

61. Economische continuïteit en staatssteunterugvordering na een asset deal

Lessen uit het arrest Scai Srl/Regione Campanië (C-588/23)

MR. G. VAN DER WAL, MR. D. NINCK BLOK & MR. A. VAN NIJENDAAL

Het Hof van Justitie van de Europese Unie besloot in zijn arrest van 16 juni 2025¹ dat de aan Buonotourist Srl verleende staatssteun, op grond van de economische continuïteit, ook bij de onderneming Scai kan worden teruggevorderd. Hieruit volgen verschillende lessen voor de praktijk, voor zowel overheidsinstellingen als ondernemingen.

Inleiding

Laten we bij het begin beginnen, namelijk het verhaal van de oorspronkelijke begunstigde van de onrechtmatige staatssteun. Buonotourist Srl (Buonotourist) was een private vennootschap die lokale openbaarvervoerdiensten aanbood op basis van regionale overheidsconcessies. In de periode 1996 tot en met 2002 verzorgde Buonotourist een netwerk van busverbindingen als concessiehouder van de Italiaanse Regio Campanië (de regio).

Aan Buonotourist werd een extra compensatie toegekend voor het verrichten van openbaredienstverplichtingen. De Europese Commissie (Commissie) heeft deze extra compensatie in haar terugvorderingsbesluit aangemerkt als onverenigbaar met de interne markt en de Italiaanse Republiek gelast het betreffende bedrag van de begunstigde terug te vorderen. Buonotourist, begunstigde in het terugvorderingsbesluit, heeft tegen dit besluit beroep ingesteld bij het Gerecht van de Europese Unie (het Gerecht),² gevolgd door een hogere voorziening bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof).³ In beide procedures is het beroep tot nietigverklaring afgewezen.

In de tussentijd zijn activa (onder meer de dienstenovereenkomsten) van Buonotourist meerdere malen overgedragen door Buonotourist en haar rechtsopvolgers, uiteindelijk aan de onderneming Scai Srl (Scai). Op basis van het terugvorderingsbesluit van de Commissie heeft de regio vervolgens bij decreet van 7 februari 2023 de werkingssfeer van dat besluit uitgebreid en Scai bevolen de staatssteun

terug te betalen. Volgens de regio is sprake van economische continuïteit tussen Buonotourist en Scai, waardoor de onrechtmatige staatssteun bij Scai terecht is gekomen en van Scai kan worden teruggevorderd. Tegen deze maatregel heeft Scai beroep ingesteld bij de bestuursrechter in eerste aanleg in Campanië, die prejudiciële vragen (art. 267 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)) heeft gesteld aan het Hof met betrekking tot de economische continuïteit en de procedurele waarborgen. In antwoord op deze prejudiciële vragen oordeelt het Hof dat de bevoegde nationale autoriteiten, in het kader van hun taak om uitvoering te geven aan het terugvorderingsbesluit, staatssteun bij een andere onderneming kunnen terugvorderen dan de in het Commissiebesluit aangewezen begunstigde van de steun wegens economische continuïteit tussen laatstbedoelde onderneming en de onderneming die tot terugbetaling van de steun wordt aangesproken.

Leeswijzer

Het arrest van het Hof van Justitie van 16 januari 2025 is onderwerp van deze bespreking.⁴ Ondanks dat het Hof in het arrest geen verrassend oordeel velt, geeft het arrest een gedetailleerd inzicht in de wijze waarop het Hof de economische continuïteit beoordeelt. Hieruit kan de praktijk relevante lessen trekken. Naast het arrest van het Hof bespreken wij ook de Commissiebesluiten van 20 februari 2014 tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure,⁵ van 19 januari 2015 tot terugvordering van de onrechtmatige staatssteun⁶ en de Luxemburgse strijd van Buonotou-

1 HvJ EU 16 januari 2025, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23 (*Scai Srl/Regione Campania*).

2 Gerecht EU 11 juli 2018, T-185/15, ECLI:EU:T:2018:430 (*Buonotourist/Commissie*).

3 HvJ EU 4 maart 2020, C-586/18 P, ECLI:EU:C:2020:152 (*Buonotourist/Commissie*).

4 HvJ EU 16 januari 2025, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23 (*Scai Srl/Regione Campania*).

5 Besluit van de Commissie van 20 februari 2014 betreffende SA.35843 (2012/NN) – Italy – Additional PSO compensation for Buonotourist 20.02.2014 (*PbEU* 2014/C 156/6).

