het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie

4.2.1. Inleiding

73. De rechtsorde van de Unie is neutraal ten aanzien van de regeling van het eigendomsrecht¹²⁰ en doet op geen enkele wijze afbreuk aan het recht van lidstaten om als economische spelers op te treden. Wanneer overheden direct of indirect economische transacties aangaan, in welke vorm ook,¹²¹ zijn zij onderworpen aan staatssteunregels van de Unie.
74. Economische transacties die worden aangegaan door overheidsinstanties (met inbegrip van overheidsbedrijven), verlenen geen voordeel aan de tegenpartij van die transactie - en vormen dus geen steun - indien zij marktconform verlopen.¹²² Dit beginsel is verder ontwikkeld ten aanzien van verschillende economische transacties. De Unierechter heeft het „beginsel van de investeerder (handelend) in een markteconomie” ontwikkeld om te bepalen of in gevallen van overheidsinvesteringen (en met name kapitaalinjecties) sprake is van staatssteun: om te bepalen of de investering van een overheidsinstantie staatssteun vormt, dient te worden beoordeeld of in soortgelijke omstandigheden een particuliere investeerder van een vergelijkbare omvang ertoe zou kunnen worden gebracht de betrokken investering te doen.¹²³

¹¹⁷ Arrest van het Hof van Justitie van 27 september 1988, Asteris AE e.a. / Helleense Republiek en Europese Economische Gemeenschap, 106 tot 120/87, ECLI:EU:C:1988:457, punten 23 en 24.

¹¹⁸ Arrest van het Gerecht van 1 juli 2010, Nuova Terni Industrie Chimiche SpA / Commissie, T-64/08, ECLI:EU:T:2010:270, punten 59 t/m 63, 140 en 141 (waar wordt duidelijk gemaakt dat met de betaling van een schadevergoeding bij onteigening geen voordeel wordt verleend, maar dat wanneer deze vergoeding achteraf wordt verlengd, dit staatssteun kan vormen).

¹¹⁹ Arrest van het Hof van Justitie van 2 juli 1974, Italië/Commissie, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punt 17; zie ook arrest van het Gerecht van 29 september 2000, Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) / Commissie, T-55/99, ECLI:EU:T:2000:223, punt 85.

¹²⁰ In artikel 345 van het Verdrag is bepaald: „De Verdragen laten de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet.”

¹²¹ Zie bijv. arrest van het Hof van Justitie van 10 juli 1986, België/Commissie, 40/85, ECLI:EU:C:1986:305, punt 12.

¹²² Arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1996, Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a. / La Poste e.a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, punten 60 en 61.

¹²³ Zie bijv. arrest van het Hof van Justitie van 21 maart 1990, België/Commissie („Tubemeuse”), C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, punt 29; arrest van het Hof van Justitie van 21 maart 1991, Italië/Commissie („Alfa Romeo”), C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, punten 18 en 19; arrest van het Gerecht van 30 april 1998, Cityflyer Express Ltd / Commissie, T-16/96, ECLI:EU:T:1998:78, punt 51; arrest van het Gerecht van 21 januari 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH en Lech-Stahlwerke GmbH / Commissie, T-129/95, T-2/96 en T-97/96, ECLI:EU:T:1999:7, punt 104; arrest van het Gerecht van 6 maart 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale en deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen / Commissie, T-228/99 en T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57.

Voorts heeft de Unierechter, om te onderzoeken of met schulderschikkingen door publieke schuldeisers staatssteun gemoeid is, het „criterium van de particuliere schuldeiser” ontwikkeld, waarbij de handelwijze van een publieke schuldeiser wordt vergeleken met die van hypothetische particuliere schuldeisers die zich in een vergelijkbare situatie zouden bevinden.¹²⁴ Ten slotte heeft de Unierechter het „criterium van de particuliere verkoper” ontwikkeld om na te gaan of met een verkoop door een overheidsinstantie staatssteun is gemoeid, door te kijken of een particuliere verkoper, onder normale marktomstandigheden, dezelfde of een betere prijs had kunnen krijgen.¹²⁵

75. Die criteria zijn varianten op hetzelfde basisconcept dat de gedragingen van overheidsinstanties vergelijkbaar moeten zijn met die van vergelijkbare particuliere economische spelers onder normale marktomstandigheden, om te bepalen of met de economische transacties welke die instanties aangaan, een voordeel wordt verleend aan de tegenpartij bij die transacties. In deze mededeling zal de Commissie het daarom, in algemene bewoordingen, hebben over het criterium van „de marktdeelnemer in een markteconomie” als de te hanteren methode om na te gaan of een reeks economische transacties die overheidsinstanties aangaan, op normale marktvoorwaarden plaatsvinden, en of daarmee aan hun tegenpartijen een voordeel wordt verleend (dat onder normale marktvoorwaarden niet had gespeeld). De algemene beginselen en de relevante criteria voor het toepassen van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie worden uiteengezet in de onderdelen 4.2.2. en 4.2.3.

4.2.2. *Algemene beginselen*

76. Het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie heeft tot doel na te gaan of de Staat een onderneming een voordeel heeft verleend door ten aanzien van een bepaalde transactie niet te handelen als een marktdeelnemer in een markteconomie. In dat verband doet het niet ter zake of de maatregel voor de overheidsinstanties een rationeel middel is om overwegingen van overheidsbeleid na te streven (bijv. werkgelegenheid). Ook de vraag of de begunstigde onderneming al dan niet rendabel is, is op zich geen beslissende aanwijzing om te bepalen of de betrokken economische transactie marktconform is. Het beslissende element is de vraag of de overheidsinstanties hebben gehandeld zoals een marktdeelnemer in een markteconomie in een vergelijkbare situatie had gedaan. Is dat niet het geval, dan heeft de begunstigde onderneming een economisch voordeel ontvangen dat deze

¹²⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 22 november 2007, Spanje/Commissie, C-525/04 P, ECLI:EU:C:2007:698; arrest van het Hof van Justitie van 24 januari 2013, Frucona Košice a.s. / Commissie, C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32; arrest van het Hof van Justitie van 29 juni 1999, Déménagements-Manutention Transport SA (DMT), C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332.

¹²⁵ Arrest van het Gerecht van 28 februari 2012, Land Burgenland en Oostenrijk / Commissie, T-268/08 en T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90.

onder normale marktomstandigheden niet had kunnen verkrijgen,¹²⁶ waardoor zij in een gunstigere positie werd gebracht dan die van haar concurrenten¹²⁷.

77. Voor de toepassing van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie dient alleen rekening te worden gehouden met de voordelen en verplichtingen die verband houden met de rol van de Staat in zijn hoedanigheid van marktdeelnemer - en niet met die welke verband houden met zijn rol van overheid.¹²⁸ Immers, dit criterium is doorgaans niet van toepassing indien de Staat handelt in zijn hoedanigheid van overheid - en niet die van een marktdeelnemer. Indien een overheidsmaatregel bijvoorbeeld is ingegeven door redenen van overheidsbeleid (bijv. redenen van maatschappelijke of regionale ontwikkeling), kan het optreden van de Staat uit oogpunt van overheidsbeleid misschien rationeel zijn, maar tegelijk overwegingen omvatten waarmee een marktdeelnemer in een markteconomie in de regel geen rekening zou houden. Bijgevolg dient het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie te worden toegepast, los van alle overwegingen die uitsluitend verband houden met de rol van een lidstaat als overheid (bijv. overwegingen van sociale aard of van regionaal of sectoraal beleid).¹²⁹
78. Of een overheidsmaatregel marktconform is, moet vooraf worden beoordeeld, rekening houdende met de informatie die beschikbaar was op het ogenblik dat tot de maatregel werd besloten.¹³⁰ Immers, een voorzichtige marktdeelnemer in een markteconomie zou normaal gesproken vooraf zijn eigen beoordeling van de strategie en de financiële vooruitzichten van een project maken¹³¹, bijvoorbeeld aan

¹²⁶ Arrest van het Gerecht van 6 maart 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale en deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen / Commissie, T-228/99 en T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, punt 208.

¹²⁷ Zie, in die zin, arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie / Électricité de France (EdF), C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 90; arrest van het Hof van Justitie van 15 maart 1994, Banco de Crédito Industrial SA, thans Banco Exterior de España SA / Ayuntamiento de Valencia, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, punt 14; arrest van het Hof van Justitie van 19 mei 1999, Italië/Commissie, C-6/97, ECLI:EU:C:1999:251, punt 16.

¹²⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie / Électricité de France (EdF), C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punten 79 t/m 81; arrest van het Hof van Justitie van 10 juli 1986, België/Commissie, 234/84, ECLI:EU:C:1986:302, punt 14; arrest van het Hof van Justitie van 10 juli 1986, België/Commissie, 40/85, ECLI:EU:C:1986:305, punt 13; arrest van het Hof van Justitie van 14 september 1994, Spanje/Commissie, C-278/92, C-279/92 en C-280/92, ECLI:EU:C:1994:325, punt 22; arrest van het Hof van Justitie van 28 januari 2003, Duitsland/Commissie, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, punt 134.

¹²⁹ Arrest Commissie/EdF, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2012:318, punt 79, 80 en 81; arrest België/Commissie, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1986:302, punt 14; arrest België/Commissie, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1986:305, punt 13; arrest Spanje/Commissie, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:1994:325, punt 22; arrest Duitsland/Commissie, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2003:55, punt 134; arrest van het Gerecht van 6 maart 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale en deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen / Commissie, T-228/99 en T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57; arrest van het Gerecht van 24 september 2008, Kahla/Thüringen Porzellan GmbH / Commissie, T-20/03, ECLI:EU:T:2008:395; arrest van het Gerecht van 17 oktober 2002, Linde AG / Commissie, T-98/00, ECLI:EU:T:2002:248.

¹³⁰ Arrest Commissie/EdF, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2012:318, punten 83, 84 en 85 en 105; arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie („Stardust Marine”), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punten 71 en 72; arrest van het Gerecht van 30 april 1998, Cityflyer Express Ltd / Commissie, T-16/96, ECLI:EU:T:1998:78, punt 76;

¹³¹ Arrest Commissie/EdF, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2012:318, punten 82 t/m 85 en 105.

de hand van een businessplan. Er kan niet worden volstaan met het gebruik van achteraf gemaakte economische beoordelingen die tot de vaststelling komen dat de door de betrokken lidstaat gedane investering daadwerkelijk winstgevend is geweest.¹³²

79. Indien een lidstaat aanvoert dat hij als marktdeelnemer in een markteconomie heeft gehandeld, moet hij bij twijfel het bewijs leveren waaruit blijkt dat het besluit om de transactie uit te voeren, is genomen op grond van economische analyses die te vergelijken zijn met die welke een rationele marktdeelnemer in een markteconomie (die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de betrokken overheidsinstantie benadert), had laten uitvoeren om de winstgevendheid of economische voordelen van de transactie te bepalen.¹³³
80. Of een transactie marktconform is, moet worden bepaald aan de hand van een globale beoordeling van de effecten van de transactie op de betrokken onderneming, zonder rekening te houden met de vraag of de gebruikte specifieke middelen voor het verrichten van de transactie voor marktdeelnemers in een markteconomie beschikbaar zouden zijn. Zo kan de toepasselijkheid van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie niet alleen worden uitgesloten op de grond dat de gehanteerde middelen een fiscaal karakter hebben.¹³⁴
81. In bepaalde gevallen kunnen meerdere, opeenvolgende maatregelen van overheidsingrijpen, voor de toepassing van artikel 107, lid 1, van het Verdrag, als één enkele maatregel worden beschouwd. Dit kan onder meer het geval zijn wanneer opeenvolgende maatregelen, met name gelet op de chronologie en de doeleinden ervan alsook op de toestand waarin de onderneming zich ten tijde van die maatregelen bevond, zo nauw met elkaar verbonden zijn dat zij onmogelijk afzonderlijk kunnen worden gezien.¹³⁵ Wanneer bijvoorbeeld een reeks overheidsmaatregelen ten behoeve van dezelfde onderneming in een betrekkelijk korte tijdsspanne plaatsvinden, met elkaar verbonden zijn of alle gepland of voorzienbaar waren op het tijdstip van de eerste maatregel, kunnen zij als één maatregel worden beoordeeld. Wanneer de latere maatregel daarentegen een gevolg

¹³² Arrest Commissie/EdF, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2012:318, punt 85.

¹³³ Arrest Commissie/EdF, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2012:318, punten 82 t/m 85. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 2013, Land Burgenland e.a. / Commissie, C-214/12 P, C-215/12 P en C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, punt 61. Hoe diepgaand dit soort beoordeling vooraf gebeurt, kan variëren afhankelijk van de complexiteit van de betrokken transactie en de waarde van de betrokken activa, goederen of diensten. Normaal gesproken dient dit soort beoordelingen te worden uitgevoerd met de hulp van deskundigen met de nodige kennis en ervaring. Deze beoordelingen dienen steeds te zijn gebaseerd op objectieve criteria en beleidsoverwegingen mogen daarbij niet meespelen. Beoordelingen door onafhankelijke deskundigen kunnen de geloofwaardigheid van de beoordeling beter helpen te onderbouwen.

¹³⁴ Arrest Commissie/EdF, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2012:318, punt 88.

¹³⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2013, Bouygues SA en Bouygues Télécom SA / Commissie e.a., C-399/10 P en C-401/10 P, ECLI:EU:C:2013:175, punt 104; arrest van het Gerecht van 13 september 2010, Griekenland e.a. / Commissie, zaken T-415/05, T-416/05 en T-423/05, ECLI:EU:T:2010:386, punt 177, en arrest van het Gerecht van 15 september 1998, BP Chemicals Limited / Commissie, T-11/95, ECLI:EU:T:1998:199, punten 170 en 171.

was van op het tijdstip van de eerdere maatregel niet te voorziene maatregelen¹³⁶, dienen de beide maatregelen in de regel afzonderlijk te worden gezien.

82. Om te bepalen of bepaalde transacties marktconform zijn, dienen alle betrokken omstandigheden van een specifieke zaak in aanmerking te worden genomen. Er kunnen bijvoorbeeld uitzonderlijke omstandigheden zijn waarin de inkoop van goederen of diensten door een overheid, zelfs al gebeurt die tegen marktprijzen, niet als marktconform kan worden beschouwd.¹³⁷

4.2.3. Vaststelling van de marktconformiteit

83. Bij de toepassing van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie is het dienstig om een onderscheid te maken tussen situaties waarin de vraag of de transactie marktconform verloopt, rechtstreeks kan worden beantwoord aan de hand van transactiespecifieke marktgegevens, en situaties waarin, door het ontbreken van dit soort gegevens, de vraag of de transactie marktconform verloopt, dient te worden onderzocht aan de hand van andere beschikbare methoden.

4.2.3.1. Gevallen waarin de marktconformiteit rechtstreeks kan worden vastgesteld

84. Of een transactie marktconform is, kan in de volgende situaties onmiddellijk worden vastgesteld aan de hand van transactiespecifieke marktinformatie:
- i) wanneer de transactie plaatsvindt op voet van gelijkheid (*pari passu*) tussen overheidsinstanties en private partijen, of
 - ii) wanneer het daarbij gaat om de aan- en verkoop van activa, goederen en diensten (of andere vergelijkbare transacties) via een concurrerende, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure.
85. In die gevallen zou het, indien uit de specifieke marktinformatie voor de transactie blijkt dat deze niet marktconform verloopt, normaal gesproken niet passend zijn om andere waarderingsmethoden te gebruiken om tot een afwijkende conclusie te komen.¹³⁸

¹³⁶ Besluit van de Commissie van 19 december 2012 betreffende steunmaatregel SA.35378 - Duitsland - Finanzierung des Flughafens Berlin Brandenburg (PB C 36 van 8.2.2013, blz. 10), punten 14 t/m 33.

¹³⁷ Zo heeft het Gerecht in zijn arrest van 28 januari 1999, Bretagne Angleterre Irlande (BAI) / Commissie (T-14/96, ECLI:EU:T:1999:12, punten 74 t/m 79) verklaard dat de aankoop bij P&O Ferries van reisvouchers door nationale autoriteiten niet beantwoordde aan een daadwerkelijke behoefte, en dat de nationale autoriteiten dus niet hadden gehandeld als een particuliere marktdeelnemer die onder normale omstandigheden van een markteconomie handelt. Bijgevolg werd met die aankoop een voordeel aan P&O Ferries verleend dat zij onder normale marktomstandigheden niet had kunnen verkrijgen en vormden alle bij de uitvoering van die aankoopovereenkomst betaalde bedragen staatssteun.

¹³⁸ Zie, in die zin, arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 2013, Land Burgenland e.a. / Commissie, C-214/12 P, C-215/12 P en C-233/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, punten 94 en 95. In die zaak verklaarde het Hof met name dat wanneer een overheid een haar toebehorend bedrijf verkoopt middels een aanbestedingsprocedure, mag worden vermoed dat de marktprijs overeenkomt met het hoogste (bindende en geloofwaardige) bod, zonder dat hoeft te worden gebruikgemaakt van andere waarderingsmethoden, zoals onafhankelijke deskundigenrapporten.

i) Transacties op voet van gelijkheid

86. Wanneer een transactie op dezelfde voorwaarden (en dus met dezelfde risico- en beloningsgraad) plaatsvindt voor overheidsinstanties en particuliere marktdeelnemers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden (een transactie op voet van gelijkheid)¹³⁹, zoals het geval kan zijn bij publiek-private partnerschappen, mag daaruit normaal gesproken worden afgeleid dat die transactie marktconform verloopt¹⁴⁰. Indien daarentegen een overheidsinstantie en particuliere marktdeelnemers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, gelijktijdig aan dezelfde transactie deelnemen, doch op verschillende voorwaarden, is dit normaal gesproken een aanwijzing dat het optreden van de overheidsinstantie niet marktconform is.¹⁴¹
87. Meer bepaald dienen, om een transactie als een transactie op voet van gelijkheid te kunnen beschouwen, de volgende criteria te worden onderzocht:
- hebben de overheidsinstanties en particuliere partijen op hetzelfde moment tot de maatregel besloten en hebben zij deze terzelfder tijd uitgevoerd? Of is er tussen die maatregelen tijd verlopen en zijn de economische omstandigheden inmiddels veranderd?
 - zijn de voorwaarden van de transactie dezelfde voor de overheidsinstanties en alle betrokken particuliere partijen, mede rekening houdende met de mogelijkheid om de risicograad in de loop van de tijd te verhogen of te verlagen?
 - heeft de maatregel van de particuliere partijen een reële economische betekenis en is deze niet louter symbolisch of marginaal?¹⁴², en

¹³⁹ De voorwaarden kunnen niet worden geacht dezelfde te zijn indien overheidsinstanties en particuliere marktdeelnemers op dezelfde voorwaarden handelen, maar op verschillende tijdstippen, na een verandering in de economische situatie die voor de transactie relevant is.

¹⁴⁰ Zie, in dat verband, arrest van het Gerecht van 12 december 2000, *Alitalia - Linee aeree italiane SpA / Commissie*, T-296/97, ECLI:EU:T:2000:289, punt 81.

¹⁴¹ Indien de transacties echter verschillen en niet gelijktijdig plaatsvinden, levert het enkele feit dat de voorwaarden verschillen, geen beslissende (positieve of negatieve) aanwijzing op dat de transactie door de overheidsinstantie marktconform is verlopen.

¹⁴² Zo was de Commissie bijvoorbeeld in de zaak-Citynet Amsterdam van mening dat wanneer twee particuliere investeerders één derde van het totale aandelenkapitaal van een onderneming in bezit nemen (en gelet op de algemene aandeelhoudersstructuur en het feit dat hun aandelen volstaan om een blokkerende minderheid ten aanzien van strategische beslissingen van de onderneming te vormen), deze investering geacht kan worden economisch een aanzienlijke impact te hebben (zie Beschikking 2008/729/EG van de Commissie van 11 december 2007 betreffende steunmaatregel C 53/2006 (ex N 262/05, ex CP 127/04) ten gunste van Glasvezelnet Amsterdam voor een investering in een glasvezeltoegangnetwerk door de gemeente Amsterdam (PB L 247 van 16.9.2008, blz. 27), overwegingen 96 t/m 100). Daarentegen bedroeg in steunzaak N 429/2010 - *Agricultural Bank of Greece (ATE)* (PB C 317 van 29.10.2011, blz. 5) het particuliere aandeel in de investering slechts 10 % (tegen een overheidsaandeel van 90 %), zodat de Commissie tot de conclusie kwam dat niet was voldaan aan de voorwaarde van een investering op voet van gelijkheid, aangezien de kapitaalinjectie door de Staat niet gepaard ging met een vergelijkbare deelneming door particuliere aandeelhouders en evenmin evenredig was aan het aantal door de overheid gehouden aandelen. Zie ook arrest van het Gerecht van 12 december 2000, *Alitalia - Linee aeree italiane SpA / Commissie*, T-296/97, ECLI:EU:T:2000:289, punt 81.

- d) was de uitgangspositie van de betrokken overheidsinstanties en particuliere partijen ten aanzien van de transactie vergelijkbaar, rekening houdende met bijvoorbeeld hun eerdere economische blootstelling aan de betrokken ondernemingen (zie onderdeel 4.2.3.3), de mogelijke synergie-effecten die kunnen worden behaald,¹⁴³ de mate waarin de verschillende investeerders vergelijkbare transactiekosten dragen,¹⁴⁴ of alle andere voor de overheidsinstantie of particuliere partij specifieke omstandigheden die de vergelijking kunnen vertekenen?
88. De voorwaarde dat investeringen op voet van gelijkheid moeten plaatsvinden, valt wellicht niet toe te passen in bepaalde gevallen waarin de rol van de overheid (door het unieke karakter of de omvang ervan) zodanig is dat deze in de praktijk niet door een marktdeelnemer in een markteconomie kan worden vervuld.
- ii) De aan- en verkoop van activa, goederen en diensten (of andere vergelijkbare transacties) via concurrerende, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedures
89. Indien de aan- en verkoop van activa, goederen en diensten (of andere vergelijkbare transacties¹⁴⁵) verloopt via een concurrerende¹⁴⁶, transparante, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke inschrijvingsprocedure in overeenstemming met de Verdragsbeginselen voor overheidsopdrachten¹⁴⁷ (zie de punten 90 tot en met 94),

¹⁴³ Zij moeten zich ook door dezelfde industriële logica laten leiden; zie Beschikking 2005/137/EG van de Commissie van 15 oktober 2003 betreffende de financiële participatie van het Waalse Gewest in Carsid SA (PB L 47 van 18.2.2005, blz. 28), overwegingen 67 t/m 70.

¹⁴⁴ Bij transactiekosten kan het gaan om de kosten die de respectieve investeerders moeten maken voor het screenen en selecteren van het investeringsproject, het uitwerken van de contractvoorwaarden of het monitoren van de prestaties tijdens de duur van het contract. Wanneer bijvoorbeeld banken in handen van de overheid steeds de kosten dragen om investeringsprojecten te screenen met het oog op kredietfinanciering, is het enkele feit dat particuliere investeerders tegen dezelfde rentevoet mee investeren niet voldoende om steun te kunnen uitsluiten.

¹⁴⁵ Bijv. het leasen van bepaalde goederen of de toekenning van concessies voor de commerciële exploitatie van natuurlijke hulpbronnen.

