

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie

Vennootschapsbelasting Havenbedrijf Rotterdam

*Een zoektocht naar de rechtvaardiging van het opheffen van subjectieve vrijstelling
voor havenbedrijven.*

Naam student:

Bas van Niekerk

Studentnummer:

365799

Begeleider:

Mr. D.E. van Sprundel

Rotterdam

juli 2016

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1	4
1.1 Haven van Rotterdam en Havenbedrijf Rotterdam	4
1.2 Aanleiding	5
1.3 Relevantie	7
1.4 Opzet	8
HOOFDSTUK 2	10
2.1 Inleiding	10
2.2.1 Europese doeleinden	10
2.3 Mededingingsregels	11
2.3.1 Begunstiging	11
2.3.2 Bekostiging	12
2.3.3 Verstoring interne markt	13
2.3.4 Selectiviteitseis	14
2.4.1 Aanmelding	16
2.4.2 Vrijgesteld van aanmelding	17
2.4.2.1 Minimisverordening	17
2.4.2.2 Algemene groepsvrijstellingsverordening	17
2.5 Verenigbaar met interne markt	18
2.5.1 Steunmaatregelen verenigbaar met interne markt	18
2.5.2 Steunmaatregelen die verenigbaar met de interne markt kunnen zijn	19
2.6 Altmark-arrest	22
2.7 Conclusie	24
2.8 Stroomschema staatssteun	25
HOOFDSTUK 3	26
3.1 Inleiding	26
3.2 Vennootschapsbelasting Nederland	26
3.2.1 Onderworpenheid	26
3.2.2 Vrijstelling	27
3.2.3 Artikel 6C Vpb	27
3.3 toets aan staatssteun	29
3.3.1 Begunstiging	29

3.3.2 Bekostiging	30
3.3.3 Verstoring interne markt	30
3.3.4 Selectiviteitscriterium	32
3.3.5 Tussenconclusie	33
3.4 Uitzonderingen	33
3.4.1 Uitzondering lid 2	33
3.4.2 Uitzonderingen lid 3	34
3.4.3 Beroep op de minimisverordening	35
3.4.4 Beroep op de algemene groepsvrijstellingsverordening	36
3.4.5 Beroep op Altmark-arrest	37
3.5 Conclusie	38
HOOFDSTUK 4	39
4.1 Inleiding	39
4.2.1 Procedure	39
4.2.2 Verweer	40
4.3.1 Terugvorderingsmogelijkheden Nederland	43
4.3.2 Rente Nederland	44
4.3 Conclusie gevolgen	45
HOOFDSTUK 5	46
5.1 Conclusie	46
5.2 Aanbeveling	47
LITERATUURLIJST	48
Literatuur	48
Officiële publicaties	48
Fiscale tijdschriften	48
Overige documenten	49
BIJLAGE	51

Hoofdstuk 1.1 Haven van Rotterdam en Havenbedrijf Rotterdam

Rotterdam, haven. Twee woorden die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Al sinds het ontstaan van Rotterdam – rond 1260 - kent de stad havens. Eeuwen na het ontstaan van Rotterdam liet Johan van Oldenbarnevelt in de 16^e eeuw de haven van Rotterdam uitbreiden. Met dit besluit is van Oldenbarnevelt een van de belangrijkste personen voor de haven van Rotterdam zoals deze heden ten dage bekend is. In de 19^e eeuw werd door ir. Pieter Caland de Nieuwe Waterweg ontwikkeld, een cruciale stap voor de ontwikkeling van de haven van Rotterdam.¹ Een directe verbinding met de Noordzee leidde tot een explosieve groei van de haven van Rotterdam. De explosieve groei had tot gevolg dat nieuwe havens werden aangelegd: de Maas-, Waal en Rijnhavens. De (binnen)stad van Rotterdam werd prestigieus door de haven. Er kwam geld vrij voor onder meer een nieuw stadhuis en de ontwikkeling van Beurs. Na de oorlog werd de Rotterdamse haven verder uitgebreid. De uitbreiding bestond onder meer uit het aanleggen van het Botlekgebied, de Europoort en de Maasvlakte. In 1962 was Rotterdam de grootste haven van de wereld. Echter, sinds 2004 is de haven van Rotterdam niet langer de grootste haven van de wereld, maar nog wel steeds de grootste haven van Europa. Door de ingebruikname van de Tweede Maasvlakte in 2013 door de haven van Rotterdam, is de totale oppervlakte met 20% toegenomen. Door de diepgang van 20 meter is de Tweede Maasvlakte ideaal voor de nieuwste schepen om de haven van Rotterdam aan te varen.

Het Havenbedrijf Rotterdam N.V. (hierna te noemen het Havenbedrijf) moet duidelijk worden onderscheiden van de haven van Rotterdam. Immers, het Havenbedrijf beheert, exploiteert en ontwikkelt de haven van Rotterdam. Onder de haven van Rotterdam moet het gehele Rotterdamse haven- en industriegebied worden verstaan, bestaande uit een totaaloppervlak van 10.570 hectare.² Het Havenbedrijf is al sinds 1932 actief. In 2004 werd het toenmalig Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam verzelfstandigd en omgevormd tot een naamloze vennootschap.³ Heden ten dage kent

¹ J.A. Ringers, Caland en de betekenis van zijn werk voor Rotterdam, 1^e druk, Ad-donker, Rotterdam, 1953

² 'De haven van Rotterdam', MKB-mainports

³ Naamloze vennootschap zoals gebruikt wordt in het burgerlijk recht, zie onder meer artikel 2:3 Burgerlijk Wetboek

het Havenbedrijf twee aandeelhouders, te weten de gemeente Rotterdam en de Staat. Het Havenbedrijf is tegenwoordig beheerder van de grootste haven van Europa. Er wordt jaarlijks voor 466 miljoen metrische ton aan goederen overgeslagen in de haven van Rotterdam.⁴ In 2015 werd in Rotterdam bijna net zoveel aan metrische ton aan goederen overgeslagen, als gezamenlijk in Antwerpen, Hamburg en Novorossiysk werd overgeslagen.⁵ Deze vier vormen de top op het gebied van overslag in metrische ton goederen. In 2015 werd in de haven van Rotterdam voor 12.2 miljoen TEU⁶ overgeslagen, 2.6 miljoen TEU meer dan de tweede haven in Europa Antwerpen in 2015.⁷ Zie voor de volledige lijst de bijlage. Rotterdam is met de totale overslag aan metrische ton goederen verantwoordelijk voor de verwerking van bijna 10% van de Europese overslag aan goederen. Met maar liefst 140.000 bezoekende schepen per jaar, biedt de Rotterdamse haven werkgelegenheid aan ongeveer 180.000 arbeidsplaatsen. Het Havenbedrijf Rotterdam biedt werkgelegenheid aan 1.100 werknemers en kent een omzet van 670 miljoen euro.⁸

1.2 Aanleiding

In mei 2013 werd Nederland door de Commissie, aan de hand van een formeel verzoek, verzocht de vrijstelling van overheidsbedrijven in de vennootschapsbelasting aan te passen.⁹ Naar aanleiding van het verzoek van de Commissie werd de Wet Modernisering vennootschapsbelasting overheidsbedrijven ingevoerd.¹⁰ Sinds de invoering van de Wet Modernisering vennootschapsbelasting overheidsbedrijven in 2016, zijn een aantal havens in Nederland subjectief vrijgesteld van vennootschapsbelasting krachtens *artikel 6C Vpb*. Naar aanleiding van het opnemen

⁴ 'Haven in cijfers. Een schat aan informatie. Make it happen', Port of Rotterdam, p. 13

⁵ 'Haven in cijfers. Een schat aan informatie. Make it happen', Port of Rotterdam, p. 2

⁶ Twenty-foot equivalent units; een standaard maat gebruikt in maritieme statistieken, de term verwijst naar een 20 voet ISO-container.

⁷ 'Maritime ports freight and passenger statistics', Eurostats, tabel 4

⁸ 'Haven in cijfers. Een schat aan informatie. Make it happen', Port of Rotterdam, p. 13

⁹ Brief Europese Commissie, 2 mei 2013, C(2013) 2372, final. Betreft Staatssteun SA.25338

¹⁰ Brief staatssecretaris van Financiën van 21 mei 2013, nr. DB/2013/231 M, Betreft Overheidsbedrijven vanaf 2016 VPB-plichtig

van de subjectieve vrijstelling heeft de Europese Commissie een formeel onderzoek ingesteld. Naar aanleiding van dit formele onderzoek eist de Commissie onder meer dat Nederland haar subjectieve vrijstelling voor haar havens intrekt.¹¹

Het opnemen van een vrijstelling voor Nederlandse zeehavens vloeit voort uit het *level playing field* – beginsel.¹² De Europese Commissie heeft Nederland gevraagd de belastingvrijstelling voor de Nederlandse zeehavens in te trekken, aan België en Frankrijk heeft de Europese Commissie in eerste instantie ‘slechts’ voorgesteld om hun belastingregime aan te passen conform de EU-staatssteunregels.¹³ 8 juli 2016 heeft de Europese Commissie aangegeven dat er ook een verdiepend onderzoek zal worden uitgevoerd naar de belastingvrijstelling van Franse en Belgische Havens.¹⁴ De Europese Commissie is nog bezig met een onderzoek betreffende de situatie in Duitsland omtrent de zeehavens.

In de kamerbrief van 1 maart 2013 stelt staatssecretaris van Financiën Wiebes vast dat de VPB-vrijstelling voor de havens onrechtmatige staatssteun is.¹⁵ Wiebes verwacht dat de Europese Commissie een procedure zal starten bij het HvJ wegens schending van het VWEU. Staatssecretaris Wiebes acht het vervolgens ook waarschijnlijk dat Nederland veroordeeld wordt tot: ‘het onmiddellijk gaan heffen van vennootschapsbelasting van de zeehavens en het terugvorderen van de steun die na 31 december 2016 onrechtmatig is verleend, inclusief wettelijke rente, vervolgens kan er ook nog een dwangsom en een boete worden opgelegd aan Nederland.’ Staatssecretaris Wiebes gebruikt de bovengenoemde argumenten als rechtvaardiging om de vrijstelling van VPB voor de zeehavens op te heffen.

Nederland zal zelf niet in beroep gaan tegen de beslissing van de Europese Commissie. In plaats daarvan zal het kabinet zich richten op het aandringen bij de Europese Commissie ter bevordering van een gelijk speelveld. ‘Het eenzijdig

¹¹ ‘State aid: Commission adopts three decisions requiring taxation of ports in the Netherlands, Belgium and France’, Europese Commissie

¹² RHV-Erasmus & Ecorys, Kamerstukken II 2013/14, 29 862, nr. 24

¹³ Aan Nederland is de uitzondering ‘required’ terwijl dit ‘proposed’ is aan België en Frankrijk

¹⁴ Europese Commissie, 8 juli 2016, IP/16/2451

¹⁵ Brief Staatssecretaris van Financiën, 1 maart 2016, nr. DB/2016/39, betreft: antwoorden op de vragen en opmerkingen over de brief betreffende het informeren van de kamer inzake de mogelijke vennootschapsbelastingplicht voor zeehavens per 1 januari 2017, bijlage p.1

doorvoeren van een belastingplicht uitsluitend voor Nederlandse zeehavens, terwijl directe concurrenten in omliggende landen effectief geen vennootschapsbelasting betalen, past niet binnen het creëren van een zo gelijk mogelijk Europees speelveld.’¹⁶ Aangenomen mag worden dat het kabinet zich zal richten op de bevordering van een *level playing field* zoals dit op andere markten al tot uiting komt. Een voorbeeld van zo’n markt waar door middel van bevordering een *level playing field* tot stand is gekomen, is de Key Enabling Technologies markt.¹⁷

Ondanks dat het kabinet aangegeven heeft dat zij niet zal gaan procederen, hebben de havens aangegeven te gaan procederen tegen het besluit van de Europese Commissie. Het Kabinet voegt zich wel aan de zijde van de zeehavens in het beroep van de zeehavens.¹⁸ De gedachte achter het betalen van de VPB door de zeehavens is dat er een *level playing field* ontstaat.¹⁹ Volgens financieel directeur Paul Smits van de Rotterdamse haven zal het betalen van VPB niet tot een *level playing field* leiden: ‘het betalen leidt juist tot het tegengestelde’. Nederlandse havens zullen gezamenlijk in beroep gaan tegen het besluit van de Europese Commissie.

1.3 Relevantie

Uit onder meer het jaarverslag van de haven van Rotterdam blijkt de noodzaak tot een *level playing field* tussen de zeehavens in Europa. Het hebben van een *level playing field* is van belang voor het investeringsklimaat van de havens.²⁰ Het hebben van een *level playing field* is noodzakelijk om te kunnen blijven concurreren met omliggende landen. Uit eerdere onderzoeken blijkt dat er geen sprake is van een *level playing field*

¹⁶ Brief Staatssecretaris van Financiën, 1 maart 2016, nr. DB/2016/39, betreft: antwoorden op de vragen en opmerkingen over de brief betreffende het informeren van de kamer inzake de mogelijke vennootschapsbelastingplicht voor zeehavens per 1 januari 2017, bijlage p.2

¹⁷ ‘Ensuring a level playing field for KETs’, Europese Commissie,

¹⁸ Brief Staatssecretaris van Financiën, 1 maart 2016, nr. DB/2016/39, betreft: antwoorden op de vragen en opmerkingen over de brief betreffende het informeren van de kamer inzake de mogelijke vennootschapsbelastingplicht voor zeehavens per 1 januari 2017

¹⁹ ‘Havenbedrijven in beroep tegen besluit Europese Commissie over belastingen’, ANP

²⁰ Jaarverslag 2015, Port of Rotterdam, p. 94

als de haven van Rotterdam onderworpen wordt aan de vennootschapsbelasting.²¹ Zo wordt er in de haven van Antwerpen effectief gemiddeld 1% belast van de totale winst en wordt door het havenbedrijf van Hamburg - vergelijkbaar met de haven van Rotterdam - nagenoeg geen vorm van vennootschapsbelasting betaald.²²

Daarnaast geven zowel de staatssecretaris als de Commissie nauwelijks onderbouwing voor de stellingname dat er sprake is van staatssteun. De staatssecretaris geeft in zijn reactie op Kamervragen aan dat het om staatssteun gaat, er ontbreekt vervolgens een (gepaste) onderbouwing.²³ In de literatuur wordt er, ondanks de stelligheid van zowel de Commissie als de staatssecretaris getwijfeld of er wel sprake is van onrechtmatige steun.²⁴ In dit onderzoek zal het antwoord op de volgende hoofdvraag worden gegeven:

“Is het gerechtvaardigd om de vrijstelling van vennootschapsbelasting van het Havenbedrijf vanaf 1 januari 2017 te laten vervallen?”