6 Besluit 2015/1075 van de Commissie van 19 januari 2015 betreffende steunmaatregel SA.35843 (2014/C) (ex 2012/NN) (*PbEU* 2015 L 179/128).

rist.⁷ Vervolgens gaan we bij de behandeling van het arrest van het Hof in op het leerstuk van de economische continuïteit, alsmede hoe de onrechtmatige staatssteun is doorslijpeld van Buonotourist naar Scai en op het beginsel van hoor en wederhoor. We sluiten af met relevante lessen voor de praktijk.

Waarom er sprake was van (onrechtmatige) staatssteun bij Buonotourist

Naast de compensatie die Buonotourist voor de concessie ontving,⁸ verzocht Buonotourist een extra overheidsvergoeding van € 5,5 miljoen wegens nadelen die zij zou hebben gehad tijdens de exploitatie van de concessie. De juridische grondslag van dit verzoek voor extra compensatie waren art. 4 en 6 lid 3 PSO Verordening EEG 1191/69 (oud),⁹ welke bepalingen onder voorwaarden ruimte boden voor aanvullende compensatie.¹⁰

Buonotourist stelde zich op het standpunt dat bij haar overheidsopdrachten sprake was van ondercompensatie, wat haar recht zou geven op de extra compensatie. Hierover heeft Buonotourist in Italië een bestuursrechtelijke procedure aanhangig gemaakt, die uiteindelijk in hoger beroep is beslist door de *Consiglio di Stato* (het hoogste Italiaanse administratieve rechtscollege). Hiervoor heeft de *Consiglio di Stato* twee deskundigen moeten inschakelen. Beide deskundigen sloten het bestaan van een recht op compensatie op grond van art. 10 PSO-verordening (oud) uit, maar concludeerden dat Buonotourist in de jaren 1998 tot en met 2000 een economisch nadeel had geleden in de vorm van een te lage compensatie als gevolg van de toepassing van de formule van art. 11 PSO-verordening (oud). Impli-

ciet gingen de deskundigen er daarbij van uit dat de regio aan Buonotourist een tariefverplichting had opgelegd.¹¹ De *Consiglio di Stato* oordeelde op 7 november 2012 dat Buonotourist een extra compensatie van € 1.111.572 diende te ontvangen van de regio, waarna op 12 december 2012 de extra compensatie aan Buonotourist werd uitgekeerd. De Italiaanse autoriteiten hebben vervolgens de extra compensatie aan Buonotourist bij de Commissie aangemeld als staatssteun.

De Commissie heeft deze aanvullende compensatie in haar terugvorderingsbesluit aangemerkt als onverenigbaar met de interne markt en de Italiaanse Republiek gelast het betreffende bedrag van ‘de begunstigde’ terug te vorderen.¹²

Staatssteuncriteria

Er is sprake van staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

- i. het voordeel moet worden toegekend door de staat of uit staatsmiddelen;
- ii. de maatregel moet een selectief voordeel verschaffen, door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties;
- iii. de maatregel vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen; en
- iv. de maatregel beïnvloedt het handelsverkeer tussen de lidstaten.

De Commissie concludeerde in haar besluit¹³ dat de (extra) compensatie voldeed aan het hier vermelde criterium ‘ii’: er was sprake van een selectief economisch voordeel voor Buonotourist in de zin van art. 107 lid 1 VWEU; aan alle criteria was voldaan.

Altmark-criteria

Om te toetsen of de overheidscompensatie voor de openbare dienstverplichting onder het staatssteunverbod van art. 107 lid 1 VWEU valt, toetst de Commissie aan de criteria uit het *Altmark*-arrest.¹⁴ Voor het criterium van een selectief economisch voordeel (criterium ii) volgt uit het *Altmark*-arrest dat compensatie uit staatsmiddelen voor het vervullen van openbare dienstverplichtingen geen staatssteun vormt in de zin van art. 107 lid 1 VWEU, mits vier cumulatieve criteria zijn vervuld:

- Ten eerste moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk omschreven zijn.

7 Gerecht EU 11 juli 2018, T-185/15, ECLI:EU:T:2018:430 (*Buonotourist/Commissie*); HvJ EU 4 maart 2020, C-586/18 P, ECLI:EU:C:2020:152 (*Buonotourist/Commissie*).