¹⁴⁶ In het kader van staatssteun heeft de Unierechter het vaak over een „open” aanbestedingsprocedure (zie bijv. arrest van het Gerecht van 5 augustus 2003, P & O European Ferries (Vizcaya), SA en Diputación Foral de Vizcaya / Commissie, T-116/01 en T-118/01, ECLI:EU:T:2003:217, punten 117 en 118; arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 2013, Land Burgenland e.a. / Commissie, C-214/12 P, C-215/12 P en C-233/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, punt 94). Het gebruik van het woord „open” verwijst evenwel niet naar een specifieke procedure op grond van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PB L 40 van 11.2.2014, blz. 20) en Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PB L 94 van 28.3.2014, blz. 243). Daarom lijkt het woord „concurrerend” beter geschikt. Het is niet de bedoeling om hiermee af te wijken van de in de rechtspraak uiteengezette inhoudelijke voorwaarden.

¹⁴⁷ Arrest van het Hof van Justitie van 7 december 2000, Telaustria Verlags GmbH en Telefonadress GmbH / Telekom Austria AG, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, punt 62; beschikking van het Hof van Justitie van 3 december 2001, Bent Moustén Vestergaard / Spøttrup Boligselskab, C-59/00, ECLI:EU:C:2001:654, punt 20. Zie ook de interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (PB C 179 van 1.8.2006, blz. 2).

mag worden aangenomen dat die transacties marktconform zijn, mits de correcte criteria voor het selecteren van de koper of verkoper zijn gehanteerd zoals beschreven in de punten 95 en 96. Indien een lidstaat daarentegen, om redenen van overheidsbeleid, besluit een bepaalde activiteit te steunen en bijvoorbeeld het aan financiering te verschaffen bedrag via een inschrijvingsprocedure verdeelt (zoals in het geval van steun voor de opwekking van hernieuwbare energie of het louter beschikbaar houden van capaciteit voor de opwekking van elektriciteit), zou dit niet onder dit onderdeel ii) vallen. In dat geval kan een inschrijvingsprocedure alleen het toegekende bedrag zo laag mogelijk houden, maar valt een voordeel niet uit te sluiten.

90. Een inschrijvingsprocedure moet concurrerend zijn, zodat alle geïnteresseerde en aan de voorwaarden beantwoordende inschrijvers aan de procedure kunnen deelnemen.
91. De procedure moet transparant zijn, om alle geïnteresseerde inschrijvers de kans te bieden tijdens iedere fase van de inschrijvingsprocedure gelijk en afdoende geïnformeerd te zijn. Toegankelijkheid van informatie, voldoende tijd voor belangstellende inschrijvers en heldere selectie- en gunningscriteria zijn alle cruciale elementen van een transparante selectieprocedure. Aan een inschrijvingsprocedure moet ook voldoende ruchtbaarheid worden gegeven, zodat alle potentiële inschrijver daarvan kennis kunnen krijgen. Hoeveel ruchtbaarheid aan een bepaalde zaak moet worden gegeven om deze voldoende onder de aandacht te brengen, is afhankelijk van de kenmerken van de activa, goederen en diensten. Voor activa, goederen en diensten die, gezien hun grotere waarde of andere kenmerken, inschrijvers kunnen aantrekken die Europees of internationaal actief zijn, dient die inschrijvingsprocedure zo te worden aangekondigd dat kandidaat-inschrijvers worden aangetrokken die Europees of internationaal actief zijn.
92. Niet-discriminerende behandeling van alle inschrijvers in alle fasen van de procedure en objectieve selectie- en gunningscriteria die vóór de procedure zijn vastgesteld, zijn onmisbare voorwaarden om te garanderen dat de daaruit resulterende transactie marktconform verloopt. Om een gelijke behandeling te waarborgen, moeten de gunningscriteria van het contract het mogelijk maken om inschrijvingen objectief te vergelijken en te beoordelen.
93. Het feit dat de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten¹⁴⁸ vastgestelde procedures worden gebruikt en nageleefd, kan worden geacht voldoende te zijn om aan de bovenstaande voorwaarden te voldoen, mits alle voorwaarden zijn vervuld om de desbetreffende procedure te gebruiken. Een en ander geldt niet in specifieke omstandigheden die het onmogelijk maken om een marktprijs te bepalen, zoals het gebruik van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van een opdracht. Indien slechts één bod wordt ingediend, zou de procedure doorgaans niet voldoende zijn om een marktprijs te garanderen, tenzij er ofwel i) bijzonder stevige garanties zijn in de vormgeving van de procedure die

¹⁴⁸ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (reeds aangehaald); Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (reeds aangehaald).

een reële en daadwerkelijke mededinging verzekeren en het er niet naar uitziet dat, realistisch gezien, slechts één partij in staat is een geloofwaardig bod in te dienen, dan wel ii) de overheden via bijkomende wegen zijn nagegaan dat de uitkomst overeenstemt met de marktprijs.

94. Een inschrijvingsprocedure voor de verkoop van activa, goederen of diensten geldt als onvoorwaardelijk wanneer het een potentiële inschrijver in het algemeen vrij staat om de te verkopen activa, goederen en diensten te verwerven en deze voor eigen doeleinden te gebruiken, ongeacht of hij zelf bepaalde ondernemingen drijft. Indien als voorwaarde geldt dat de koper bijzondere verplichtingen ten behoeve van de overheid of in het algemeen belang op zich neemt die een particuliere verkoper niet had geëist - afgezien van die welke voortvloeien uit het algemene nationale recht of uit een besluit van de diensten voor ruimtelijke ordening -, kan de inschrijvingsprocedure niet als onvoorwaardelijk worden beschouwd.
95. Wanneer overheidsinstanties activa, goederen en diensten verkopen, dient het enige relevante criterium voor de selectie van de koper de hoogste prijs te zijn,¹⁴⁹ mede rekening houdende met de verlangde contractuele regelingen (bijv. verkoopgarantie van de verkoper of andere toezeggingen voor de periode na de verkoop). Alleen met geloofwaardige¹⁵⁰ en bindende biedingen dient rekening te worden gehouden.¹⁵¹
96. Wanneer overheidsinstanties activa, goederen en diensten kopen, dienen aan de inschrijvingsprocedure verbonden specifieke voorwaarden niet-discriminerend te zijn en nauw en objectief verband te houden met het voorwerp van de opdracht en de specifieke economische doelstelling van de opdracht. Daarmee zou het mogelijk moeten zijn om het in verhouding tot de waarde van de opdracht economisch meest voordelige bod te selecteren. De criteria dienen daarom zo te worden bepaald dat daarmee een daadwerkelijk concurrerende inschrijvingsprocedure mogelijk is die de succesvolle inschrijver een normaal rendement oplevert, en niets meer dan dat. In de praktijk betekent dit dat inschrijvingsprocedures worden gebruikt die aanzienlijk gewicht toekennen aan het bestanddeel „prijs” van het bod of die anders waarschijnlijk een concurrerende uitkomst opleveren (bijv. bepaalde reverse tenders met voldoende duidelijke gunningscriteria).
- 4.2.3.2. De marktconformiteit van een transactie bepalen aan de hand van benchmarking of andere waarderingsmethoden
97. Indien een transactie via een inschrijvingsprocedure of op voet van gelijkheid heeft plaatsgevonden, levert dit direct en specifiek bewijs op dat de transactie marktconform is. Indien een transactie echter niet via een inschrijvingsprocedure plaatsvindt of indien de maatregel van de overheidsinstanties niet op voet van

¹⁴⁹ Arrest van het Gerecht van 28 februari 2012, Land Burgenland en Oostenrijk / Commissie, T-268/08 en T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90, punt 87.

¹⁵⁰ Ook een ongevraagd bod kan geloofwaardig zijn, afhankelijk van de omstandigheden van de zaak, en met name de vraag of het bod bindend is (zie arrest van het Gerecht van 13 december 2011, Konsum Nord ekonomisk förening / Commissie, T-244/08, ECLI:EU:T:2011:732, punten 73, 74 en 75).

¹⁵¹ Zo zou bijvoorbeeld in de inschrijvingsprocedure geen rekening worden gehouden met aankondigingen zonder juridisch bindende voorwaarden; zie arrest Land Burgenland en Oostenrijk / Commissie, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:2012:90, punt 87; arrest Konsum Nord ekonomisk förening, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:2011:732, punten 67 en 75.

gelijkheid met die van particuliere marktdeelnemers plaatsvindt, betekent dit niet automatisch dat de transactie niet marktconform is.¹⁵² In dit soort zaken kan de marktconformiteit nog steeds worden beoordeeld via i) benchmarking of ii) andere waarderingsmethoden.¹⁵³

i) Benchmarking

98. Om te bepalen of een transactie marktconform is, kan die transactie worden beoordeeld in het licht van de voorwaarden waarop vergelijkbare transacties door vergelijkbare particuliere partijen in vergelijkbare situaties hebben plaatsgevonden (benchmarking).
99. Om een geschikte benchmark te bepalen, dient met bijzondere aandacht te worden gekeken naar het soort betrokken marktdeelnemer (bijv. een concern, een speculatief fonds of een belegger op lange termijn die winst op langere termijn wil behalen), het soort transactie waarom het gaat (bijv. een deelneming in het eigen vermogen of een schuldtransactie) en de betrokken markt of markten (bijv. financiële markten, snelgroeïende technologiemarkten, markten in nutssectoren of infrastructuurmarkten). Ook het tijdstip van de transactie is van bijzonder belang wanneer belangrijke economische ontwikkelingen hebben plaatsgevonden. In voorkomend geval moeten de beschikbare marktbenchmarks misschien worden aangepast afhankelijk van de specifieke kenmerken van de transactie met de Staat (bijv. de situatie van de begunstigde onderneming en de relevante markt).¹⁵⁴ Benchmarking is misschien geen geschikte methode om marktprijzen te bepalen indien de beschikbare benchmarks niet zijn bepaald rekening houdende met marktoverwegingen of indien de bestaande prijzen sterk verstoord zijn door overheidsmaatregelen.
100. Vaak wordt met benchmarking niet één precieze referentiewaarde bepaald, maar eerder een bandbreedte van mogelijke waarden die worden verkregen door een reeks vergelijkbare transacties te beoordelen. Wanneer de waardering tot doel heeft na te gaan of de overheidsmaatregel marktconform is, geldt doorgaans als geschikte methode dat wordt gekeken naar maatstaven die de centrale tendentie weergeven, zoals het gemiddelde of de mediaan van de reeks vergelijkbare transacties.

¹⁵² Zie arrest van het Gerecht van 12 juni 2014, Scheepsbouwkundig Advies- en Rekencentrum (Sarc) BV / Commissie, T-488/11, ECLI:EU:T:2014:497, punt 98.

¹⁵³ Wanneer de marktprijs wordt bepaald aan de hand van transacties op voet van gelijkheid of inschrijvingsprocedures, kunnen die uitkomsten niet worden betwist met andere waarderingsmethoden - zoals onafhankelijke studies (zie arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 2013, Land Burgenland en Oostenrijk / Commissie, C-214/12 P, C-215/12 P en C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, punten 94 en 95).

¹⁵⁴ Zie arrest van het Gerecht van 6 maart 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale en deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen / Commissie, T-228/99 en T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, punt 251.

ii) Andere waarderingsmethoden

101. Of een transactie marktconform is, kan ook worden bepaald aan de hand van een algemeen aanvaarde standaardwaarderingsmethode.¹⁵⁵ Dit soort methode moet zijn gebaseerd op de beschikbare objectieve, verifieerbare en betrouwbare gegevens¹⁵⁶, die voldoende gedetailleerd zijn en die de economische situatie tot uiting brengen zoals die bestond op het tijdstip waarop tot de transactie werd besloten, rekening houdende met de risicograad en toekomstige verwachtingen.¹⁵⁷ Afhankelijk van de waarde van de transactie, dient de robuustheid van de waardering in de regel te worden bevestigd door een gevoeligheidsanalyse uit te voeren, waarin verschillende zakelijke scenario's worden onderzocht, noodplannen worden opgesteld en de uitkomsten worden vergeleken met alternatieve waarderingsmethoden. Het is mogelijk dat een nieuwe waardering (vooraf) moet worden uitgevoerd indien de transactie vertraging oploopt, en rekening moet worden gehouden met recente veranderingen in de marktomstandigheden.
102. Een vrij algemeen aanvaarde standaardmethode om het (jaarlijkse) rendement op investeringen te bepalen, is het berekenen van de interne opbrengstvoet (IRR).¹⁵⁸ Het investeringsbesluit kan ook worden beoordeeld in termen van de netto contante waarde (NCW) ervan¹⁵⁹, die uitkomsten oplevert die in de meeste gevallen vergelijkbaar zijn met die van de IRR¹⁶⁰. Om te beoordelen of de investering op marktvoorwaarden plaatsvindt, moet het rendement op de investering worden vergeleken met het normale door de markt verwachte rendement. Een normaal verwacht rendement (of de kapitaalkosten van de investering) kan worden omschreven als het gemiddelde verwachte rendement dat de markt verlangt van de investering, op basis van algemeen aanvaarde criteria, in het bijzonder het risico van

¹⁵⁵ Zie arrest van het Gerecht van 29 maart 2007, *Scott SA / Commissie*, T-366/00, ECLI:EU:T:2007:99, punt 134, en arrest van het Hof van Justitie van 16 december 2010, *Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG / BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH*, C-239/09, ECLI:EU:C:2010:778, punt 39.

¹⁵⁶ Zie arrest van het Gerecht van 16 september 2004, *Valmont Nederland BV / Commissie*, T-274/01, ECLI:EU:T:2004:266, punt 71.

¹⁵⁷ Zie arrest *Scott SA / Commissie*, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:2007:99, punt 158.

¹⁵⁸ De IRR is niet gebaseerd op het boekhoudkundige rendement in een bepaald jaar, maar houdt rekening met de toekomstige kasstromen die de investeerder verwacht te ontvangen over de hele levensduur van de investering. Deze wordt omschreven als de disconteringsvoet waarbij de NCW van de kasstromen nul is.

¹⁵⁹ De NCW is het verschil tussen de positieve en negatieve kasstromen gedurende de levensduur van de investeringen, contant gemaakt tegen het passende rendement (de kapitaalkosten).

¹⁶⁰ Er is een volledige correlatie tussen de NCW en de IRR in gevallen waarin de IRR gelijk is aan de opportuniteitskosten van de investeerder. Is de NCW van een investering positief, dan betekent dit dat het project een IRR heeft die hoger ligt dan het vereiste rendement (opportuniteitskosten voor de investeerder). In dat geval loont het om de investering uit te voeren. Heeft het project een NCW die gelijk is aan nul, dan is de IRR gelijk aan het vereiste rendement. In dit geval is het niet relevant of de investeerder de investering uitvoert of elders investeert. Wanneer de NCW negatief is, is de IRR lager dan de kapitaalkosten. De investering is onvoldoende winstgevend, omdat er elders betere kansen zijn. Wanneer de IRR en de NCW resulteren in uiteenlopende investeringsbesluiten (dit soort verschil kan zich met name voordoen bij projecten die elkaar uitsluiten), dient in beginsel, aansluitend bij de marktpraktijk, de voorkeur te gaan naar de NCW-methode, tenzij er aanzienlijke onzekerheid is ten aanzien van de passende disconteringsvoet.

de investering, rekening houdende met de financiële positie van de onderneming en de specifieke kenmerken van de sector, de regio of het land. Indien het niet redelijk is dit normale rendement te verwachten, zou de investering waarschijnlijk niet op marktvoorwaarden plaatsvinden. Over het algemeen is het zo dat hoe risicovoller het project is, des te hoger het rendement is dat financiers zullen verlangen, d.w.z. des te hoger de kapitaalkosten zijn.

103. De geschikte waarderingsmethode kan afhangen van de marktpositie van de betrokken onderneming¹⁶¹, de beschikbaarheid van gegevens of het soort transacties. Daar waar bijvoorbeeld een investeerder winst probeert te genereren door in ondernemingen te investeren (in welk geval de IRR of NCW waarschijnlijk de geschiktste methode zijn), tracht een schuldeiser betaling te verkrijgen van de bedragen die hem verschuldigd zijn (de hoofdsom plus eventuele rente) door een schuldenaar binnen de contractueel en wettelijk vastgestelde termijn¹⁶² (in dat geval kan de waardering van zekerheden, bijvoorbeeld de waarde van activa, relevanter zijn). In het geval van de verkoop van gronden is een taxatie die een onafhankelijke deskundige vóór de aanvang van de onderhandelingen uitvoert om de marktwaarde te bepalen op grond van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria, in beginsel voldoende.¹⁶³
104. Methoden om de IRR of de NCW van een investering te bepalen, leveren doorgaans niet één precieze waarde op die kan worden geaccepteerd, maar eerder een reeks mogelijke waarden (afhankelijk van de economische, juridische of andere specifieke omstandigheden van de transactie die inherent zijn aan de waarderingsmethode). Wanneer de waardering tot doel heeft na te gaan of de overheidsmaatregel marktconform is, geldt doorgaans als geschikte methode dat wordt gekeken naar maatstaven die de centrale tendentie weergeven, zoals het gemiddelde of de mediaan van de reeks vergelijkbare transacties.
105. Voorzichtige marktdeelnemers in een markteconomie beoordelen hun maatregelen aan de hand van meerdere methodieken om de ramingen te bevestigen (bijv. NCW-berekeningen die worden gevalideerd door benchmarkingmethoden). De omstandigheid dat de verschillende methodieken op dezelfde waardering uitkomen, zal een verdere aanwijzing zijn om een echte marktprijs te bepalen. Zodoende zal het

¹⁶¹ In het geval van bijvoorbeeld een liquidatie van een onderneming kan een waardering op basis van de liquidatiewaarde of de waarde van activa de meest geschikte waarderingsmethode zijn.

¹⁶² Zie bijv. arrest van het Hof van Justitie van 29 april 1999, Spanje/Commissie, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, punt 46, en arrest van het Hof van Justitie van 29 juni 1999, Déménagements-Manutention Transport SA (DMT), C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, punt 24.

¹⁶³ Indien de vergelijkende methode (benchmarking) niet geschikt is en de waarde van de gronden niet met andere algemeen aanvaarde methoden nauwkeurig blijkt te kunnen worden bepaald, kan een alternatieve methode worden toegepast, zoals de waarderingsmethode van het Vergleichspreissystem (VPS) die Duitsland voorstelde (en die voor land- en bosbouwgronden is bekrachtigd in het besluit van de Commissie van 19 december 2012 betreffende steunmaatregel SA.33167 - Duitsland – Waarderingsmethode voor de verkoop van land- en bosbouwgrond door de overheid (PB C 43 van 15.2.2013, blz. 7)). Zie, over de beperkingen van andere methoden, arrest van het Hof van Justitie van 16 december 2010, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG / BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH, C-239/09, ECLI:EU:C:2010:778, punt 52.

feit dat er complementaire waarderingsmethodieken zijn die elkaars bevindingen bevestigen, als een positieve aanwijzing worden beschouwd wanneer wordt beoordeeld of een transactie marktconform is.

4.2.3.3. Analyse van nulscenario's in geval van eerdere economische blootstelling aan de betrokken onderneming

106. De omstandigheid dat de betrokken overheidsinstantie voordien al economisch was blootgesteld aan een onderneming, dient mede in aanmerking te worden genomen bij het onderzoek of een transactie marktconform is, mits een vergelijkbare particuliere marktdeelnemer dit soort eerdere blootstelling had kunnen hebben (in zijn hoedanigheid van bijvoorbeeld aandeelhouder van een onderneming).¹⁶⁴
107. Eerdere blootstelling moet voor de toepassing van het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie worden gezien in het kader van nulscenario's. In het geval van bijvoorbeeld een eigen- of vreemdvermogensmaatregel in een overheidsbedrijf in moeilijkheden dient het verwachte rendement op dit soort investering te worden vergeleken met het verwachte rendement in het nulscenario van de liquidatie van de onderneming. Indien die liquidatie hogere winst of lagere verliezen oplevert, zou een voorzichtige marktdeelnemer in een markteconomie voor die optie kiezen.¹⁶⁵ Daartoe mogen in de in aanmerking te nemen liquidatiekosten niet de kosten begrepen zijn die verband houden met de taken als overheid, maar alleen de kosten die een rationale marktdeelnemer in een markteconomie zou maken¹⁶⁶, mede rekening houdende met de ontwikkeling van de sociale, economische en milieucontext waarin deze opereert¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Zie arrest van het Hof van Justitie van 3 april 2014, Commissie / Nederland en ING Groep NV, C-224/12 P, ECLI:EU:C:2014:213, punten 29 t/m 37. Met die eerdere blootstelling dient echter geen rekening te worden gehouden indien deze voortvloeit uit een maatregel die, bij een globale beoordeling van alle aspecten van die maatregel, niet had kunnen worden genomen door een winstgerichte particuliere investeerder (arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 2013, Land Burgenland e.a. / Commissie, C-214/12 P, C-215/12 P en C-233/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, punten 52 t/m 61).

¹⁶⁵ Zie, in dat verband, arrest van het Gerecht van 12 december 2000, Alitalia - Linee aeree italiane SpA / Commissie, T-296/97, ECLI:EU:T:2000:289, of arrest van het Hof van Justitie van 24 januari 2013, Frucona Košice a.s. / Commissie, C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32, punten 79 en 80.

¹⁶⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 28 januari 2003, Duitsland/Commissie, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, punt 140.

¹⁶⁷ Arrest van het Gerecht van 11 september 2012, Corsica Ferries France SAS / Commissie, T-565/08, ECLI:EU:T:2012:415, punt 79 t/m 84, bevestigd in beroep, zie arrest van het Hof van Justitie van 4 september 2014, Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNCM) SA en Frankrijk / Corsica Ferries France SAS, C-533/12 P en C-536/12 P, ECLI:EU:C:2014:2142, punten 40 en 41. In die zaak bevestigde de Unierechter dat het, in beginsel, op lange termijn economisch rationeel kan zijn voor particuliere investeerders, met name voor grote concerns, om aanvullende vergoedingen te betalen (om bijvoorbeeld het merkimage van een groep te beschermen). Niettemin dient uitvoerig te worden aangetoond dat de betaling van dit soort aanvullende vergoedingen noodzakelijk is in het concrete geval waarin het imago moet worden beschermd, en dient ook te worden aangetoond dat die betalingen een vaste praktijk zijn bij particuliere ondernemingen in vergelijkbare omstandigheden (voorbeelden alleen zijn niet voldoende).

