

Een gelijk speelveld voor EU-ondernemingen?

De staatssteunregeling in de handels- en samenwerkingsovereenkomst tussen de EU en het VK

Mr. C.T. Dekker*

In de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst tussen de EU en het VK beoogt de EU met afspraken over subsidiecontrole de vervalsing van concurrentie door subsidies aan Britse ondernemingen tegen te gaan. In deze bijdrage wordt nagegaan in hoeverre de afspraken tussen de EU en het VK¹ inderdaad voorzien in een regime in het VK dat op het gebied van – in EU-terminen – staatssteun een gelijk speelveld waarborgt en wat kan worden ondernomen tegen steunverlening die in strijd met de gemaakte afspraken verstrekt wordt.² Daarbij zal ook de ‘Subsidy Control Bill’ (SCB)³ – het op 30 juni 2021 bij het ‘House of Commons’ ingediende wetsvoorstel voor een ‘Subsidy Control Act’ – in de beschouwing worden meegenomen.

Handels- en Samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, enerzijds, en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, anderzijds, ondertekend op 24 december 2020 (PbEU 2021, L 149/10).

Inleiding

Een van de heikele punten bij de uittreding van het Verenigd Koninkrijk (VK) uit de Europese Unie (EU) betrof – en betreft – de mogelijkheid die het VK zou

hebben met de door Brexit nagestreefde en herwonnen soevereiniteit om met staatssteun de concurrentie op de EU-markt te vervalsen, wanneer ondernemingen uit het VK vrijelijk toegang zouden krijgen tot die EU-markt. De geografische nabijheid van het VK ten opzichte van de interne markt werd daarbij als extra bedreiging gevoeld.⁴ In de richtsnoeren die de Europese Raad vaststelde met het oog op het openen van de onderhandelingen over het kader voor de toekomstige betrekkingen tussen de EU en het VK, stelde de Europese Raad dan ook vast dat ‘the future relationship will only deliver in a mutually satisfactory way if it includes robust guarantees which ensure a level playing field’. Dit vereist een combinatie van materiële regels die op EU- en internationale normen zijn afgestemd, adequate mechanismen om een effectieve binnenlandse toepassing te waarborgen, handhavings- en geschillenbeslechtsmechanismen en autonome rechtsmiddelen van de Unie, aldus de Europese Raad.⁵

In deze bijdrage wordt nagegaan in hoeverre de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst tussen de EU en het VK⁶ (hierna, naar de Engelse afkorting van ‘Trade and Cooperation Agreement’, aangeduid als TCA), inderdaad voorziet in een regime in het VK dat op het gebied van – in EU-terminen – staatssteun een gelijk speelveld waarborgt en wat kan worden ondernomen tegen steunverlening die in strijd met de TCA verstrekt

* Mr. C.T. (Cees) Dekker is advocaat en partner bij Nysingh advocaten-notarissen te Utrecht en redactielid van dit tijdschrift.

1. Handels- en Samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, enerzijds, en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, anderzijds, ondertekend op 24 december 2020 (PbEU 2021, L 149/10).
2. Ik concentreer mij hierbij op de directe mogelijkheden die voor ondernemingen bestaan om tegen subsidies op te komen en laat de mogelijkheid van de EU om tot corrigerende maatregelen tegen het VK over te gaan buiten beschouwing.
3. <https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-02/0135/210135.pdf> (geraadpleegd op 7 augustus 2021).

4. Zie de Richtsnoeren van de Europese Raad, vastgesteld op 23 maart 2018, punt 12, www.consilium.europa.eu/media/33458/23-euco-art50-guidelines.pdf (geraadpleegd op 7 augustus 2021).

5. Richtsnoeren van de Europese Raad, punt 12. Zie overigens ook punt 9 van de Preambule van de TCA.

6. Handels- en Samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, enerzijds, en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, anderzijds, ondertekend op 24 december 2020 (PbEU 2021, L 149/10).

wordt.⁷ Daarbij zal ook de ‘Subsidy Control Bill’ (SCB)⁸ – het op 30 juni 2021 bij het ‘House of Commons’ ingediende wetsvoorstel voor een ‘Subsidy Control Act’ – in de beschouwing worden meegenomen, omdat we zullen zien dat de TCA op bepaalde punten veel ruimte laat voor interpretatie en het nuttig is om te bezien hoe het VK de uitvoering van de TCA op die punten vooralsnog voor zich ziet.

In de TCA wordt de term ‘staatssteun’ niet gebruikt, maar wordt gesproken van ‘subsidie’. Hierna zal eerst het subsidieregime in de TCA worden besproken, waar nuttig of nodig met verwijzingen naar de SCB. Vervolgens zal worden ingegaan op de mogelijkheid voor ondernemingen (en wellicht ook overheden) om op te komen tegen subsidieverlening die in strijd met de TCA plaatsvindt. Ik beperk mij in de bespreking tot het algemene begrip subsidie en de algemene bepalingen inzake subsidiecontrole in de TCA. Ik ga niet in op specifieke bepalingen inzake subsidies in belastingmaatregelen of specifieke bepalingen voor sectoren of op het gebied van milieubescherming, noch op de bepalingen inzake diensten van algemeen economisch belang.⁹

Het begrip subsidie in de TCA

De bepalingen inzake de subsidiecontrole zijn ondergebracht in Deel Twee, Rubriek Een, Titel XI van de TCA, inzake een gelijk speelveld voor open en eerlijke mededinging en duurzame ontwikkeling. Hoofdstuk 3 van die titel bevat de specifieke bepalingen over subsidiecontrole. Deze bepalingen zijn niet van toepassing op subsidies voor de landbouwsector, op subsidies betreffende de handel in vis en visserijproducten, noch op subsidies met betrekking tot de audiovisuele sector. Onder subsidie wordt een financiële bijstand verstaan die