8 Deze compensatie is niet nader onderzocht door de Commissie nu deze meer dan tien jaar vóór het eerste verzoek om informatie van de Commissie aan de Italiaanse overheid aan Buonotourist was toegekend. Op grond van de Procedureverordening (Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van art. 108 VWEU (codificatie) (PB L 248 van 24.9.2015, p. 9) verjaren de bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen na een termijn van tien jaar. Deze termijn gaat in op de dag waarop de onrechtmatige steun als individuele steun of in het kader van een steunregeling aan de begunstigde is verleend.

9 Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de Lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (*PbEU* 1969 L 156/1). Het betreffende art. 4 is niet meer als zodanig opgenomen in de huidige PSO-Verordening (Verordening (EG) nr. 1370/2007 (*PbEU* 2007 L 315/1)).

10 Art. 4 PSO Verordening (oud): ‘Indien een openbare dienstverplichting voor een vervoersonderneming economische nadelen medebrengt, dient deze onderneming bij de bevoegde instantie van de lidstaten een aanvraag in om volledige of gedeeltelijke opheffing van deze verplichting.’ Art. 6 lid 3 PSO-Verordening (oud): ‘De bevoegde instanties van de lidstaten beslissen binnen een termijn van een jaar na de indiening van de aanvraag voor wat betreft de exploitatie- en vervoerplichten en binnen een termijn van zes maanden voor wat betreft de tariefplichten. Het recht op compensatie ontstaat met ingang van de dag waarop de bevoegde instanties een besluit nemen [...]’.

11 Besluit van de Commissie van 20 februari 2020, SA.35843 (2012/NN) – Italy – Additional PSO compensation for Buonotourist (*PbEU* 2014/C 156/6), punt 10.

12 Zie art. 1 en 2 Besluit 2015/1075 van de Commissie van 19 januari 2015 betreffende steunmaatregel SA.35843 (2014/C) (ex 2012/NN) (*PbEU* 2015 L 179/128).

13 Besluit (EU) 2015/1075 van de Commissie van 19 januari 2015 betreffende steunmaatregel SA.35843 (2014/C) (ex 2012/NN), punten 57-63.

14 HvJ EG 24 juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans GmbH/Regierungspräsidium Magdeburg*).

- Ten tweede moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend op voorhand op objectieve en transparante wijze zijn bepaald.
- Ten derde mag de compensatie niet hoger zijn dan hetgeen nodig is om alle of een gedeelte van de kosten, gemaakt bij de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, te dekken, waarbij de daarmee verband houdende inkomsten en een redelijke winst voor de uitvoering van deze verplichtingen in aanmerking worden genomen.
- Ten vierde moet, wanneer de met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen belaste onderneming niet wordt gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, de noodzakelijke compensatie zijn vastgesteld op basis van een analyse van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met vervoersmiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de relevante opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

De Commissie concludeert in haar besluit van 9 januari 2015 dat niet voldaan is aan de eerste twee vereisten. Allereerst omdat noch de Italiaanse autoriteiten noch Buonotourist een besluit kon overleggen waarbij de openbaredienstverplichting werd opgelegd. Partijen konden slechts overeenkomsten uit een andere tijdsperiode tonen. Voorts voldoet de gebruikte compensatiemethodiek, te weten de ‘inductieve methode’, niet aan de in de PSO-verordening (oud) voorgeschreven methoden, die in ieder geval vereisten dat de compensatie vooraf werd vastgesteld. De compensatie is in het onderhavige geval achteraf door de *Consiglio di Stato* vastgesteld. De extra compensatie werd dan ook onrechtmatig en onverenigbaar met de interne markt verklaard.

Buonotourist kwam tegen het terugvorderingsbesluit van de Commissie in beroep bij het Gerecht. Deze rechtsgang heeft bij het Gerecht op 11 juli 2018 en vervolgens bij het Hof op 4 maart 2020 geleid tot voor Buonotourist ongunstige uitkomsten. De klachten van Buonotourist zijn ongegrond verklaard en het beroep werd in twee instanties afgewezen.¹⁵

Het terugvorderingsbesluit was daarmee onherroepelijk, waarop de Italiaanse autoriteiten besloten tot terugvordering over te gaan. De Italiaanse autoriteiten hebben hun pijlen daarbij niet alleen gericht op Buonotourist, maar ook op Buonotourist TPL en Autolinee Buonotourist TPL Srl (‘Autolinee Buonotourist’).