4.2.3.4. Specifieke overwegingen om te bepalen of lening- en garantievoorzwaarden marktconform zijn

108. Evenals andere transacties kunnen door overheidsinstanties (met inbegrip van overheidsbedrijven) verstrekte leningen en garanties staatssteun behelzen indien deze niet op marktvoorwaarden plaatsvinden.
109. Wat garanties betreft, moet normaal gesproken de driehoeksverhouding van een overheidsinstantie als garant, een kredietnemer en een kredietgever worden onderzocht.¹⁶⁸ In de meeste gevallen zou steun alleen aanwezig kunnen zijn op het niveau van de kredietnemer, omdat deze met de overheidsgarantie een voordeel verleend krijgt doordat hij kan lenen tegen een rentevoet die hij zonder de garantie op de markt niet had kunnen krijgen¹⁶⁹ (of doordat hij had kunnen lenen in een situatie waarin hij, bij wijze van uitzondering, op de markt geen lening had kunnen krijgen tegen welke rentevoet dan ook). Evenwel kan, in bepaalde specifieke omstandigheden, de toekenning van een overheidsgarantie ook steun voor de kredietgever behelzen, met name wanneer de garantie achteraf wordt afgegeven voor een bestaande verplichting tussen kredietgever en kredietnemer wanneer niet verzekerd is dat het voordeel volledig wordt doorgegeven aan de kredietnemer¹⁷⁰, of wanneer een gegarandeerde lening wordt gebruikt om een niet-gegarandeerde lening terug te betalen¹⁷¹.
110. Een garantie die wordt verleend op voorwaarden die gunstiger zijn dan de marktvoorwaarden, rekening houdende met de economische positie van de kredietnemer, verleent een voordeel aan deze laatste (die geen premie betaalde die het risico dat de garant aangaat, correct weergeeft).¹⁷² Over het algemeen zijn onbeperkte garanties niet marktconform. Dit geldt ook voor impliciete garanties die voortvloeien uit de aansprakelijkheid van de Staat voor de schulden van insolvente ondernemingen die tegen de normale faillissementsregels beschermd zijn.¹⁷³
111. Bij gebreke van specifieke marktinformatie over een bepaalde schuldentransactie kan de vraag of het schuldinstrument marktconform is, worden beantwoord aan de hand van een vergelijking met gelijksoortige markttransacties (d.w.z. via benchmarking). In het geval van leningen en garanties valt informatie over de financieringskosten van de onderneming bijvoorbeeld te halen uit andere (recente) leningen die de betrokken onderneming is aangegaan, het rendement op door de onderneming uitgegeven obligaties of de spreads van de credit default swap (cds) op die

¹⁶⁸ Over de beoordeling die moet worden uitgevoerd met betrekking tot de mogelijke toekenning van staatssteun in de vorm van een garantie, zie ook de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (PB C 155 van 20.6.2008, blz. 10). Die mededeling wordt niet vervangen door de onderhavige mededeling.

¹⁶⁹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 8 december 2011, *Residex Capital IV CV / Gemeente Rotterdam*, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, punt 39.

¹⁷⁰ Zie arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, *OTP Bank Nyrt / Magyar Állam en Magyar Államkincstár*, C-672/13, ECLI:EU:C:2015:185.

¹⁷¹ Zie arrest *Residex Capital IV CV*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2011:814, punt 42.

¹⁷² Zie arrest van het Hof van Justitie van 3 april 2014, *Frankrijk/Commissie*, C-559/12 P, ECLI:EU:C:2014:217, punt 96.

¹⁷³ Zie arrest *Frankrijk/Commissie*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2014:217, punt 98.

onderneming. Vergelijkbare markttransacties kunnen bijvoorbeeld ook gelijksoortige lening- of garantietransacties van een steekproef van benchmarkondernemingen zijn, obligaties uitgegeven door een steekproef van benchmarkondernemingen of cds-spreads op een steekproef van benchmarkondernemingen. Indien er, in het geval van garanties, op de financiële markten geen overeenkomstige benchmark voor de garantiepremie te vinden is, dient de totale financiële kostprijs van de gegarandeerde lening, met inbegrip van het rentepercentage van de lening en de garantiepremie, te worden vergeleken met de marktprijs van een vergelijkbare, niet-gegarandeerde lening. Benchmarkingmethoden kunnen worden aangevuld met waarderingmethoden die op het rendement op kapitaal zijn gebaseerd.¹⁷⁴

112. Om gemakkelijker te kunnen nagaan of een maatregel voldoet aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie, heeft de Commissie benaderende maatstaven uitgewerkt om het steunkarakter van leningen en garanties te bepalen.
113. Voor leningen is de methode voor het berekenen van een referentiepercentage dat als benaderende maatstaf kan dienen voor de marktprijs in situaties waarin vergelijkbare markttransacties niet gemakkelijk kunnen worden bepaald (hetgeen eerder te verwachten valt bij transacties met beperkte bedragen en/of transacties waarbij kleine en middelgrote ondernemingen (kmo's) betrokken zijn), uitgewerkt in de mededeling over het referentiepercentage¹⁷⁵. Dat referentiepercentage is echter slechts een benaderende maatstaf.¹⁷⁶ Indien vergelijkbare transacties doorgaans hebben plaatsgevonden tegen een prijs die lager ligt dan de maatstaf die het referentiepercentage oplevert, kan de lidstaat deze lagere prijs als de marktprijs beschouwen. Indien daarentegen diezelfde onderneming recentelijk vergelijkbare transacties heeft uitgevoerd tegen een prijs die hoger ligt dan het referentiepercentage en haar financiële situatie en de marktomgeving in wezen ongewijzigd zijn gebleven, kan dat referentiepercentage niet als valabele benaderende maatstaf dienen voor marktтарieven voor die specifieke zaak.
114. De Commissie heeft nadere aanwijzingen over benaderende maatstaven (en onweerlegbare vermoedens („safe-harbours”) voor kmo's) ontwikkeld in de garantiemededeling¹⁷⁷. Volgens die mededeling is het, om het bestaan van steun uit te sluiten, normaal gesproken voldoende dat de kredietnemer niet in financiële moeilijkheden verkeert, dat de garantie met een specifieke transactie verband houdt,

¹⁷⁴ Bijvoorbeeld aan de hand van de RAROC (Risk Adjusted Return on Capital), het rendement dat kredietgevers en investeerders verlangen om voor vergelijkbare benchmarkrisico's en -looptijden financiering te verschaffen aan een onderneming die in dezelfde sector actief is.

¹⁷⁵ Zie de mededeling van de Commissie over de herziening van de methode waarmee de referentie- en disconteringspercentages worden vastgesteld (PB C 14 van 19.1.2008, blz. 6). Voor achtergestelde leningen, die niet onder de mededeling inzake het referentiepercentage vallen, kan worden gebruikgemaakt van de methodiek die is beschreven in het besluit van de Commissie van 11 december 2008 betreffende steunmaatregel N 55/2008 - Duitsland - GA/EFRE - Nachrangdarlehen (PB C 9 van 14.1.2009, blz. 1).

¹⁷⁶ Wanneer in verordeningen van de Commissie of in besluiten van de Commissie over steunregelingen voor het bepalen van het steunbedrag wordt verwezen naar het referentiepercentage, zal de Commissie dit beschouwen als een vaste benchmark die geen steun inhoudt („safe-harbour”).

¹⁷⁷ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (PB C 155 van 20.6.2008, blz. 10).

dat de kredietgever een deel van het risico draagt en dat de kredietnemer voor de garantie een marktconforme prijs betaalt.

4.3. Indirect voordeel

115. Een voordeel kan worden verleend aan andere ondernemingen dan die waaraan de staatsmiddelen rechtstreeks worden overgedragen (indirect voordeel).¹⁷⁸ Een maatregel kan ook zowel een direct voordeel voor de begunstigde onderneming zijn als een indirect voordeel voor andere ondernemingen, bijvoorbeeld ondernemingen die op een verder activiteitsniveau actief zijn.¹⁷⁹ De directe begunstigde van het voordeel kan ofwel een onderneming zijn of een entiteit (natuurlijke persoon of rechtspersoon) die geen economische activiteiten uitoefent.¹⁸⁰
116. Dit soort indirecte voordelen dient te worden onderscheiden van louter secundaire economische effecten die inherent zijn aan bijna alle staatssteunmaatregelen (bijv. door een toename van de productie). Met het oog daarop dienen de voorzienbare effecten van de maatregelen vooraf te worden onderzocht. Van een indirect voordeel is sprake indien de maatregel zodanig is vormgegeven dat de secundaire effecten daarvan worden doorgeleid naar duidelijk te onderscheiden ondernemingen of groepen van ondernemingen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de directe steun, rechtens of feitelijk, afhankelijk wordt gesteld van de afname van goederen of diensten die uitsluitend door bepaalde ondernemingen (bijv. ondernemingen uit bepaalde gebieden) worden geproduceerd.¹⁸¹

5. SELECTIVITEIT

5.1. Algemene beginselen

117. Om binnen de werkingssfeer van artikel 107, lid 1, van het Verdrag te vallen, moet een overheidsmaatregel „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” begunstigen. Dit betekent dat niet alle maatregelen die economische spelers begunstigen, onder het begrip „steun” vallen, maar alleen de maatregelen waarmee een selectief voordeel wordt verleend aan bepaalde ondernemingen, categorieën van ondernemingen of bepaalde economische sectoren.

¹⁷⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 19 september 2000, Duitsland/Commissie, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, punten 26 en 27; arrest van het Hof van Justitie van 28 juli 2011, Mediaset SpA / Commissie, C-403/10 P, ECLI:EU:C:2011:533, punten 73 t/m 77; arrest van het Hof van Justitie van 13 juni 2002, Nederland/Commissie, C-382/99 ECLI:EU:C:2002:363, punten 60 t/m 66; arrest van het Gerecht van 4 maart 2009, Italië/Commissie, T-424/05, ECLI:EU:T:2009:49, punten 136 t/m 147. Zie ook artikel 107, lid 2, onder a), van het Verdrag.

¹⁷⁹ Ingeval een tussenliggende onderneming enkel een constructie is voor de overdracht van het voordeel aan de begunstigde en zij geen voordeel behoudt, dient zij normaal gesproken niet als een begunstigde van staatssteun te worden beschouwd.

¹⁸⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 19 september 2000, Duitsland/Commissie, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, punten 26 en 27. arrest van het Hof van Justitie van 28 juli 2011, Mediaset SpA / Commissie, C-403/10 P, ECLI:EU:C:2011:533, punt 81.

¹⁸¹ Daarentegen kan tot een louter secundair economisch effect in de vorm van een toegenomen productie (dat niet neerkomt op indirecte steun) worden geconcludeerd wanneer de steun enkel wordt doorgeleid via een onderneming (bijv. een financiële intermediair) die deze volledig doorgeeft aan de begunstigde van de steun.

118. Maatregelen met een zuiver algemene strekking die niet slechts bepaalde ondernemingen of de productie van bepaalde goederen begunstigen, vallen niet onder artikel 107, lid 1, van het Verdrag. In de rechtspraak is evenwel gepreciseerd dat zelfs maatregelen die op het eerste gezicht op alle ondernemingen van toepassing zijn, in zekere mate selectief kunnen zijn en dus kunnen worden aangemerkt als maatregelen die bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigen.¹⁸² Noch het grote aantal begunstigde ondernemingen (waarbij het zelfs kan gaan om alle ondernemingen in een bepaalde sector), noch de verscheidenheid en de grootte van de sectoren waartoe deze ondernemingen behoren, kan grond zijn om een overheidsmaatregel als algemene maatregel van economisch beleid te beschouwen, indien niet alle economische sectoren het voordeel daarvan kunnen genieten.¹⁸³ Het feit dat de steun niet voor een of meer bijzondere en vooraf aangewezen begunstigen is bedoeld, maar met toepassing van een aantal objectieve criteria en binnen een vooraf bepaald globaal budget aan een onbepaald aantal begunstigen kan worden verleend die niet tevoren zijn geïndividualiseerd, volstaat niet om het selectieve karakter van de maatregel te ontkennen.¹⁸⁴
119. Om het begrip „selectiviteit” in het kader van het staatssteunrecht te verduidelijken, is het dienstig een onderscheid te maken tussen materiële selectiviteit en regionale selectiviteit. Bovendien is het dienstig om verdere aanwijzingen te geven over bepaalde kwesties die specifiek op fiscale (of vergelijkbare) maatregelen betrekking hebben.

5.2. Materiële selectiviteit

120. De materiële selectiviteit van een maatregel betekent dat de maatregel alleen geldt voor bepaalde (groepen van) ondernemingen of bepaalde economische sectoren in een bepaalde lidstaat. Van materiële selectiviteit kan de jure of de facto sprake zijn.

5.2.1. De jure en de facto selectiviteit

121. De jure selectiviteit vloeit rechtstreeks voort uit de juridische criteria voor de toekenning van een maatregel die formeel uitsluitend is voorbehouden aan bepaalde ondernemingen (bijv. ondernemingen van een bepaalde grootte, actief in bepaalde

¹⁸² Arrest van het Hof van Justitie van 29 juni 1999, *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, punt 27; arrest van het Gerecht van 6 maart 2002, *Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava e.a. / Commissie*, T-127/99, T-129/99 en T-148/99, ECLI:EU:T:2002:59, punt 149.

¹⁸³ Zie bijv. arrest van het Hof van Justitie van 17 juni 1999, *België/Commissie*, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, punt 32; arrest van het Hof van Justitie van 8 november 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH / Finanzlandesdirektion für Kärnten*, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, punt 48.

¹⁸⁴ Arrest van het Gerecht van 29 september 2000, *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) / Commissie*, T-55/99, ECLI:EU:T:2000:223, punt 40. Zie ook arrest van het Gerecht van 13 september 2012, *Italië/Commissie*, T-379/09, ECLI:EU:T:2012:422, punt 47. In die zaak ging het om een maatregel voor gedeeltelijke accijnsvrijstelling voor stookolie voor kasverwarming. Het Gerecht gaf aan dat de omstandigheid dat de vrijstelling ten goede kon komen aan alle bedrijven die voor glastuinbouw kiezen, op zich niet voldoende was om het algemene karakter van de maatregel aan te tonen.

sectoren, of met een bepaalde rechtsvorm¹⁸⁵; in een bepaalde periode opgerichte of recentelijk op een gereguleerde markt genoteerde ondernemingen¹⁸⁶; ondernemingen die behoren tot een categorie met bepaalde kenmerken of die binnen een groep met bepaalde taken zijn belast¹⁸⁷; noodlijdende ondernemingen¹⁸⁸, of ondernemingen die exporteren of ondernemingen die met de uitvoer verband houdende activiteiten verrichten¹⁸⁹). Van de facto of feitelijke selectiviteit is sprake wanneer de formele criteria voor de toepassing van de maatregel weliswaar algemeen en objectief zijn geformuleerd, maar de maatregel zodanig is vormgegeven dat de effecten ervan één bepaalde groep ondernemingen aanzienlijk begunstigen (zoals in de voorbeelden in de voorgaande zin).¹⁹⁰

122. Feitelijke selectiviteit kan het resultaat zijn van voorwaarden of drempels die lidstaten opleggen waardoor bepaalde ondernemingen niet in het genot van de maatregel kunnen komen. Zo kan bijvoorbeeld het feit dat een belastingmaatregel (bijv. een belastingkrediet) alleen geldt voor investeringen die een bepaalde drempel (afgezien van een omwille van administratieve doelmatigheid vastgestelde lage drempel) overschrijden, betekenen dat de maatregel de facto is voorbehouden aan ondernemingen die over aanzienlijke financiële middelen beschikken.¹⁹¹ Een

¹⁸⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Ministero dell'Economia e delle Finanze en Agenzia delle Entrate / Paint Graphos Soc. coop. arl e.a., C-78/08 t/m C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, punt 52.

¹⁸⁶ Arrest van het Gerecht van 4 september 2009, Italië/Commissie, T-211/05, ECLI:EU:T:2009:304, punt 120, en arrest van het Hof van Justitie van 24 november 2011, Italië/Commissie, C-458/09 P, ECLI:EU:C:2011:769, punten 59 en 60.

¹⁸⁷ Arrest van het Hof van Justitie van 22 juni 2006, België en Forum 187 vzw / Commissie, C-182/03 en C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416, punt 122.

¹⁸⁸ Arrest van het Gerecht van 4 februari 2016, Heitkamp BauHolding GmbH / Commissie, T-287/11, ECLI:EU:T:2016:60, punt 129 e.v.

¹⁸⁹ Arrest van het Hof van Justitie van 10 december 1969, Commissie/Frankrijk, 6 en 11/69, ECLI:EU:C:1969:68, punt 3; arrest van het Hof van Justitie van 7 juni 1988, Griekenland/Commissie, 57/86, ECLI:EU:C:1988:284, punt 8, en arrest van het Hof van Justitie van 15 juli 2004, Spanje/Commissie, C-501/00, ECLI:EU:C:2004:438, punt 92.

¹⁹⁰ Dit was het geval in arrest van het Hof van Justitie van 15 november 2011, Commissie en Spanje / Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, C-106/09 P en C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732 (betreffende de belastinghervorming in Gibraltar, waarmee offshorevennootschappen feitelijk werden begunstigd); zie punt 101 e.v. van dat arrest. De hervorming introduceerde een systeem van drie belastingen dat van toepassing is op alle ondernemingen in Gibraltar: een personeelsbelasting (payroll tax), een belasting op het gebruik van bedrijfsruimten (business property occupation tax - BPOT) en een registratierecht (registration fee). Voor de belastingplicht met betrekking tot de personeelsbelasting en de BPOT zou een plafond van 15 % van de winst gelden. Het Gerecht verklaarde dat een samenstel van verschillende heffingen offshorevennootschappen van meet af aan van elke heffing uitsluit, doordat deze geen werknemers in dienst hebben en evenmin over bedrijfsruimten in Gibraltar beschikken.

¹⁹¹ Arrest van het Gerecht van 6 maart 2002, Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava, Ramondín, SA en Ramondín Cápsulas, SA / Commissie, T-92/00 en T-103/00, ECLI:EU:T:2002:61, punt 39.

maatregel waarmee slechts voor een korte periode bepaalde voordelen worden toegekend, kan ook de facto selectief zijn.¹⁹²

5.2.2. *Selectiviteit als gevolg van discretionaire praktijken van overheidsdiensten*

123. Algemene maatregelen die op het eerste gezicht van toepassing zijn op alle ondernemingen, maar die beperkt worden door de beoordelingsruimte van overheidsdiensten, zijn selectief.¹⁹³ Dit is het geval wanneer het feit dat bepaalde criteria zijn vervuld, niet automatisch recht geeft op de maatregel.

124. Overheidsdiensten beschikken over beoordelingsbevoegdheid voor de toepassing van een maatregel, met name wanneer de criteria voor steunverlening zeer algemeen of vaag zijn geformuleerd, hetgeen noodzakelijkerwijs een beoordelingsruimte met zich meebrengt. Een voorbeeld is het geval waarin de belastingdienst de voorwaarden voor toekenning van een belastingvoordeel aanpast op grond van de kenmerken van de investeringsprojecten die hij voorgelegd krijgt. Evenzo moet, indien de belastingdienst beschikt over ruime beoordelingsbevoegdheid om de begunstigen te kiezen of de voorwaarden te bepalen waaronder een belastingvoordeel wordt toegekend op basis van criteria die vreemd zijn aan het belastingstelsel - zoals het behoud van de werkgelegenheid -, de uitoefening van die beoordelingsbevoegdheid worden beschouwd als begunstiging van „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties”.¹⁹⁴

125. De omstandigheid dat voor een belastingaftrek voorafgaande administratieve toestemming vereist is, betekent niet automatisch dat het een selectieve maatregel betreft. Dit is niet het geval wanneer een voorafgaande administratieve toestemming is gebaseerd op objectieve, niet-discriminerende criteria die vooraf kenbaar zijn, zodat een grens wordt gesteld aan de beoordelingsvrijheid van de overheidsdiensten. Een dergelijk stelsel van voorafgaande administratieve toestemming moet bovendien berusten op gemakkelijk toegankelijke procedureregels, die de betrokkenen waarborgen dat hun aanvraag binnen een redelijke termijn objectief en onpartijdig zal worden behandeld, terwijl eventuele weigeringen bovendien in het kader van een beroep in rechte moeten kunnen worden betwist.¹⁹⁵

5.2.3. *De beoordeling van materiële selectiviteit voor maatregelen ter verlichting van de normale lasten van ondernemingen*

126. Wanneer lidstaten positieve ad-hocmaatregelen nemen die ten goede komen aan één of meer specifieke ondernemingen (bijv. toekenning van financiële middelen of

¹⁹² Arrest van het Gerecht van 12 september 2007, Italië en Brandt Italia SpA / Commissie, T-239/04 en T-323/04, ECLI:EU:T:2007:260, punt 66; arrest van het Gerecht van 4 september 2009, Italië/Commissie, T-211/05, ECLI:EU:T:2009:304, punt 120; arrest van het Hof van Justitie van 24 november 2011, Italië/Commissie, C-458/09 P, ECLI:EU:C:2011:769, punten 59 en 60.

¹⁹³ Zie arrest van het Hof van Justitie van 29 juni 1999, Déménagements-Manutention Transport SA (DMT), C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, punt 27.

¹⁹⁴ Zie arrest van het Hof van Justitie van 18 juli 2013, P Oy, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525, punt 27.

¹⁹⁵ Zie bijv. arrest van het Hof van Justitie van 12 juli 2001, B.S.M. Smits, echtgenote van Geraets / Stichting Ziekenfonds VGZ en H.T.M. Peerbooms / Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404, punt 90; arrest van het Hof van Justitie van 3 juni 2010, Sporting Exchange Ltd / Minister van Justitie, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307, punt 50.

activa aan bepaalde onderneming), is het doorgaans eenvoudig om te concluderen dat die maatregelen een selectief karakter hebben, omdat zij de gunstige behandeling voorbehouden voor één of enkele ondernemingen.¹⁹⁶

127. De situatie is doorgaans minder duidelijk wanneer lidstaten ruimere maatregelen vaststellen, die gelden voor alle ondernemingen die aan bepaalde criteria voldoen en waarmee de lasten worden verlicht welke die ondernemingen normaal gesproken moeten dragen (bijv. belastingvrijstellingen of vrijstellingen van sociale premies voor ondernemingen die aan bepaalde criteria voldoen).
128. In dergelijke gevallen dient de selectiviteit van de maatregelen normaal gesproken te worden beoordeeld aan de hand van een onderzoek in drie stappen. In de eerste plaats moet worden bepaald wat de referentieregeling is. In de tweede plaats moet worden nagegaan of een bepaalde maatregel van die regeling afwijkt, voor zover hij differentiaties invoert tussen marktdeelnemers die zich, gelet op de aan de regeling inherente doelstellingen, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. Het cruciale onderdeel van dit gedeelte van het onderzoek is dat wordt nagegaan of er sprake is van een afwijking, zodat op basis daarvan conclusies kunnen worden getrokken ten aanzien van de vraag of de maatregel a priori selectief is. Indien de betrokken maatregel geen afwijking van de referentieregeling is, is hij niet selectief. Indien dat echter wel het geval is (en hij dus a priori selectief is), dient in de derde stap van het onderzoek te worden bezien of de afwijking gerechtvaardigd wordt door de aard of de opzet van de (referentie)regeling.¹⁹⁷ Indien een a priori selectieve maatregel door de aard of de opzet van de regeling gerechtvaardigd wordt, zal hij niet als selectief worden beschouwd en zal hij dus buiten de werkingssfeer van artikel 107, lid 1, van het Verdrag vallen.¹⁹⁸
129. Toch kan deze analyse in drie stappen in bepaalde gevallen niet worden toegepast, gezien de praktische effecten van de betrokken maatregelen. Beklemtoond moet worden dat artikel 107, lid 1, van het Verdrag geen onderscheid maakt naar de redenen of doeleinden van de overheidsmaatregelen, maar op hun gevolgen ziet, onafhankelijk dus van de gebruikte technieken.¹⁹⁹ Dit betekent dat in bepaalde, uitzonderlijke gevallen het niet voldoende is om te onderzoeken of een bepaalde

¹⁹⁶ Zie arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2015, Commissie / MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt., C-15/14 P, ECLI:EU:C:2015:362, punt 60 e.v.; conclusie van advocaat-generaal Mengozzi van 27 juni 2013, Deutsche Lufthansa AG / Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:442, punt 52.