Bij gerechtvaardigd zal in worden gegaan op de rechtvaardigingsgronden die de staatssecretaris aanhaalt in de beantwoording van de Kamervragen.²⁵

1.4 Opzet

De hoofdvraag van dit onderzoek zal aan de hand van drie deelvragen worden beantwoord. De deelvragen worden allen in een apart hoofdstuk beantwoord.

²¹ M.P. Weterings, C.E. van der Linden, ‘Staatssteun in en rondom zeehavens’, WFR 2015/165

²² D.E. van Sprundel en L.C. Touw, ‘Nederland vaart zijn eigen (ram)koers; niet langer het braafste jongetje van de klas’, WFR 2016/31, onderdeel 6 Conclusie

²³ Brief Staatssecretaris van Financiën, 1 maart 2016, nr. DB/2016/39, betreft: antwoorden op de vragen en opmerkingen over de brief betreffende het informeren van de kamer inzake de mogelijke vennootschapsbelastingplicht voor zeehavens per 1 januari 2017, bijlage

²⁴ D.E. van Sprundel en L.C. Touw, ‘Nederland vaart zijn eigen (ram)koers; niet langer het braafste jongetje van de klas’, WFR 2016/31, onderdeel 5

²⁵ Het is belangrijk om op te merken dat er slechts in wordt gegaan op de twee rechtvaardigingsgronden van de Staatssecretaris, te weten: de steunmaatregel is verboden staatssteun en de dwangsom en boete. In dit onderzoek wordt geen andere invulling aan het rechtvaardigingsbegrip toegekend.

Vervolgens, in het laatste hoofdstuk zal de hoofdvraag worden beantwoord en zal er een aanbeveling worden gedaan. Om de hoofdvraag te beantwoorden, zal er eerst onderzocht worden wanneer er sprake is van staatssteun. In het tweede hoofdstuk zal de volgende vraag worden beantwoord:

“Wanneer kwalificeert een steunmaatregel krachtens het Europese Recht als een verboden staatssteun?”

Vervolgens, in het derde hoofdstuk zal de steunmaatregel aan het Havenbedrijf worden getoetst aan de criteria van verboden staatssteun. In het derde hoofdstuk zal de volgende deelvraag worden beantwoord:

“Kwalificeert de steunmaatregel aan het Havenbedrijf als verboden staatssteun?”

Naast de stellinginname door staatssecretaris Wiebes dat er sprake is van verboden staatssteun, noemt de staatssecretaris ook gevolgen op voor Nederland. In het vierde hoofdstuk zal eerst de procedure van terugvordering worden behandeld. Daarna wordt de volgende deelvraag beantwoord:

“Heeft Nederland mogelijkheden om verboden staatssteun terug te vorderen zonder boetes?”

Aan de hand van de drie deelvragen zal de hoofdvraag beantwoord worden. Als blijkt dat er geen sprake van staatssteun is, of dat Nederland de verboden steunmaatregel terug kan vorderen zonder boetes, lijkt er geen rechtvaardiging meer te zijn om zonder slag of stoot de vrijstelling voor de zeehavens op te heffen.

Hoofdstuk 2

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de theorie van onrechtmatige staatssteun worden behandeld. De eerste deelvraag zal worden beantwoord:

“Wanneer kwalificeert een steunmaatregel krachtens het Europese Recht als een verboden staatssteun?”

Eerst zal de wenselijkheid van een verbod op onrechtmatige staatssteun worden behandeld. Vervolgens, het toetsingskader van verboden staatssteun zal uiteen worden gezet. Steunmaatregelen dienen te worden getoetst aan dit kader. In de conclusie wordt de deelvraag beantwoord. Bij de beantwoording wordt ter verduidelijking een stroomschema gebruikt.

2.2.1 Europese doeleinden

De Europese Unie heeft zich tot doel gesteld om economische samenhang tussen lidstaten te bevorderen en een interne markt tot stand te brengen, Economische integratie tussen lidstaten bewerkstelligen.²⁶ De Europese Unie heeft, ter bevordering van de interne markt, de exclusieve macht om mededingingsregels vast te stellen.²⁷ De interne markt veronderstelt de aanwezigheid van een *level playing field* tussen binnenlandse en buitenlandse producenten.²⁸ Een *level playing field* veronderstelt dat alle landen gelijke regels stellen. Het spel moet eerlijk gespeeld worden, zonder dat externe factoren de eerlijkheid beïnvloeden. De Europees rechterlijk ingestelde mededelingsregels zijn vastgelegd in Titel VII van het VWEU. In *artikel 107 t/m 109 VWEU* is het verbod op met de interne markt onverenigbare staatssteun vastgelegd. Lidstaten kunnen de mededinging vervalsen door middel van staatssteun aan bepaalde ondernemingen. Door de staatssteun wordt het *level playing field* verstoord. De

²⁶ Artikel 3 lid 2 VEU

²⁷ Artikel 3 onderdeel B VWEU

²⁸ Trade Defense, Ensuring a Level playing field

wetgeving betreffende onrechtmatige staatssteun is op verdragsrechtelijk niveau ingesteld. Er is gebruik gemaakt van harmoniserende wetgeving (positieve integratie) veelal in de vorm van verordeningen.

2.3 Mededingingsregels

Een steunmaatregel dient, om aangemerkt te worden als staatssteun, cumulatief te voldoen aan de vier voorwaarden van *artikel 107 lid 1 VWEU*. De voorwaarden waar cumulatief aan moet worden voldaan zijn de volgende:

(1) steunmaatregelen (begunstiging); (2) van een staat of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd (bekostiging); (3) welke de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen voor zover daardoor het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed (verstoring interne markt); (4) door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties (selectiviteitseis). Staatssteun is in beginsel onverenigbaar met de interne markt, waardoor onrechtmatig. *Art 107 lid 1 VWEU* bevat in beginsel een verbod op staatssteun. Echter, een uitzondering op het verbod van staatssteun wordt gemaakt wanneer de maatregel verenigbaar is, respectievelijk als verenigbaar kan worden beschouwd met de interne markt krachtens *artikel 107 lid 2 en lid 3 VWEU*. Uit jurisprudentie blijkt dat staatssteun slechts aan de hand van haar gevolgen moet worden vastgesteld, aangevoerde redenen of doeleinden van de steunmaatregel zijn niet van belang.^{29 30} Enkel de gevolgen die de steunmaatregel met zich meebrengt zijn bepalend voor *artikel 92 lid 1 EG*.³¹

2.3.1 Begunstiging

Begunstiging van een voordeel (steunmaatregel) ziet op meer dan alleen de algemene strekking van subsidie. In het arrest *Banco Exterior* heeft het Hof van Justitie zich uitgelaten over een positieve bijdrage of een voordeel: ‘heeft het begrip steun evenwel een algemenere strekking dan het begrip subsidie, daar het niet alleen positieve prestaties omvat zoals de subsidie zelf, doch ook maatregelen welke, in verschillende

²⁹ HvJ EG, 26 september 1996, *Frankrijk v. Commissie*, (c-241/94) r.o. 20

³⁰ HvJ EG, 2 juli 1974, *Italië v. Commissie*, (173/173) r.o. 13.

³¹ Artikel 92 EG Verdrag is de voorganger van Artikel 87 EG Verdrag, welk de voorganger is van Artikel 107 VWEU.

vormen, de lasten verlichten, die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor - zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn - van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden.³² Het gaat zodoende om iedere steunmaatregel welke voordelig is: direct of indirect. Bijvoorbeeld in de vorm van een vrijstelling, een verlaging of een kwijtschelding van belasting; het subsidiëren van een onderneming of een hogere prijs betalen voor aandelen dan de marktwaarde. Het Hof van Justitie concludeert dat er ook sprake is van een begunstiging als er lagere belastingen gelden of als de belasting wordt kwijtgescholden.³³ Later heeft het HvJ de begunstiging verder uitgebreid, wat het criterium expliciet verduidelijkt volgens P. Kavelaars: ‘er is een begunstiging van een voordeel aanwezig wanneer een regeling kan leiden tot lagere heffing dan bij toepassing van het normale regime.’³⁴ Later is herhaald door het Hof van Justitie dat de gebruikte technieken bij de verstrekking van een steunmaatregel irrelevant zijn.³⁵ Het gaat om de gevolgen van de steunmaatregel. Het gaat om het functionele effect van de maatregel.

2.3.2 Bekostiging

Het verstrekte voordeel moet door de staat zijn verleend. Het moet een verbruik van staatsmiddelen opleveren. In het Alcan – arrest werd aangenomen dat een steunmaatregel ook toegerekend kan worden aan een staat als het wordt verleend door een lagere openbare of regionale instantie.³⁶ Deze verlenging van de bekostiging door de staat is alleszins redelijk: het zou onlogisch zijn als steunmaatregelen verstrekt door lagere overheden niet onder *artikel 92 EG-verdrag* (voorloper *artikel 107 VWEU*) vallen.³⁷ Deze steunmaatregelen zijn immers ook met staatsmiddelen bekostigd. Zelfs een voordeel afkomstig van een derde instantie kan worden toegerekend aan de staat.³⁸ Voordelen afkomstig van derde instanties dienen de ontwikkelde criteria uit Stardust / Marine m.nt. M.R. Mok te volgen om te toetsen of

³² HvJ EG, 15 maart 1994, Banco Exterior, (C-387/92) r.o. 13

³³ HvJ EG, 15 maart 1994, Banco Exterior, (C-387/92) r.o. 14

³⁴ P. Kavelaars, ‘Staatssteun in the picture’, NTFR-B 2012/8, p 24-30

³⁵ HvJ EG, 22 december 2008, British Aggregates, (C-487/06) r.o. 80

³⁶ HvJ EG, 20 maart 1997, Alcan Deutschland, (C-24/95)

³⁷ Scheuing, D.H., ‘Les aides financières publiques’, Paris, 1974, p.270.

³⁸ HvJ EG, 22 maart 1977, Steinike & Weinlig, (78/76) r.o. 21

aan de bekostigingstoets wordt voldaan.³⁹ De toerekenbaarheid van een steunmaatregel aan de staat moet worden afgeleid uit ‘een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen.’⁴⁰

2.3.3 Verstoring interne markt

In tegenstelling tot de vrije verkeersbepalingen, is er bij staatssteun geen grensoverschrijdende activiteit vereist van de begunstigde om te voldoen aan de (dreigende) vervalsing van de mededinging of beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten.⁴¹ Centraal staat de beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten.⁴² Steunmaatregelen beïnvloeden de handel tussen lidstaten wanneer de handel zich anders zou hebben voortgedaan zonder de steunmaatregel.⁴³

Het Hof van Justitie neemt een invloed op het handelsverkeer snel aan: ‘Het is vaste rechtspraak, dat wanneer steun van een staat de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt, dit handelsverkeer moet worden geacht door de steun ongunstig te worden beïnvloed.’⁴⁴ Later is in het Eventech – arrest deze aanname herhaald: de nationale maatregel hoeft niet werkelijk het handelsverkeer tussen de lidstaten te beïnvloeden of mededingingen te vervalsen, enkel dient onderzocht te worden of de steun het handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden en de mededinging kan vervalsen.⁴⁵ Aan dit criterium – verstoring van de interne markt – wordt volgens de literatuur snel voldaan:

³⁹ HvJ EG, 16 mei 2002, Stardust / Marine, (NJ2003/107)

⁴⁰ HvJ EU, 17 september 2014, Commerz Nederland N.V., (C242/13), r.o. 20

⁴¹ HvJ EU, 19 maart 2015, OTP Bank Nyrt., (C672-13), r.o. 56

⁴² Wanneer een Nederlandse onderneming, welke louter nationaal handelt, staatssteun ontvangt, kan dit ook vervalsing van de mededinging zijn. Ondanks dat de onderneming zelf niet betrokken is bij handel in het buitenland, wordt zijn concurrentiepositie wel versterkt ten opzichte van buitenlandse ondernemingen welke wel handelen in Nederland.

⁴³ J, Thiesing., 'Komentar zum EWG-Vertrag', 2^e oplage deel 1, Baden-Baden, 1974, p. 1178

⁴⁴ HvJ EG, 11 juli 2002, HAMSA, (T-152/99), r.o. 220 & 221

⁴⁵ HvJ EU, 14 januari 2015, Eventech, (C-518/13), r.o. 65

De concurrentie moet vervalst kunnen worden tussen ondernemingen die met elkaar concurreren.⁴⁶ Bij de concurrentie gaat het om de relevante markt. Afgezien van directe concurrenten kunnen ook ondernemingen die substituten aanbieden worden belemmerd door de steunmaatregel. Ook belemmering van indirecte concurrenten leidt tot concurrentievervalsing en dus een verstoring van de interne markt. Een goed voorbeeld is een steunmaatregel die aan een kleine laptopfabrikant wordt verleend. Aangenomen wordt dat de concurrentiepositie ten opzichte van directe concurrenten (andere laptopfabrikanten) niet verbetert omdat hij zo klein is. Dit betekent niet vanzelfsprekend dat er dan geen sprake is van verstoring van de interne markt. Immers, er kan een verstoring zijn van de markt van tablets, welke substituten zijn van laptops. Aan het criterium van verstoring van de interne markt is dan voldaan.