1. afkomstig is uit de middelen van de Partijen;¹⁰
2. een economisch voordeel verleent aan een of meer marktdeelnemers;
3. specifiek is voor zover de steun, in feite of in rechte, bepaalde marktdeelnemers ten opzichte van andere bevoordeelt met betrekking tot de productie van bepaalde goederen of diensten; en
4. een effect op het handelsverkeer of de investeringen tussen de Partijen heeft of kan hebben.¹¹

7. Ik concentreer mij hierbij op de directe mogelijkheden die voor ondernemingen bestaan om tegen subsidies op te komen en bespreek de mogelijkheid van de EU om tot corrigerende maatregelen tegen het VK over te gaan zeer summier.

8. <https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-02/0135/210135.pdf> (geraadpleegd op 7 augustus 2021). Of de wet conform het voorstel wordt aangenomen moet nog worden afgewacht. Ten tijde van het schrijven van dit artikel waren er nog geen aanwijzingen of dat wel of niet verwacht kan worden. De regering van Wales uitte in elk geval al wel *serious concerns*: <https://gov.wales/written-statement-subsidy-control-bill-2021> (geraadpleegd 2 augustus 2021).

9. Art. 365 TCA.

10. Waar in dit artikel gesproken wordt van ‘Partijen’, wordt, zoals in de TCA zelf, bedoeld op het VK en de EU.

11. Art. 363 lid 1 TCA.

Onder financiële bijstand afkomstig uit de middelen van Partijen wordt volgens artikel 363 lid 2 TCA, in elk geval ook verstaan:

- een rechtstreekse of voorwaardelijke overdracht van fondsen zoals rechtstreekse subsidies, leningen of leninggaranties;
- het niet-innen van anderszins verschuldigde inkomsten; of
- de verstrekking van goederen of diensten of de aankoop van goederen of diensten.

Een ‘marktdeelnemer’ wordt gedefinieerd als een entiteit of een groep entiteiten die één enkele economische eenheid vormt, ongeacht de rechtsvorm daarvan, en die een economische activiteit uitoefent door goederen of diensten op een markt aan te bieden.¹² Deze definitie komt overeen met de definitie van het begrip ‘onderneming’, zoals het Hof van Justitie dat gebruikt in het kader van het mededingingsrecht.¹³

Anders dan in artikel 107 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) wordt in artikel 363 TCA het element ‘specificiteit (of in staatssteuntermen: ‘selectiviteit’) nader uitgewerkt in relatie tot belastingmaatregelen. Net als in het Unierecht wordt de specificiteit bepaald aan de hand van (een voordeel ten opzichte van) het normale belastingstelsel. De definitie van dit normale belastingstelsel lijkt (in elk geval in grote lijnen) overeen te komen met de jurisprudentie van de Unierechter ten aanzien van referentiestelsels.¹⁴

Hoewel, zoals gezegd, de begrippen ‘staatssteun’ of ‘steunmaatregel’ en het begrip ‘onderneming’ in de TCA niet worden gebruikt, herkennen wij in de besproken elementen van de definitie van het begrip ‘subsidie’ de ‘staatsmiddelen’, het voordeelcriterium, het begrip ‘onderneming’, het selectiviteitscriterium en het criterium van de (potentiële) beïnvloeding van het handelsverkeer uit artikel 107 lid 1 VWEU.

Ondanks de duidelijke oriëntatie van het begrip ‘subsidie’ op het begrip ‘staatssteun’ uit het VWEU, roept de definiëring in de TCA toch verschillende vragen op.

De eerste vraag is of onder ‘middelen van de Partijen’ ook de middelen van regionale en lokale organen zoals gemeenten, provincies, enzovoort vallen. De TCA bepaalt dat niet expliciet. Indien het subsidiebepaling geen betrekking zou hebben op het gedrag van lokale en regionale instanties zou dat de bepalingen inzake subsidies grotendeels inhoudsloos maken en zouden die bepalingen gemakkelijk omzeild kunnen worden. Dat pleit ervoor ‘Partijen’ aldus uit te leggen dat daar in verband van artikel 363 e.v. TCA ook lagere overheden onder vallen. Uit artikel 6 juncto 12 SCB blijkt dat het VK in elk geval lagere overheden onder de reikwijdte van het Subsidy Control-regime brengt.

12. Art. 363 lid 1 TCA.

13. Zie onder andere HvJ 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 t/m C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (*Pavel Pavlov e.a./Stichting Pensioenfondsen Medische Specialisten*), punt 74.

14. Zie bijvoorbeeld HvJ 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416 (*België en Forum 187 vzw/Commis-sie*), punt 95.

Voorts rijst de vraag of subsidies die worden verleend via ondernemingen die door overheidsinstanties worden gecontroleerd, welke in het staatssteunrecht aan de overheid kunnen worden toegerekend indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan,¹⁵ onder de subsidiecontrolebepalingen van de TCA vallen. De TCA zegt daar niets over. Niettemin lijkt de SCB wat dat betreft aan te sluiten op de Unierechtelijke jurisprudentie.¹⁶ In artikel 2 lid 3 SCB wordt bepaald dat de financiële bijstand die wordt gegeven door een (rechts)persoon die geen overheidsorgaan is, moet worden beschouwd als een financiële bijstand vanuit publieke middelen ‘if the involvement of a public authority in the decision to give financial assistance is such that the decision is, in substance, the decision of the public authority’. Bij de vraag of sprake is van betrokkenheid in de zin van lid 3 worden met name in aanmerking genomen het toezicht dat door het overheidsorgaan over de (rechts)persoon wordt uitgeoefend en de relatie tussen die (rechts)persoon en het overheidsorgaan.¹⁷ Dit niet erg precies geformuleerde uitleggingskader lijkt de Britse rechter meer ruimte te geven om aan te nemen dat geen sprake is van steun die aan de overheid kan worden toegerekend dan het geval is bij de toepassing van de Europese staatssteunregels.