¹⁹⁷ Zie bijv. arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Commissie/Nederland, C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551, punt 62; arrest van het Hof van Justitie van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline GmbH en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH / Finanzlandesdirektion für Kärnten, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598.

¹⁹⁸ Zie bijv. arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Ministero dell'Economia e delle Finanze en Agenzia delle Entrate / Paint Graphos Soc. coop. arl e.a., C-78/08 t/m C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, punt 49 e.v.; arrest van het Hof van Justitie van 29 april 2004, GIL Insurance Ltd e.a. / Commissioners of Customs & Excise, C-308/01, ECLI:EU:C:2004:252.

¹⁹⁹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 22 december 2008, British Aggregates / Commissie, C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757, punten 85 en 89 en de aldaar aangehaalde rechtspraak; arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Commissie/Nederland, C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551, punt 51; arrest van het Hof van Justitie van 15 november 2011, Commissie en Spanje / Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, C-106/09 P en C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, punt 87.

maatregel afwijkt van de regels van de referentieregeling zoals de betrokken lidstaat die heeft vastgesteld. Ook moet worden nagegaan of de grenzen van de referentieregeling coherent zijn afgebakend, dan wel op een duidelijk willekeurige of vooringenomen wijze, zodat bepaalde ondernemingen worden begunstigd die zich in een vergelijkbare situatie bevinden ten aanzien van de opzet van de betrokken regeling.

130. Zodoende heeft het Hof van Justitie in zijn arrest van 15 november 2011 over de belastinghervorming in Gibraltar²⁰⁰ verklaard dat de referentieregeling die de betrokken lidstaat had vastgesteld, weliswaar op algemene criteria was gebaseerd, maar in werkelijkheid tot discriminatie leidt tussen ondernemingen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden wat het door de voorgenomen belastinghervorming nagestreefde doel betreft, hetgeen offshorevennootschappen een selectief voordeel oplevert.²⁰¹ In dit verband wees het Hof erop dat de omstandigheid dat offshorevennootschappen niet worden belast, niet toevallig uit de betrokken regeling voortvloeit, maar het onvermijdelijke gevolg is van het feit dat de belastinggrondslagen nauwgezet aldus zijn vastgesteld dat offshorevennootschappen geen belastbare grondslag hebben.²⁰²
131. Een vergelijkbare controle kan ook nodig zijn in bepaalde gevallen van bestemmingsheffingen, waar er elementen zijn die erop wijzen dat de grenzen van de heffing op duidelijk willekeurige of vooringenomen wijze zijn afgebakend, zodat bepaalde producten of bepaalde activiteiten worden begunstigd die in een vergelijkbare situatie verkeren ten aanzien van de opzet van de betrokken heffingen. Zo heeft het Hof van Justitie in de zaak-Ferring²⁰³ geoordeeld dat een heffing die wordt toegepast op de rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen door farmaceutische laboratoria, maar niet op de verkoop door groothandelaren, selectief was. Gelet op de bijzondere feitelijke omstandigheden - zoals de duidelijke doelstelling van de maatregel en de gevolgen ervan - heeft het Hof zich niet ertoe beperkt na te gaan of de betrokken maatregel een afwijking zou opleveren van de referentieregeling die door de heffing wordt gevormd. Het heeft ook een vergelijking gemaakt van de situatie van de (heffingsplichtige) farmaceutische laboratoria en de (van de heffing vrijgestelde) groothandelaren en geconcludeerd dat het niet-opleggen van de heffing op de rechtstreekse verkoop van groothandelaren erop neerkomt dat dezen a priori een selectieve belastingvrijstelling krijgen.²⁰⁴

5.2.3.1. Bepaling van de referentieregeling

132. De referentieregeling vormt het ijkpunt waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst.

²⁰⁰ Arrest Commissie en Spanje / Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2011:732.

²⁰¹ Arrest Commissie en Spanje / Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2011:732, punt 101 e.v.

²⁰² Arrest Commissie en Spanje / Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2011:732, punt 106.

²⁰³ Arrest van het Hof van Justitie van 22 november 2001, Ferring SA / Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), C-53/00, ECLI:EU:C:2001:627, punt 20.

²⁰⁴ Arrest Ferring, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2001:627, punten 19 en 20.

133. De referentieregeling bestaat uit een coherent geheel van regels die algemeen toepasselijk zijn - op grond van objectieve criteria - voor alle ondernemingen die vallen binnen het toepassingsgebied ervan zoals dat door de doelstelling ervan is omschreven. Meestal bakenen die regels niet alleen het toepassingsgebied van de regeling af, maar ook de voorwaarden waarop de regeling van toepassing is, de rechten en plichten van de daaraan onderworpen ondernemingen en de technische details van het functioneren van de regeling.
134. In het geval van belastingen is de referentieregeling gebaseerd op elementen als belastinggrondslag, belastingplichtigen, belastbare feiten en belastingpercentages. Zo kan een referentieregeling worden bepaald voor het vennootschapsbelastingstelsel,²⁰⁵ het btw-stelsel²⁰⁶ of het algemene stelsel van belasting over verzekeringspremies²⁰⁷. Hetzelfde geldt voor (op zichzelf staande) bestemmingsheffingen, zoals heffingen op bepaalde producten of activiteiten met een negatief effect op het milieu of de gezondheid, die niet echt een onderdeel zijn van een ruimere belastingregeling. Dit betekent dat, afgezien van bijzondere gevallen die in de punten 129, 130 en 131 aan bod kwamen, de referentieregeling in beginsel de heffing zelf is.²⁰⁸

5.2.3.2. Afwijking van de referentieregeling

135. Wanneer de referentieregeling is bepaald, is de volgende stap in de analyse het onderzoek van de vraag of een bepaalde maatregel, in afwijking van die regeling, differentieert tussen ondernemingen. Met het oog daarop dient te worden nagegaan of de maatregel bepaalde ondernemingen of bepaalde producties kan begunstigen ten opzichte van andere ondernemingen die in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie verkeren, in het licht van de intrinsieke doelstellingen van de referentieregeling.²⁰⁹ De lidstaat kan zich niet beroepen op externe beleidsdoelstellingen - zoals doelstellingen van regionaal beleid, milieubeleid of

²⁰⁵ Zie arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Ministero dell'Economia e delle Finanze en Agenzia delle Entrate / Paint Graphos Soc. coop. arl e.a., C-78/08 t/m C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, punt 50. Het Hof gebruikt in dit verband soms ook de term „de algemene [belasting]regeling” (zie arrest van het Hof van Justitie van 22 juni 2006, België en Forum 187 vzw / Commissie, C-182/03 en C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416, punt 95) of „algemene belastingregeling” (zie arrest van het Hof van Justitie van 15 december 2005, Italië/Commissie, C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768, punt 100).

²⁰⁶ Zie de redenering van het Hof van Justitie ten aanzien van selectiviteit in zijn arrest van 3 maart 2005, Wolfgang Heiser / Finanzamt Innsbruck, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, punt 40 e.v.

²⁰⁷ Zie arrest van het Hof van Justitie van 29 april 2004, GIL Insurance Ltd e.a. / Commissioners of Customs & Excise, C-308/01, ECLI:EU:C:2004:252, punten 75 en 78.

²⁰⁸ Zie arrest van het Gerecht van 7 maart 2012, British Aggregates Association / Commissie, T-210/02 RENV, ECLI:EU:T:2012:110, punten 49 en 50. Zelfs indien een heffing in het nationale recht wordt opgenomen om een Unierichtlijn om te zetten, blijft die heffing de referentieregeling.

²⁰⁹ In zijn arrest Paint Graphos heeft het Hof echter aangegeven dat, gelet op de specifieke kenmerken van coöperatieve vennootschappen die voor hun wijze van functioneren specifieke beginselen volgen, die ondernemingen niet kunnen worden geacht zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie te bevinden als commerciële vennootschappen, voor zover zij evenwel in het economisch belang van hun leden optreden en zij met deze laatste niet een zuiver commerciële, maar een bijzondere persoonlijke relatie onderhouden, waarin de leden actief betrokken worden en recht hebben op een billijk aandeel in de economische resultaten (zie arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Ministero dell'Economia e delle Finanze en Agenzia delle Entrate / Paint Graphos Soc. coop. arl e.a., C-78/08 t/m C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, punt 61).

industriële beleid - om de gedifferentieerde behandeling van ondernemingen te rechtvaardigen.²¹⁰

136. De vormgeving van bepaalde bestemmingsheffingen (en met name de heffingsgrondslagen ervan), zoals milieu- en gezondheidsheffingen die worden opgelegd om bepaalde activiteiten of producten te ontraden die ongunstig uitwerken op het milieu of de gezondheid van de mens, zal normaal gesproken de nagestreefde doelstellingen tot uiting brengen. In dergelijke gevallen vormt een gedifferentieerde behandeling voor activiteiten of producten waarvan de situatie, wat de nagestreefde intrinsieke doelstelling betreft, afwijkt van de activiteiten of producten die aan de belasting onderworpen zijn, geen afwijking.²¹¹
137. Indien een maatregel bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigt die zich in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie bevinden, is de maatregel a priori selectief.

5.2.3.3. Rechtvaardiging door de aard of de opzet van de referentieregeling

138. Een maatregel die afwijkt van de referentieregeling (a priori selectiviteit) is steeds niet-selectief indien deze is gerechtvaardigd door de aard of de opzet van die regeling. Dit is het geval wanneer een maatregel rechtstreeks uit de basis- of hoofdbeginselen van de referentieregeling voortvloeit of resulteert uit inherente mechanismen die noodzakelijk zijn voor het functioneren en de doeltreffendheid van de regeling.²¹² Daarentegen kunnen externe beleidsdoelstellingen die vreemd zijn aan de regeling, daarvoor niet worden ingeroepen.²¹³
139. Een mogelijke rechtvaardigingsgrond zou bijvoorbeeld kunnen zijn de noodzaak om fraude of belastingontwijking te bestrijden, de noodzaak om met bijzondere boekhoudkundige vereisten rekening te houden, de administratieve beheersbaarheid, het beginsel van de fiscale neutraliteit²¹⁴, het progressieve karakter van de inkomstenbelasting en de herverdelende functie ervan, de noodzaak om dubbele

²¹⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 18 juli 2013, P Oy, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525, punt 27 e.v.

²¹¹ Een heffing die in het nationale recht wordt opgenomen om een Unierichtlijn om te zetten en die, binnen het toepassingsgebied ervan, voorziet in een gedifferentieerde behandeling voor bepaalde activiteiten of producten, kan een aanwijzing zijn dat die activiteiten of producten verkeren in een situatie die afwijkt van de nagestreefde intrinsieke doelstelling.

²¹² Zie bijv. arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Ministero dell'Economia e delle Finanze en Agenzia delle Entrate / Paint Graphos Soc. coop. arl e.a., C-78/08 t/m C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, punt 69.

²¹³ Zie arrest Paint Graphos, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2011:550, punten 69 en 70; arrest van het Hof van Justitie van 6 september 2006, Portugal/Commissie, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511, punt 81; arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Commissie/Nederland, C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551; arrest van het Hof van Justitie van 22 december 2008, British Aggregates / Commissie, C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757; arrest van het Hof van Justitie van 18 juli 2013, P Oy, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525, punt 27 e.v.

²¹⁴ Voor instellingen voor collectieve belegging, zie onderdeel 5.4.2.

belasting te vermijden²¹⁵, en de doelstelling van het optimaliseren van de invordering van belastingsschulden.

140. Het staat echter aan de lidstaten om controle- en toezichtprocedures in te voeren en te doen toepassen die geschikt zijn om de coherentie te waarborgen tussen de afwijkingen en de logica en algemene opzet van de belastingregeling.²¹⁶ Opdat belastingvrijstellingen kunnen worden gerechtvaardigd door de aard of de algemene opzet van het stelsel, moet ook gewaarborgd zijn dat zij evenredig zijn en niet verder gaan dan nodig is, in die zin dat het legitiem nagestreefde doel niet met minder vergaande middelen kan worden bereikt.²¹⁷
141. Het is immers aan de lidstaat die een dergelijke differentiatie tussen ondernemingen heeft ingevoerd, om aan te tonen dat deze differentiatie daadwerkelijk is gerechtvaardigd door de aard en de opzet van de betrokken regeling.²¹⁸

5.3. Regionale selectiviteit

142. In beginsel vallen uitsluitend maatregelen die gelden voor het gehele grondgebied van de lidstaat, buiten het regionale selectiviteitscriterium van artikel 107, lid 1, van het Verdrag. Het referentiekader hoeft echter, zoals hierna wordt geschetst, niet noodzakelijk te worden afgebakend als de volledige lidstaat.²¹⁹ Dit betekent dat niet alle maatregelen die alleen voor bepaalde delen van het grondgebied van lidstaat van toepassing zijn, automatisch selectief zijn.
143. Volgens vaste rechtspraak²²⁰ zijn maatregelen met een regionaal of lokaal toepassingsgebied mogelijk niet selectief, indien bepaalde vereisten zijn vervuld. Deze rechtspraak behandelde tot dusver alleen belastingmaatregelen. Aangezien regionale selectiviteit echter een algemeen begrip is, gelden de beginselen die de Unierechter ten aanzien van belastingmaatregelen heeft geformuleerd, ook voor andere soorten maatregelen.

²¹⁵ In zijn arrest *Paint Graphos* (reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2011:550) had het Hof van Justitie het (in punt 71) over de mogelijkheid om de aard of de opzet van het nationale belastingstelsel in te roepen om te rechtvaardigen dat coöperatieve vennootschappen die hun gehele winst aan hun leden uitkeren, niet op het niveau van de coöperatie worden belast, vooropgesteld dat de belasting bij haar leden wordt geheven.

²¹⁶ Arrest *Paint Graphos*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2011:550, punt 74.

²¹⁷ Arrest *Paint Graphos*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2011:550, punt 75.

²¹⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 15 november 2011, *Commissie en Spanje / Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk*, C-106/09 P en C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, punt 146; arrest van het Hof van Justitie van 29 april 2002, *Nederland/Commissie*, C-159/01, ECLI:EU:C:2004:246, punt 43; arrest van het Hof van Justitie van 6 september 2006, *Portugal/Commissie*, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511.

²¹⁹ Arrest van het Hof van Justitie van 6 september 2006, *Portugal/Commissie*, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511, punt 57; arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2008, *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) e.a. / Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a.*, C-428/06 t/m C-434/06, ECLI:EU:C:2008:488, punt 47.

²²⁰ Arrest *Portugal/Commissie*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2006:511, punt 57 e.v.; arrest *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja)*, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2008:488, punt 47 e.v.

144. Bij de beoordeling van regionale selectiviteit moeten drie scenario's worden onderscheiden²²¹:
- 1) In het eerste scenario dat tot de regionale selectiviteit van een maatregel leidt, beslist de centrale overheid van een lidstaat eenzijdig om in een bepaald geografisch gebied een belastingtarief toe te passen dat lager ligt dan het nationale tarief.
 - 2) Het tweede scenario is dat van een symmetrische decentralisatie van fiscale bevoegdheden²²², een model van fiscale bevoegdheidsverdeling waarin elke decentrale overheid op een bepaald bestuursniveau (regio, district of andere) van een lidstaat rechtens of in feite dezelfde autonome bevoegdheden heeft om, onafhankelijk van de centrale overheid, het belastingtarief vast te stellen binnen het gebied waarvoor zij bevoegd is. In dat geval zijn maatregelen waartoe de decentrale bestuursniveaus hebben beslist, niet selectief, omdat het niet mogelijk is een normaal belastingtarief te bepalen dat als referentiekader kan dienen.
 - 3) In het derde scenario - dat van de asymmetrische decentralisatie van fiscale bevoegdheden²²³ - kunnen alleen bepaalde regionale of lokale overheden belastingmaatregelen binnen hun grondgebied vaststellen. In dat geval is de beoordeling van het selectieve karakter van de kwestieuze maatregel afhankelijk van de vraag of de betrokken overheid voldoende autonoom is van de centrale overheid van de lidstaat.²²⁴ Dit is het geval wanneer drie cumulatieve criteria voor autonomie zijn vervuld: institutionele, procedurele, en economische en financiële autonomie.²²⁵ Indien al deze autonomiecriteria vervuld zijn wanneer een regionale of lokale overheid besluit een belastingmaatregel vast te stellen die alleen op haar grondgebied van toepassing is, vormt de betrokken regio - en niet de lidstaat - het geografische referentiekader.

5.3.1. *Institutionele autonomie*

145. Van institutionele autonomie is sprake wanneer het besluit over de belastingmaatregel is genomen door een regionale of lokale overheid met een eigen constitutionele, politieke en administratieve status, die los staat van die van de centrale overheid. In de Azoren-zaak merkte het Hof op dat de Azoren krachtens de Portugese Grondwet een autonome regio zijn met een eigen politiek-administratieve status en eigen overheidsorganen, die hun eigen belastingbevoegdheden kunnen

²²¹ Arrest Portugal/Commissie, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2006:511, punt 63 t/m 66.

²²² Zie de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 20 oktober 2005, Portugal/Commissie, C-88/03, ECLI:EU:C:2005:618, punt 60.

²²³ Zie de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 20 oktober 2005, Portugal/Commissie, C-88/03, ECLI:EU:C:2005:618, punt 60.

²²⁴ Arrest Portugal/Commissie, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2006:511, punt 58: „Uitgesloten kan niet worden dat een regionale entiteit als gevolg van haar status, rechtens en feitelijk, ten opzichte van het centrale bestuur van een lidstaat dermate autonoom is dat zij, door de maatregelen die zij vaststelt, en niet het centrale bestuur, een fundamentele rol speelt in de vaststelling van de politieke en economische omgeving waarin de ondernemingen opereren.”

²²⁵ Arrest Portugal/Commissie, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2006:511, punt 67.

uitoefenen en de nationale belastingbepalingen aan de specifieke regionale kenmerken kunnen aanpassen.²²⁶

146. De beoordeling of dit criterium in iedere individuele zaak is vervuld, moet met name een onderzoek inhouden van de grondwet en andere relevante wetgeving van een lidstaat, zodat kan worden nagegaan of een bepaalde regio inderdaad een eigen politiek-administratieve status en eigen overheidsorganen heeft, die hun eigen belastingbevoegdheden kunnen uitoefenen.

5.3.2. *Procedurele autonomie*

147. Van procedurele autonomie is sprake wanneer een besluit over een belastingmaatregel is genomen zonder dat de centrale overheid rechtstreekse zeggenschap heeft over de inhoud ervan.
148. Het essentiële criterium om te bepalen of er sprake is van procedurele autonomie, is niet de omvang van de aan het decentrale bestuursniveau verleende bevoegdheid, maar de mogelijkheid voor die overheid om krachtens deze bevoegdheid autonoom een beslissing over een belastingmaatregel te nemen, d.w.z. zonder dat de centrale overheid rechtstreekse zeggenschap heeft over de inhoud ervan.
149. De omstandigheid dat er een overleg- of verzoeningsprocedure tussen de centrale en regionale (of lokale) overheden bestaat om conflicten te voorkomen, betekent niet automatisch dat een decentraal bestuursniveau procedurele autonomie heeft, tenzij die instantie - en niet de centrale overheid - de eindbeslissing over de goedkeuring van de betrokken maatregel neemt.²²⁷
150. Het enkele feit dat de besluiten die een decentraal bestuursniveau vaststelt, aan rechterlijke toetsing zijn onderworpen, betekent op zich nog niet dat dat bestuursniveau geen procedurele autonomie heeft, omdat het bestaan van die rechterlijke toetsing inherent is aan het bestaan van een rechtsstaat.²²⁸
151. Een regionale (of lokale) belastingmaatregel hoeft niet volledig gescheiden te zijn van een meer algemeen belastingstelsel, om geen staatssteun te vormen. Met name hoeft het betrokken belastingstelsel (heffingsgrondslag, belastingtarieven, regels inzake belastinginning en vrijstellingen) niet volledig te zijn overgedragen aan het decentrale bestuursniveau.²²⁹ Wanneer bijvoorbeeld de decentralisatie van de vennootschapsbelasting beperkt blijft tot de bevoegdheid om de tarieven binnen een beperkte bandbreedte aan te passen, zonder dat de bevoegdheid om de heffingsgrondslag te veranderen (belastingvoordelen en -vrijstellingen enz.) wordt overgedragen, zou kunnen worden geoordeeld dat hiermee de voorwaarde van de procedurele autonomie is vervuld indien de betrokken regio met de vooraf voor de tarieven vastgestelde bandbreedte betekenisvolle autonome belastingbevoegdheden

²²⁶ Arrest Portugal/Commissie, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2006:511, punt 70.

²²⁷ Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2008, Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) e.a. / Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a., C-428/06 t/m C-434/06, ECLI:EU:C:2008:488, punten 96 t/m 100.

²²⁸ Arrest Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja), reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2008:488, punten 80 t/m 83.

²²⁹ Arrest van het Hof van Justitie van 6 september 2006, Portugal/Commissie, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511.

kan uitoefenen, zonder dat de centrale overheid rechtstreekse zeggenschap heeft over de inhoud ervan.

5.3.3. *Economische en financiële autonomie*

152. Van economische en financiële autonomie is sprake wanneer een decentraal bestuursniveau de financiële en politieke consequenties van een belastingverlagende maatregel draagt. Dat is niet het geval wanneer het decentrale bestuursniveau geen begroting beheert, d.w.z. geen zeggenschap over de ontvangsten en de uitgaven heeft.
153. Bijgevolg mogen, wil er sprake zijn van economische en financiële autonomie, de financiële consequenties van een belastingmaatregel in de regio niet door bijdragen of subsidies van andere regio's of de centrale overheid worden gecompenseerd. Daarom sluit een direct causaal verband tussen de door het decentrale bestuursniveau vastgestelde belastingmaatregel en de financiële steun van andere regio's of de centrale overheid van de betrokken lidstaat het bestaan van dit soort autonomie uit.²³⁰
154. Aan het bestaan van economische en financiële autonomie wordt niet afgedaan door het feit dat een derving van belastinginkomsten als gevolg van de tenuitvoerlegging van overgedragen belastingbevoegdheden (bijv. een lager belastingtarief) wordt gecompenseerd door een parallelle verhoging van diezelfde inkomsten door de komst van nieuwe bedrijven die door de lagere tarieven worden aangetrokken.
155. Voor de autonomiecriteria is niet vereist dat de regels inzake belastingheffing aan de regionale of lokale overheden zijn overgedragen, noch hoeven de belastinginkomsten daadwerkelijk door die overheden te worden geïnd. De centrale overheid kan nog steeds verantwoordelijk blijven voor de inning van de gedecentraliseerde belastingen indien de kosten van de inning door het decentrale bestuursniveau worden gedragen.