2.3.4 Selectiviteitseis

Het vierde criterium van staatssteun is de selectiviteit. Staatssteun moet selectief worden verleend. De selectiviteit kan regionaal of materieel zijn. Of de steunmaatregel materieel selectief is, moet aan de hand van drie fasen worden getoetst.⁴⁷ Eerst moet worden bepaald welke belastingregeling zou moeten gelden, het zogenoemde relevante referentiekader. Bij de bepaling van het referentiekader moet nog niet worden uitgegaan van de steunmaatregel. Daarna moet worden bepaald of de steunmaatregel selectief is ten opzichte van de referentiemaatregel. Als laatst moet worden getoetst of de selectiviteit voortvloeit uit de aard en de opzet van het lastenstelsel.⁴⁸ De Commissie dient alle drie de fasen te behandelen, de controlebevoegdheid van de Commissie houdt in dat de analyse alle drie de stappen bevat. Het selectiviteitscriterium uit de tweede stap vereist dat de steunmaatregel niet op alle ondernemingen, die zich in de feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, op eenzelfde wijze wordt toegepast.⁴⁹ ‘Een heel peloton aan de doping fietst

⁴⁶ R.H.C. Luja, *Assessment and Recovery of Tax Incentives in the EC and the WTO: A view on State Aids, Trade Subsidies and Direct Taxation*, Intersentia, Antwerpen 2002, p.46

⁴⁷ HvJ EG, 18 december 2008, *Gibraltar v. Commissie*, (T-211/04 en T-215/04)

⁴⁸ HvJ EG, 2 juli 1974, *Italië/Commissie*, (173/73), r.o. 33

⁴⁹ HvJ EG, 22 december 2008, *British Aggregates/Commissie*, C-487/06, r.o. 82

sneller, maar de concurrentie wordt er niet door vervalst.’⁵⁰ Wanneer een steunmaatregel een algeheel functioneel voordeel bevat, zal dit geen selectieve maatregel zijn.⁵¹ De steunmaatregel kan niet worden gekwalificeerd als staatssteun. Als een voordeel het gevolg is van een algemene maatregel, welke zonder onderscheid wordt toegepast op alle deelnemers op de markt, voldoet dit voordeel niet aan het selectiviteitscriterium en is het zodoende ook geen steunmaatregel als bedoeld in *artikel 107 VWEU*.⁵² De uitwerking van de bepaling is doorslaggevend voor de selectiviteitseis. Overigens dient te worden opgemerkt dat een steunmaatregel welke wordt verleend aan een gehele economische sector, gekwalificeerd kan worden als selectief volgens het HvJ.⁵³ De mededingingsregels zien alleen op ondernemingen. Hierbij moet uit worden gegaan van het begrip onderneming zoals het Hof van Justitie dit heeft gedefinieerd in het *Höfner & Elser* – arrest.⁵⁴ Sinds het *Adria / Wien* – arrest wordt in de literatuur uitgegaan van de vergelijkingsbenadering om het selectiviteitscriterium te toetsen. Het uiteenzetten van een duidelijk kader waarin het selectiviteit betreft, is nog niet mogelijk; zodoende wordt in de literatuur ook geopperd dat, om de rechtszekerheid ten goede te komen, het HvJ duidelijkheid dient te verschaffen over de toepassing van de vergelijkingsbenadering.⁵⁵ Bij de beoordeling of een steunmaatregel, opgesteld voor het gebruik van een dienst selectief is ten opzichte van andere ondernemingen, mag slechts rekening worden gehouden met de daadwerkelijke of potentiële klanten van die entiteit en met het goed of de specifieke dienst waarom het gaat.⁵⁶

In de derde fase moet door de Commissie worden onderzocht of een steunmaatregel kan worden gerechtvaardigd. Dit kan als de betreffende lidstaat aantoonst dat deze rechtstreeks voortvloeit uit de basis- of hoofdbeginselen van haar belastingstelsel.

⁵⁰ F. Amfttenbrink en H.H.B. Vedder, ‘Recht van de Europese Unie’, vijfde druk, Boom juridische uitgevers, p. 265

⁵¹ HvJ EG, 8 november 2001, *Adria Wien*, (C-143/99), r.o. 35

⁵² HvJ EG, 15 december 2005, *Italië/Commissie*, (C-66/02), r.o. 99

⁵³ HvJ EG, 14 oktober 1987, *Duitsland/Commissie*, (248/84), r.o. 18

⁵⁴ HvJ EG, 23 april 1991, *Höfner & Elser*, (C-41/90), r.o. 21

⁵⁵ B. Wolffers, ‘De gemeenschappelijke eigenschappenbenadering in fiscale staatssteunzaken’, TFB 2015/7, p. 16-21

⁵⁶ HvJ EU, 9 september 2014, *Hansestadt Lübeck/Commissie*, (T-461/12), r.o. 53

Ook kan een steunmaatregel worden gerechtvaardigd als de maatregel is gericht op een makkelijkere bepaling van de winst, zonder dat dit tot een substantieel verschil in belastbaar bedrag leidt.⁵⁷

2.4.1 Aanmelding

Ieder voornemen tot invoering of wijziging van een steunmaatregel moet in beginsel krachtens *artikel 108 lid 3 VWEU jo. artikel 2 Verordening 2015/1589* - bij de Commissie worden aangemeld. De steunmaatregel hoeft niet te worden aangemeld bij de Commissie als anders is bepaald in een verordening op grond van *artikel 109 VWEU* of andere desbetreffende bepalingen. De melding en kennisgeving van staatssteun kan uitsluitend geschieden via State Aid Notifications Interactive. De Commissie zal vervolgens toetsen of de steunmaatregel voldoet aan de eisen van onrechtmatige staatssteun. Voor de steun die aangemeld wordt, geldt de ‘stand still-bepaling’. Deze bepaling verplicht het orgaan te wachten met uitvoeren van de steunmaatregel totdat de Commissie haar goedkeuring betreffende deze steunmaatregel heeft verleend.⁵⁸ De bepaling heeft als doel de invoering van verboden staatssteun te voorkomen.⁵⁹ Wanneer de steunmaatregel niet tijdig wordt aangemeld maar wel wordt verleend, is op grond van *artikel 1 onderdeel F verordening 2015/1589* de staatssteun onrechtmatig en zal deze alsnog door de Europese Commissie worden getoetst op verenigbaarheid met de interne markt.⁶⁰ De goedkeuring of de afwijzing van de Commissie betreffende verenigbaarheid van de staatssteun met de interne markt zal door middel van een beschikking worden vastgesteld. Tegen de beschikking van de Commissie kan beroep worden ingesteld krachtens *artikel 263 VWEU*.

⁵⁷ R.H.C. Luja, ‘Assessment and Recovery of Tax Incentives in the EC and the WTO: A view on State Aids, Trade Subsidies and Direct Taxation’, Intersentia, Antwerpen 2002, p. 59

⁵⁸ Artikel 3 Verordening 2015/1589

⁵⁹ HvJ EG, 29 januari 2013, Duitsland / Commissie, (C344/99), r.o. 49

⁶⁰ Artikel 10 Verordening 2015/1589

2.4.2 Vrijgesteld van aanmelding

Op grond van *artikel 109 VWEU* kan de Raad, op voorstel van de Commissie, verordeningen vaststellen welke bepaalde categorieën staatssteun vrijstellen van verplichting tot aanmelding. De Commissie is op grond van *artikel 108 lid 4 VWEU* bevoegd om verordeningen vast te stellen betreffende staatssteun. Krachtens deze bevoegdheid heeft de Raad twee algemene vrijstellingsverordeningen opgenomen, te weten: minimisverordening en de algemene groepsvrijstelling.^{61 62}

2.4.2.1 Minimisverordening

Steunmaatregelen welke in beginsel voldoen aan de criteria uit *artikel 107 lid 1 VWEU*, hoeven krachtens de minimisverordening niet aangemeld te worden, mits wordt voldaan aan de criteria voor minimissteun. Minimissteun is een steunmaatregel, afkomstig van één lidstaat aan één onderneming, welke binnen drie belastingjaren niet de totale waarde van 200.000 euro overschrijdt.⁶³ De bovengrens kan per industrie verschillen, 200.000 is de standaard. De bovengrens van 200.000 euro verzekert de afwezigheid van een merkbare belemmering van de mededinging.⁶⁴ Geacht wordt dat het handelsverkeer tussen lidstaten niet ongunstig wordt beïnvloed door de afwezigheid van een merkbare belemmering van de mededinging. Zodoende wordt niet voldaan aan de criteria voor staatssteun. Aanmelding op grond van *artikel 108 lid 3 VWEU* is niet vereist.

2.4.2.2 Algemene groepsvrijstellingsverordening

De steunmaatregelen welke onder de algemene groepsvrijstellingsverordening vallen, hoeven niet aangemeld te worden.⁶⁵ Uit de verordening blijkt dat veel steunmaatregelen zijn vrijgesteld. Onder meer regionale steun en steun voor lokale

⁶¹ Verordening 1407/2013, Europese Commissie

⁶² Verordening 651/2014, Europese Commissie

⁶³ Sommige sectoren kennen een bovengrens die afwijkt. Voor havens geldt de bovengrens van 200.000 euro.

⁶⁴ Artikel 3 lid 2 Verordening 1407/2013

⁶⁵ Artikel 3 Verordening 651/2014

infrastructuurvoorzieningen zijn opgenomen in de verordening.⁶⁶ Die lokale infrastructuurvoorzieningen moeten worden gebouwd of worden verbeterd door de steun. Op lokaal niveau moet de bouw of verbetering bijdragen aan het ondernemings- of consumentenklimaat.

2.5 Verenigbaar met interne markt

In het tweede en derde lid van *artikel 107 VWEU* worden uitzonderingen gemaakt voor het verbod op staatssteun. In het tweede lid worden drie situaties genoemd waarin steunmaatregelen die kwalificeren als staatssteun in ieder geval verenigbaar zijn met de interne markt. In het derde lid worden vijf situaties geschetst waarin steunmaatregelen, welke kwalificeren als staatssteun, verenigbaar kunnen zijn met de interne markt, de Europese Commissie behoudt hier een discretionaire bevoegdheid. Door middel van beleidsregels vormt de Commissie een beleid voor verenigbare steunmaatregelen met de interne markt.⁶⁷

2.5.1 Steunmaatregelen verenigbaar met interne markt

De steunmaatregel moet overeenkomstig *artikel 108 lid 3 VWEU* worden aangemeld en door de Commissie worden goedgekeurd op basis van een van de uitzonderingen opgesomd in *artikel 107 lid 2 VWEU*.

Voor de uitzonderingen uit *artikel 107 lid 2 VWEU* geldt dat wordt aangenomen dat de steunmaatregelen niet verboden zijn, ze worden geacht met de interne markt verenigbaar te zijn. Tegenbewijs om aan te tonen dat de steunmaatregelen onverenigbaar zijn met de interne markt is niet mogelijk: *Presumptio juris et de jure*. Drie steunmaatregelen worden opgesomd welke van rechtswege verenigbaar zijn met de interne markt. Aangenomen wordt dat deze steunmaatregelen in het algemeen geen invloed op de mededinging hebben en zodoende getolereerd kunnen worden.⁶⁸

Dit betekent niet dat steunmaatregelen welke in de uitzonderingscategorie vallen, niet bekostigd kunnen worden door de staat, niet begunstigend kunnen zijn voor selectieve ondernemingen en het handelsverkeer tussen lidstaten niet ongunstig kunnen

⁶⁶ Artikel 1 Verordening 651/2014

⁶⁷ 'Sector specific rules', Europese Commissie

⁶⁸ H.P. Ipsen, 'Europäisches Gemeinschaftsrecht', Mohr, 1972, p. 470

beïnvloeden. Dit komt voornamelijk voor als het gaat om steunmaatregelen van sociale aard – genoemd in letter a.

2.5.1.1 Steunmaatregelen van sociale aard

Een steunmaatregel van sociale aard aan individuele gebruikers wordt geacht verenigbaar met de interne markt te zijn, indien de steunmaatregel wordt toegepast zonder onderscheid naar oorsprong van de producten. Het gaat hier om steunmaatregelen welke worden verstrekt aan consumenten voor de aankoop van voornamelijk eerste levensbehoeften.⁶⁹ Niet belangrijk is wie de directe ontvangers zijn van de steun, het gaat om de uiteindelijke begunstigden van de steun. Zoals ook duidelijk wordt uit de Duitse en Engelse versie van het verdrag, gaat het om steunmaatregelen ter begunstiging van consumenten.

2.5.1.2 Steunmaatregelen tot herstel van schade

Een steunmaatregel, welke ziet op herstel van schade ontstaan door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen, is van rechtswege verenigbaar met de interne markt. Hierbij gaat het om natuurrampen als aardbevingen of overstromingen en buitengewone gebeurtenissen als oorlogen.

2.5.1.3 Steunmaatregelen aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland

Een steunmaatregel welke wordt verleend aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland, welke nadeel ondervinden van de deling van Duitsland, voor zover deze steunmaatregelen nodig zijn, zijn verenigbaar met de interne markt.

2.5.2 Steunmaatregelen die verenigbaar met de interne markt kunnen zijn

De steunmaatregelen die in *art 107 lid 3 VWEU* staan opgesomd, kunnen als verenigbaar met de interne markt worden beschouwd. De steunmaatregel moet overeenkomstig *artikel 108 lid 3 VWEU* worden aangemeld en door de Commissie

⁶⁹ J.A. Winter, 'Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht', Kluwer, Deventer, 1981, p.243

worden goedgekeurd op basis van een van de uitzonderingen opgesomd in *artikel 107 lid 3 VWEU*. In tegenstelling tot het tweede lid –waarbij interne verenigbaarheid werd aangenomen- heeft de Europese Commissie een discretionaire bevoegdheid in het derde lid. Alleen de Europese Commissie kan bepalen of de steunmaatregelen verenigbaar zijn.⁷⁰ De Europese Commissie dient onder meer af te wegen of de baten van de te dienen doelen met de steunmaatregel hoger is dan de kosten van de steunmaatregel. De Commissie zal een steunmaatregel van een lidstaat verenigbaar verklaren als deze een nuttige en noodzakelijke bijdrage levert aan een betere kwalitatieve of kwantitatieve groei in de gemeenschap.⁷¹

2.5.2.1 Steunmaatregel ter bevordering van economische ontwikkeling

Een steunmaatregel welke ziet op bevordering van economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst, kan als verenigbaar met de interne markt worden verklaard door de Europese Commissie. Het gaat om grote gebieden waar een structureel gebrek aan evenwicht geldt.