Ook wat betreft de categorieën van mogelijke begunstigen die onder het begrip subsidie vallen, is het de vraag of dit op het eerste gezicht gelijke element van de definitie op eenzelfde manier wordt uitgelegd als in het Unierecht. De term ‘marktdeelnemer’ wordt gedefinieerd als een entiteit (of een groep entiteiten) die één enkele economische eenheid vormt, ongeacht haar rechtsvorm, die een economische activiteit uitoefent door goederen of diensten op een markt aan te bieden. Het lijkt erop dat dit begrip hetzelfde inhoudt als het begrip onderneming in artikel 107 lid 1 VWEU, maar afgewacht moet worden hoe ‘op een markt’ door de Britse rechter zal worden uitgelegd. De SCB geeft hiervoor geen nadere aanwijzingen aan de rechter.

Het volgende element dat de aandacht trekt, is ‘economisch voordeel’. De TCA bepaalt niet wanneer sprake is van een economisch voordeel. Daarin wijkt de TCA niet af van artikel 107 lid 1 VWEU, dat immers ook niet specificiert wanneer een (economisch) voordeel aan de orde is. Tegen de achtergrond van het gelijk speelveld-karakter van dit deel van de TCA kan wellicht worden aangenomen dat ‘voordeel’ als hier bedoeld moet worden uitgelegd als een voordeel dat een onderneming onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen op dezelfde wijze als het begrip voordeel in artikel 107 lid 1 VWEU. Hoe dan ook lijkt in artikel 3 lid 2 SCB te worden aangesloten op de uitleg van het begrip ‘voordeel’ zoals die door het Hof van Justitie wordt gehanteerd.¹⁸

De SCB heeft het namelijk over een voordeel dat ‘... is provided on terms that are more favourable to the enterprise than the terms that might reasonably have been expected to have been available on the market to the enterprise’. Of die terminologie daadwerkelijk tot dezelfde (interpretatie) uitkomst zal leiden en wat hierbij de bewijsmaatstaf zal zijn, moet worden gezien. Voorts is het nog de vraag of de SCB zo zal worden uitgelegd dat ook het in het staatssteunrecht gehanteerde *market economy operator principle*¹⁹ zal worden gehanteerd als bepalend voor de vraag of sprake is van een voordeel. De Explanatory Notes bij de SCB lijken dit wel te suggereren waar wordt gesteld: ‘For example, a loan would not be considered to confer an economic advantage to an enterprise if that loan might have been provided by a bank on the same terms.’ Maar verzekerd is dit niet.

Wat het ‘specificiteitscriterium’ betreft, merk ik op dat dit lijkt overeen te komen met het selectiviteitscriterium van artikel 107 lid 1 VWEU. Enerzijds wordt in artikel 2 lid 1 onder c SCB aangesloten bij de bewoordingen van artikel 363 lid 1 onder b sub iii TCA. Anderzijds bepaalt artikel 4 lid 2 SCB dat financiële bijstand niet als specifiek wordt gezien ‘... if the distinction in the treatment of enterprises is justified by principles inherent to the design of the arrangements of which that financial assistance is part’.²⁰ De toelichting op dit artikellid geeft hierbij het voorbeeld van een heffing voor milieudoel-einden waarbij een gedifferentieerde behandeling voor bepaalde goederen of diensten wordt gerechtvaardigd door het met de heffing nagestreefde doel. Indien artikel 4 lid 2 SCB inderdaad beperkt is tot situaties waarin lasten differentiëren naarmate van de ongelijkheid van de te belasten activiteiten of situaties, verschilt deze benadering mijns inziens niet van die in de EU.²¹

Ten slotte is het de vraag wanneer sprake is van een ‘effect op het handelsverkeer of de investeringen tussen de Partijen’. Het gaat hier vooral om de vraag of de lage drempels die het Hof van Justitie hanteert, zullen worden toegepast, of dat de drempel die moet worden overschreden voordat een (mogelijk) effect op het handelsverkeer mag worden aangenomen, hoger zal zijn. Denk aan het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Eventech*, betreffende de praktijk om Londense *black cabs* toe te staan busstroken te gebruiken, terwijl het minicabs werd verboden deze stroken te gebruiken, in welke zaak het Hof van Justitie oordeelde:

‘In het hoofdgeding kan in het bijzonder niet worden uitgesloten dat het busbanenbeleid het voor [minicabs] minder aantrekkelijk maakt om diensten aan te bieden in Londen, waardoor de kansen voor onderne-

15. Zie bijvoorbeeld: HvJ 16 mei 2002, zaak C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294 (*Frankrijk/Commissie (Stardust Marine)*).

16. Zoals bijvoorbeeld in HvJ 6 mei 2002, zaak C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294 (*Frankrijk/Commissie (Stardust Marine)*).

17. Art. 2 lid 4 SCB.

18. Zie bijvoorbeeld HvJ 9 april 1999, zaak C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210 (*Spanje/Commissie*), punt 41.

19. Kort gezegd inhoudend dat de overheid zich in transacties met ondernemingen moet gedragen zoals een private, op winst gerichte onderneming zou doen, wil er geen sprake zijn van een bevoordeling in de zin van art. 107 lid 1 VWEU.