5.4. **Specifieke thema's inzake belastingmaatregelen**

156. Het staat de lidstaten vrij het economische beleid te kiezen dat zij het meest geschikt achten, en met name om de belastingdruk, naar eigen inzicht, over de verschillende productiefactoren te verdelen. Niettemin zijn de lidstaten verplicht die bevoegdheid in overeenstemming met het Unierecht uit te oefenen.²³¹

5.4.1. *Coöperatieve vennootschappen*

157. In beginsel volgen volwaardige coöperatieve vennootschappen voor hun wijze van functioneren specifieke beginselen die hen duidelijk onderscheiden van andere marktdeelnemers.²³² Met name gelden voor hen specifieke lidmaatschapsregels en

²³⁰ Arrest Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja), reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2008:488, punt 129 e.v.

²³¹ Met name mogen lidstaten geen wetgeving invoeren of handhaven die onverenigbare staatssteun inhoudt of een discriminatie die strijdig is met de fundamentele vrijheden; zie onder meer arrest van het Hof van Justitie van 17 september 2009, Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG / Finanzamt München II, zaak C-182/08, ECLI:EU:C:2009:559, punt 34 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

²³² Zie de overwegingen van Verordening van de Raad (EG) nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) (PB L 207 van 18.8.2003, blz. 1).

hun activiteiten strekken tot wederzijds voordeel van hun leden²³³, niet het belang van externe investeerders. Bovendien kunnen reserves en activa niet worden uitgekeerd en moeten deze voor het gemeenschappelijke belang van de leden worden ingezet. Ten slotte hebben coöperaties doorgaans beperkte toegang tot kapitaalmarkten en generen zij lage winstmarges.

158. Gelet op deze specifieke kenmerken kunnen coöperaties niet worden geacht zich in een feitelijke en juridische situatie te bevinden die vergelijkbaar is met die van commerciële vennootschappen, zodat die preferente fiscale behandeling voor coöperaties buiten het toepassingsgebied van de staatssteunregels kan vallen, voor zover²³⁴:
- zij in het economische belang van hun leden optreden;
 - zij met hun leden niet een zuiver commerciële, maar een bijzondere persoonlijke relatie onderhouden;
 - de leden actief betrokken zijn bij het beheer van de activiteiten, en
 - zij recht hebben op een billijk aandeel in de economische resultaten.
159. Indien de te onderzoeken coöperatieve vennootschap vergelijkbaar blijkt te zijn met commerciële vennootschappen, dient zij in hetzelfde referentiekader te worden opgenomen als commerciële vennootschappen en moet daarop de analyse in drie stappen worden toegepast, zoals die in de punten 128 tot en met 141 is beschreven. In de derde stap van die analyse moet dan worden nagegaan of de betrokken belastingregeling gerechtvaardigd wordt door de opzet van het belastingstelsel.²³⁵
160. Met het oog daarop dient te worden aangetekend dat de maatregel in overeenstemming dient te zijn met de basis- of hoofdbeginselen van het belastingstelsel van de lidstaat (ten opzichte van de aan dat stelsel inherente mechanismen). Een afwijking voor coöperatieve vennootschappen waarbij deze zelf niet op het niveau van de coöperatie worden belast, kan bijvoorbeeld worden gerechtvaardigd door het feit dat zij hun gehele winst aan hun leden uitkeren en dat de belasting dan bij hun individuele leden wordt geheven. Hoe dan ook moet de verlaagde belasting evenredig zijn en mag deze niet verder gaan dan wat noodzakelijk is. Bovendien moet de betrokken lidstaat geschikte controle- en toezichtprocedures toepassen.²³⁶

²³³ De zeggenschap over coöperaties is op billijke wijze over de leden verdeeld, zoals blijkt uit de regel „één man, één stem”.

²³⁴ Zie arrest van het Hof van Justitie van 8 september 2011, Ministero dell’Economia e delle Finanze en Agenzia delle Entrate / Paint Graphos Soc. coop. arl e.a., C-78/08 t/m C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, punten 55 en 61.

²³⁵ Zie arrest Paint Graphos, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2011:550, punten 69 en 75.

²³⁶ Zie arrest Paint Graphos, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2011:550, punten 74 en 75.

5.4.2. *Instellingen voor collectieve belegging*²³⁷

161. Het is algemeen aanvaard dat beleggingsvehikels, zoals instellingen voor collectieve belegging²³⁸, aan een passend niveau van belasting moeten zijn onderworpen, omdat zij in wezen opereren als intermediaire constructies tussen (externe) investeerders en de doelondernemingen waarin wordt geïnvesteerd. Wanneer er geen belastingregels voor beleggingsfondsen of -maatschappijen zijn, zou dit ertoe kunnen leiden dat een beleggingsfonds wordt behandeld als een afzonderlijke belastingplichtige - waardoor een bijkomende „belastinglaag” wordt opgelegd op inkomsten of winsten van die intermediaire constructie. Binnen deze context proberen lidstaten meestal om ongunstige belastingeffecten op beleggingen via beleggingsfondsen of -maatschappijen te beperken ten opzichte van directe beleggingen door individuele beleggers en, zo veel mogelijk, ervoor te zorgen dat de totale, uiteindelijke belastingdruk op de korf van diverse soorten beleggingen ongeveer dezelfde is, ongeacht de constructie die voor de belegging wordt gebruikt.
162. Belastingmaatregelen die de fiscale neutraliteit willen garanderen voor beleggingen in collectieve beleggingsfondsen of -maatschappijen, mogen niet als selectief worden gezien wanneer die maatregelen niet ertoe strekken bepaalde collectieve beleggingsinstellingen of bepaalde soorten beleggingen te begunstigen²³⁹, maar juist bedoeld zijn om economische dubbele belasting te beperken of uit te schakelen in overeenstemming met de algemene beginselen die inherent zijn aan de betrokken belastingregeling. Voor de toepassing van dit onderdeel wordt onder „fiscale neutraliteit” verstaan dat belastingplichtigen op dezelfde wijze worden behandeld, ongeacht of zij in activa beleggen (zoals overheidspapier en vennootschappen op aandelen), al dan niet middellijk via beleggingsfondsen. Een belastingregeling voor instellingen voor collectieve beleggingen die de doelstelling van fiscale transparantie in acht nemen op het niveau van de intermediaire constructie, kan dus mogelijk gerechtvaardigd zijn door de opzet van het betrokken belastingstelsel, mits het voorkomen van dubbele economische belasting een beginsel is dat inherent is aan het betrokken belastingstelsel. Daarentegen dient een preferente fiscale behandeling die

²³⁷ Dit onderdeel is niet beperkt tot instellingen voor collectieve belegging die vallen onder Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's). Het ziet ook op andere soorten instellingen voor collectieve belegging die niet onder die richtlijn vallen, zoals onder meer alternatieve beleggingsinstellingen in de zin van Richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010 (PB L 174 van 1.7.2011, blz. 1).

²³⁸ Dit soort instellingen kunnen zijn opgericht op grond van het contractenrecht (als gewone fondsen bestuurd door beheerders), het trustrecht (als unit trusts) of krachtens het vennootschapsrecht (als beleggingsmaatschappijen); zie artikel 1, lid 3, van Richtlijn 2009/65/EG.

²³⁹ Zie arrest van het Gerecht van 4 maart 2009, Associazione italiana del risparmio gestito en Fineco Asset Management SpA / Commissie, T-445/05, ECLI:EU:T:2009:50, punt 78 e.v., waarin het Gerecht Beschikking 2006/638/EG van de Commissie van 6 september 2005 (PB L 268 van 27.9.2006, blz. 1) bekrachtigde waarbij een steunregeling onverenigbaar was verklaard waarmee bepaalde instellingen voor collectieve belegging in overdraagbare effecten die zijn gespecialiseerd in aandelen in op gereguleerde markten genoteerde vennootschappen met een kleine of middelgrote beurswaarde, fiscale prikkels kregen.

beperkt is tot beleggingsconstructies die aan specifieke voorwaarden voldoen²⁴⁰ - ten nadele van andere beleggingsconstructies die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden - als selectief te worden gezien,²⁴¹ bijvoorbeeld wanneer de belastingregels voorzien in een gunstige behandeling voor nationale durfkapitaalfondsen, sociale investeringsfondsen of langetermijnbeleggingsinstellingen en op EU-niveau geharmoniseerde EuVECA²⁴²-, EuSEF²⁴³- of ELTIF²⁴⁴-fondsen.

163. Fiscale neutraliteit betekent echter niet dat dit soort investeringsconstructies volledig van belasting dient te zijn vrijgesteld of dat de fondsbeheerders dienen te worden vrijgesteld van belasting over de vergoedingen die zij berekenen voor het beheren van de onderliggende activa waarin door de fondsen wordt belegd.²⁴⁵ Evenmin kan dit verantwoorden dat voor de betrokken belastingregelingen een collectieve belegging fiscaal gunstiger wordt behandeld dan een individuele belegging.²⁴⁶ In dergelijke gevallen zou de belastingregeling onevenredig zijn en verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om de doelstelling van het voorkomen van dubbele belasting te bereiken - en zou het dus een selectieve maatregel betreffen.

5.4.3. *Fiscale amnestie*

164. Bij fiscale amnestie gaat het doorgaans om immuniteit tegen strafrechtelijke sancties, geldboeten en (gedeeltelijke of volledige) rentebetalingen. Hoewel in sommige gevallen van amnestie de belastingbedragen volledig moeten worden betaald²⁴⁷, houden andere een gedeeltelijke kwijtschelding van de verschuldigde belasting in²⁴⁸.
165. Over het algemeen kan een fiscale amnestiemaatregel voor ondernemingen als een algemene maatregel worden beschouwd indien de volgende voorwaarden zijn vervuld.²⁴⁹

²⁴⁰ Bijv. een gunstige fiscale behandeling op het niveau van de beleggingsconstructie waaraan de voorwaarde is verbonden dat drie kwart van de activa van het fonds in kmo's wordt belegd.

²⁴¹ Zie arrest *Associazione italiana del risparmio gestito en Fineco Asset Management SpA*, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:2009:50, punt 150.

²⁴² Verordening (EU) nr. 345/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2013 betreffende Europese durfkapitaalfondsen (PB L 115 van 25.4.2013, blz. 1).

²⁴³ Verordening (EU) nr. 346/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2013 inzake Europese sociaalondernemersfondsen (PB L 115 van 25.4.2013, blz. 18).

²⁴⁴ Verordening (EU) 2015/760 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende Europese langetermijnbeleggingsinstellingen (PB L 123 van 19.5.2015, blz. 98).

²⁴⁵ De redenering van neutraliteit achter de bijzondere belasting van beleggingsinstellingen geldt voor het kapitaal van het fonds, niet voor de eigen inkomsten en het eigen kapitaal van de beheersmaatschappijen; zie het besluit van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA van 18 maart 2009 ten aanzien van staatssteun in het kader van de belastingheffing op investeringsondernemingen volgens de *Gesetz über Investmentunternehmen (IUG)* in Liechtenstein (PB C 236 van 1.10.2009, blz. 6).

²⁴⁶ Zie besluit van de Commissie van 12 mei 2010 betreffende steunmaatregel N 131/2009 - Finland - *AsuntoREIT-järjestelmä/BostadsREIT-system* (PB C 178 van 3.7.2010, blz. 1), punt 33.

²⁴⁷ Fiscale amnestie kan ook de mogelijkheid bieden om niet-aangegeven activa of inkomsten aan te geven.
²⁴⁸ Zie arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, *Ministero dell'Economia e delle Finanze en Agenzia delle Entrate / 3M Italia SpA*, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punt 12.

²⁴⁹ Zie besluit van de Commissie van 11 juli 2012 betreffende steunmaatregel SA.33183 - Letland - *Tax Support Measure (TSM)* (PB C 1 van 4.1.2013, blz. 6).

166. In de eerste plaats staat de maatregel daadwerkelijk open voor alle ondernemingen, ongeacht de bedrijfstak of grootte, die belastingverplichtingen hebben uitstaan die verschuldigd zijn tegen de door de maatregel vastgestelde datum, zonder dat enige vooraf bepaalde groep ondernemingen wordt begunstigd. In de tweede plaats houdt de maatregel geen feitelijke selectiviteit ten gunste van bepaalde ondernemingen of sectoren in. In de derde plaats blijft het optreden van de belastingdienst beperkt tot het beheer van de tenuitvoerlegging van de fiscale amnestie, zonder enige beoordelingsmarge wat betreft de toekenning of de intensiteit van de maatregel. Ten slotte sluit de maatregel de mogelijkheid tot controle niet uit.
167. De beperkte looptijd van fiscale amnestiemaatregelen, die slechts voor een beperkte periode gelden²⁵⁰ voor belastingverplichtingen die verschuldigd waren vóór een vooraf bepaalde datum en die nog uitstaan op het tijdstip van de invoering van de fiscale amnestie, is inherent aan het concept van een fiscale amnestie die moet zorgen voor zowel een betere inning van de belastingen als een betere naleving van de regels door de belastingplichtigen.
168. Fiscale amnestiemaatregelen kunnen ook als algemene maatregelen worden beschouwd indien zij stroken met een door de nationale wetgever nagestreefd doel, namelijk de inachtneming van een algemeen rechtsbeginsel, zoals de eerbiediging van het beginsel van een redelijke termijn.²⁵¹

5.4.4. *Fiscale rulings en schikkingen met de belastingdienst*

5.4.4.1. Rulings van de belastingdienst

169. Een fiscale ruling is bedoeld om vooraf vast te leggen hoe de gewone belastingregeling in een bepaald geval zal worden toegepast in het licht van de specifieke feiten en omstandigheden. Om redenen van rechtszekerheid geven vele nationale belastingdiensten fiscale rulings af over de fiscale behandeling van specifieke transacties.²⁵² Dit kan gebeuren door vooraf te bepalen hoe de bepalingen van een bilateraal verdrag of nationale belastingregels in een bepaald geval zullen worden toegepast of hoe de zakelijke („arm's length”) winst zal worden bepaald voor transacties tussen verbonden partijen wanneer door onzekerheid een voorafgaande beslissing („ruling”) gerechtvaardigd is om zeker te zijn dat de prijs voor bepaalde intragroepstransacties volgens het zakelijkheidsbeginsel („arm's length-beginsel”) is bepaald.²⁵³ Lidstaten kunnen hun belastingplichtigen rechtszekerheid en voorspelbaarheid bieden aangaande de toepassing van de algemene belastingregels,

²⁵⁰ De periode waarin de maatregel loopt, dient voldoende ruim te zijn om alle belastingplichtigen waarop de maatregel van toepassing is, in staat te stellen het voordeel van de maatregel te proberen genieten.

²⁵¹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, Ministero dell'Economia e delle Finanze en Agenzia delle Entrate / 3M Italia SpA, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, punten 40, 41 en 42.

²⁵² Sommige lidstaten hebben circulaire vastgesteld waarin het toepassingsgebied en de omvang van hun rulingpraktijk zijn geregeld. Een aantal van hen maakt hun rulings ook bekend.

²⁵³ Zie Besluit van de Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 - Starbucks (nog niet bekendgemaakt); Besluit van de Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38375 - Fiat (nog niet bekendgemaakt), en Besluit van de Commissie van 11 januari 2016 betreffende steunmaatregel SA.37667 - Staatssteunregeling inzake vrijstelling van overwinst (nog niet bekendgemaakt); in al deze zaken is beroep ingesteld.

hetgeen het beste wordt verzekerd indien hun administratieve rullingpraktijk transparant is en de rulings worden bekendgemaakt.

170. Bij de toekenning van een fiscale rulling moeten echter de staatssteunregels in acht worden genomen. Wanneer met een fiscale rulling een uitkomst wordt bekrachtigd die geen betrouwbare afspiegeling is van hetgeen de uitkomst zou zijn van een normale toepassing van de algemene belastingregeling, kan met die rulling een selectief voordeel worden toegekend aan de partij waaraan die rulling wordt afgegeven, voor zover die selectieve behandeling ertoe leidt dat de belasting die de betrokken partij in die lidstaat verschuldigd is, wordt verlaagd ten opzichte van vennootschappen die in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie verkeren.
171. Het Hof van Justitie heeft verklaard dat door een versmalling van de heffingsgrondslag van een onderneming die resulteert uit een belastingmaatregel waardoor een belastingplichtige bij intragroepstransacties verrekenprijzen („transfer prices”) kan hanteren die geen afspiegeling zijn van de prijzen die in rekening worden gebracht in een omgeving waarin vrije mededinging heerst (d.w.z. prijzen die worden bepaald door onafhankelijke ondernemingen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen), een selectief voordeel aan die belastingplichtige wordt verleend, doordat deze de verschuldigde belasting op grond van het algemene belastingstelsel verlaagd ziet ten opzichte van onafhankelijke vennootschappen die voor het bepalen van hun belastbare grondslag gebruikmaken van hun daadwerkelijk geboekte winst.²⁵⁴ Bijgevolg wordt met een fiscale rulling waarbij voor het bepalen van de belastbare winst van een concernentiteit een verrekenprijsmethode wordt gehanteerd die geen betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst oplevert die in overeenstemming is met het zakelijkheidsbeginsel, een selectief voordeel verleend aan de ontvanger ervan. Het streven naar een „betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst” betekent dat iedere afwijking van de beste raming van een marktgebaseerde uitkomst beperkt moet blijven tot en evenredig moet zijn aan de onzekerheid die verbonden is

²⁵⁴

Zie arrest van het Hof van Justitie van 22 juni 2006, België en Forum 187 vzw / Commissie, C-182/03 en C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416. In dit arrest over de Belgische regeling voor coördinatiecentra, waarin het Hof van Justitie zich moest uitspreken over een beroep tegen een Commissiebeschikking (Beschikking 2003/757/EG van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende de steunregeling die door België ten uitvoer is gelegd ten gunste van in België gevestigde coördinatiecentra (PB L 282 van 30.10.2003, blz. 25)), concludeerde het Hof onder meer dat met de methode voor het vaststellen van de belastbare inkomsten in het kader van die regeling een selectief voordeel aan die centra werd verschaft. In die regeling werd de belastbare winst vastgesteld op een forfaitair bedrag, dat overeenkwam met een percentage van het totaal van de uitgaven en bedrijfskosten, exclusief personeelskosten en financiële lasten. Volgens het Hof „[moet], [o]m na te gaan of de vaststelling van de belastbare inkomsten als voorzien in de regeling voor coördinatiecentra, deze een voordeel verschaft, de genoemde regeling [...] worden vergeleken met de algemene regeling, die is gebaseerd op het verschil tussen lasten en baten van een onderneming die haar bedrijf uitoefent in een omgeving waarin vrije mededinging heerst”. Het Hof verklaarde daarna dat „de uitsluiting van [personeelskosten en de financiële lasten] van de kosten aan de hand waarvan de belastbare inkomsten van deze centra worden vastgesteld, niet [kan] leiden tot verrekenprijzen die in de buurt liggen van die welke zouden worden gehanteerd in een omgeving waarin vrije mededinging heerst”, waarvan het Hof concludeerde dat dit „de genoemde centra een economisch voordeel [verschafft]” (punten 96 en 97 van het arrest).

aan de gekozen verrekenprijsmethode of de bij deze benaderingsexercitie gebruikte statistische instrumenten.

172. Dit zakelijkheidsbeginsel maakt dus noodzakelijkerwijs deel uit van de beoordeling wanneer de Commissie aan groepsvennootschappen toegekende belastingmaatregelen aan artikel 107, lid 1, van het Verdrag toetst, ongeacht of een lidstaat dit beginsel in zijn nationale rechtsorde heeft opgenomen en ongeacht in welke vorm. Aldus gaat de Commissie na of de uit hoofde van de vennootschapsbelasting belastbare winst van een groepsvennootschap is bepaald op basis van een methode die een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst oplevert. Een fiscale ruling waarin zo een methode tot uitdrukking komt, garandeert dat die vennootschap geen gunstige behandeling krijgt op grond van het gewone stelsel van de vennootschapsbelasting in de betrokken lidstaat vergeleken met niet tot een concern behorende vennootschappen die worden belast op hun boekhoudkundige winst, hetgeen een afspiegeling is van prijzen die op de markt tot stand komen via zakelijk onderhandelen. Het zakelijkheidsbeginsel dat de Commissie toepast wanneer zij verrekenprijstrulings aan de staatssteunregels toetst, is aldus een toepassing van artikel 107, lid 1, van het Verdrag, dat een ongelijke fiscale behandeling verbiedt van ondernemingen die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden. Dit beginsel bindt de lidstaten, en de nationale belastingvoorschriften zijn niet uitgesloten van de werkingssfeer ervan.²⁵⁵
173. Wanneer de Commissie nagaat of met een verrekenprijstruling het in artikel 107, lid 1, van het Verdrag besloten zakelijkheidsbeginsel in acht wordt genomen, kan zij rekening houden met het houvast dat de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) biedt, met name de *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Die richtsnoeren handelen niet over staatssteunkwesties op zich, maar zij brengen de internationale consensus over verrekenprijzen in kaart en zijn een nuttige leidraad voor belastingdiensten en multinationale ondernemingen wat betreft de vraag hoe ervoor te zorgen dat een verrekenprijsmethode een marktconforme uitkomst oplevert. Indien bij een verrekenprijsregeling de OESO-verrekenprijstrichtlijnen in acht worden genomen, met inbegrip van de aanwijzingen met betrekking tot de keuze van wat de meest geschikte methode is en hoe die tot een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst leidt, is het bijgevolg weinig waarschijnlijk dat een fiscale ruling waarin die regeling wordt vastgelegd, aanleiding geeft tot staatssteun.
174. Samenvattend kan worden geconcludeerd dat met een fiscale ruling aan de betrokken partijen met name een selectief voordeel wordt verleend wanneer:
- a) de ruling het nationale belastingrecht onjuist toepast en dit een lager belastingbedrag oplevert;²⁵⁶

²⁵⁵ Zie arrest België en Forum 187 vzw, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2006:416, punt 81. Zie ook arrest van het Gerecht van 25 maart 2015, België/Commissie, T-538/11, ECLI:EU:T:2015:188, punten 65 en 66 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

²⁵⁶ Zie Beschikking 2003/601/EG van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende steunmaatregel C 54/2001 (ex NN 55/2000) Ierland - Buitenlandse inkomsten (PB L 204 van 13.8.2003, blz. 51), overwegingen 33, 34 en 35.

- b) de ruling niet beschikbaar is voor ondernemingen in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie,²⁵⁷ of
- c) de belastingdienst een „gunstigere” behandeling toepast dan voor andere belastingplichtigen die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de belastingdienst instemt met een verrekenprijsregeling die niet zakelijk is omdat de in die ruling gehanteerde methode een uitkomst oplevert die afwijkt van een betrouwbare benadering van een marktgebaseerde uitkomst.²⁵⁸ Hetzelfde geldt voor een ruling waarbij de betrokken partij alternatieve, indirectere methoden mag hanteren voor het berekenen van haar belastbare winst - bijvoorbeeld het gebruik van vaste marges voor een kostprijs-plus- of resale-minus-methode voor het bepalen van passende verrekenprijzen - terwijl directere methoden beschikbaar zijn.²⁵⁹

5.4.4.2. Schikkingen met de belastingdienst

175. Schikkingen met de belastingdienst vinden doorgaans plaats in het kader van geschillen tussen de belastingplichtige en de belastingdienst over het bedrag van de verschuldigde belasting. Dit is in een aantal lidstaten een gebruikelijke praktijk. Het aangaan van dit soort fiscale schikkingen biedt de belastingdienst de mogelijkheid om lang aanslepende juridische geschillen voor de nationale rechter te vermijden en om een snelle invordering van de verschuldigde belasting te verzekeren. Ook al valt de bevoegdheid van de lidstaten op dit gebied niet te betwisten, toch kan met het sluiten van een schikking met de belastingdienst staatssteun gemoeid zijn, met name

²⁵⁷ Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn indien sommige ondernemingen die transacties uitvoeren met dochterentiteiten, deze rulings niet mogen aanvragen, in tegenstelling tot een vooraf bepaalde categorie ondernemingen. Zie in dit verband Beschikking 2004/77/EG van de Commissie van 24 juni 2003 betreffende de door België ten uitvoer gelegde steunregeling in de vorm van een fiscaal rulingstelsel voor US Foreign Sales Corporations (PB L 23 van 28.1.2004, blz. 14), overwegingen 56 t/m 62.