2.5.2.2 Steunmaatregel ter verwezenlijking van een belangrijk project

Een steunmaatregel welke ziet op de bevordering van verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang of een belangrijk project wat een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat moet opheffen, kan verenigbaar met de interne markt worden verklaard door De Europese Commissie. Het gaat hierbij om een uitzondering welke heel beperkt kan worden toegepast.⁷² Het moet ertoe leiden dat de economie van meer dan één lidstaat er op vooruitgaat door de steunmaatregel. Het aanleggen van verbindingen tussen landen of het aanleggen van bruggen of wegen zijn voorbeelden van belangrijke projecten zoals bedoeld in *artikel 107 lid 3 onderdeel B*.

⁷⁰ Slechts bij uitzondering kan de Europese Commissie worden overreden door de Raad.

⁷¹ J.A. Winter, 'Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht', Kluwer, Deventer, 1981, p.247

⁷² J.A. Winter, 'Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht', Kluwer, Deventer, 1981, p.252

2.5.2.3 Steunmaatregel ter ontwikkeling van economische bedrijvigheid of regionale economie

Een steunmaatregel welke ziet op de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, kan als verenigbaar met de interne markt worden verklaard door de Europese Commissie. Zowel steunmaatregelen ter ontwikkeling van de regionale economie als de sectoriele economie kunnen op grond van dit onderdeel verenigbaar met de interne markt worden verklaard.⁷³ De steunmaatregel moet direct gerelateerd zijn aan het creëren van banen.⁷⁴ De steunmaatregel mag niet alleen ter bevordering van de onderneming worden verleend, de ontwikkeling van de gehele regio of een specifieke sector moet de steunmaatregel tot gevolg hebben.⁷⁵ De steunmaatregel mag echter niet tot gevolg hebben dat de het handelsverkeer zodanig wordt veranderd dat het gemeenschappelijke belang wordt geschaad.⁷⁶ Als ondernemingen in andere lidstaten onredelijke kosten te verwerken krijgen door de steunmaatregel zal de Commissie de steunmaatregel niet gerechtvaardigd verklaren. De Commissie zal hierbij zowel juridische als feitelijke gevolgen in acht moeten nemen. Als de Commissie de steunmaatregel gerechtvaardigd vindt, dan zal het eisen dat de steunmaatregel geen dan wel een minimale inbreuk maakt op de mededinging, ook zal de Commissie eisen dat tot uitdrukking wordt gebracht dat het om een tijdelijke prikkel gaat. De steunmaatregel moet de onderneming laten ontwikkelen, zodat na de tijdelijke prikkel de onderneming op eigen benen verder kan. Het begrip ontwikkeling moet ruim worden uitgelegd. Niet alleen uitbreiding van de productie(capaciteit) maar ook processen die bepaalde activiteiten vergemakkelijken, moeten onder ontwikkeling worden geschaad.⁷⁷ Regionale steun ziet vooral op stagnerende economische ontwikkeling, terwijl de sectoriele steun ziet op vergemakkelijking van de economische bedrijvigheid, het aanpassen van ondernemingen die door veranderde marktomstandigheden in moeilijkheden verkeren. Voor de regionale steun is vereist

⁷³ J.A. Winter, 'Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht', Kluwer, Deventer, 1981, p.258

⁷⁴ HvJ EG, 14 september 1994, Spanje/Commissie, (C-42/93)

⁷⁵ HvJ EG, 14 oktober, 1987, Duitsland/Commissie (C-248/84)

⁷⁶ HvJ EG, 15 september 1998, BFM en EFIM, (T-126 en 127/96), r.o. 101

⁷⁷ J, Thiesing., 'Komentar zum EWG-Vertrag', 2^e oplage deel 1, Baden-Baden , 1974 p. 1187.

dat de sector in economische ontwikkeling is achtergesteld in vergelijking met de nationaal gemiddelde economische ontwikkeling van de lidstaat.⁷⁸ Hierbij wordt, in tegenstelling tot *artikel 107 VWEU lid 3 sub a*, niet de vergelijking met de gemiddelde standaard in De Europese Unie gemaakt maar met de gemiddelde standaard in de lidstaat zelf. Hoe hoog de nationaal gemiddelde economische ontwikkeling van de lidstaat is, is niet relevant voor regionale steunmaatregelen. In de Richtsnoeren Regionale Steunmaatregelen 2014-2020 is door de Commissie verduidelijkt hoe zij omgaat met haar discretionaire bevoegdheid. In de door de Europese Commissie goedgekeurde Regionale-Steunkaart, wordt het gebied Groot-Rijnmond aangewezen als achtergesteld gebied waarop regionale steun mag worden toegepast.⁷⁹

2.5.2.4 Steunmaatregelen instandhouding cultureel erfgoed

Een steunmaatregel welke ziet om de cultuur en de instandhouding van cultureel erfgoed te bevorderen kan worden aangemerkt als verenigbaar met de interne markt. Hiervoor geldt wel dat de maatregelen inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Europese Unie niet zodanig mogen worden veranderd dat het gemeenschappelijke belang hierdoor wordt geschaad.

2.5.2.5 Aangewezen steunmaatregelen

Niet eerder genoemde steunmaatregelen, welke worden aangewezen door de Raad op voorstel van de Europese Commissie, kunnen als verenigbaar met de interne markt worden verklaard.

2.6 Altmark-arrest

Krachtens *artikel 106 lid 2 VWEU* vallen ondernemingen die bepaalde diensten van algemeen economisch belang uitvoeren onder de Europeesrechtelijke mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in

⁷⁸ HvJ EG, 14 september 1994, Spanje/Commissie, (C-42/93), r.o. 15

⁷⁹ ‘Steunmaatregel SA.39108 (2014/N) – Nederland Regionale-steunkaart 2014-2020’, Europese Commissie, C(2014) 6429 Final, 16 september 2014, Brussel

rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Daarom wordt er een onderscheid gemaakt tussen diensten van algemeen economisch belang (verder te noemen: DAEB) en niet-economische diensten van algemeen belang (verder te noemen: NEDAB). Beide diensten dienen een publiek belang, zonder overheidsingrijpen zou de taak onbevredigend worden uitgevoerd: de overheid kan veel waarde hechten aan een specifieke manier waarop de dienst uitgevoerd dient te worden.⁸⁰ De dienst moet minimaal onderscheiden kunnen worden van andere (economische) diensten die niet een algemeen belang dienen.⁸¹

Of een dienst als DAEB dan wel NEDAB wordt aangemerkt is afhankelijk van de verlener van de dienst: deze moet functioneel als onderneming worden aangemerkt voor een DAEB. Vervolgens moet de dienst in concurrentie op een markt worden aangeboden, het moet een economische activiteit zijn. De Commissie kwalificeert veel activiteiten als economisch.⁸² Op NEDAB zijn de mededingingsregels niet van toepassing, op DAEB zijn in beginsel de mededingingsregels van toepassing. Om als DAEB niet onder de mededingingsregels te vallen moet het voldoen aan de vier cumulatieve voorwaarden zoals deze in het Altmark-arrest zijn ontwikkeld.⁸³

De vier voorwaarden^{84 85}

1. De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen. De verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn;
2. De parameters - op basis waarvan de compensatie wordt berekend - moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld;
3. De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken. Bij de

⁸⁰ 'Handreiking diensten van algemeen economisch belang en staatssteun', Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, p.19

⁸¹ HvJ EG, 10 december 1991, Porto di Genova / Italië, (C179/90), r.o. 27

⁸² 'Handreiking diensten van algemeen economisch belang en staatssteun', Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, p.20

⁸³ HvJ EG, 24 juli 2003, Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg / Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, (C-280/000), r.o. 95

⁸⁴ HvJ EG, 24 juli 2003, Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg / Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, (C-280/000), r.o. 89 t/m93

⁸⁵ 'Commissie wil input over functioneren DAEB-regels', Expertisecentrum Europees Recht

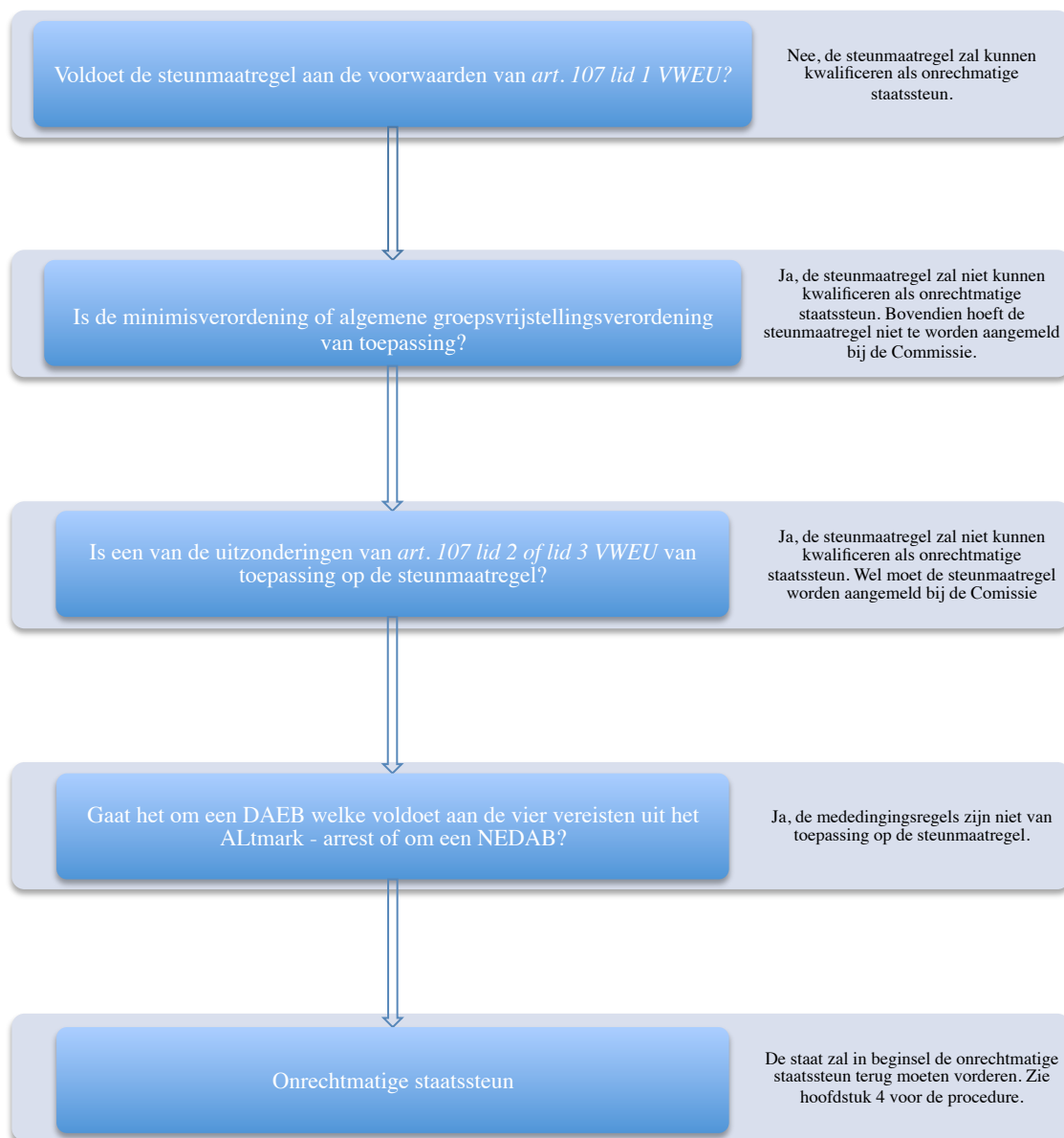
berekening moet rekening worden gehouden met opbrengsten en een redelijke winst die bij de uitvoering van die verplichtingen hoort. Als de keuze niet is gemaakt in het kader van een openbare aanbesteding (waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die de diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren) moet het bedrag van de compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt. Die onderneming moet dan zodanig met (productie-)middelen zijn uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen. Bovendien moet rekening worden gehouden met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitoefening van haar verplichtingen). Voor de verdere uitwerking van de vier genoemde criteria is een vrijstellingsbeschikking uitgegeven door de Europese Commissie.⁸⁶

2.7 Conclusie

Overheden die voornemens zijn om nieuwe steunmaatregelen te verlenen, moeten de steunmaatregel in beginsel aanmelden bij de Commissie. Als de steunmaatregel voldoet aan de vier cumulatieve voorwaarden uit *artikel 107 lid 1 VWEU* is de staatssteun in beginsel verboden. De aanmelding is niet vereist - krachtens *artikel 109 VWEU* - als de steunmaatregel voldoet aan de voorwaarden van verordeningen zoals de *Minimisverordening* en de *Algemene Groepsvrijstellingsverordening*. De staatssteun zal vervolgens worden getoetst aan de drie uitzonderingen van lid 2 en de vijf uitzonderingen van lid 3 van *artikel 107 VWEU*. Als de uitzonderingen niet van toepassing zijn op de situatie, zal de steunmaatregel moeten worden getoetst aan het algemene belang krachtens *artikel 106 VWEU lid 2* conform het *Altmark*-arrest als het de dienst kwalificeert als DAEB (als de dienst kwalificeert als NEDAB gelden de mededingingsregels in haar geheel niet voor de dienst). Bij het ontbreken van een algemeen belang moet geconcludeerd worden dat de staatssteun verboden is.

⁸⁶ Beschikking L 312/67

2.8 Stroomschema staatssteun



Hoofdstuk 3

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de steunmaatregel worden getoetst aan de vereisten van verboden staatssteun. De tweede deelvraag zal worden beantwoord:

“Kwalificeert de steunmaatregel aan het Havenbedrijf als verboden staatssteun?”

Eerst zal algemeen de nationale wetgeving omtrent VPB worden uitgelegd. Vervolgens zal de steunmaatregel aan de vier vereisten uit *artikel 107 lid 1 VWEU* worden getoetst. Wegens de omvang van de toets aan de vier cumulatieve vereisten zal middenin het hoofdstuk een tussenconclusie worden gesloten. Na de tussenconclusie, zal de steunmaatregel worden getoetst aan de hierboven genoemde uitzonderingen: *artikel 107 lid 2 & 3 VWEU*; minimisverordening; algemene groepsvrijstellingsverordening en het Altmark-arrest. Vervolgens, in de conclusie zal de tweede deelvraag worden beantwoord.