20. Art. 3 lid 2 SCB.

21. Zie bijvoorbeeld HvJ 14 april 2016, zaak C-100/15P, ECLI:EU:C:2016:254 (*Netherlands Maritime Technology Association*), punt 79.

mingen uit andere lidstaten om tot deze markt toe te treden, slinken.²²

De SCB bevat geen nadere invulling van dit criterium. Wanneer we kijken naar de ondergrens in het Unierecht – die van de de-minimisverordening – kunnen we in elk geval vaststellen dat de ondergrens in de TCA hoger ligt. Daar waar het algemene de-minimisplafond op € 200.000 per drie belastingjaren ligt,²³ zijn de bepalingen inzake subsidies in de TCA pas van toepassing wanneer de subsidie meer bedraagt dan 325.000 bijzondere trekkingsrechten (op 3 augustus 2021 was dit gelijk aan € 391.004) over een periode van drie belastingjaren.²⁴ Voor de landbouw- en transportsector gelden geen lagere de-minimis bedragen. Vanuit de gelijk speelveldgedachte kan er op grond van het bepaalde in de TCA dan ook voor worden gepleit de de-minimisdrempel in het EU-staatssteunrecht te verhogen.

Systematiek – toegestane subsidies

Zoals bekend geldt als hoofdregel in het Unierecht dat staatssteun (ongeacht in welke vorm en voor welke sector) onverenigbaar is met de interne markt (en dus niet is toegestaan), tenzij een van de uitzonderingen, neergelegd in artikel 106 en artikel 107 lid 2 en 3 VWEU of in een van de vrijstellingsverordeningen, van toepassing is. Bovendien geldt in het Unierecht een *ex-antetoetsing* van steunmaatregelen, waarbij steunmaatregelen voor de invoering ervan moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie.²⁵ De TCA kent een ander systeem.

Er geldt geen algemeen verbod, maar artikel 367 TCA wijst expliciet een aantal categorieën van subsidies aan die verboden zijn.²⁶ Het betreft hier met name:

- subsidies van een garantie voor schulden of verplichtingen zonder enige beperking wat het bedrag

van die schulden of verplichtingen of de duur van die garantie betreft;

- subsidies voor de herstructurering van een noodlijdende of insolvente marktdeelnemer zonder dat de marktdeelnemer een geloofwaardig herstructureeringsplan heeft;
- subsidies die van exportprestaties met betrekking tot goederen of diensten afhankelijk zijn;
- subsidies die afhankelijk zijn van het gebruik van binnenlandse in plaats van ingevoerde goederen of diensten;
- subsidies aan luchtvaartmaatschappijen voor de exploitatie van routes.

Deze verboden gelden ingevolge artikel 366 lid 2 TCA alleen indien subsidies een substantieel effect op het handelsverkeer of de investeringen tussen de Partijen hebben of kunnen hebben. Dit leidt tot het volgende beeld. Er is pas sprake van een subsidie in de zin van de TCA indien die subsidie een effect op het handelsverkeer of de investeringen tussen de Partijen heeft of kan hebben. In dat geval dienen de hierna te bespreken beginselen bij de subsidieverlening te worden toegepast, om te voorkomen dat de subsidie een substantieel effect op het handelsverkeer kan hebben. Wanneer echter de subsidie een *substantieel* effect op het handelsverkeer of de investeringen tussen de Partijen heeft of kan hebben, geldt een aantal verboden (die hiervoor genoemd zijn). In de TCA is niet vastgelegd wanneer een (potentieel) effect op het handelsverkeer of de investeringen overgaat in een (potentieel) *substantieel* effect op het handelsverkeer of de investeringen. De TCA lijkt hiermee dus minder streng dan het staatssteunregime. Dit lijkt voor de praktijk geen probleem te vormen, aangezien artikel 366 lid 3 TCA bepaalt dat ‘elke Partij ervoor zorgt dat de verplichtingen uit hoofde van de leden 1 en 2 zo in haar wetgeving worden omgezet dat de rechtmatigheid van een individuele subsidie wordt bepaald door de beginselen’. Bovendien wordt in de SCB bij de verboden subsidies (art. 15-18 SCB) niet gesteld dat die verboden alleen maar van toepassing zijn als het mogelijke effect op het handelsverkeer substantieel is.

De TCA kent geen equivalent van artikel 107 lid 2 en 3 VWEU, althans in de vorm van een uitzondering op een algemeen verbod. De beginselen die in acht moeten worden genomen bij het verstrekken van subsidies doen echter denken aan de voorwaarden die worden gesteld ten aanzien van verenigbare steun.

De beginselen, die in artikel 366 lid 1 TCA zijn vastgelegd, luiden als volgt:

- de subsidies beantwoorden aan een specifieke beleidsdoelstelling om een geconstateerd marktfalen te verhelpen of een billijkheidsbeginsel, zoals sociale moeilijkheden of distributieproblemen, aan te pakken (‘de doelstelling’);
- de subsidies staan in verhouding tot en blijven beperkt tot wat noodzakelijk is om de doelstelling te verwezenlijken;
- de subsidies zijn bedoeld om een wijziging in het economisch gedrag van de begunstigde teweeg te brengen.

22. HvJ 14 januari 2015, zaak C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 (*Eventech*), punt 70.

23. Art. 3 lid 2 Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun (*PbEU* 2013, L 352/1).

24. Art. 364 lid 4 TCA. Voor subsidies ten behoeve van de uitvoering van diensten van algemeen economisch belang ligt de drempel op 750.000 bijzondere trekkingsrechten (op 3 augustus € 902,424). Zie art. 365 lid 3 TCA.