²⁵⁸ Zie Besluit van de Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 - Starbucks (nog niet bekendgemaakt); Besluit van de Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38375 - Fiat (nog niet bekendgemaakt), en Besluit van de Commissie van 11 januari 2016 betreffende steunmaatregel SA.37667 - Staatssteunregeling inzake vrijstelling van overwinst (nog niet bekendgemaakt); in al deze zaken is beroep ingesteld.

²⁵⁹ Zie Beschikking 2003/438/EG van de Commissie van 16 oktober 2002 betreffende staatssteunregeling C 50/2001 (ex NN 47/2000) - Financieringsmaatschappijen - ten uitvoer gelegd door Luxemburg (PB L 153 van 20.6.2003, blz. 40), overwegingen 43 en 44; Beschikking 2003/501/EG van de Commissie van 16 oktober 2002 betreffende staatssteunregeling C 49/2001 (ex NN 46/2000) - Coördinatiecentra - ten uitvoer gelegd door Luxemburg (PB L 170 van 9.7.2003, blz. 20), overwegingen 46, 47 en 50; Beschikking 2003/757/EG van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende de steunregeling die door België ten uitvoer is gelegd ten gunste van in België gevestigde coördinatiecentra (PB L 282 van 30.10.2003, blz. 25), overwegingen 89 t/m 95, en het desbetreffende arrest van het Hof van Justitie van 22 juni 2006, België en Forum 187 vzw / Commissie, C-182/03 en C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416, punten 96 en 97; Beschikking 2004/76/EG van de Commissie van 13 mei 2003 betreffende de steunregeling die Frankrijk ten uitvoer heeft gelegd ten faveure van hoofdkantoren en logistieke centra (PB L 23 van 28.1.2004, blz. 1), overwegingen 50 en 53; Besluit van de Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 - Starbucks (nog niet bekendgemaakt, beroep aanhangig), overwegingen 282 t/m 285; Besluit van de Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38375 - Fiat (nog niet bekendgemaakt, beroep aanhangig), overweging 245.

wanneer blijkt dat het bedrag van de verschuldigde belasting is verlaagd zonder duidelijke rechtvaardigingsgrond (zoals het optimaliseren van de invordering van schulden) of op een onevenredige wijze in het voordeel van de belastingplichtige.²⁶⁰

176. In dit verband kan een schikking tussen de belastingdienst en een belastingplichtige met name een selectief voordeel inhouden wanneer²⁶¹:
- a) de belastingdienst aan een belastingplichtige onevenredige concessies doet en daardoor een „gunstigere” discretionaire behandeling toepast dan voor andere belastingplichtigen die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden;
 - b) de schikking in strijd is met de toepasselijke belastingregels en tot een lager belastingbedrag heeft geleid, buiten een redelijke bandbreedte. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer vaststaande feiten, op grond van de toepasselijke regels, tot een andere heffingsgrondslag hadden moeten leiden (maar het verschuldigde belastingbedrag onrechtmatig is verlaagd).

5.4.5. *Afschrijvingsregels*

177. In de regel vormen zuiver technische belastingmaatregelen zoals afschrijvingsregels geen staatssteun. De methode voor het berekenen van de afschrijving van activa verschilt van lidstaat tot lidstaat, maar dit soort methoden kan inherent zijn aan de belastingstelsels waarvan zij deel uitmaken.
178. De moeilijkheid om te bepalen of er bij het afschrijvingspercentage voor bepaalde activa mogelijk sprake is van selectiviteit, schuilt in het feit dat een benchmark moet worden bepaald (waarvan een bepaald afschrijvingspercentage of een bepaalde afschrijvingsmethode een afwijking zou kunnen zijn). Boekhoudkundig gesproken, heeft deze exercitie doorgaans tot doel de economische waardevermindering van de activa tot uiting te brengen om een getrouw beeld te krijgen van de financiële situatie van de onderneming, maar de fiscale procedure dient andere doelstellingen, zoals ondernemingen in staat stellen hun aftrekbare uitgaven in de tijd te spreiden.
179. Stimuleringsregelingen op het gebied van afschrijvingen (zoals een kortere afschrijvingstermijn, een gunstigere afschrijvingsmethode²⁶², versnelde afschrijving enz.) voor bepaalde soorten activa of ondernemingen, die niet zijn gebaseerd op de leidbeginselen van de betrokken afschrijvingsregels, kan tot staatssteun aanleiding geven. Daarentegen kunnen regels voor de versnelde en vervroegde afschrijving van geleasede activa als algemene maatregelen worden

²⁶⁰ Zie Besluit 2011/276/EU van de Commissie van 26 mei 2010 betreffende de door België ten uitvoer gelegde steunmaatregel C 76/03 (ex NN 69/03) in de vorm van een dading met de fiscus ten gunste van Umicore NV (voorheen Union Minière NV) (PB L 122 van 11.5.2011, blz. 76).

²⁶¹ Zie Besluit 2011/276/EU van de Commissie van 26 mei 2010 betreffende de door België ten uitvoer gelegde steunmaatregel C 76/03 (ex NN 69/03) in de vorm van een dading met de fiscus ten gunste van Umicore NV (voorheen Union Minière NV) (PB L 122 van 11.5.2011, blz. 76), overweging 155.

²⁶² De methode van degressieve afschrijving (declining-balance) of sum-of-the-years-digits-methode tegenover de meest gebruikte methode van de lineaire afschrijving.

beschouwd indien de betrokken leaseovereenkomsten daadwerkelijk openstaan voor ondernemingen uit alle sectoren en van elke grootte.²⁶³

180. Wanneer de belastingdienst over beoordelingsbevoegdheid beschikt om per onderneming of per sector verschillende afschrijvingsperioden of verschillende waarderingsmethoden vast te stellen, spreekt het voor zich dat er een vermoeden van selectiviteit is. Evenzo houdt een voorafgaande goedkeuring van een belastingdienst als voorwaarde om een afschrijvingsregeling te kunnen toepassen, selectiviteit in indien de goedkeuring niet beperkt blijft tot het vooraf nagaan of de wettelijke vereisten zijn vervuld.²⁶⁴

5.4.6. *Belastingregeling op forfaitaire grondslag voor specifieke activiteiten*

181. Specifieke bepalingen die geen discretionaire elementen bevatten (bijvoorbeeld bepalingen waardoor de inkomstenbelasting op forfaitaire grondslag kan worden vastgesteld), kunnen worden gerechtvaardigd door de aard en de opzet van het stelsel wanneer deze bijvoorbeeld rekening houden met bijzondere boekhoudkundige vereisten of met het belang van gronden bij activa die kenmerkend zijn voor bepaalde sectoren.

182. Dit soort bepalingen zijn derhalve niet selectief indien de volgende voorwaarden zijn vervuld:

- a) de regeling op forfaitaire grondslag is ingegeven door de zorg om onevenredige regeldruk te vermijden voor bepaalde soorten ondernemingen, gezien hun beperkte grootte of de sector waarin zij actief zijn (bijv. de landbouw of de visserij);
- b) de regeling op forfaitaire grondslag leidt er gemiddeld niet toe dat die ondernemingen een lagere belastingdruk krijgen dan andere ondernemingen die zijn uitgesloten van het toepassingsbereik van de regeling, en levert geen voordelen op voor een subcategorie begunstigden van de regeling.

5.4.7. *Antimisbruikbepalingen*

183. De vaststelling van antimisbruikbepalingen kan worden gerechtvaardigd door maatregelen om belastingontwijking door belastingplichtigen te voorkomen.²⁶⁵ Toch kunnen dit soort bepalingen selectief zijn indien daarmee een afwijking (de niet-toepassing van de antimisbruikbepalingen) wordt toegestaan voor specifieke

²⁶³ Zie besluit van de Commissie van 20 november 2012 betreffende steunmaatregel SA.34736 - Spanje – Vervroegde afschrijving van bepaalde via financiële leasing verworven activa (PB C 384 van 13.12.2012, blz. 1).

²⁶⁴ Zie Beschikking 2007/256/EG van de Commissie van 20 december 2006 betreffende de door Frankrijk uit hoofde van artikel 39 CA van de Code général des impôts ten uitvoer gelegde steunmaatregel (Steunmaatregel C 46/2004 (ex NN 65/2004)) (PB L 112 van 30.4.2007, blz. 41), overweging 122.

²⁶⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 29 april 2004, GIL Insurance Ltd e.a. / Commissioners of Customs & Excise, C-308/01, ECLI:EU:C:2004:252, punt 65 e.v.

ondernemingen of transacties, hetgeen niet zou stroken met de argumenten die aan de betrokken antimisbruikbepalingen ten grondslag liggen.²⁶⁶

5.4.8. *Accijnzen*

184. Hoewel accijnzen grotendeels op Unieniveau zijn geharmoniseerd (hetgeen van invloed kan zijn voor het criterium van de toerekenbaarheid²⁶⁷), betekent dit niet automatisch dat accijnsvrijstellingen in deze sectoren buiten het toepassingsgebied van de staatssteunregels zouden vallen. Immers, met een accijnsverlaging kan een selectief voordeel worden verleend aan de ondernemingen die het betrokken product als grondstof gebruiken of op de markt afzetten.²⁶⁸

6. BEÏNVLOEDING VAN HET HANDELSVERKEER EN DE MEDEDINGING

6.1. Algemene beginselen

185. Overheidssteun voor ondernemingen vormt alleen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag indien deze „de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalst of dreigt te vervalsen” en „voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt”.
186. Dit zijn twee onderscheiden en noodzakelijke onderdelen van het begrip „steun”. In de praktijk worden deze criteria bij de beoordeling van staatssteunmaatregelen vaak gezamenlijk behandeld, omdat zij in de regel als onlosmakelijk met elkaar verbonden worden beschouwd.²⁶⁹

6.2. Vervalsing van de mededinging

187. Een door de Staat toegekende maatregel wordt geacht de mededinging te vervalsen of het risico daartoe in te houden wanneer daarmee de concurrentiepositie van de begunstigde onderneming ten opzichte van andere, concurrerende ondernemingen kan worden versterkt.²⁷⁰ Praktisch gezien, kan doorgaans tot het bestaan van een vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag worden geconcludeerd wanneer de Staat een financieel voordeel verleent aan een onderneming in een geliberaliseerde sector waar er concurrentie is of zou kunnen zijn.²⁷¹

²⁶⁶ Zie Beschikking 2007/256/EG van de Commissie van 20 december 2006 betreffende de door Frankrijk uit hoofde van artikel 39 CA van de Code général des impôts ten uitvoer gelegde steunmaatregel (PB L 112 van 30.4.2007, blz. 41), overweging 81 e.v.

²⁶⁷ Zie onderdeel 3.1.

²⁶⁸ Zie bijv. Beschikking 1999/779/EG van de Commissie van 3 februari 1999 betreffende staatssteun van Oostenrijk in de vorm van vrijstelling van de drankbelasting (Getränkesteuer) op wijn en andere gegiste dranken bij rechtstreekse verkoop aan de verbruikers op de plaats van productie (PB L 305 van 30.11.1999, blz. 27).

²⁶⁹ Arrest van het Gerecht van 15 juni 2000, Alzetta Mauro e.a. / Commissie, T-298/97 enz., ECLI:EU:T:2000:151, punt 81.

²⁷⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 17 september 1980, Philip Morris Holland BV / Commissie, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209, punt 11; arrest Alzetta Mauro, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:2000:151, punt 80.

²⁷¹ Arrest Alzetta Mauro, reeds aangehaald, ECLI:EU:T:2000:151, punten 141 t/m 147; arrest van het Hof van Justitie van 24 juli 2003, Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg / Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

188. De omstandigheid dat overheden een openbare dienst inbesteden (zelfs indien het hun vrij staat derden met die dienst te belasten), sluit als dusdanig geen mogelijke vervalsing van de mededinging uit. Niettemin valt een mogelijke vervalsing van de mededinging uit te sluiten indien elk van de volgende voorwaarden is vervuld:
- a) een bepaalde dienst is onderworpen aan een wettelijk monopolie (vastgesteld overeenkomstig Unierecht)²⁷²;
 - b) het wettelijke monopolie sluit niet alleen concurrentie óp de markt uit, maar ook concurrentie óm die markt, doordat het iedere mogelijkheid uitsluit dat de desbetreffende uitsluitende dienstverrichter concurrentie krijgt²⁷³;
 - c) de dienst concurreert niet met vergelijkbare diensten, en
 - d) indien de dienstverrichter actief is op een andere (geografische of product-)markt die openstaat voor concurrentie, dient kruissubsidiëring te worden uitgesloten. Dit vereist dat een gescheiden boekhouding wordt gevoerd, dat kosten en baten op passende wijze worden toegerekend en dat overheidsfinanciering die wordt verschaft voor de dienst die onder het wettelijke monopolie valt, niet aan andere activiteiten ten goede kan komen.
189. Overheidssteun houdt het risico in dat de mededinging wordt vervalst, zelfs indien de begunstigde onderneming met die steun niet wordt geholpen te groeien en haar marktaandeel te vergroten. Het is voldoende dat de onderneming dankzij de steun een sterkere concurrentiepositie kan behouden dan het geval was geweest indien de steun niet was verschaft. In dat verband is het, wil steun geacht worden de mededinging te vervalsen, doorgaans voldoende dat steun de begunstigde ervan een voordeel verleent door de onderneming te bevrijden van de kosten die zij normaliter in het kader van haar lopend beheer of van haar normale activiteiten had moeten dragen.²⁷⁴ Volgens de definitie van staatssteun is het niet vereist dat de vervalsing van de mededinging of de beïnvloeding van het handelsverkeer aanzienlijk of materieel is. De omstandigheid dat het steunbedrag gering is of de begunstigde onderneming klein, sluit immers niet a priori de mogelijkheid uit dat de mededinging

²⁷² Van een wettelijk monopolie is sprake wanneer een bepaalde dienst door wet- of regelgeving is voorbehouden aan een uitsluitende dienstverrichter, met een duidelijk verbod voor iedere andere partij om dit soort dienst te verrichten (zelfs niet om te voldoen aan een eventuele restbehoefte van bepaalde klantengroepen). Evenwel betekent het enkele feit dat een specifieke onderneming is belast met het verrichten van een openbare dienst, niet dat die onderneming een wettelijk monopolie geniet.

²⁷³ Arrest van het Gerecht van 16 juli 2014, Duitsland/Commissie, T-295/12, ECLI:EU:T:2014:675, punt 158; besluit van de Commissie van 7 juli 2002 betreffende steunmaatregel N 356/2002 - Verenigd Koninkrijk - Financiële middelen met behulp waarvan Railtrack plc op een financieel gezonde en veilige basis van de onderbewindstelling van Network Rail kan worden ontheven (PB C 232 van 28.9.2002, blz. 2), punten 75, 76 en 77. Indien bijvoorbeeld een concessie wordt toegekend via een concurrerende procedure, is er concurrentie om die markt.

²⁷⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 3 maart 2005, Wolfgang Heiser / Finanzamt Innsbruck, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, punt 55.

wordt vervalst of dreigt te worden vervalst,²⁷⁵ mits het risico op dit soort vervalsing niet louter hypothetisch is.²⁷⁶

6.3. Beïnvloeding van het handelsverkeer

190. Overheidssteun voor ondernemingen vormt alleen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag „voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt”. In dat verband hoeft niet te worden vastgesteld dat de steun het handelsverkeer tussen de lidstaten daadwerkelijk heeft beïnvloed, maar dient enkel te worden onderzocht of die steun dat handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden.²⁷⁷ Met name heeft de Unierechter geoordeeld dat „[w]anneer steun van een lidstaat de positie van bepaalde ondernemingen in het handelsverkeer [binnen de Unie] versterkt ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen, dit handelsverkeer [moet] worden geacht door de steun te worden beïnvloed”.²⁷⁸
191. Overheidssteun kan ook worden geacht het handelsverkeer tussen de lidstaten te kunnen beïnvloeden indien de begunstigde onderneming niet direct in het grensoverschrijdende handelsverkeer actief is. Zo kan de subsidie het voor marktdeelnemers uit andere lidstaten moeilijker maken om de markt te betreden, omdat het lokale aanbod in stand wordt gehouden of wordt verruimd.²⁷⁹
192. De omstandigheid dat het steunbedrag betrekkelijk gering is of de begunstigde onderneming vrij klein, sluit niet a priori de mogelijkheid uit dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed.²⁸⁰ Een overheidssubsidie die wordt verleend aan een onderneming die alleen lokale of regionale diensten verricht en geen diensten verricht buiten de staat van vestiging, kan niettemin gevolgen hebben voor het handelsverkeer tussen de lidstaten wanneer ondernemingen uit andere lidstaten deze diensten kunnen verrichten (mede via het recht van vestiging) en die mogelijkheid niet louter hypothetisch is. Wanneer een lidstaat bijvoorbeeld aan een onderneming overheidssubsidie toekent om vervoersdiensten te verrichten, kan de verrichting van die diensten, dankzij de subsidie, in stand blijven of toenemen, met als gevolg dat de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om hun vervoersdiensten op de markt van die lidstaat te verrichten, afnemen.²⁸¹ Dit effect

²⁷⁵ Arrest van het Gerecht van 29 september 2000, Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) / Commissie, T-55/99, ECLI:EU:T:2000:223, punt 89; arrest van het Hof van Justitie van 24 juli 2003, Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg / Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, punt 81.

²⁷⁶ Arrest Altmark Trans GmbH, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2003:415, punt 79.

²⁷⁷ Arrest van het Hof van Justitie van 14 januari 2015, Eventech Ltd / Parking Adjudicator, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, punt 65; arrest van het Hof van Justitie van 8 mei 2013, Eric Libert e.a., C-197/11 en C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, punt 76.

²⁷⁸ Arrest Eventech Ltd, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2015:9, punt 66; arrest Eric Libert, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2013:288, punt 77; arrest van het Gerecht van 4 april 2001, Regione Friuli Venezia Giulia / Commissie, T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, punt 41.

²⁷⁹ Arrest Eventech Ltd, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2015:9, punt 67; arrest Eric Libert, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2013:288, punt 78; arrest Altmark Trans GmbH, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2003:415, punt 78.

²⁸⁰ Arrest Eventech Ltd, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2015:9, punt 68.

²⁸¹ Arrest Altmark Trans, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2003:415, punten 77 en 78.

valt echter minder te verwachten wanneer de omvang van de economische activiteit zeer klein is, zoals bijvoorbeeld kan blijken uit een zeer lage omzet.

193. In beginsel kan beïnvloeding van het handelsverkeer ook spelen wanneer de begunstigde onderneming haar productie volledig of grotendeels uit de Unie exporteert, maar in dergelijke omstandigheden is die beïnvloeding minder direct en mag deze niet worden aangenomen op grond van het enkele feit dat de markt voor concurrentie open staat.²⁸²
194. Om beïnvloeding van het handelsverkeer vast te stellen, hoeft de markt niet te worden afgebakend of de impact van de maatregel op de concurrentiepositie van de begunstigde en haar concurrenten nader te worden onderzocht.²⁸³
195. Beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten mag echter niet louter hypothetisch zijn of worden aangenomen. Vastgesteld moet worden waarom de maatregel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten kán beïnvloeden, op grond van de voorzienbare effecten van de maatregelen.²⁸⁴
196. In een aantal besluiten heeft de Commissie geoordeeld dat, gezien de specifieke omstandigheden van de betrokken zaken, de maatregel een zuiver lokaal karakter had en het handelsverkeer tussen de lidstaten dus niet beïnvloedde. In die zaken heeft de Commissie zich met name ervan vergewist dat de begunstigde goederen of diensten aan een beperkt gebied binnen een lidstaat leverde en dat er weinig kans was dat deze klanten uit andere lidstaten zou aantrekken, en dat niet viel te voorzien dat de maatregel meer dan een marginaal effect zou hebben op de voorwaarden voor grensoverschrijdende investeringen of grensoverschrijdende vestiging.
197. Ook al is het niet mogelijk om algemene categorieën maatregelen te bepalen die doorgaans aan deze criteria voldoen, toch bevatten eerdere besluiten voorbeelden van situaties waarin de Commissie, in het licht van de specifieke omstandigheden, tot de bevinding kwam dat overheidssteun het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig kon beïnvloeden. Een aantal voorbeelden zijn:

²⁸² Arrest van het Hof van Justitie van 21 maart 1990, België/Commissie („Tubemeuse”), C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, punt 35; arrest van het Hof van Justitie van 30 april 2009, Commissie / Italië en Wam SpA, C-494/06 P, ECLI:EU:C:2009:272, punt 62.

²⁸³ Arrest van het Hof van Justitie van 17 september 1980, Philip Morris Holland BV / Commissie, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209; arrest van het Gerecht van 4 september 2009, Italië/Commissie, T-211/05, ECLI:EU:T:2009:304, punten 157 t/m 160; arrest van het Gerecht van 15 juni 2000, Alzetta Mauro e.a. / Commissie, T-298/97 enz., ECLI:EU:T:2000:151, punt 95.

²⁸⁴ Arrest van het Gerecht van 6 juli 1995, gevoegde zaken T-447/93, T-448/93 en T-449/93, Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento e.a. / Commissie, ECLI:EU:T:1995:130 punt 141.

- a) sport- en recreatievoorzieningen die een overwegend lokaal publiek bedienen en waarvan niet te verwachten valt dat zij klanten of investeringen uit andere lidstaten zullen aantrekken²⁸⁵;
- b) culturele evenementen en entiteiten die economische activiteiten verrichten²⁸⁶, waarbij het weinig waarschijnlijk is dat deze gebruikers of bezoekers van een vergelijkbaar aanbod in andere lidstaten zullen aantrekken²⁸⁷. De Commissie is van mening dat alleen financiering voor grote en gerenommeerde culturele instellingen en evenementen in een lidstaat waarvoor buiten de thuisregio ervan breed promotie wordt gevoerd, het potentieel heeft om het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig te beïnvloeden;
- c) ziekenhuizen en andere zorgvoorzieningen die het gebruikelijke aanbod medische diensten voor een lokale bevolking aanbieden en die waarschijnlijk geen klanten of investeringen uit andere lidstaten zullen aantrekken²⁸⁸;

²⁸⁵ Zie bijv. besluit van de Commissie van 21 december 2000 betreffende steunmaatregel N 258/2000 - Duitsland - Recreatiezwembad Dorsten (PB C 172 van 16.6.2001, blz. 16); Beschikking 2004/114/EG van de Commissie van 29 oktober 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelede steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland (PB L 34 van 6.2.2004, blz. 63); besluit van de Commissie van 29 april 2015 betreffende steunmaatregel SA.37963 - Verenigd Koninkrijk - Sportsotland - Glenmore Lodge (PB C 277 van 21.8.2015, blz. 3); besluit van de Commissie van 29 april 2015 betreffende steunmaatregel SA.38208 - Verenigd Koninkrijk - Vermeende staatssteun betreffende Community Amateur Sports Clubs (PB C 277 van 21.8.2015, blz. 4).