3.2 Vennootschapsbelasting Nederland

3.2.1 Onderworpenheid

Van ieder lichaam wordt een directe winstbelasting geheven, de zogeheten vennootschapsbelasting.⁸⁷ Het gaat om lichamen met een zekere zelfstandigheid, welke zijn onderworpen als subject aan de Nederlandse VPB.⁸⁸ In Nederland geldt een verzacht klassiek vennootschapsbelastingstelsel. De vennootschapsbelasting wordt geheven van het lichaam zelf. De aandeelhouders zijn in beginsel niet bij de heffing van vennootschapsbelasting betrokken.

In Nederland gelden drie aanknopingspunten om belasting te heffen van een lichaam: nationaliteit; domicilie en de bron.⁸⁹ Deze drie aanknopingspunten van de

⁸⁷ Artikel 1 VPB

⁸⁸ Artikel 2 & artikel 3 VPB geven criteria van vennootschapsbelasting subjecten.

⁸⁹ J., Van der Geld, F., Elswier & S., Stevens, ‘Hoofdzaken vennootschapsbelasting. FED Fiscale studiereserie 31’, Elfde herziene druk, Wolters Kluwer

vennootschapsbelasting worden door *artikel 4 AWR* aangevuld voor de vestigingsplaats. Deze drie aanknopingspunten zijn allen terug te vinden in de Wet op de vennootschapsbelasting.⁹⁰ Op grond van alle drie de aanknopingspunten is het Havenbedrijf onderworpen aan de VPB. Immers, de nationaliteit van het Havenbedrijf is een Nederlandse⁹¹, de vestigingsplaats van het Havenbedrijf is in Nederland⁹² en de bron is gelegen in Nederland.⁹³ In beginsel betekent dit dat het Havenbedrijf onderworpen is aan de VPB.

3.2.2 Vrijstelling

In Nederland kan er in beginsel op twee verschillende manieren voor een vrijstelling worden gekozen: de objectieve vrijstelling en de subjectieve vrijstelling. Bij een objectieve vrijstelling is het subject wel belastingplichtig maar wordt het vrijgestelde object niet betrokken in de berekening van het belastbaar bedrag. Dit kan in beginsel tot zowel een vermindering van de verschuldigde belasting leiden – als het object een positief resultaat had – of tot een vermeerdering van de verschuldigde belasting leiden – als het object een negatief resultaat had behaald. Bij een subjectieve vrijstelling wordt een subject in haar geheel vrijgesteld van onderworpenheid aan de VPB. Bij het vrijgestelde subject wordt vervolgens geen belastbaar bedrag berekend en zodoende ook geen belasting verschuldigd.

3.2.3 Artikel 6C Vpb

In mei 2015 is de Wet modernisering VPB-plicht overheidsondernemingen aangenomen.⁹⁴ Overheidsondernemingen zijn, op grond van deze wet automatisch, belastingplichtig voor de VPB indien en voor zover er een onderneming wordt

⁹⁰ Nationaliteit (*artikel 2 lid 4 VPB*); domicilie (*artikel 2 lid 1 VPB*) & bron (*artikel 3 lid 1 VPB*).

⁹¹ Het havenbedrijf is een Naamloze Vennootschap met rechtspersoonlijkheid artikel 3 boek 2 Burgerlijk wetboek.

⁹² Het Hoofdkantoor van het Havenbedrijf is gevestigd aan de Wilhelminakade in Rotterdam.

⁹³ Beheerder, exploitant en ontwikkelaar van de Haven van Rotterdam

⁹⁴ Wet modernisering VPB-plicht overheidsbedrijven, Stb. 2015/207, Kamerstukken I, 2014/15, 34003, B

gedreven. De Wet Modernisering VPB-plicht overheidsondernemingen was een reactie op het verzoek van de Europese Commissie om haar concurrentieverstorende vrijstellingen in de VPB aan te passen.⁹⁵ De Wet Modernisering VPB-plicht overheidsondernemingen is vanaf 1 januari 2016 van kracht in Nederland.⁹⁶ Een tijdelijke specifieke uitzondering voor bepaalde zeehavens is opgenomen in de Wet Modernisering VPB-plicht overheidsondernemingen.⁹⁷ *Artikel 6C Vpb* stelt de volgende subjecten, subjectief vrij van vennootschapsbelasting:

- A. Groningen Seaports N.V.;
- B. Havenbedrijf Amsterdam N.V.;
- C. Havenbedrijf Rotterdam N.V.;
- D. Havenschap Moerdijk;
- E. N.V. Port of Den Helder;
- F. Zeeland Seaports N.V., en
- G. lichamen waarvan de activiteiten hoofdzakelijk bestaan uit het beheren, ontwikkelen of exploiteren van een zeehaven of uit werkzaamheden die daaraan dienstbaar zijn en waarvan:
 - I. de bestuurders uitsluitend door de lichamen, bedoeld in de onderdelen a tot en met f, onmiddellijk of middellijk, worden benoemd en ontslagen en waarvan het vermogen bij liquidatie uitsluitend ter beschikking komt van de lichamen, bedoeld in de onderdelen a tot en met f, of
 - II. uitsluitend de lichamen, bedoeld in de onderdelen a tot en met f, onmiddellijk of middellijk, aandeelhouder, vennoot, deelgerechtigde of lid zijn.

Krachtens *artikel 6C Vpb* zijn de zeehavens niet onderworpen aan de vennootschapsbelasting. De zes zeehavens opgesomd in *artikel 6C Vpb letter A tot en*

⁹⁵ Brief Europese Commissie, 2 mei 2013, C(2013) 2372, final. Betreft Staatssteun SA.25338

⁹⁶ Wet modernisering VPB-plicht overheidsbedrijven, Stb. 2015/207, Kamerstukken I, 2014/15, 34003, B

⁹⁷ Artikel 6c, Wet modernisering VPB-plicht overheidsbedrijven, Stb. 2015/207, Kamerstukken I, 2014/15, 34003, B.

met F worden ieder geëxploiteerd door de staat of gedecentraliseerde onderdelen van de staat. Waarom andere havens, zoals de Zeehaven IJmuiden N.V., niet subjectief worden vrijgesteld is niet duidelijk.⁹⁸

3.3 toets aan staatssteun

In dit onderdeel zal onderzocht worden of er sprake is van staatssteun door de subjectieve vrijstelling van het Havenbedrijf. De steunmaatregel zal worden getoetst aan de vier cumulatieve voorwaarden uit *artikel 107 lid 1 VWEU*.

3.3.1 Begunstiging

Van begunstiging omtrent de belastingplicht lijkt evident sprake te zijn. Immers, de algemene regel stelt dat overheidsbedrijven sinds 2016 belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting zijn. Voor de in *artikel 6C Vpb* opgenoemde zeehavens en dus ook het Havenbedrijf is een regeling getroffen. Deze regeling stelt de subjecten vrij van vennootschapsbelasting, een afwijking van de algemene regel.

Het functionele effect voor het Havenbedrijf is vervolgens dat er een verlaging van de lasten – ten opzichte van heffing op basis van de algemene regeling – op het budget van het Havenbedrijf drukt. De steunmaatregel levert een financieel voordeel op. Daarnaast, de Nederlandse autoriteiten hebben niet bestreden dat door de steunmaatregel het Havenbedrijf een economisch voordeel toekomt.⁹⁹ De Commissie merkt vervolgens nog extra op dat, de overheidsondernemingen het Havenbedrijf een belastingvoordeel geniet door de steunmaatregel, ten opzichte van particuliere ondernemingen.¹⁰⁰ Lasten die zonder de steunmaatregel wel op het budget van het Havenbedrijf hadden gedrukt. Concluderend, aan het begunstigingscriterium wordt voldaan.

⁹⁸ ‘Consultatie concept wetsvoorstel Modernisering vennootschapsbelastingplicht overheidsondernemingen’, Strik, S.A.W.J., 12 mei 2014

⁹⁹ Besluit EC, 21 januari 2016, C(2016) 167 final, overweging 64

¹⁰⁰ Besluit EC, 21 januari 2016, C(2016) 167 final, overweging 65

3.3.2 Bekostiging

De maatregel om de Nederlandse zeehavens niet te onderwerpen aan de vennootschapsbelasting is een duidelijke vorm van het verbruik van staatsmiddelen, welke drukken op de begrotingsuitgave van Nederland. Er worden weliswaar niet direct staatsmiddelen overgedragen, toch geldt ook hier dat door het mislopen van staatsmiddelen de bekostiging aan de staat is toe te rekenen. Het niet hoeven afdragen van een winstbelasting door het Havenbedrijf is een uitzondering op de algemene regel. Zonder de steunmaatregel zou de staat wel de algemene regel kunnen toepassen en zou het Havenbedrijf wel belasting af moeten dragen. De uitzondering op de hoofdregel is verantwoordelijk voor gedeerde staatsmiddelen. Daarnaast, Nederlandse autoriteiten hebben niet ontkend dat de maatregel wordt bekostigd door Nederland als lidstaat.¹⁰¹ Concluderend, aan het bekostigingscriterium wordt zodoende voldaan.

3.3.3 Verstoring interne markt

Vooropgesteld is dat het niet hoeven afdragen van vennootschapsbelasting een voordeel oplevert voor de begunstigde overheidsbedrijven. Het handelsverkeer *kan* worden beïnvloed. In het achterhoofd houdend dat dit criterium over het algemeen snel wordt aangenomen – zie hiervoor hoofdstuk 2 – is het vereist dat er wel concurrenten zijn. Of het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed of de mededinging wordt vervalst is absoluut niet evident. Immers, wat zijn de daadwerkelijke concurrenten van de begunstigde zeehavens? De Commissie gaat in haar besluit niet in op het handelsverkeer waar de begunstigde zeehavens zich in bevinden, de Commissie stelt slechts vast dat het Havenbedrijf ‘actief is in het handelsverkeer tussen lidstaten’.¹⁰² Het is moeilijk vast te stellen wat de concurrenten van het Havenbedrijf zijn en in welk handelsverkeer zij zichzelf bevindt. Immers, directe concurrenten van Rotterdam moeten voor de afnemers van de diensten van de haven Rotterdam wel aan dezelfde eisen voldoen. Rotterdam staat onder meer bekend om de doorvoermogelijkheden, aanmeerfaciliteiten en doorvoersnelheid. Met alleen al het oog op het geografische aspect, zijn havens als Bergen, Vladivostok of Southampton geen spelers in het handelsverkeer van Rotterdam. Niet voldoende

¹⁰¹ Besluit EC, 21 januari 2016, C(2016) 167 final, overweging 62

¹⁰² Besluit EC, 21 januari 2016, C(2016) 167 final

wordt door de Commissie vastgesteld dat, maar ook hoe een beïnvloeding van het handelsverkeer plaatsvindt door de steunmaatregel aan het Havenbedrijf. Hiermee lijkt door de Commissie in strijd met *artikel 41 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie* te worden gehandeld. Immers, in dit artikel is expliciet het recht op behoorlijk bestuur gecodificeerd. Onder recht op behoorlijk bestuur valt ook de motiveringsplicht, welke in het genomen besluit door de Commissie te wensen over laat.

De aangevoerde argumenten van de Nederlandse autoriteiten, dat de bevoordeling van de Nederlandse zeehavens hooguit tot een iets minder benadeelde positie van de Nederlandse zeehavens in vergelijking met andere Europese zeehavens leidt, is niet een rechtvaardiging om onder het criterium uit te komen. Uit eerder onderzoek blijkt weliswaar dat andere Europese zeehavens effectief geen belasting betalen.¹⁰³ De haven van Antwerpen is vrijgesteld van de Belgische vennootschapsbelasting via de subjectieve vrijstelling in *artikel 180 lid 2 WIB92*. Volgens van Sprundel en Touw wordt er effectief slechts 1% over de winst geheven bij de haven van Antwerpen. Ook de haven van Hamburg betaalt effectief geen vorm van winstbelasting.

Echter, het is niet relevant of de steunmaatregel functioneert als een compensatie voor het voordeel dat andere Europese zeehavens ontvangen. Een lidstaat kan zich niet beroepen bij het schenden van een verplichting voortvloeiende uit het verdrag op het feit dat andere lidstaten deze verplichting evenmin nakomen.¹⁰⁴ Aldus, het feit dat andere lidstaten verboden steunmaatregelen toekennen aan havens, betekent niet dat Nederland haar eigen toekenning van verboden steunmaatregelen hiermee kan rechtvaardigen. De Commissie heeft in haar besluit daarom ook het door de Nederlandse autoriteiten aangevoerde argument terecht afgewezen.¹⁰⁵

Concluderend, de motivering van de Commissie laat te wensen over. Niet voldoende wordt gemotiveerd of er wel een verstoring van de interne markt optreedt. Hiermee lijkt de Commissie in ieder geval niet aan haar motiveringsplicht te voldoen. Of aan

¹⁰³ D.E. van Sprundel en L.C. Touw, 'Nederland vaart zijn eigen (ram)koers; niet langer het braafste jongetje van de klas', WFR 2016/31

¹⁰⁴ HvJ EG, 22 maart 1977, Steinike & Weinlig / Duitsland (78/76), r.o. 24

¹⁰⁵ Besluit EC, 21 januari 2016, C(2016) 167 final r.o. 68

dit criterium wordt voldaan is twijfelachtig en vereist minimaal een betere motivering van de Commissie.

3.3.4 Selectiviteitscriterium

Eerst, het is evident dat de havens ondernemingen zijn.¹⁰⁶ Daarnaast, Nederland heeft niet betwist dat de zeehavens diensten en goederen op een markt aanbieden.¹⁰⁷ De Commissie heeft zodoende terecht de zeehavens als ondernemingen aangemerkt. Vooropgesteld, in het besluit van de Commissie, heeft de Commissie de juiste procedurele analyse uitgevoerd door alle drie de fasen langs te gaan. De Commissie concludeert dat de steunmaatregel selectief is omdat andere particuliere ondernemingen en overheidsondernemingen die zich in feitelijke juridisch vergelijkbare situatie bevinden deze vrijstelling van vennootschapsbelasting niet kennen. Tegen de motivering van de Commissie hebben de Nederlandse autoriteiten ingebracht dat de vrijstelling van vennootschapsbelasting niet selectief is. Volgens de Nederlandse autoriteiten geldt namelijk dat het voordeel ten aanzien van alle zeehavens in Nederland op eenzelfde wijze wordt toegepast, conform de Europese jurisprudentie.¹⁰⁸ De gedachte hierachter is waarschijnlijk dat in Nederland geen andere zeehavens betrokken zijn bij havens die in dezelfde sector actief zijn met dezelfde potentiële klanten. Bijvoorbeeld, de haven van IJmuiden richt zich op andere klanten dan de haven van Rotterdam. De potentiële klanten van Rotterdam kunnen vanwege de beperktere capaciteiten en voorzieningen niet naar IJmuiden. De potentiële klanten van de zes zeehavens worden ook beperkt door de locatie. Vissers uit Groningen zullen niet snel naar IJmuiden varen vanwege economische redenen. IJmuiden is daarom niet gericht op dezelfde (potentiële) klanten als de zeehavens zoals deze staan opgesomd in *artikel 6C Vpb*.