25. De groepsvrijstellingen zoals de Algemene Groepsvrijstellingsverordening 651/2014 (*PbEU* 2014, L 187/1) maakt dat niet anders. Door vooraf te bepalen dat steunmaatregelen die aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling voldoen niet ter verenigbaarverklaring behoeven te worden aangemeld, zijn deze steunmaatregelen reeds *ex ante* verenigbaar verklaard zonder aanmelding.

26. Alle categorieën kennen nadere voorwaarden en uitzonderingen. Art. 367 TCA noemt, in lid 14, ook subsidies voor het tot stand brengen van een veilig, betaalbaar en duurzaam energiestelsel en een goed functionerende en concurrerende energiemarkt, of op het naar een hoger niveau tillen van milieubescherming, maar dat artikellid geeft juist aan dat dergelijke subsidies wel zijn toegestaan (mits zij het ‘de vervuiler betaalt’-beginsel in acht nemen) en past dus niet echt in de opsomming van verboden subsidies.

- brenge die bevorderlijk is voor het bereiken van de doelstelling en die zonder de subsidies niet zou plaatsvinden;
- d. de subsidies mogen geen gewone compensatie vormen voor kosten die de begunstigde zonder enige subsidie zou hebben gefinancierd;
 - e. de subsidies zijn een geschikt beleidsinstrument om een beleidsdoelstelling te verwezenlijken en die doelstelling kan niet met andere, minder versturende middelen worden bereikt;
 - f. de subsidies leveren een positieve bijdrage aan de verwezenlijking van de doelstelling die opweegt tegen eventuele negatieve effecten, met name de negatieve effecten op het handelsverkeer of de investeringen tussen de Partijen.

We herkennen hierin de uitgangspunten die ook de Europese Commissie hanteert bij de beoordeling van de verenigbaarheid van steun.

De in (a) en (d) neergelegde beginselen zien we ook terug in de Unierechtelijke staatssteunpraktijk. Dat staatssteun een marktfalen moet verhelpen en ‘gericht’ moet zijn maakt ook deel uit van de beoordeling van de Commissie zoals die al is vastgelegd in het Actieplan Staatssteun.²⁷

Beginsel (b) weerspiegelt het evenredigheidsvereiste dat de Commissie hanteert wanneer zij steunmaatregelen op hun verenigbaarheid beoordeelt (zie ook overweging 5 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV)). Hetzelfde geldt voor het stimulerend effect dat is vastgelegd in beginsel (c), noodzakelijkheidsvereiste en het beginsel dat subsidies passend moeten zijn (beginsel (e)), die ook zijn neergelegd in overweging 5 van de AGVV.

Wat beginsel (f) betreft, moet worden opgemerkt dat dit beginsel de afwegingstoets van artikel 107 lid 3 onder c en d VWEU weerspiegelt (‘mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad’).

In zekere zin vinden we het equivalent van artikel 107 lid 2 VWEU terug in artikel 364 lid 1 en 2 TCA. In artikel 364 lid 1 TCA is bepaald dat artikel 366 TCA (inzake de bij subsidieverlening te hanteren beginselen), artikel 367 TCA (verboden subsidies) en artikel 374 TCA (inzake corrigerende maatregelen) niet van toepassing zijn op subsidies ter compensatie van schade die is veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone, niet aan de economie gerelateerde gebeurtenissen. Voorts bepaalt artikel 364 lid 2 TCA dat ‘niets in dit hoofdstuk belet de Partijen subsidies van sociale aard aan eindgebruikers te verlenen’. Met andere woorden: de beperkingen die ten aanzien van subsidieverlening gelden, gelden niet voor dergelijke subsidies.

Artikel 364 lid 3 TCA bepaalt dat artikel 367 TCA (verboden subsidies) en artikel 374 (corrigerende maatregelen) niet van toepassing zijn op subsidies die tijdelijk worden verleend als reactie op een nationale of wereldwijde economische noodsituatie. Zij moeten wel doelgericht, evenredig en doeltreffend zijn om die noodsituatie te verhelpen. Deze categorie subsidies zou in het staatssteunregime van de EU eerder binnen het toepassingsgebied van artikel 107 lid 3 VWEU vallen, hoewel de afweging van positieve en negatieve effecten niet in artikel 364 lid 3 TCA is opgenomen en in zoverre dus weer afwijkt van de verenigbaarheidstoets op basis van artikel 107 lid 3 VWEU. Wanneer sprake is van een nationale of wereldwijde economische noodsituatie, bepaalt de TCA niet.

Controlesysteem

De TCA schrijft, zoals gezegd, geen systeem voor van voorafgaande aanmelding en ex-antetoezicht op subsidies. Artikel 366 lid 3 TCA laat het aan elke Partij over in haar eigen binnenlandse wetgeving haar subsidiecontrolesysteem vorm te geven, op voorwaarde dat elke Partij ervoor zorgt dat die verplichtingen zo in haar wetgeving worden omgezet dat de rechtmatigheid van een individuele subsidie wordt bepaald door de hiervoor genoemde beginselen.