²⁸⁶ Zie onderdeel 2.6 voor de voorwaarden waarop activiteiten op het gebied van cultuur of instandhouding van erfgoed economisch van aard zijn in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag. Voor activiteiten op het gebied van cultuur of instandhouding van erfgoed die niet-economisch van aard zijn, hoeft niet te worden onderzocht of eventuele overheidsfinanciering het handelsverkeer kan beïnvloeden.

²⁸⁷ Zie bijv. besluit van de Commissie van 18 februari 2004 betreffende steunmaatregel N 630/03 - Italië - Steun voor lokale musea in de regio Sardinië (PB C 275 van 8.12.2005, blz. 3); besluit van de Commissie van 7 november 2012 betreffende steunmaatregel SA.34466 - Cyprus - Centrum voor visuele kunst en onderzoek (Costas and Rita Severis Foundation) (PB C 1 van 4.1.2013, blz. 10); besluit van de Commissie van 6 november 2013 betreffende steunmaatregel SA.36581 - Griekenland - Bouw van archeologisch museum te Messara, Kreta (PB C 353 van 3.12.2013, blz. 4); besluit van de Commissie van 2 juli 2013 betreffende steunmaatregel SA.35909 - Tsjechië - Toeristische infrastructuur (pro NUTS II regio Jihovýchod) (PB C 306 van 22.10.2013, blz. 4); besluit van de Commissie van 20 november 2012 betreffende steunmaatregel SA.34891 - Polen - Staatssteun aan Związek Gmin Fortecznych Twierdzy Przemyśl (PB C 293 van 9.10.2013, blz. 1).

²⁸⁸ Zie bijv. besluit van de Commissie van 27 februari 2002 betreffende steunmaatregel N 543/2001 - Ierland - Fiscale afschrijving voor ziekenhuizen (PB C 154 van 28.6.2002, blz. 4); besluit van de Commissie van 7 november 2011 betreffende steunmaatregel SA.34576 - Portugal - Zorgzaamheid Jean Piaget/Nordeste (PB C 73 van 13.3.2013, blz. 1); besluit van de Commissie van 29 april 2015 betreffende steunmaatregel SA.37432 - Tsjechië - Financiering openbare ziekenhuizen in de regio Hradec Králové (PB C 203 van 19.6.2015, blz. 2); besluit van de Commissie van 29 april 2015 betreffende steunmaatregel SA.37904 - Duitsland - Vermeende steun aan „Ärztehauses Durmersheim” door de gemeente Durmersheim (PB C 188 van 5.6.2015, blz. 2); besluit van de Commissie van 29 april 2015 betreffende steunmaatregel SA.38035 - Duitsland - Vermeende steun aan een gespecialiseerde revalidatiekliniek voor orthopedie en traumachirurgie (PB C 188 van 5.6.2015, blz. 3).

- d) nieuwsmedia en/of culturele producten die, om taalkundige en geografische redenen, een lokaal beperkt publieksbereik hebben²⁸⁹;
- e) een conferentiecentrum ten aanzien waarvan het echt onwaarschijnlijk is dat zijn locatie en het potentiële effect van de steun op de tarieven gebruikers van andere centra in andere lidstaten zal afleiden²⁹⁰;
- f) een informatie- en netwerkplatform dat problemen in verband met werkloosheid en sociale conflicten direct moet oplossen binnen een vooraf afgebakend en zeer klein gebied²⁹¹;
- g) kleine luchthavens²⁹² of havens²⁹³ die in hoofdzaak lokale gebruikers bedienen, waardoor de concurrentie om die diensten wordt beperkt tot het lokale niveau en waarvoor de invloed op grensoverschrijdende investeringen in werkelijkheid niet meer dan marginaal is;
- h) de financiering van bepaalde kabelbanen (en met name skiliften) in gebieden met weinig voorzieningen en beperkt toeristisch potentieel. De Commissie heeft duidelijk gemaakt dat doorgaans de volgende factoren in aanmerking worden genomen om een onderscheid te maken tussen voorzieningen ten behoeve van een activiteit die niet-lokale gebruikers kan aantrekken - en die doorgaans geacht worden het handelsverkeer te beïnvloeden - en sportvoorzieningen in regio's met beperkte voorzieningen en beperkt toeristisch potentieel, waar overheidssteun het handelsverkeer tussen de lidstaten wellicht niet beïnvloedt²⁹⁴: a) de locatie van de voorzieningen (in stedelijk gebied of als verbinding tussen woonkernen); b) de periode dat de voorziening in bedrijf is; c) hoofdzakelijk lokale gebruikers (verhouding dagpassen/weekpassen); d) het totale aantal en de capaciteit van de voorzieningen ten opzichte van het aantal lokale gebruikers, en e) de aanwezigheid in het gebied van andere toeristische voorzieningen. Vergelijkbare factoren zouden, met de nodige aanpassingen, ook relevant kunnen zijn voor andere soorten voorzieningen.

²⁸⁹ Zie bijv. besluit van de Commissie van 27 juni 2007 betreffende steunmaatregel N 257/2007 - Spanje – Steun ter bevordering van theaterproducties in Baskenland (PB C 173 van 26.7.2007, blz. 1); besluit van de Commissie van 14 december 2004 betreffende steunmaatregel N 458/2004 - Spanje - Overheidssteun voor Espacio Editorial Andaluza Holding, S.L (PB C 131 van 28.5.2005, blz. 1); besluit van de Commissie van 7 november 2012 betreffende steunmaatregel SA.33243 - Portugal - Jornal de Madeira (PB C 16 van 19.1.2013, blz. 1).

²⁹⁰ Zie bijv. besluit van de Commissie van 21 januari 2003 betreffende steunmaatregel N 486/2002 - Zweden - Bouw van een conferentiecentrum (Gemeente Gotland) (PB C 75 van 27.3.2003, blz. 2).

²⁹¹ Zie besluit van de Commissie van 29 april 2015 betreffende steunmaatregel SA.33149 - Duitsland - Städtische Projekt „Wirtschaftsbüro Gaarden” - Kiel (PB C 188 van 5.6.2015, blz. 1).

²⁹² Zie bijv. besluit van de Commissie van 7 mei 2014 betreffende steunmaatregel SA.38441 - Verenigd Koninkrijk - Isles of Scilly Air links (PB C 5 van 9.1.2015, blz. 4).

²⁹³ Zie bijv. besluit van de Commissie van 26 juni 2015 betreffende steunmaatregel SA.39403 – Nederland - Voorgenomen investering voor herinrichting Haven Lauwersoog (PB C 259 van 7.8.2015, blz. 4); steunmaatregel SA.42219 - Duitsland - Sanering Schuhmacherbrücke Sportboothafen Maasholm (PB C 426 van 18.12.2015, blz. 5).

²⁹⁴ Steunmaatregelen van de Staten - Italië - Mededeling van de Commissie aan de overige lidstaten en andere belanghebbenden betreffende steunmaatregel N 376/01 - Steunregeling ten behoeve van kabelbaaninstallaties (PB C 172 van 18.7.2002, blz. 2).

198. Ook al blijkt uit de omstandigheden waarin de steun wordt toegekend, meestal voldoende dat de steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en de mededinging kan vervalsen of dreigen te vervalsen, toch dienen die omstandigheden passend te worden uiteengezet. In het geval van steunregelingen is het in de regel voldoende de kenmerken van de betrokken regeling te onderzoeken.²⁹⁵

7. INFRASTRUCTUUR: ENIGE SPECIFIEKE VERDUIDELIJKINGEN

7.1. Inleiding

199. De aanwijzingen met betrekking tot het begrip staatssteun zoals die in deze mededeling worden geboden, gelden voor overheidsfinanciering van infrastructuur die voor economische doeleinden wordt gebruikt, zoals die geldt voor iedere andere overheidsfinanciering ten behoeve van een economische activiteit.²⁹⁶ Toch is het, gezien het strategische belang van overheidsfinanciering van infrastructuur (niet het minst ter bevordering van groei) en de vragen die deze vaak doet rijzen, passend specifiek in te gaan op de vraag wanneer overheidsfinanciering van infrastructuur een onderneming begunstigt, deze een voordeel verleent en invloed heeft op de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten.
200. Bij infrastructuurprojecten zijn vaak meerdere categorieën spelers betrokken en eventuele staatssteun kan potentieel ten goede komen aan de bouw (met inbegrip van uitbreidingen of verbeteringen), de exploitatie of het gebruik van de infrastructuur.²⁹⁷ Daarom is het, voor dit onderdeel, nuttig om een onderscheid te maken tussen de ontwikkelaar en/of eerste eigenaar („ontwikkelaar/eigenaar”²⁹⁸) van een infrastructuurvoorziening, de beheerders ervan (d.w.z. de ondernemingen die rechtstreeks gebruikmaken van de infrastructuur om diensten aan eindgebruikers te leveren, met inbegrip van ondernemingen die de infrastructuur overnemen van de ontwikkelaar/eigenaar met het oog op commerciële exploitatie of die een concessie of lease verwerven voor het gebruik en de exploitatie van de infrastructuurvoorziening), en eindgebruikers van een infrastructuurvoorziening, ook al kunnen deze functies elkaar in sommige gevallen overlappen.

²⁹⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 14 oktober 1987, Duitsland/Commissie, 248/84, ECLI:EU:C:1987:437, punt 18.

²⁹⁶ „Overheidsfinanciering voor infrastructuur” omvat alle vormen van beschikbaarstelling van staatsmiddelen ten behoeve van de bouw, verwerving of exploitatie van infrastructuur.

²⁹⁷ Dit onderdeel ziet niet op mogelijke steun voor de aannemers die bij de bouw van de infrastructuur betrokken zijn.

²⁹⁸ Met „eigenaar” wordt iedere entiteit bedoeld die daadwerkelijke eigendomsrechten uitoefent over de infrastructuur en de economische voordelen ervan geniet. Wanneer bijvoorbeeld de eigenaar zijn eigendomsrechten afstaat aan een afzonderlijke entiteit (bijvoorbeeld een havenautoriteit) die de infrastructuur beheert namens de eigenaar, kan dit, uit oogpunt van staatssteuntoezicht, worden gezien als het vervangen van de eigenaar.

7.2. Steun aan de ontwikkelaar/eigenaar

7.2.1. Economische activiteit of niet-economische activiteit?

201. Van oudsher werd overheidsfinanciering van vele infrastructuurvoorzieningen geacht niet onder de staatssteunregels te vallen omdat de bouw en exploitatie ervan werden geacht algemene maatregelen van overheidsbeleid te vormen, en geen economische activiteit.²⁹⁹ Recentelijk hebben diverse factoren, zoals liberalisering, privatisering, marktintegratie en technologische vooruitgang, de mogelijkheden voor commerciële exploitatie van infrastructuur echter verruimd.
202. In het arrest in de zaak-Aéroports de Paris³⁰⁰ heeft het Gerecht deze ontwikkeling erkend, door duidelijk te maken dat de exploitatie van een luchthaven als een economische activiteit moest worden beschouwd. Recentelijk is in het arrest in de zaak-Flughafen Leipzig/Halle³⁰¹ bevestigd dat de bouw van een landingsbaan van een commerciële luchthaven een economische activiteit op zich is. Hoewel deze beide zaken specifiek op luchthavens betrekking hebben, lijken de door Unierechter ontwikkelde beginselen algemener te mogen worden uitgelegd en dus van toepassing te zijn op andere infrastructuurvoorzieningen die onlosmakelijk verbonden zijn met een economische activiteit.³⁰²
203. Daartegenover staat dat financiering van infrastructuur die niet bedoeld is om commercieel te worden geëxploiteerd, in beginsel is uitgesloten van de toepassing van de staatssteunregels. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om infrastructuur die wordt gebruikt voor activiteiten die de Staat in de regel verricht bij de uitoefening van overheidsgezag (bijv. militaire installaties, luchtverkeersleiding op luchthavens, vuurtorens en andere uitrusting ten behoeve van de algemene scheepvaart, met inbegrip van binnenwateren, bescherming tegen overstromingen en laagwaterbeheer in het algemeen belang, en politie- en douanetaken) of die niet wordt gebruikt om goederen of diensten op een markt aan te bieden (bijv. wegen die kosteloos beschikbaar worden gesteld aan het publiek). Dit soort activiteiten zijn niet economisch van aard en vallen derhalve buiten het toepassingsgebied van de

²⁹⁹ XXVe Verslag over het mededingingsbeleid, 1995, punt 175.

³⁰⁰ Arrest van het Gerecht van 12 december 2000, Aéroports de Paris / Commissie, T-128/98, ECLI:EU:T:2000:290, punt 125, in hogere voorziening bevestigd door arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 2002, Aéroports de Paris / Commissie, C-82/01 P, ECLI:EU:C:2002:617. Zie ook arrest van het Gerecht van 17 december 2008, Ryanair Ltd / Commissie, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585, punt 88.

³⁰¹ Arrest van het Gerecht van 24 maart 2011, Freistaat Sachsen e.a. / Commissie, T-443/08 en T-455/08, ECLI:EU:T:2011:117, met name de punten 93 en 94, in beroep bevestigd door arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2012, Mitteldeutsche Flughafen AG en Flughafen Leipzig-Halle GmbH / Commissie, C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821, punten 40 t/m 43 en 47.

³⁰² Arrest Mitteldeutsche Flughafen AG en Flughafen Leipzig-Halle GmbH, reeds aangehaald, ECLI:EU:C:2012:821, punten 43 en 44. Arrest van het Hof van Justitie van 14 januari 2015, Eventech Ltd / Parking Adjudicator, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, punt 40.

staatsteunregels en dat geldt bijgevolg ook voor overheidsfinanciering van de daarmee verband houdende infrastructuur.³⁰³

204. Wanneer oorspronkelijk niet-economische infrastructuur wordt herbestemd voor economisch gebruik (wanneer bijvoorbeeld een militair vliegveld wordt omgevormd voor de burgerluchtvaart), zullen alleen de kosten die worden gemaakt voor de omvorming van de infrastructuur naar economisch gebruik, in aanmerking worden genomen bij de toetsing aan de staatssteunregels.³⁰⁴
205. Indien infrastructuur voor zowel economische als niet-economische activiteiten wordt gebruikt, zal de overheidsfinanciering alleen onder de staatssteunregels vallen voor zover daarmee de kosten worden gedekt die met de economische activiteiten verband houden.
206. Indien een entiteit zowel economische als niet-economische activiteiten uitoefent, moeten lidstaten ervoor zorgen dat de overheidsfinanciering ten behoeve van de niet-economische activiteiten niet kan worden gebruikt voor kruissubsidiëring van de economische activiteiten. Een en ander kan met name worden geborgd door de overheidsfinanciering te beperken tot de nettokosten (met inbegrip van de kapitaalkosten) van de niet-economische activiteiten, die worden vastgesteld aan de hand van een duidelijke boekhoudkundige scheiding.
207. Indien bij gemengd gebruik de infrastructuur bijna uitsluitend voor een niet-economische activiteit wordt gebruikt, is de Commissie van mening dat de financiering ervan volledig buiten het toepassingsgebied van de staatssteunregels kan vallen, mits het economische gebruik zuiver ondersteunend blijft, d.w.z. een activiteit is die rechtstreeks verband houdt met en noodzakelijk is voor de exploitatie van de infrastructuur of intrinsiek verband houdt met het niet-economische hoofdgebruik ervan. Dit zou moeten worden geacht het geval te zijn wanneer bij de economische activiteiten dezelfde input (bijv. materialen, uitrusting, arbeid, vaste activa) worden gebruikt als bij de primaire niet-economische activiteiten. Ondersteunende activiteiten moeten, wat de capaciteit van de infrastructuur betreft, beperkt in omvang blijven.³⁰⁵ Bij dit soort ondersteunende activiteiten kan het bijvoorbeeld gaan om een onderzoeksorganisatie die incidenteel haar uitrusting en laboratoria aan

³⁰³ Arrest van het Hof van Justitie van 16 juni 1987, Commissie/Italië, 118/85, ECLI:EU:C:1987:283, punten 7 en 8. Arrest van het Hof van Justitie van 4 mei 1988, Corinne Bodson / SA Pompes funèbres des régions libérées, C-30/87, ECLI:EU:C:1988:225, punt 18; Arrest van het Gerecht van 24 maart 2011, Freistaat Sachsen e.a. / Commissie, T-443/08 en T-455/08, ECLI:EU:T:2011:117, punt 98.

³⁰⁴ Zie Besluit 2013/664/EU van de Commissie van 25 juli 2012 betreffende steunmaatregel SA.23324 – C 25/07 (ex NN 26/07) - Finland Finavia, Airpro en Ryanair op de Luchthaven Tampere-Pirkkala (PB L 309 van 13.11.2013, blz. 27) en besluit van de Commissie van 2 juli 2013 betreffende steunmaatregel SA.35388 (2013/C) (ex 2013/NN en ex 2012/N) - Polen - Ontwikkeling van de luchthaven Gdynia-Kosakowo (PB C 243 van 23.8.2013, blz. 25).

³⁰⁵ In dit verband kan het economische gebruik van de infrastructuur geacht worden ondersteunend te zijn wanneer de jaarlijks voor die activiteiten uitgetrokken capaciteit ten hoogste 20 % van de totale jaarcapaciteit van de onderzoeksinfrastructuur bedraagt.

industriële partners verhuurt.³⁰⁶ Ook vindt de Commissie dat overheidsfinanciering voor gebruikelijke faciliteiten (zoals restaurants, winkels of betaald-parkeerplaatsen) van infrastructuur die vrijwel uitsluitend voor een niet-economische activiteit wordt gebruikt, in de regel het handelsverkeer tussen de lidstaten niet beïnvloedt, omdat het weinig waarschijnlijk is dat die gebruikelijke faciliteiten klanten uit andere lidstaten zullen aantrekken en het weinig waarschijnlijk is dat de financiering ervan meer dan een marginaal effect zal hebben op grensoverschrijdende investeringen of grensoverschrijdende vestiging.

208. Zoals het Hof van Justitie in zijn arrest in de zaak-Flughafen Leipzig/Halle heeft erkend, kan de bouw van infrastructuur (of een deel daarvan) deel uitmaken van de bevoegdheden van openbaar gezag van de Staat.³⁰⁷ In dat geval valt overheidsfinanciering van de infrastructuur (of het betrokken deel ervan) niet onder de staatssteunregels.
209. Door de onzekerheid die er vóór het arrest-Aéroports de Paris bestond, konden overheden met recht aannemen dat de overheidsfinanciering van luchthaveninfrastructuur die vóór dat arrest werd toegekend, geen staatssteun vormde en dat deze maatregelen dan ook niet bij de Commissie hoefden te worden aangemeld. Bijgevolg kan de Commissie dit soort financieringsmaatregelen die vóór het arrest-Aéroports de Paris definitief zijn goedgekeurd, niet ter discussie stellen op grond van de staatssteunregels.³⁰⁸ Dit houdt geen vermoeden in ten aanzien van de aan- of afwezigheid van staatssteun of enig gewettigd vertrouwen ten aanzien van financieringsmaatregelen die vóór het arrest-Aéroports de Paris definitief zijn goedgekeurd; dit punt zal van geval tot geval moeten worden nagegaan.³⁰⁹

7.2.2. *Vervalsing van de mededinging en beïnvloeding van het handelsverkeer*

210. De achterliggende argumenten in de zaken waarin de Commissie van oordeel was dat bepaalde maatregelen het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig konden beïnvloeden zoals aangegeven in de punten 196 en 197, kunnen ook relevant zijn voor bepaalde overheidsfinanciering van infrastructuur, met name lokale of

³⁰⁶ Indien de activiteiten niet ondersteunend blijven, kunnen ook secundaire economische activiteiten aan de staatssteunregels onderworpen worden (zie arrest van het Gerecht van 12 september 2013, Duitsland/Commissie, T-347/09, ECLI:EU:T:2013:418 (over de verkoop van hout en toeristische activiteiten van verenigingen voor natuurbehoud)).

³⁰⁷ Arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2012, Mitteldeutsche Flughafen AG en Flughafen Leipzig-Halle GmbH / Commissie, C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821, punt 47.

³⁰⁸ Besluit 2013/693/EU van de Commissie van 3 oktober 2012 betreffende steunmaatregel SA.23600 – C 38/08 (ex NN 53/07) - Duitsland - Financiering van de luchthaven van München, terminal 2 (PB L 319 van 29.11.2013, blz. 8), overwegingen 74 t/m 81. In de richtsnoeren van de Commissie inzake overheidssteun voor de luchtvaart van 1994 werd verklaard dat „[d]e aanleg van nieuwe of de uitbreiding van bestaande infrastructuur (zoals luchthavens, autowegen, bruggen, enz.) een algemene economische beleidsmaatregel [is] waarop de Commissie geen toezicht kan uitoefenen op grond van de [Verdrags]voorschriften inzake steunmaatregelen van de staten” (PB C 350 van 10.12.1994, blz. 5), punt 12.

³⁰⁹ Deze toelichting doet niet af aan de regels van het cohesiebeleid in die omstandigheden; hierover zijn bij andere gelegenheden de nodige aanwijzingen gegeven. Zie bijv. de *Guidance note* van de Commissie ten behoeve van het Coördinatiecomité voor de Fondsen (COCOF), *Verification of compliance with State Aids rules in infrastructure cases*, beschikbaar onder: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/cocof/2012/cocof_12_0059_01_en.pdf.

gemeentelijke infrastructuur, zelfs indien die commercieel wordt geëxploiteerd. Een van de relevante kenmerken van dit soort zaken zou een overwegend lokaal verzorgingsgebied zijn, alsmede bewijs dat het weinig waarschijnlijk is dat grensoverschrijdende investeringen meer dan marginaal ongunstig zouden worden beïnvloed. Zo is het bijvoorbeeld weinig waarschijnlijk dat de bouw van lokale recreatievoorzieningen, zorgvoorzieningen, kleine luchthavens of havens die hoofdzakelijk lokale gebruikers bedienen en waarvan de effecten op grensoverschrijdende investeringen marginaal zijn, het handelsverkeer ongunstig beïnvloeden. Bewijs dat er geen sprake is van beïnvloeding van het handelsverkeer zou onder meer gegevens kunnen omvatten waaruit blijkt dat de infrastructuur slechts in beperkte mate door personen van buiten de lidstaat wordt gebruikt en dat grensoverschrijdende investeringen op de te onderzoeken markt minimaal zijn of waarschijnlijk niet ongunstig zouden worden beïnvloed.