Echter, de zeehavens genieten allen een voordeel. Dit voordeel geldt specifiek voor de zes bedrijven. Ongeacht of deze zes ondernemingen samen één sector vormen, is er sprake van selectiviteit. Als de zes ondernemingen samen één sector vormen, dan geldt er materiële selectiviteit. Ondernemingen werkzaam in andere sectoren kennen

¹⁰⁶ Ondernemingen in de zin van het arrest Höfner/Elser, zie ook hoofdstuk 2.

¹⁰⁷ Besluit EC, 21 januari 2016, C(2016), 167 final, overweging 57

¹⁰⁸ Besluit EC, 21 januari 2016, C(2016) 167 final, overweging 77

het voordeel niet. Als de zes ondernemingen niet één sector vormen, dan kennen de overige ondernemingen werkzaam in dezelfde sector – die zich in feitelijk of juridisch gelijke situatie bevinden - niet dit voordeel.

Aan het selectiviteitscriterium kan niet op basis van de aard of de opzet van de vennootschapsbelastingstelsel worden ontkomen. Voor een rechtvaardiging is door de Nederlandse autoriteiten ook geen argument aangevoerd. *Artikel 6C Vpb* is met een duidelijk doel opgenomen: het in stand houden van een *level playing field*. Niet om administratieve redenen zoals een gemakkelijkere bepaling van de winst. Concluderend, de steunmaatregel voldoet aan het selectiviteitscriterium.

3.3.5 Tussenconclusie

De steunmaatregel, die aan het Havenbedrijf wordt verleend, voldoet in ieder geval aan het begunstigings-, bekostigings- en selectiviteitscriterium. Of de steunmaatregel ook aan het criterium van verstoring van de interne markt voldoet, is niet voldoende beargumenteerd dan wel gemotiveerd. Voor de rest van de scriptie zal worden aangenomen dat aan het criterium wordt voldaan. Naar mijn mening hoeft het voldoen aan dit criterium niet vanzelfsprekend te zijn. In het door de zeehavens aangekondigde beroep, kunnen zij zich op het niet voldoen van dit criterium dan wel op een onvoldoende motivering van de Commissie beroepen.

3.4 Uitzonderingen

In beginsel wordt eruit gegaan van verboden staatssteun. Onderzocht zal worden of er een uitzondering van verboden staatssteun op de maatregel van toepassing is.

3.4.1 Uitzondering lid 2

Het havenbedrijf kan geen beroep doen op de uitzondering genoemd van *artikel 107 lid 2 onderdeel a VWEU*. Het gaat niet om steunmaatregelen van sociale aard. De steunmaatregel die wordt verleend aan de zeehavens, is geen steunmaatregel ten behoeve van de aankoop van eerste levensbehoefte. Vervolgens, het havenbedrijf kan ook geen beroep doen op de uitzondering van *artikel 107 lid 2 onderdeel b VWEU*. De steunmaatregel wordt niet verleend aan de zeehavens op basis van geleden schade. Ook kan er geen beroep worden gedaan op de uitzondering van *artikel 107 lid 2*

onderdeel c VWEU vanwege het simpele geografische feit dat het Havenbedrijf niet in de Bondsrepubliek van Duitsland gevestigd is.

De Nederlandse autoriteiten hebben terecht geen beroep op een van de voorgenoemde uitzonderingen gedaan.¹⁰⁹ De Commissie is tevens van oordeel dat er geen beroep op een van de uitzonderingsgronden kan worden gedaan.¹¹⁰

3.4.2 Uitzonderingen lid 3

Het havenbedrijf kan in ieder geval geen beroep doen op de mogelijke uitzondering van *artikel 107 lid 3 onderdeel A VWEU*. Immers, Rotterdam is geen gebied waar een gebrek aan evenwicht geldt. Tevens is de levensstandaard in Rotterdam niet abnormaal laag en er is ook geen sprake van een ernstig gebrek aan werkgelegenheid.

De steunmaatregel ziet ook niet op verwezenlijking van een belangrijk project, zoals gecodificeerd in *artikel 107 lid 3 onderdeel B*. Door de beperkte werking van de uitzondering is een beroep op deze uitzondering door het Havenbedrijf onterecht. Daarnaast is er ook geen sprake van een ernstige economische verstoring in Rotterdam welke gecorrigeerd wordt met de huidige maatregel.

Het Havenbedrijf kan geen beroep doen op de uitzondering zoals deze is neergelegd in *artikel 107 lid 3 onderdeel D VWEU*. De steunmaatregel ziet niet op een cultuur of op de instandhouding van een cultureel erfgoed.

Wel kan er mogelijk erom een beroep worden gedaan op *artikel 107 lid 3 onderdeel C VWEU*. De zes zeehavens in Nederland verkeren in moeilijkheden wanneer zij vennootschapsbelasting moeten betalen. Immers, bij het betalen van vennootschapsbelasting wordt het *level playing field* doorbroken, wat vervolgens weer een negatief effect heeft op het investeringsklimaat en een negatief effect op een mogelijke concurrentiepositie. Door de steunmaatregel in stand te houden, zolang als nodig is om het *level playing field* niet te doorbreken, is er sprake van een sectoriele steunmaatregel welke de economische bedrijvigheid van de sector ontwikkelt. De steunmaatregel is direct gerelateerd aan het creëren van banen door het voorkomen van een negatief effect op het investeringsklimaat. Een positieve effect op het investeringsklimaat heeft tot gevolg dat er banen worden gecreëerd, het beste

¹⁰⁹ Besluit EC, 21 januari 2016, C(2016) 167 final, overweging 86

¹¹⁰ Besluit EC, 21 januari 2016, C(2016) 167 final, overweging 87

voorbeeld hierbij is de aangekondigde aanleg van treinsporen. De steunmaatregel draagt, door het positieve effect op het investeringsklimaat, bij aan de lange termijnontwikkeling van het Havenbedrijf.

Naast het feit dat de steunmaatregel op de gehele sector zeehavens ziet, heeft het ook een positief effect op de omliggende regio's. De regio Rotterdam is afhankelijk van de Rotterdamse haven. Zo zorgt de haven voor maar liefst 180.000 arbeidsplaatsen. De regionale ontwikkeling Rotterdam is afhankelijk van de haven. In het verleden was Rotterdam al afhankelijk van de haven en is dit heden ten dage nog. De regio Groot-Rijnmond wordt gestimuleerd door de steunmaatregel. Economische stagnatie zal plaatsvinden wanneer het havenbedrijf verplicht wordt om VPB te betalen. In tegenstelling tot Van der Pal, concludeer ik dat er wel redenen zijn voor de Commissie om de regionale steun toe verenigbaar met de markt te verklaren.¹¹¹ Van der Pal betoogt dat de regionale steun alleen van toepassing is, wanneer er sprake is van een abnormaal lage levensstandaard of een ernstig gebrek aan werkgelegenheid. Voor *artikel 107 lid 3 sub C* moet de lage levensstandaard vergeleken worden met de lidstaat zelf en niet met de levensstandaard van de Europese Unie.¹¹² Door de steunmaatregel worden ook geen onredelijke offers gevraagd van de omliggende zeehaven bedrijven in andere lidstaten. Deze omliggende zeehavens in andere lidstaten profiteren op gelijke manier van hun nationale bepalingen. Hierdoor zijn deze zeehavens op het moment effectief gezien ook vrijgesteld van vennootschapsbelasting.¹¹³

3.4.3 Beroep op de minimisverordening

Het Havenbedrijf kende in 2015 een nettowinst van ruim 210 miljoen euro.¹¹⁴ Het Havenbedrijf zou in drie jaren tijd voor niet meer dan 200.000 euro bevoordeeld mogen worden. Door de subjectieve vrijstelling van de vennootschapsbelasting is de kans nihil dat er sprake is van een bevoordeling van minder dan 200.000 euro.

¹¹¹ D.T., van der Pal, 'Staatssteun en de zeehavenvrijstelling', Maandblad Belasting beschouwingen 2016/05

¹¹² Zie hoofdstuk 2

¹¹³ D.E. van Sprundel en L.C. Touw, 'Nederland vaart zijn eigen (ram)koers; niet langer het braafste jongetje van de klas', WFR 2016/31

¹¹⁴ Jaarverslag 2015, Port of Rotterdam, p. 94

Immers, het tarief in de vennootschapsbelasting ligt rond de 25%.¹¹⁵ Aangenomen wordt dat het Havenbedrijf niet succesvol een beroep kan doen op de minimisverordening.

3.4.4 Beroep op de algemene groepsvrijstellingsverordening

De Nederlandse zeehavens zouden in beginsel een beroep kunnen doen op de algemene groepsvrijstellingsverordening. Immers, de staatssteun zoals deze verleend wordt aan de begunstigde zeehavens, heeft een positief effect op de regio (regionale steun) en een positief effect op de lokale infrastructuurvoorzieningen.

De regionale steun komt onder meer tot uiting in de werkgelegenheid die de van haven van Rotterdam biedt. Echter, in de algemene groepsvrijstellingsverordening is opgenomen dat de regionale steun niet verleend mag worden door slechts steun te verlenen aan een ‘beperkt aantal specifieke economische sectoren’.¹¹⁶ De steun die verleend wordt, is slechts aan zeehavens. De zeehavens kunnen zodoende geen aanspraak maken op de regionale steun.

Door de steun die de overheid verleend, wordt het *level playing field* in stand gehouden. De instandhouding van *level playing field* heeft een positief effect op de investeringen, volgens financieel directeur van het Rotterdamse havenbedrijf (zie onder meer inleiding). Deze investeringen komen onder meer tot uiting in het opzetten van treinverbindingen door het Rotterdamse Havenbedrijf.¹¹⁷ Het opzetten van onder meer treinverbindingen heeft een direct positief effect op de lokale infrastructuurvoorzieningen. Hiermee lijkt de steunmaatregel te voldoen aan de uitzondering van de verordening.¹¹⁸ Echter, in hetzelfde artikel wordt een uitzondering gemaakt voor de haveninfrastructuur. De zeehavens kunnen zodoende geen aanspraak maken op de algemene groepsvrijstellingsverordening. Uit de eerste overweging blijkt wel dat de Commissie voornemens is om speciale criteria te ontwikkelen voor onder

¹¹⁵ Artikel 22 VPB kent een opstaptarief van 20% voor de eerste 200.000, daarna geldt het tarief van 25%.

¹¹⁶ Artikel 13 lid 1 onderdeel b Verordening 651/2014

¹¹⁷ ‘Rotterdamse haven gaat zelf treinverbinding opzetten’, ANP

¹¹⁸ Artikel 56 lid 1 onderdeel b Verordening 651/2014

meer de haveninfrastructuur. Deze voornemens hebben heden ten dage nog niet tot resultaten geleid waar zeehavens zich op kunnen beroepen.

3.4.5 Beroep op Altmark-arrest

Eerst dient er te worden uitgemaakt of er sprake is van een (niet)-economische dienst van algemeen belang. Uit eerdere jurisprudentie is gebleken dat het verplaatsen; laden; lossen en overslaan van goederen en al het andere materiaal niet een algemeen economisch belang dient dat zich onderscheidt van economische activiteiten.¹¹⁹ Zelfs, al zouden deze activiteiten zich onderscheiden dan zou de vervulling van deze taak niet worden verhinderd door de mededingingsregels.

Voor deze diensten zal het Havenbedrijf naar alle waarschijnlijkheid niet onder *artikel 106 lid 2 VWEU* vallen. Voor overige diensten die het Havenbedrijf uitvoert – denk onder meer aan behoud van kwaliteit en veiligheid in de haven – is het mogelijk dat deze worden gekwalificeerd als diensten van algemeen belang. Zelfs als de overige diensten die het Havenbedrijf uitvoert, als DEAB worden gezien zal deze niet onder de mededingingsregels uit kunnen komen. Aan de Altmark-criteria wordt niet voldaan. Uit de eerste voorwaarde *jo. artikel 4 vrijstellingsbeschikking* blijkt dat de lidstaat door middel van een officieel besluit de onderneming moet belasten met deze taken en dat hier onder meer de volgende zaken in bepaald moeten worden:

- De aard en de duur van de openbare dienst verplichtingen;
- De betrokken ondernemingen en het betrokken grondgebied;
- De aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die de ondernemingen zijn toegekend;
- De parameters voor de berekening, de controle en herziening van de compensatie en
- De regeling om overcompensatie te vermijden en terug te betalen.

De lidstaat heeft in geen officieel besluit de onderneming belast. Een beroep op *artikel 106 lid 2 VWEU* is hiermee uitgesloten.

¹¹⁹ HvJ EG, 10 december 1991, Porto di Genova / Italië, (C179/90), r.o. 27

3.5 Conclusie

Het havenbedrijf is krachtens *artikel 6C Vpb* subjectief vrijgesteld van de Vpb. De steunmaatregel voldoet in ieder geval aan de eisen van begunstiging, bekostiging en selectiviteit. Of de steunmaatregel ook aan eis van verstoring van de interne markt voldoet, is niet voldoende beargumenteerd door de Commissie. De steunmaatregel van Nederland aan haar zeehavens kan dus niet zonder enige twijfel als verboden staatssteun worden gekwalificeerd.

Vervolgens, het Havenbedrijf kan geen beroep doen op de uitzonderingen van *artikel 107 lid 2*. Mogelijkerwijs kan het Havenbedrijf wel een beroep doen op *artikel 107 lid 3 onderdeel C VWEU*. Het Havenbedrijf kan in ieder geval geen beroep doen op de overige uitzonderingen uit *artikel 107 lid 3*. Op de algemene verordeningen als de minimisverordening en de algemene groepsvrijstellingsverordening kan het Havenbedrijf geen beroep doen. Het Havenbedrijf zal daarnaast ook geen beroep kunnen doen op het algemene belang conform het Altmark-arrest.