In de SCB is dienaangaande bepaald dat de subsidieverstrekende instantie (*public authority*) voordat zij een subsidie verstrekt of een steunregeling maakt, de beginselen (die zijn neergelegd in *Schedule 1* van de SCB) in aanmerking neemt en geen subsidie verstrekt of een subsidieregeling maakt die niet in overeenstemming is met de beginselen.²⁸ Aangezien de beide huizen van het Britse parlement in het kader van de SCB geen *public authority* vormen, gelden de voorschriften inzake subsidiebesluiten (en het hanteren van de beginselen) op grond van de SCB niet voor primaire wetgeving (*Acts of Parliament*).²⁹ Artikel 78 juncto *Schedule 3* bij de SCB geven wel bepalingen voor de handelingen van de parlementen van Schotland, Wales en Noord-Ierland. Voor primaire wetgeving van het Britse parlement geldt alleen de verplichting de subsidie in de landelijke database te vermelden. Het is niet mogelijk om op grond van de SCB de geldigheid van primaire wetgeving aan te vechten; de Competition Appeal Tribunal (CAT) is niet bevoegd die wetgeving te toetsen aan de SCB. Primaire wetgeving kan in het VK niet getoetst worden aan verdragen.³⁰ Vanuit Brits staatsrecht gezien is dit wellicht te begrijpen, maar dit maakt wel dat subsidies die vervat zijn in primaire wetgeving en die niet in overeenstemming zijn met de TCA, niet voor de Britse rechter kun-

27. Zie COM(2005)107 def., bijv. p. 7, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005DC0107&from=EN> (geraadpleegd op 7 augustus 2021). Zie ook punt 12 van het Moderniseringsplan Staatssteun, COM(2012)209 def., <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0209:FIN:NL:PDF> (geraadpleegd op 7 augustus 2021).

28. Zie art. 12 lid 1 (subsidies) en lid 3 (subsidierelingen) SCB.

29. Art. 6 lid 1 SCB.

30. Zie bijvoorbeeld A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londen: Palgrave Macmillan 1979, p. 39-40.

nen worden aangevochten.³¹ Hier is dan ook alleen de *remedie* mogelijk van corrigerende maatregelen, te nemen door de EU, op grond van artikel 374 TCA. Verwacht mag worden dat die corrigerende maatregelen, indien gedacht wordt aan *countervailing duties*, die bijvoorbeeld in het kader van *anti-subsidy* maatregelen kunnen worden opgelegd, niet door de EU zullen worden genomen bij geringe effecten op de EU als geheel, terwijl de subsidies toch voor individuele ondernemingen wel een groot negatief effect kunnen hebben. Dergelijke maatregelen zijn mogelijk al snel nog verstorerder voor de handel. Zou de Commissie bereid zijn ook kleinschaliger corrigerende maatregelen in te zetten, gericht op specifiek bevoordeelde ondernemingen, dan is het instrument van die corrigerende maatregelen mogelijk effectiever in het belang van specifieke benadeelde EU-ondernemingen te gebruiken. Hierbij valt te denken aan de op de begunstigde onderneming(en) gerichte maatregelen die genoemd worden in het voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende buitenlandse subsidies die de interne markt verstoren.³² Vooral nog heb ik echter mijn vraagtekens bij de inzet van de corrigerende maatregelen indien een enkele concurrent in de EU last heeft van aan een Britse onderneming verstrekte steun, die zij niet kan aanvechten voor de Britse rechter.

De beginselen van Schedule 1 van de SCB komen overeen met de hiervoor reeds besproken beginselen die zijn neergelegd in artikel 366 lid 1 TCA. Van belang is dus dat ook een afweging zal moeten worden gemaakt tussen de positieve effecten van de subsidie en de negatieve effecten op het internationale handelsverkeer en op internationale investeringen. De ‘mededinging’ op de markt van een van de Partijen – waaronder dus de EU – is niet genoemd als mee te wegen factor. Of dit daadwerkelijk tot verstoringen van de mededinging op de interne markt kan leiden hangt ook af van de uitleg van de Britse rechter van wat een negatief effect op het internationale handelsverkeer is. Zou de Britse rechter dat net zo uitleggen als het Hof van Justitie, namelijk in die zin dat een vergroting of verlegging van het handelsverkeer in dit kader ook relevant is, dan lijkt de schade voor het gelijk speelveld van het ontbreken van de factor ‘mededinging’ in dit verband niet zo groot.³³

Het is dus de subsidieverstrekende instantie zelf die moet beoordelen of de door haar te verstrekken subsidie in overeenstemming is met de beginselen. De instantie kan echter voorafgaand aan de verstrekking de subsidie of subsidieregeling ter raadpleging voorleggen aan de Competition and Markets Authority (CMA), de reeds bestaande Britse mededingingsautoriteit.³⁴ Voor subsidies of subsidieregelingen van bijzonder belang (*subsidy*, *subsidy scheme* of *particular interest*) is de instantie ver-

plicht de CMA voorafgaand te raadplegen.³⁵ Wat subsidies of subsidieregelingen ‘van bijzonder belang’ zijn, zal in nadere regelgeving worden bepaald. Het bijzondere belang zal moeten zitten in de omvang van de steun en/of in de sectoren.³⁶

Met de rol voor de CMA voldoet het VK aan de verplichting van de TCA dat elke Partij een operationeel onafhankelijke autoriteit of instantie opricht of in stand houdt, ‘met een passende rol in haar subsidiecontrole-regeling’.³⁷ Over wat een ‘passende rol’ is, laat de TCA zich niet uit.

Anders dan bij de beoordeling door de Europese Commissie geeft de CMA geen toestemming voor de subsidie (of weigert deze), maar geeft zij een niet-bindend advies, bijvoorbeeld over hoe de toetsing aan de beginselen verbeterd kan worden of daarmee in overeenstemming kan worden gebracht. De SCB voorziet niet in een mogelijkheid voor belanghebbende derde partijen (concurrenten) om zich te mengen in de procedure voor de beoordeling door de CMA. De periode om tot een advies te komen (dertig werkdagen³⁸) lijkt daarvoor ook te kort.