211. Er zijn omstandigheden waarin bepaalde infrastructuur niet te maken krijgt met concurrentie van andere gelijk- of andersoortige infrastructuur waarmee diensten worden aangeboden met een aanzienlijke mate van substitueerbaarheid, of directe concurrentie van dit soort diensten.³¹⁰ De omstandigheid dat geen directe concurrentie tussen infrastructuurvoorzieningen speelt, doet zich waarschijnlijk voor bij uitgebreide netwerkinfrastructuur die een natuurlijk monopolie is³¹¹, d.w.z. waarvoor duplicering economisch niet verantwoord zou zijn. Evenzo kunnen er sectoren zijn waarin particuliere financiering voor de bouw van infrastructuur onbeduidend is.³¹² De Commissie is van mening dat beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten of vervalsing van de mededinging bij de bouw van infrastructuur in de regel kan worden uitgesloten in gevallen waarin het tegelijkertijd zo is dat i) een infrastructuurvoorziening doorgaans niet met directe concurrentie te maken krijgt, ii) particuliere financiering in de betrokken sector en lidstaat onbeduidend is, en iii) die infrastructuur niet is ontworpen om een specifieke onderneming of sector selectief te begunstigen, maar voordelen oplevert voor de samenleving als geheel.
212. Wil volledige overheidsfinanciering van een bepaald project buiten het toepassingsgebied van de staatssteunregels vallen, dan moeten lidstaten ervoor zorgen dat de voor de bouw van infrastructuur verschaftte financiering in de in punt 211 vermelde situaties niet kan worden gebruikt voor kruissubsidiëring of indirecte subsidiëring van andere economische activiteiten, met inbegrip van de exploitatie van de infrastructuur. Kruissubsidiëring kan worden uitgesloten door ervoor te zorgen dat de eigenaar van de infrastructuur geen andere economische activiteit verricht of, indien de eigenaar van de infrastructuur wel andere economische activiteiten verricht, door een gescheiden boekhouding te voeren,

³¹⁰ Zo kunnen bijvoorbeeld diensten van commerciële veerdienstmaatschappijen concurreren met een tolbrug of -tunnel.

³¹¹ Bij netwerkinfrastructuur vullen de verschillende onderdelen van het netwerk elkaar aan - in plaats van met elkaar te concurreren.

³¹² De vraag of er in een bepaalde sector slechts sprake is van onbeduidende marktfinanciering, dient te worden beoordeeld op het niveau van de betrokken lidstaat - niet op regionaal of lokaal niveau - zoals bij het onderzoek naar het bestaan van een markt in een lidstaat (zie bijv. arrest van het Gerecht van 26 november 2015, Spanje/Commissie, T-461/13, ECLI:EU:T:2015:891, punt 44).

waarbij kosten en baten op passende wijze worden toegerekend en wordt geborgd dat de overheidsfinanciering niet ten goede komt aan andere activiteiten. Indirecte steun, met name voor de infrastructuurbeheerder, kan worden voorkomen door bijvoorbeeld de exploitatie aan te besteden.

7.2.3. *Steun aan de infrastructuurontwikkelaar/-eigenaar - een overzicht per sector*

213. Dit onderdeel biedt een overzicht van de wijze waarop de Commissie het staatssteunkarakter van infrastructuurfinanciering in verschillende sectoren denkt te gaan beoordelen, rekening houdende met de belangrijkste kenmerken die overheidsfinanciering van infrastructuur in de verschillende sectoren momenteel doorgaans vertoont ten aanzien van de hierboven genoemde voorwaarden. Een en ander laat de uitkomsten onverlet van de concrete individuele beoordeling van projecten in het licht van hun specifieke kenmerken, de wijze waarop een bepaalde lidstaat het verrichten van diensten heeft georganiseerd wat betreft het gebruik van de infrastructuur, en de ontwikkeling van zakelijke diensten en de interne markt. Dit treedt niet in de plaats van een individuele beoordeling van de vraag of bij de concrete financieringsmaatregel van specifieke infrastructuur alle bestanddelen van het begrip staatssteun vervuld zijn. De Commissie heeft voor specifieke sectoren ook meer gedetailleerde aanwijzingen gegeven in een aantal van haar richtsnoeren en kaderregelingen.
214. **Luchthaveninfrastructuur** omvat verschillende soorten infrastructuur. Op grond van de rechtspraak van de Unierechter staat vast dat de meeste luchthaveninfrastructuur³¹³ is bedoeld om tegen betaling aan luchtvaartmaatschappijen luchthavendiensten te leveren³¹⁴, die als economische activiteiten zijn aan te merken, en dat de financiering daarvan bijgevolg aan de staatssteunregels is onderworpen. Ook indien infrastructuur is bedoeld voor niet-luchtvaartgebonden zakelijke diensten die worden geleverd aan andere gebruikers, is de overheidsfinanciering daarvan aan de staatssteunregels onderworpen.³¹⁵ Aangezien luchthavens vaak onderling concurreren, beïnvloedt de financiering van luchthaveninfrastructuur waarschijnlijk ook het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig. Daarentegen valt overheidsfinanciering van infrastructuur die is bedoeld voor activiteiten die de Staat verricht bij de uitoefening van overheidsgezag, niet onder de staatssteunregels. Luchtverkeersleiding, luchthavenbrandweer (ARFF), politie, douane en activiteiten die noodzakelijk zijn om de burgerluchtvaart te beveiligen tegen wederrechtelijke daden, worden doorgaans beschouwd als taken met dit soort niet-economische karakter.

³¹³ Zoals start- en landingsbanen en de bebakening ervan, terminals, platforms, taxibanen of gecentraliseerde grondafhandelingsinfrastructuur (zoals transportbanden voor bagage).

³¹⁴ Richtsnoeren voor staatssteun aan luchthavens en luchtvaartmaatschappijen (PB C 99 van 4.4.2014, blz. 3), punt 31.

³¹⁵ Richtsnoeren voor staatssteun aan luchthavens en luchtvaartmaatschappijen (PB C 99 van 4.4.2014, blz. 3), punt 33.

215. Zoals uit de desbetreffende besluiten van de Commissie volgt³¹⁶, komt ook overheidsfinanciering van **haveninfrastructuur** ten goede aan een economische activiteit en is deze bijgevolg in beginsel aan de staatssteunregels onderworpen. Evenals luchthavens kunnen havens onderling concurreren en beïnvloedt de financiering van haveninfrastructuur bijgevolg waarschijnlijk ook het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig. Investerings ten behoeve van infrastructuur die noodzakelijk is voor activiteiten die de Staat verricht bij de uitoefening van overheidsgezag, vallen echter niet onder het staatssteuntoezicht. Maritieme verkeersafwikkeling, brandbestrijding, politie en douane worden doorgaans beschouwd als taken met dit soort niet-economische karakter.
216. **Breedbandinfrastructuur** wordt gebruikt om op het gebied van telecommunicatie connectiviteit tussen eindgebruikers mogelijk te maken. Tegen betaling connectiviteit aan eindgebruikers leveren is een economische activiteit. Breedbandinfrastructuur wordt in vele gevallen door exploitanten aangelegd zonder enige overheidsfinanciering, hetgeen een bewijs is voor aanzienlijke marktfinanciering, en in vele geografische gebieden concurreren diverse netwerken van verschillende exploitanten.³¹⁷ Breedbandinfrastructuur is een onderdeel van grote, geïnterconnecteerde en commercieel geëxploiteerde netwerken. Om die redenen is overheidsfinanciering van breedbandinfrastructuur voor het leveren van connectiviteit aan eindgebruikers onderworpen aan de staatssteunregels, zoals uiteengezet in de EU-richtsnoeren voor de toepassing van de staatssteunregels in het kader van de snelle uitrol van breedbandnetwerken.³¹⁸ Daarentegen is het verbinden van uitsluitend overheden een niet-economische activiteit en vormt de overheidsfinanciering van zogeheten „gesloten netwerken” dus geen staatssteun.³¹⁹
217. **Energie-infrastructuur**³²⁰ wordt gebruikt om tegen betaling energiediensten te verrichten, hetgeen als een economische activiteit geldt. Energie-infrastructuur wordt in ruime mate gebouwd door marktpartijen, hetgeen een bewijs is voor aanzienlijke marktfinanciering, en gefinancierd uit gebruikerstarieven. Overheidsfinanciering van energie-infrastructuur begunstigt dus een economische activiteit en beïnvloedt

³¹⁶ Besluit van de Commissie van 27 maart 2014 betreffende steunmaatregel SA.38302 - Italië – Haven van Salerno (PB C 156 van 23.5.2014, blz. 10); besluit van de Commissie van 22 februari 2012 betreffende steunmaatregel SA.30742 (N/2010) - Litouwen – Bouw passagiers- en vrachtterminal in Klaipeda (PB C 121 van 26.4.2012, blz. 1); besluit van de Commissie van 2 juli 2013 betreffende steunmaatregel SA.35418 (2012/N) - Griekenland – Uitbreiding haven van Piraeus (PB C 256 van 5.9.2013, blz. 2).

³¹⁷ Zoals aangegeven in punt 211 en voetnoot 312, dient de vraag of er slechts sprake is van onbeduidende marktfinanciering in een bepaalde sector te worden beoordeeld op het niveau van de betrokken lidstaat - niet op regionaal of lokaal niveau.

³¹⁸ PB C 25 van 11.1.2013, blz. 1. In de richtsnoeren wordt verklaard dat de breedbandsector specifieke kenmerken heeft, met name doordat een breedbandnetwerk meerdere exploitanten van telecomdiensten kan hosten en dus een kans kan bieden voor de aanwezigheid van concurrerende exploitanten.

³¹⁹ EU-richtsnoeren voor de toepassing van de staatssteunregels in het kader van de snelle uitrol van breedbandnetwerken (PB C 25 van 26.1.2013, blz. 1), punt 11 en voetnoot 14.

³²⁰ Energie-infrastructuur omvat met name transmissie-, distributie- en opslaginfrastructuur voor elektriciteit, gas en olie. Zie, voor meer details, de definitie in de richtsnoeren inzake staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020 (PB C 200 van 28.6.2014, blz. 1), punt 31.

waarschijnlijk het handelsverkeer tussen de lidstaten en is bijgevolg in beginsel aan de staatssteunregels onderworpen.³²¹

218. Overheidsfinanciering van **onderzoekinfrastructuur** kan een economische activiteit begunstigen en is dus onderworpen aan de staatssteunregels voor zover de infrastructuur in feite is bedoeld om economische activiteiten te verrichten (zoals het verhuren van uitrusting of laboratoria aan ondernemingen, het leveren van diensten aan ondernemingen of het uitvoeren van contractonderzoek). Overheidsfinanciering van onderzoeksinfrastructuur die wordt gebruikt voor niet-economische activiteiten, zoals onafhankelijk onderzoek met het oog op meer kennis en beter inzicht, valt evenwel niet onder de staatssteunregels. Gedetailleerdere aanwijzingen over het verschil tussen economische en niet-economische activiteiten op het gebied van onderzoek zijn te vinden in de kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie.³²²
219. Hoewel de exploitatie van **spoorweginfrastructuur**³²³ een economische activiteit kan vormen³²⁴, voldoet de aanleg van spoorweginfrastructuur die op gelijke en niet-discriminerende voorwaarden aan gebruikers beschikbaar wordt gesteld - in tegenstelling tot de exploitatie van infrastructuur -, meestal aan de in punt 211 genoemde voorwaarden en is het doorgaans zo dat de financiering ervan het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloedt of de mededinging vervalst. Om zeker te zijn dat de volledige financiering van een bepaald project niet is onderworpen aan de staatssteunregels, moeten de lidstaten er bovendien op toezien dat de in punt 212 genoemde voorwaarden zijn vervuld. Dezelfde redenering geldt voor investeringen in **spoorbruggen, spoortunnels en infrastructuur voor het stadsvervoer**³²⁵.
220. Hoewel **wegen** die kosteloos voor gebruik door het publiek beschikbaar worden gesteld, algemene infrastructuurvoorzieningen zijn en de financiering ervan niet

³²¹ Richtsnoeren inzake staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020 (PB C 200 van 28.6.2014, blz. 1), onderdeel 3.8; besluit van de Commissie van 10 juli 2014 betreffende steunmaatregel SA.36290 - Verenigd Koninkrijk - Northern Ireland Gas Pipeline - extension to the West and the North West (PB C 348 van 3.10.2014, blz. 6).

³²² PB C 198 van 27.6.2014, blz. 1, punt 17 e.v.

³²³ Zoals spoorlijnen en treinstations.

³²⁴ Deze opmerking laat de vraag onverlet of een door de Staat aan de infrastructuurbeheerder verleend voordeel als staatssteun is aan te merken. Indien bijvoorbeeld de exploitatie van de infrastructuur onder een wettelijk monopolie valt en indien concurrentie voor de markt van het beheren van de infrastructuur is uitgesloten, kan een door de Staat aan de infrastructuurbeheerder verleend voordeel de mededinging niet vervalsen en vormt dit bijgevolg geen staatssteun; zie punt 188 van deze mededeling, en besluit van de Commissie van 17 juli 2002 betreffende steunmaatregel N 356/2002 - Verenigd Koninkrijk - Financiële middelen met behulp waarvan Railtrack plc op een financieel gezonde en veilige basis van de onderbewindstelling van Network Rail kan worden ontheven (PB C 232 van 28.9.2002, blz. 2) en besluit van de Commissie van 2 mei 2013 betreffende steunmaatregel betreffende steunmaatregel SA.35948 - Tsjechië - Verlenging interoperabiliteitsregeling spoorwegvervoer (ex N 469/08) (PB C 306 van 22.10.2013, blz. 7). Zoals uiteengezet in punt 188, moet de eigenaar of beheerder, indien deze op een andere, geliberaliseerde markt actief is, om kruissubsidiëring te voorkomen, een gescheiden boekhouding voeren, kosten en baten op passende wijze toerekenen en ervoor zorgen dat overheidsfinanciering niet ten goede komt van andere activiteiten.

³²⁵ Zoals tramsporen of ondergronds openbaar vervoer.

onder de staatssteunregels valt, vormt de exploitatie van een tolweg in vele gevallen een economische activiteit. Toch voldoet de aanleg van dit soort weginfrastructuur, met inbegrip van tolwegen³²⁶ - in tegenstelling tot de exploitatie van een tolweg en mits deze geen specifieke infrastructuur vormt - doorgaans aan de in punt 211 genoemde voorwaarden en is het doorgaans zo dat de financiering ervan het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloedt of de mededinging vervalst.³²⁷ Om zeker te zijn dat de volledige overheidsfinanciering van een bepaald project niet is onderworpen aan de staatssteunregels, moeten de lidstaten er bovendien op toezien dat de in punt 212 genoemde voorwaarden zijn vervuld. Dezelfde redenering geldt ook voor investeringen in **bruggen, tunnels en binnenwateren (bijv. rivieren en kanalen)**.

221. Hoewel het beheer van **water- en afvalwaternetwerken**³²⁸ een economische activiteit is, voldoet de aanleg van een uitgebreid water- en afvalwaternetwerk op zich doorgaans aan de in punt 211 genoemde voorwaarden en is het doorgaans zo dat de financiering ervan de mededinging niet vervalst of het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. Om zeker te zijn dat de volledige financiering van een bepaald project niet is onderworpen aan de staatssteunregels, moeten de lidstaten er bovendien op toezien dat de in punt 212 genoemde voorwaarden zijn vervuld.

7.3. Steun aan beheerders

222. Wanneer alle elementen van artikel 107, lid 1, van het Verdrag zijn vervuld ten aanzien van de ontwikkelaar/eigenaar van infrastructuur, is staatssteun aan de ontwikkelaar/eigenaar van die infrastructuur aanwezig, ongeacht of dezen rechtstreeks gebruikmaken van de infrastructuur om zelf goederen of diensten aan te bieden dan wel of zij de infrastructuur beschikbaar stellen aan een derde-beheerder die op zijn beurt diensten aan eindgebruikers van infrastructuur aanbiedt (zoals bijvoorbeeld het geval kan zijn wanneer de eigenaar van een luchthaven een concessie verleent voor het verrichten van diensten op de luchthaven).
223. Beheerders die van de gesteunde infrastructuur gebruikmaken om diensten aan eindgebruikers aan te bieden, genieten een voordeel indien zij door het gebruik van de infrastructuur een economisch voordeel verleend krijgen dat zij onder normale marktomstandigheden niet hadden kunnen krijgen. Dit is doorgaans het geval indien wat zij betalen voor het recht om de infrastructuur te beheren, lager ligt dan wat zij onder normale marktomstandigheden voor een vergelijkbare infrastructuur zouden

³²⁶ Met inbegrip van wegen om commercieel exploitierbare gronden te ontsluiten; zie Besluit (EU) 2015/508 van de Commissie van 1 oktober 2014 betreffende de vermoedelijke infrastructuursteun van Duitsland ten gunste van Propapier PM2 GmbH - SA.36147 (C 30/10) (ex NN 45/10; ex CP 327/08) (PB L 89 van 1.4.2015, blz. 72), en besluit van de Commissie van 8 januari 2016 betreffende steunmaatregel SA.36019 (2014/NN) - België - Financiering van de weginfrastructuur in de omgeving van een vastgoedproject - Uplace (PB C 46 van 5.2.2016, blz. 1).

³²⁷ Een atypische situatie waarin staatssteun niet kan worden uitgesloten, zou bijvoorbeeld die zijn van een brug of tunnel tussen twee lidstaten, die een dienst aanbiedt die grotendeels substitueerbaar is met die van commerciële veerdienstmaatschappijen of de aanleg van een tolweg die rechtstreeks met een andere tolweg concurreert (bijv. twee tolwegen die parallel met elkaar lopen, en dus grotendeels onderling substitueerbare diensten aanbieden).

³²⁸ Watervoorzienings- en afvalwaternetwerken omvatten de infrastructuur voor de distributie van water en het vervoer van afvalwater, zoals de betrokken buizen.

betalen. De nodige aanwijzingen over hoe te bepalen of de beheersvoorwaarden marktconform zijn, zijn te vinden in onderdeel 4.2. Conform dat onderdeel is de Commissie van mening dat een economisch voordeel voor de beheerder met name valt uit te sluiten indien de concessie om de infrastructuur (of delen daarvan) te beheren, tegen een positieve prijs wordt toegewezen via een inschrijvingsprocedure die aan alle in de punten 90 tot en met 96 genoemde voorwaarden voldoet.³²⁹

224. De Commissie wijst er evenwel nogmaals op dat zij, indien een lidstaat zijn aanmeldingsverplichting niet in acht neemt en er twijfel bestaat ten aanzien van de verenigbaarheid van de aan de ontwikkelaar/eigenaar verleende steun met de interne markt, een bevel kan doen uitgaan waarbij de lidstaat wordt gelast de tenuitvoerlegging van de maatregel op te schorten en alle uitgekeerde bedragen voorlopig terug te vorderen totdat de Commissie een besluit heeft genomen over de verenigbaarheid van die maatregel. Bovendien rust ook op de nationale rechters de verplichting om op verzoek van concurrenten hetzelfde te doen. Voorts kan, indien de Commissie na haar beoordeling van de maatregel een besluit vaststelt waarbij de steun met de interne markt onverenigbaar wordt verklaard en zij de terugvordering ervan gelast, een effect op de infrastructuurbeheerder niet worden uitgesloten.

7.4. Steun aan eindgebruikers

225. Indien een infrastructuurbeheerder staatssteun heeft ontvangen of indien zijn middelen staatsmiddelen vormen, is deze in staat om de gebruikers van de infrastructuur (voor zover deze ondernemingen zijn) een voordeel te verlenen, tenzij de gebruiksvoorwaarden voldoen aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie, d.w.z. dat de infrastructuur op marktvoorwaarden aan de gebruikers ervan beschikbaar wordt gesteld.
226. Overeenkomstig de reeds in onderdeel 4.2 uiteengezette algemene beginselen, kan in dit soort gevallen de verlening van een voordeel aan gebruikers worden uitgesloten wanneer de vergoedingen voor het gebruik van de infrastructuur zijn vastgesteld via een inschrijvingsprocedure die aan alle in de punten 90 tot en met 96 genoemde voorwaarden voldoet.
227. Wanneer, zoals in onderdeel 4.2 is uiteengezet, dit specifieke bewijs niet voorhanden is, kan de vraag of een transactie marktconform verloopt, worden beoordeeld in het licht van de voorwaarden waarop het gebruik van vergelijkbare infrastructuur wordt toegestaan door vergelijkbare particuliere marktdeelnemers in een vergelijkbare situatie (benchmarking), mits dit soort vergelijking mogelijk is.
228. Indien geen van de bovenstaande waarderingscriteria kan worden toegepast, kan het feit dat een transactie marktconform is, worden aangetoond aan de hand van een algemeen aanvaarde standaardwaarderingsmethode. De Commissie is van mening dat voor overheidsfinanciering van open infrastructuur die niet voor een of meerdere

³²⁹

Zie besluit van de Commissie van 1 oktober 2014 betreffende steunmaatregel SA.38478 - Hongarije – Ontwikkeling van de nationale openbare haven Győr-Gönyű (PB C 418 van 21.11.2014, blz. 9). Daarentegen valt een voordeel voor de ontwikkelaar/eigenaar van infrastructuur niet uit te sluiten door een aanbestedingsprocedure en betekent de aanbestedingsprocedure alleen dat de toegekende steun tot een minimum beperkt blijft.

specifieke gebruikers is bestemd, aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie kan worden voldaan wanneer de gebruikers ervan, uit ex-ante standpunt, incrementeel bijdragen aan de winstgevendheid van het project of de beheerder. Dit is het geval wanneer de infrastructuurbeheerder zakelijke regelingen met individuele gebruikers uitwerkt waarmee alle uit die regelingen voortvloeiende kosten kunnen worden gedekt, met inbegrip van een redelijke winstmarge op basis van degelijke middellangetermijnvooruitzichten. Bij deze analyse moeten ook alle incrementele inkomsten en verwachte incrementele kosten die voor de beheerder in verband met de activiteiten van de betrokken gebruiker ontstaan, in aanmerking worden genomen.³³⁰

8. SLOTBEPALINGEN

229. Deze mededeling vervangt de volgende mededelingen van de Commissie:

- Mededeling van de Commissie aan de lidstaten - Toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EEG-Verdrag en van artikel 5 van Richtlijn 80/723/EEG op openbare bedrijven in de industriector³³¹;
- Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties³³²;
- Mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen³³³.

230. Deze mededeling vervangt alle andersluidende verklaringen met betrekking tot het begrip „staatssteun” in bestaande mededelingen, bekendmakingen, kaderregelingen en richtsnoeren van de Commissie, met uitzondering van verklaringen met betrekking tot specifieke sectoren en voor zover gerechtvaardigd door de specifieke kenmerken ervan.

³³⁰ Zie bijv. Besluit (EU) 2015/508 van de Commissie van 1 oktober 2014 betreffende de vermoedelijke infrastructuursteun van Duitsland ten gunste van Propapier PM2 GmbH - SA.36147 (C 30/10) (ex NN 45/10; ex CP 327/08) (PB L 89 van 1.4.2015, blz. 72). Zie ook de richtsnoeren voor staatssteun aan luchthavens en luchtvaartmaatschappijen (PB C 99 van 4.4.2014, blz. 3), punten 61 t/m 64.

³³¹ PB C 307 van 13.11.1993, blz. 3.

³³² PB C 209 van 10.7.1997, blz. 3.

³³³ PB C 384 van 10.12.1998, blz. 3.