De tweede deelvraag kan niet bevestigend worden beantwoord. Het is niet zonder enige twijfel vast te stellen dat de steunmaatregel voldoet aan de vereisten van staatssteun. Aan het selectiviteitscriterium wordt niet voldaan, daarnaast kan er mogelijkerwijs een beroep worden gedaan op *artikel 107 lid 3 onderdeel C VWEU*.

Hoofdstuk 4

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de procedure tot terugvordering van een verboden steunmaatregel. De derde deelvraag zal worden beantwoord:

“Heeft Nederland mogelijkheden om verboden staatssteun terug te vorderen zonder boetes?”

Eerst, zal de procedure worden uiteengezet tot terugvordering. Eventuele verweren die gebruikt kunnen worden tot vermindering van de terugvordering van een verboden steunmaatregelen zullen worden aangedragen. Vervolgens zal het terugvorderingsbesluit en de te heffen rente worden verduidelijkt. Als laatste zullen de terugvorderingsmogelijkheden van Nederland worden uiteengezet. In de conclusie zal de deelvraag worden beantwoord.

4.2.1 Procedure

Ingevolge *artikel 108 lid 2 VWEU* bepaalt de Commissie – mits er sprake is van een verboden steunmaatregel welke onverenigbaar is met de interne markt – dat de betreffende lidstaat de steunmaatregel moet opheffen of wijzigen binnen een door de Commissie vast te stellen termijn. Daarnaast, als er sprake is van onrechtmatige staatssteun zal de Europese Commissie verplicht zijn te bevelen dat deze steun wordt teruggevorderd. De terugvordering wordt beveelt aan de hand van een terugvorderingsbesluit.¹²⁰ De verlener van de steun moet de verleende steun terugkrijgen van de ontvanger. Op deze manier tracht de Europese Commissie er voor te zorgen dat er een situatie ontstaat alsof de onrechtmatige staatssteun nooit werd verleend. Als de lidstaat niet voldoet aan het besluit van de Commissie, kan de Commissie zich wenden tot het Hof van Justitie. De beslissing van de Commissie

¹²⁰ Artikel 16 lid 1 Verordening 2015/1589

betreffende staatssteun is altijd gericht tot een lidstaat.¹²¹ De betreffende lidstaat, waaraan het besluit van de Commissie gericht is, heeft vervolgens altijd het recht om gehoord te worden bij het Hof van Justitie; *locus standi*. Daarnaast heeft de begunstigde van de steunmaatregel altijd het recht om gehoord te worden.¹²² Immers, door de beslissing van de Commissie wordt de begunstigde direct geraakt. De begunstigde is zodoende belanghebbende bij de beslissing. Ook derde partijen, die direct en individueel worden geraakt door de beslissing van de Commissie, hebben het recht om gehoord te worden bij het Hof van Justitie.

4.2.2 Verweer

Wanneer de Europese Commissie de terugvordering beveelt, is er weinig ruimte voor *coulance*. Zo heeft het Hof van Justitie bepaald dat bij de tenuitvoerlegging geen ander verweermiddel aangevoerd kan worden dan de volstrekte onmogelijkheid van tenuitvoerlegging.¹²³ Onder deze onmogelijkheid moet in ieder geval niet een (dreigend) faillissement worden verstaan. Als van de ontvangende partij, vanwege de financiële toestand, het uitbetaalde bedrag niet kan worden teruggevorderd, geldt dit niet als een ‘volstrekte onmogelijkheid van tenuitvoerlegging’; een dreigend faillissement is niet voldoende voor de Europese Commissie om de vordering niet uit te voeren.¹²⁴ Binnenlandse, zelfs onoverkomelijke, moeilijkheden rechtvaardigen de niet nakoming van de verplichting die op de lidstaat rust tot terugvordering van de verboden steunmaatregel niet.¹²⁵ Het Hof van Justitie concludeerde dat van een volstrekte onmogelijkheid sprake is: wanneer de terugvordering leidt tot gevolgen voor de openbare orde waaraan de lidstaat de met hem ter beschikking staande middelen niet het hoofd kan bieden.¹²⁶

¹²¹ Europese Unie, State Aid Manual of Procedures, België, Publications Office of the European Union, 2013, onderdeel 24

¹²² Europese Unie, State Aid Manual of Procedures, België, Publications Office of the European Union, 2013, onderdeel 25

¹²³ HvJ EG, 15 januari 1986, Belgisch ceramisch sanitair, (52/84), r.o.16

¹²⁴ HvJ EG, 15 januari 1986, Belgisch ceramisch sanitair, (52/84), r.o.14

¹²⁵ HvJ EG, 27 juni 2000, Portugal/ Commissie, C-404/97, r.o. 52

¹²⁶ HvJ EU, 9 juli 2015, Frankrijk/Commissie, C-63/14, r.o.52

In het Belgisch ceramisch sanitair arrest is de mogelijkheid geschapen tot geen dan wel gematigdere tenuitvoerlegging. Deze matiging is gebaseerd op het beginsel van loyale samenwerking tussen lidstaten en de Europese Unie instellingen zoals deze is gecodificeerd in *artikel 4 lid 3 VEU*. Als lidstaten zich bewust worden van gevolgen die de Europese Commissie niet voor ogen heeft gehad, dan mag het passende wijzigingen voorstellen. De lidstaat en de Europese Commissie dienen te goeder trouw en loyaal samen te werken om de moeilijkheden te overwinnen.

4.2.3.1 Terugvordering

De terugvordering van een verboden steunmaatregel is gebaseerd op een terugvorderingsbesluit. Het terugvorderingsbesluit wordt uitgevaardigd door de Commissie, geadresseerd aan de betrokken lidstaat. Als de Commissie in haar terugvorderingsbesluit geen bedrag opneemt, is de nationale rechter bevoegd een berekening voor de omvang van de terug te vorderen steunmaatregel te maken.¹²⁷ De Commissie is ook niet bevoegd om een hoger bedrag terug te vorderen dan de hoogte van de steunmaatregel, ook niet om haar ongenoegen over de steunmaatregel te uiten, het herstel moet geproportioneerd zijn.¹²⁸

De Commissie heeft de bevoegdheid om te bevelen de steun terug te vorderen tot tien jaar na het verlenen van de onrechtmatige steunmaatregel.¹²⁹ De geadresseerde lidstaat moet onverwijld alle nodige maatregelen nemen om de verboden steun(maatregel) terug te vorderen van de begunstigde.¹³⁰ Het opstellen van een betalingsregeling kan leiden tot nieuwe staatssteun.¹³¹ De betreffende lidstaat moet de terugvordering in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures uitvoeren. Om

¹²⁷ HvJ EU, 13 februari 2014, Mediaset, C-69/13, r.o.32

¹²⁸ HvJ EU, 5 februari 2015, Ryanair/Commissie, T-500/12, r.o. 132

¹²⁹ Artikel 17 Verordening 2015/1589

¹³⁰ Artikel 16 lid 3 Verordening 2015/1589

¹³¹ HvJ, 3 april 2014, Commissie/Koninkrijk der Nederlanden en ING Groep N.V., C-224/12P. Dit arrest toont aan dat een betalingsregeling kan leiden tot nieuwe staatssteun, in het onderhavige geval bleek er geen sprake te zijn van nieuwe staatssteun door een gebrekkige motivering van de Commissie. Het ging om het begunstigingscriterium waarbij de Commissie niet voldoende had gemotiveerd of een ‘particuliere investeerder’ in dezelfde situatie het uitstel zou hebben toegekend.

daadwerkelijk de verboden steunmaatregel effectief terug te vorderen dient de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen te nemen die zij voor handen heeft binnen haar nationale rechtsstelsel. Uit eerdere rechtspraak blijkt dat een lidstaat zich niet kan beroepen op nationale bepalingen, praktijken of situaties om de verplichting tot terugvorderen niet na te komen.¹³² Lidstaten worden door de Commissie gecontroleerd op nakoming van het terugvorderingsbesluit. De zaak kan rechtstreeks door de Commissie bij het Hof van Justitie aanhangig worden gemaakt als de lidstaat niet voldoet aan nakoming van het terugvorderingsbesluit.¹³³ Lidstaten worden eventueel verantwoordelijk gehouden als de nationale wetgeving niet ziet op mogelijkheden tot succesvolle terugvordering van de verboden staatssteun. Het Hof van Justitie kan een inbreuk op het gemeenschapsrecht vaststellen op grond van *artikel 260 VWEU*, de lidstaat moet dan alle maatregelen nemen welke vereist zijn voor de uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie. Indien de lidstaat wederom niet alle maatregelen neemt, kan de Commissie wederom de zaak voorbrengen bij het Hof van Justitie. Naast het opleggen van een plicht aan de betreffende lidstaat tot het nemen van de maatregelen, kan ook een passende forfaitaire som of dwangsom worden opgelegd door het Hof van Justitie.¹³⁴

4.2.3.2 Rente

De Europese Commissie gaat uit van het herstellen van de situatie waarbij er geen sprake is geweest van steun. Het voordeel moet daarom ook met rente worden terugbetaald.¹³⁵ Het rentepercentage wordt vastgesteld door de Commissie. De Commissie stelt voor ieder kalenderjaar een rentepercentage vast.¹³⁶ Het rentepercentage kan per lidstaat afzonderlijk of per twee of meerdere lidstaten worden vastgesteld.¹³⁷ Het rentepercentage wordt gebaseerd op de interbancaire swaprente. De rentedragende periode is vanaf het moment dat de steunmaatregel beschikbaar was

¹³² HvJ EG, 20 september 1990, Commissie/Duitsland, (C-5/89), r.o. 18

¹³³ Artikel 28 Verordening 2015/1589 jo. 108 VWEU lid 2

¹³⁴ Artikel 260 lid 2 VWEU

¹³⁵ Artikel 16 lid 2 Verordening 2015/1589

¹³⁶ Artikel 9 lid 1 Verordening nr. 794/2004

¹³⁷ Artikel 9 lid 3 Verordening nr. 794/2004

voor de begunstigde, tot het moment dat de begunstigde de steunmaatregel daadwerkelijk heeft terugbetaald. Samengestelde rente moet worden terugbetaald.¹³⁸ Volgens Gunn: ‘Vanuit de logica van de staatssteunregels is de samengestelde benadering van rente vaak beter.’¹³⁹ Dit betekent dat als een steunmaatregel voor meerdere jaren beschikbaar was, over de verschuldigde rente in eerdere jaren ook rente betaald moet worden. In een situatie waarin de vastgestelde rentepercentage door de Commissie gelijk is aan het jaar ervoor, zal de rentelast toch hoger worden omdat er niet alleen over de nominale waarde van de steunmaatregel rente betaald moet worden, maar ook dient er rente betaald te worden over de verschuldigde rente. Geconcludeerd kan worden dat het behaalde resultaat met de steunmaatregel niet relevant is voor de verschuldigde rente. De steunmaatregel kan tot een hoger rendement hebben geleid dan aan rentekosten betaald moet worden. Ook kan een negatief resultaat worden behaald met de steunmaatregel. Ondanks het negatieve resultaat, dient de steunmaatregel alsnog in haar geheel, inclusief samengestelde rente, terug te worden betaald.

De rente moet, net als de terugvordering van de steunmaatregel worden teruggevorderd, overeenstemmend met de nationaalrechtelijke procedures.

4.3.1 Terugvorderingsmogelijkheden Nederland

In Nederland kan staatssteun op verschillende manieren worden verleend. In de Nederlandse wetgeving is geen regeling opgenomen die terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun terugvordert. Er zal daarom van de verschillende wettelijke regelingen gebruik gemaakt moeten worden om deze staatssteun terug te vorderen. Onder de hierboven genoemde wettelijke regelingen moet onder meer worden verstaan: Awb; BW en de AWR.¹⁴⁰

Fiscaal onrechtmatig verleende staatssteun kan door Nederland worden teruggevorderd op basis van de AWR. Het Havenbedrijf is door de vrijstelling subjectief vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Als Nederland wordt veroordeeld tot terugvordering van de vennootschapsbelasting, kan Nederland de onrechtmatig

¹³⁸ Artikel 11 lid 2 Verordening nr. 794/2004

¹³⁹ A. Gunn in haar noot op het Italiaanse arrest: HvJ EU, 03 september 2014, nr. C-089/14

¹⁴⁰ In deze scriptie gaat het om fiscale staatssteun, zodoende zal er alleen stil worden gestaan bij de terugvordering van fiscale staatssteun.

verleende staatssteun terugvorderen door middel van de navordering.¹⁴¹ Voor een succesvol beroep op de navordering is een ‘nieuw feit’ vereist, ter bescherming van de rechtszekerheid. Navordering kan niet op grond van een feit dat al bekend was bij de inspecteur, dan wel een feit wat redelijkerwijs bekend had kunnen zijn.¹⁴² Volgens A-G Wattel moet het ‘nieuwe feit’-vereiste geen belemmering zijn voor de navordering van onrechtmatig verleende staatssteun: ‘De EG-rechtelijke effectiviteitsregel eist dat nationale beperkingen aan navordering en naheffing, zoals termijnen en het "nieuw feit"-vereiste bij navordering, genegeerd moeten worden voor zover zij niet stroken met de EG-rechtelijke termijnen en criteria’.¹⁴³

Navordering van de VPB kent in Nederland in beginsel een verjaringstermijn van vijf jaar. Ondanks dat navordering slechts vijf jaar teruggevorderd kan worden, hoeft dit geen problematiek voor de terugvordering van onrechtmatige steun op te leveren ouder dan vijf jaren maar jonger dan de voorgeschreven tien jaar.¹⁴⁴ Het is zelfs zo dat er geen beroep op gerechtvaardigd vertrouwen kan worden gedaan na vijf jaar.¹⁴⁵ De procedurele verordening – met tien jaarstermijn - heeft tot gevolg dat de nationale bepaling –met vijf jaarstermijn – niet toepasbaar is en er zodoende ook geen gerechtvaardigd vertrouwen kan ontstaan.