Mogelijkheid om met de TCA strijdige subsidies aan te vechten

Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat het verbod op het invoeren van steunmaatregelen zonder dat de *stand still*-verplichting van artikel 108 lid 3³⁹ VWEU in acht is genomen, kan worden ingeroepen voor de nationale rechter.⁴⁰

Een *stand still*-verplichting is niet in de TCA opgenomen. Bovendien blijkt uit artikel 5 lid 1 TCA dat aan personen geen rechten worden toegekend of verplichtingen worden opgelegd, anders dan die welke tussen de Partijen uit hoofde van internationaal publiekrecht in het leven zijn geroepen, noch een rechtstreeks beroep op de TCA kan worden gedaan binnen de interne rechtsorden van de Partijen, zij het ‘waar het de Unie betreft, met uitzondering van deel drie van deze overeenkomst’. Op grond hiervan kunnen Britse ondernemingen dus wel een beroep doen op de subsidiebepalingen van de TCA voor een Europese rechter, maar kunnen anders-

31. Dit ligt anders voor wetgeving van de parlementen van Schotland, Wales en Noord-Ierland.

32. Voorstel van 5 mei 2021, COM(2021)223 def. Zie art. 6 van dit voorstel.

33. HvJ 13 juli 1966, gevoegde zaken C-56/64 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 450, op p. 515 (*Consten en Grundig/Commissie*).

34. Art. 56 SCB.

35. Zie art. 11 SCB jo. art. 52 lid 1 onder a SCB.

36. Zie art. 11 lid 2 SCB.

37. Art. 371 lid 1 TCA.

38. Art. 53 lid 3 SCB voor wat betreft de verplichte raadplegingsprocedure. De periode kan onder omstandigheden verlengd worden.

39. Dat wil zeggen: de verplichting om een steunmaatregel als bedoeld in art. 107 lid 1 VWEU voorafgaand aan de invoering ervan aan te melden bij de Europese Commissie en te wachten met de invoering totdat de Europese Commissie zich over de verenigbaarheid van de steunmaatregel heeft uitgelaten.

40. Zie onder andere: HvJ 11 maart 1992, gev. zaken C-78-83/90, ECLI:EU:C:1992:118, (*Compagnie Commerciale de l'Ouest en anderen tegen Receveur principal des douanes de La Pallice Port*).

om ondernemingen geen beroep doen op de TCA zelf voor de Britse rechter.

Op grond van artikel 372 TCA dient elke Partij te waarborgen dat besluiten tot het verstrekken van subsidies door rechterlijke instanties kunnen worden getoetst. Deze rechterlijke instanties dienen doeltreffende rechtsmiddelen te kunnen opleggen, met inbegrip van de schorsing, het verbod of de verplichting tot handelen door de subsidieverlenende autoriteit, de toekenning van een schadevergoeding, en de terugvordering van een subsidie van de begunstigde *indien en voor zover die rechtsmiddelen beschikbaar zijn uit hoofde van de respectieve wetgeving op het tijdstip van inwerkingtreding van deze overeenkomst*. Dat verzekert op zichzelf geen gelijk speelveld maar de SCB voorziet wel in dergelijke rechtsmiddelen, zij het niet, zoals hierboven besproken, tegen subsidies die zijn vervat in wetgeving van het Britse parlement.

Ten einde een toetsing door de rechter te kunnen vragen moet men wel op de hoogte kunnen raken van het feit dat een subsidie wordt of is verleend. In dat verband bepaalt de TCA dat de Partijen ervoor zorgen dat informatie over verstrekte subsidies binnen uiterlijk zes maanden na verstrekking gepubliceerd wordt op een website. Het VK voorziet daarin in artikel 32-34 SCB.⁴¹ Artikel 369 lid 5 TCA bepaalt bovendien dat wanneer een belanghebbende aan de subsidieverlenende autoriteit meedeelt dat hij mogelijk een toetsing van een subsidiebesluit door een rechterlijke instantie gaat verzoeken (en in dat verband om informatie verzoekt⁴²), die autoriteit binnen 28 dagen na de indiening van het verzoek de informatie verstrekt aan de hand waarvan de belanghebbende de toepassing van de beginselen van artikel 366 kan beoordelen.

Belanghebbende partijen kunnen volgens de SCB in beroep komen bij de CAT tegen een besluit van een instantie om een subsidie te verstrekken. Volgens punt 197 van de Explanatory Notes bij de SCB worden (onder andere) concurrenten van de begunstigde partijen als belanghebbende partijen aangemerkt. Aangezien bij de toetsing rekening moet worden gehouden met het effect van de subsidie op de mededinging of investeringen in het VK, zijn dat in ieder geval concurrenten die op de Britse markt met de begunstigde concurreren. Aangezien volgens de in de TCA en in de SCB vermelde beginselen is opgenomen dat (ook) moet worden gekeken naar de negatieve effecten op het internationale handelsverkeer en de internationale investeringen, lijken mij ook in de EU gevestigde ondernemingen die negatieve effecten ondervinden op de interne markt door subsidieverlening aan Britse ondernemingen die op de interne markt actief zijn, belanghebbende partijen die beroep kunnen instellen. Dit zou zelfs kunnen gelden voor *overheden* binnen de EU die nadelige effecten ondervinden van subsidies door Britse overheden, bij-

41. Voor bepaalde besluiten geldt de publicatieverlichting niet. Ik laat dat verder buiten beschouwing.

42. Dat laatste staat niet in de tekst van genoemd artikel, maar het kan wel uit de volgende bepalingen worden afgeleid dat met de mededeling ook een verzoek om informatie moet worden gedaan.