4.3.2 Rente Nederland

Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat het nationale recht de hoogte en de procedures van de verschuldigde rente moet bepalen.¹⁴⁶ Al sinds 2008 is het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun in behandeling bij de Tweede Kamer. De wet is nog niet gepubliceerd in de Staatscourant en is zodoende nog niet van kracht.¹⁴⁷ Met de ingediende wetsvoorstellen zal de nationale wetgeving beter aansluiten op de

¹⁴¹ Artikel 16 AWR

¹⁴² Hierbij wordt voorbij gegaan aan feiten ter kwader trouw.

¹⁴³ P. Wattel in conclusie HR, 30 september, 2005, BNB 2006/187, (ECLI:NL:PHR:2005:AR7735)

¹⁴⁴ R.H.C. Luja, ‘De implementatie van beschikkingen tot terugvordering van staatssteun in het bestuursrecht.’, Nederlands tijdschrift voor Europees Recht, aflevering 10, 2000 p. 248

¹⁴⁵ HvJ EG, 20 september 1990, BUG-Alutechnik, c-5/89, r.o.14

¹⁴⁶ HvJ, 5 juni 2008, Commissie T. Département du Loiret, C-295/07P, r.o. 65

¹⁴⁷ Kamerstukken 31 418, Wet terugvordering staatssteun

terugvorderingsverplichting van rente dan dat dit nu het geval is. Door de toevoeging van *artikel 30l AWR* en *artikel 6:80b Awb* zal er worden afgeweken van nationale bepalingen betreffende renteberekening en zal er aansluiting worden gezocht bij de renteberekening op basis van *artikel 9 lid 1 Verordening nr 794/2004*. Dit hoeft echter niet te betekenen dat terugvordering van de – door de verordening berekende - rente onmogelijk is voor Nederland. De terugvordering van verschuldigde rente zoals deze is vastgelegd in de verordening uit 2004 is een resultaatsverplichting voor de lidstaten. Het Nederlands (belasting)recht biedt genoeg aanknopingspunten om de verschuldigde rente terug te vorderen.¹⁴⁸

4.3 Conclusie gevolgen

De Commissie zal door middel van een terugvorderingsbesluit bepalen dat Nederland de verboden steun terug dient te vorderen conform nationaalrechtelijke procedures. De Nederlandse procedures zijn ingericht om succesvol de verboden staatssteun terug te vorderen. Immers, via de navordering kan de niet betaalde vennootschapsbelasting worden teruggevorderd. Het terugvorderen van de rente hoeft ook niet tot problemen te leiden. Een eventuele boete kan pas na vaststelling van een inbreuk op het gemeenschapsrecht aan Nederland worden opgelegd. De vierde deelvraag moet positief worden beantwoord.

¹⁴⁸ A. Gunn, 'Terugvordering onrechtmatige staatssteun met samengestelde interest niet in strijd met EU-recht', NTFR 2015/3152

Hoofdstuk 5

5.1 Conclusie

Zoals uit de inleiding blijkt, zal in dit onderzoek de volgende hoofdvraag worden beantwoord:

“Is het gerechtvaardigd om de vrijstelling van vennootschapsbelasting van het Havenbedrijf vanaf 1 januari 2017 te laten vervallen?”

Onder gerechtvaardigd wordt alleen begrepen de redenen die de Staatssecretaris heeft aangevoerd om niet langer de vrijstelling voor de zeehavens te houden. Aan de hand van drie deelvragen wordt de hoofdvraag beantwoord.

In de eerdere hoofdstukken zagen we dat er in beginsel vier cumulatieve vereisten waren, waaraan de steunmaatregel moest voldoen. Er waren uitzonderingen, onder meer uitzonderingen gecodificeerd in de wet en verordeningen. Er werd geconcludeerd dat, niet zonder twijfel vastgesteld kan worden dat, de vrijstelling van VPB die verleend wordt aan het Havenbedrijf kwalificeert als verboden staatssteun. Daarnaast blijkt ook dat Nederland mogelijkheden heeft om eventueel verboden staatssteun terug te vorderen van het Havenbedrijf, zonder dat hierbij boetes boven het hoofd van Nederland hangen.

Aan de hand van de hierboven getrokken conclusies moet de hoofdvraag ontkennend worden beantwoord. De aangevoerde rechtvaardigingsgronden door staatssecretaris Wiebes zijn niet voldoende om de vrijstelling van vennootschapsbelasting van het Havenbedrijf vanaf 1 januari 2017 te laten vervallen. Frappant, zeker omdat het kabinet niet ontkent dat een vrijstelling van vennootschapsbelasting noodzakelijk is voor een *level playing field*. De gedachtegang van het kabinet is onnavolgbaar, zeker als de vergelijking met staatssteun op andere gebieden wordt getrokken waarbij het kabinet strijdvaardiger optreedt.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Brief minister van Financiën van 5 november 2015, nr. DB/2015/388, Betreft fiscale behandeling contingent convertibles (coco's)

5.2 Aanbeveling

Het in stand houden van een *level playing field* is belangrijk voor de havenbedrijven. Hierdoor is het belangrijk dat de steunmaatregel ook na 31 december 2016 effectief van kracht is. Omdat het kabinet niet zelf in beroep gaat tegen het besluit van de Commissie, is het noodzakelijk dat de havenbedrijven hun beroep doorzetten. Het is geen uitgemaakte zaak of er wel daadwerkelijk sprake is van verboden staatssteun. Voor de havenbedrijven is het daarnaast ook belangrijk om te weten dat het in beroep gaan bij het Hof van Justitie soms tot onverwachte resultaten kan leiden.¹⁵⁰

“Fiat iustitia, ruat caelum”

¹⁵⁰ D.E. Van Sprundel, ‘Over de tachtigjarige oorlog in de Spanish Tax Lease en andere Spaanse/Nederlandse zee- en veldslagen’, WFR 2015/153

literatuurlijst

Literatuur

- Amfttenbrink, F. en Vedder, H.H.B., 'Recht van de Europese Unie', vijfde druk, Boom juridische uitgevers
- Ipsen, H.P., 'Europäisches Gemeinschaftsrecht', Mohr, 1972
- Luja, R.H.C. Assessment and Recovery of Tax Incentives in the EC and the WTO: A view on State Aids, Trade Subsidies and Direct Taxation, Intersentia, Antwerpen, 2002
- Ringers, J.A., Caland en de betekenis van zijn werk voor Rotterdam, Ad-donker, Rotterdam, 1953
- Scheuing, D.H., Les aides financières publiques, Paris, 1974
- Thiesing, J., 'Komentar zum EWG-Vertrag', 2^e oplage deel 1, Baden-Baden, 1974
- Van der Geld, J., Elswieier. F., Stevens, S., 'Hoofdzaken vennootschapsbelasting. FED Fiscale studieserie 31', Elfde herziene druk, Wolters Kluwer
- Winter, J.A., 'Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht', Kluwer, Deventer, 1981

Officiële publicaties

- Kamerstukken I, 2014/15, 34003, B, 2015/207 Stb
- Kamerstukken II, 2013/14, 29 862, nr. 24
- 'Steunmaatregel SA.39108 (2014/N) – Nederland Regionale-steunkaart 2014-2020', Europese Commissie, C(2014) 6429 Final
- 'Trade Defense, Ensuring a Level playing field'

Fiscale tijdschriften

- Luja, R.H.C., 'De implementatie van beschikkingen tot terugvordering van staatssteun in het bestuursrecht.', Nederland tijdschrift voor Europees Recht
- Van der Pal, D.T., 'Staatssteun en de zeehavenvrijstelling', Maandblad Belasting beschouwingen 2016/05

Van Sprundel, D.E. ‘Over de tachtigjarige oorlog in de Spanish Tax Lease en andere Spaanse/Nederlandse zee- en veldslagen’, WFR 2015/153

Van Sprundel, D.E. en Touw, L.C., ‘Nederland vaart zijn eigen (ram)koers; niet langer het braafste jongetje van de klas’, WFR 2016/31.

Weterings, M.P. en Van der Linden, C.E., ‘Staatssteun in en rondom zeehavens’, WFR 2015/165

Wolffers, B., ‘De gemeenschappelijke eigenschappenbenadering in fiscale staatssteunzaken’, TFB 2015/7

Overige documenten

Brief Europese Commissie, 2 mei 2013, C(2013) 2372 final. Betreft StaatssteunSA.25338.

Brief staatssecretaris van Financiën, 21 mei 2013, nr. DB/2013/231 M, Betreft Overheidsbedrijven vanaf 2016 VPB-plichtig

Brief Staatssecretaris van Financiën, 1 maart 2016, nr. DB/2016/39, betreft: antwoorden op de vragen en opmerkingen over de brief betreffende het informeren van de kamer inzake de mogelijke vennootschapsbelastingplicht voor zeehavens per 1 januari 2017

‘Commissie wil input over functioneren DAEB-regels’, Expertise Centrum Europees Recht, <http://www.minbuza.nl/ecer/nieuws/2010/06/commissie-wil-input-over-functioneren-daeb-regels.html>, bezocht op 8 juli 2016

‘Consultatie concept wetsvoorstel Modernisering vennootschapsbelastingplicht overheidsondernemingen’, Strik, S.A.W.J., https://www.bakertillyberk.nl/1908718/2014_05_12_-_NOB_commentaar_consultatie_modernisering_vennootschapsbelastingplicht_ove_rheidsondernemingen.pdf?v=0, bezocht op 8 juli 2016

‘De haven van Rotterdam’, MKB-mainports, www.mkb-mainports.hva.nl, bezocht op 1 juli 2016

‘Ensuring a level playing field for KETs’, Europese Commissie, http://ec.europa.eu/growth/industry/key-enabling-technologies/eu-actions/level-playing-field/index_en.htm, bezocht op 8 juli 2016

‘Handreiking diensten van algemeen economisch belang en staatssteun’, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

‘Haven in cijfers. Een schat aan informatie. make it happen’, Port of Rotterdam, www.portofrotterdam.com, bezocht op 13 juni 2016

‘Havenbedrijven in beroep tegen besluit Europese Commissie over belastingen’, ANP, <http://www.nu.nl/economie/4231891/havenbedrijven-in-beroep-besluit-europese-commissie-belastingen.html?redirect=1>, bezocht op 8 juli 2016

Jaarverslag 2015, Port of Rotterdam

‘Maritime ports freight and passenger statistics’, Eurostat, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Maritime_ports_freight_and_passenger_statistics#Rotterdam.2C_Antwe, bezocht op 13 juni 2016, bezocht op 8 juli 2016

‘Rotterdamse haven gaat zelf treinverbinding opzetten’, ANP, <http://www.nu.nl/ondernemen/4046269/rotterdamse-haven-gaat-zelf-treinverbinding-opzetten.html>, bezocht op 8 juli 2016

‘Sector specific rules’, Europese Commissie, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/specific_rules.html, bezocht op 16 mei 2016

‘State aid: Commission adopts three decisions requiring taxation of ports in the Netherlands, Belgium and France’, Europese Commissie www.europa.eu/rapid/press-release_IP-16-124_en.htm?locale=en, bezocht op 8 juli 2016

Bijlage

TOP 20 CONTAINER HAVENS VAN EUROPA, 2015 - 2013

			2015	2014	2013
1	Rotterdam	Nederland	12.235	12.298	11.621
2	Antwerpen	België	9.654	8.978	8.578
3	Hamburg	Duitsland	8.821	9.729	9.257
4	Bremerhaven	Duitsland	5.547	5.796	5.831
5	Valencia	Spanje	4.615	4.442	4.328
6	Algeciras	Spanje	4.516	4.555	4.343
7	Felixstowe ¹⁾	Verenigd Koninkrijk	3.984	4.072	3.500
8	Piraeus	Griekenland	3.287	3.585	3.163
9	Ambarli/Istanbul	Turkije	3.080	3.600	3.378
10	Marsaxlokk	Malta	3.064	2.869	2.745
11	Le Havre	Frankrijk	2.559	2.550	2.486
12	Gioia Tauro	Italië	2.550	2.970	3.100
13	Genua	Italië	2.243	2.173	1.988
14	Southampton ¹⁾	Verenigd Koninkrijk	2.108	1.895	1.488
15	St. Petersburg	Rusland	1.984	2.382	2.578
16	Barcelona	Spanje	1.965	1.894	1.722
17	Zeebrugge	België	1.569	2.047	2.027
18	Mersin	Turkije	1.470	1.500	1.380
19	Sines	Portugal	1.332	1.228	931
20	La Spezia	Italië	1.300	1.303	1.300

Eenheid: aantal x 1.000 TEU (Twenty-Foot Equivalent Units)

Bron: Havenautoriteiten

¹⁾ Inschatting op basis van Units, inclusief Ro-Ro (Ministerie van Transport);

bijlage 2

TOP 20 HAVENS VAN EUROPA, 2015 - 2013

			2015	2014	2013
1	Rotterdam	Nederland	466,4	444,7	440,5
2	Antwerpen	België	208,4	199,0	190,8
3	Hamburg	Duitsland	137,8	145,7	139,0
4	Novorossiysk	Rusland	128,4	122,3	112,9
5	Amsterdam	Nederland	96,5	97,8	95,8
6	Algeciras	Spanje	91,9	88,1	85,9
7	Ust-Luga	Rusland	87,9	75,7	62,6
8	Marseille	Frankrijk	81,7	78,5	80,0
9	Bremerhaven	Duitsland	73,4	78,3	78,8
10	Valencia	Spanje	70,1	67,5	64,6
11	Le Havre	Frankrijk	68,3	66,9	67,2
12	Primorsk	Rusland	59,6	53,7	63,8
13	Grimsby/Immingham *)	Verenigd Koninkrijk	58,3	59,4	60,2
14	Trieste	Italië	57,2	57,1	56,6
15	Constantza	Roemenië	56,3	55,6	55,1
16	St. Petersburg	Rusland	51,5	61,2	58,0
17	Genua	Italië	50,2	51,0	48,5
18	Duinkerken	Frankrijk	46,6	47,1	43,6
19	Barcelona	Spanje	45,9	45,3	41,5
20	Londen	Verenigd Koninkrijk	45,4	44,5	43,2

Bron: Havenautoriteiten

Eenheid: bruto gewicht x 1 miljoen metrische tonnen

*) 2015 voorlopige cijfers