voorbeeld subsidies die ondernemingen verleiden zich elders (dit is: in het VK) te vestigen.⁴³

De periode om een beroep in te stellen bij de CAT bedraagt krachtens de SCB slechts één maand.⁴⁴ Die termijn begint te lopen op de dag:

- waarop de subsidie of de subsidieregeling is opgenomen in de landelijke subsidiedatabase;⁴⁵
- dat de steunverlenende autoriteit informatie aan de belanghebbende heeft verstrekt over de subsidie naar aanleiding van een *pre-action information request*⁴⁶ daartoe;
- in het geval van verwijzingen naar de CMA nadat de subsidie verstrekt is (zogenoemde *post-award referral*) op de dag van publicatie van het door de CMA uitgebracht rapport;
- dat de belanghebbende bekend was of bekend had behoren te zijn met het subsidiebesluit (in geval van besluiten die niet gepubliceerd behoeven te worden).

Het is duidelijk dat deze beroepstermijnen extreem kort zijn, zeker voor partijen buiten het VK die een subsidie zouden willen aanvechten omdat deze de internationale handel nadelig beïnvloedt. De vraag is ook of de korte beroepstermijn in overeenstemming is met artikel 372 TCA waarin is bepaald dat elke Partij waarborgt dat haar rechterlijke instanties overeenkomstig haar algemene en constitutionele recht *en de desbetreffende procedures* bevoegd zijn om subsidiebesluiten te toetsen. Artikel 9 *Competition Appeal Tribunal Rules 2015*⁴⁷ geeft een algemene beroepstermijn van twee maanden, hoewel artikel 25 van deze *Rules* ook een kortere termijn van vier weken kent voor beroepen tegen besluiten van de CMA inzake, kort gezegd, concentraties. De langere termijn van twee maanden zou overigens niet veel soelaas bieden. In de staatssteunpraktijk komt het juist vaak voor dat concurrenten van begunstigten pas op de hoogte raken van de vermoedelijke verlening van staatssteun lang nadat die steun verstrekt is. Men kan zich dan ook afvragen of op dit procedurele punt de TCA geen zwak punt kent om daadwerkelijk een gelijk speelveld te realiseren.

43. Vgl. punt 179 van de Explanatory Notes bij de SCB die als belanghebbende partijen onder andere noemt 'a local authority, where persons in the authority's area stand to be adversely affected by the subsidy decision'. Aangezien het in de staatssteunpraktijk zelfs voorkomt dat een overheid een klacht indient tegen een andere overheid binnen dezelfde lidstaat, is dit niet geheel theoretisch. Zie Besluit Commissie 8 januari 2016, SA.36019, Financiering van de weginfrastructuur in de omgeving van een vastgoedproject – Uplace.

44. Zie het voorstel tot invoeging van art. 98A in de Competition Appeal Tribunal Rules 2015 (art. 71 lid 3 SCB).

45. Zie lid 4(ii)9(b) van het voorgestelde art. 98A (zie vorige noot) jo. art. 32 en 33 SCB.

46. Het *pre-action information request* is geregeld in art. 76 SCB en betreft een informatieverzoek met het oog op de beslissing om beroep in te stellen tegen een subsidiebesluit.

47. www.legislation.gov.uk/uksi/2015/1648/contents/made.

Conclusies

De bepalingen inzake subsidiecontrole zijn in de TCA opgenomen om ervoor te zorgen dat (gezien vanuit het perspectief van de EU) de concurrentie op de EU-markt niet wordt vervalst door ondernemingen die actief zijn op die markt en, in EU-termen, onverenigbare subsidies ontvangen van de Britse overheid. Om dat te bereiken moet de TCA erin voorzien dat steun die in het EU-regime onverenigbaar zou zijn, evenmin door Britse autoriteiten kan worden verstrekt. De TCA gaat uit van een andere systematiek dan het staatssteunregime (geen algemeen geldend verbod met criteria voor mogelijk verenigbare subsidies), maar dat doet er niet aan af dat de materiële werking van de subsidiebepalingen op het eerste gezicht vrijwel overeenkomt met het regime van artikel 107 lid 1, 2 en 3 VWEU. Veel zal echter afhangen van de precieze invulling door de CAT van de beginselen van artikel 12 TCA en Schedule 1 TCA, zoals die zullen worden geïmplementeerd door de SCB, welke SCB op zichzelf de afspraken in de TCA in grote lijnen wel respecteert.

Los van de materiële bepalingen zijn ook de procedurele bepalingen van belang voor een daadwerkelijk gelijk speelveld. De TCA bepaalt daar weinig over en schiet daarin mijns inziens tekort. Op zichzelf lijkt toegang tot de rechter als zodanig wel gewaarborgd door de SCB, indien wordt gekeken naar wie een beroep tegen een subsidiebesluit kan instellen, maar zouden de krappe beroepstermijnen wel eens in de weg kunnen staan aan een effectieve bescherming tegen concurrentievervalsende steun. Bovendien is een beroep op de rechter niet mogelijk tegen subsidies die in een wet van het Britse parlement vervat zijn. Benadeelde ondernemingen zouden zich dan tot de Europese Commissie moeten wenden, die in geval van een aanzienlijk negatief effect op het handelsverkeer of de investeringen tussen de Partijen, de procedure van artikel 374 TCA in gang kan zetten, die uiteindelijk zou kunnen leiden tot corrigerende maatregelen van de EU tegen het VK. Dat lijkt bij individuele belangen van door ad-hocsteunmaatregelen geraakte ondernemingen niet direct de aangewezen weg.