De reden daarvoor was dat in 2011 en 2013 aan de zijde van Buonotourist (gedeeltelijke) opeenvolgende bedrijfs-

splitsingen hadden plaatsgevonden. In 2011 is Buonotourist TPL in de plaats gekomen van Buonotourist en vervolgens is Autolinee Buonotourist in 2013 in de plaats gekomen van Buonotourist TPL. Op basis van een bedrijfs-huurovereenkomst heeft Autolinee Buonotourist aan Scai het bedrijfsonderdeel verhuurd dat bestond uit, onder meer, de dienstenovereenkomsten, het personeel en de bussen om de minimale lokale openbaarvervoersdiensten te exploiteren. Buonotourist, Buonotourist TPL en Autolinee Buonotourist zijn in de periode 2018 en 2020 failliet verklaard. Bij decreet van 7 februari 2023 hebben de Italiaanse autoriteiten Scai gelast de staatssteun terug te betalen op basis van economische continuïteit tussen Buonotourist en Scai.¹⁶

Economische continuïteit

Terugvordering

De terugvordering van onrechtmatige staatssteun beoogt primair het herstel van de mededingingssituatie op de interne markt zoals die bestond vóór de steunverlening. De gedachte is dat door de terugbetaling van de steun het concurrentievoordeel dat de begunstigde ten opzichte van andere marktdeelnemers heeft genoten, ongedaan wordt gemaakt. Ter waarborging van een volledig herstel dienen de financiële voordelen die met de steun gepaard gingen te worden geëlimineerd, wat impliceert dat over het terug te vorderen bedrag rente moet worden gevorderd.

Door de terugbetaling van de steun wordt het concurrentievoordeel dat de begunstigde heeft genoten ongedaan gemaakt

Doorgaans gaat aan het terugvorderen van de onverenigbare steun bij de begunstigde een besluit van de Commissie vooraf. Een Commissiebesluit of gerechtelijke uitspraak is overigens geen vereiste voor nationale autoriteiten om staatssteun terug te vorderen. Indien door een nationale autoriteit onverenigbare staatssteun wordt geconstateerd, moet zij (ook) onverwijld de staatssteun terugvorderen. Met een terugvorderingsbesluit kan de Europese Commissie aan een lidstaat opdragen om de onrechtmatig verleende staatssteun terug te vorderen.¹⁷

Economische continuïteit

Een besluit van de Commissie tot terugvordering van ongeoorloofde staatssteun is gericht tot de betreffende lidstaat en identificeert in beginsel de entiteit die de steun heeft ontvangen. Doorgaans is het identificeren van de begunstigde

15 Gerecht EU 11 juli 2018, T-185/15, ECLI:EU:T:2018:430 (*Buonotourist/Commissie*); HvJ EU 4 maart 2020, C-586/18 P, ECLI:EU:C:2020:152 (*Buonotourist/Commissie*).

16 HvJ EU 16 januari 2025, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23, punt 20 (*Scai Srl/Regione Campania*).

17 Art. 16 Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (codificatie) (PB L 248 van 24 september 2015, p. 9).

eenvoudig.¹⁸ Indien de met de steun verband houdende activa of activiteiten worden overgedragen aan een andere entiteit, wordt het lastiger de begunstigde te identificeren. Door de overdracht kan de verkrijgende onderneming in de plaats treden van de oorspronkelijke begunstigde. Economische verbondenheid of continuïteit tussen ondernemingen kan ertoe leiden dat de terugvordering bij een andere onderneming geschiedt dan de onderneming die de steun oorspronkelijk heeft ontvangen. Doorslaggevend is welke onderneming uiteindelijk daadwerkelijk van de steun profiteert. Indien sprake is van economische continuïteit tussen de begunstigde en de opvolgende entiteit, kan worden besloten de terugvorderingsbeschikking naar (een) andere entiteit(en) uit te breiden.¹⁹

Het Hof maakt bij de beoordeling van de economische continuïteit een onderscheid tussen twee vormen van overdracht van (de activiteiten van) een onderneming: i) een *asset deal* en ii) een *share deal*.²⁰ Indien de begunstigde een nieuwe onderneming opricht en haar activa daaraan of aan een andere onderneming overdraagt teneinde de activiteiten van de oorspronkelijke onderneming daar voort te zetten, is sprake van een *asset deal*. Afhankelijk van de voorwaarden van de overdracht bestaat het risico dat de nieuwe of verkrijgende onderneming de begunstigde wordt van de als onrechtmatig gekwalificeerde steun en wordt het concurrentievoordeel als het ware ‘mee’ overgedragen. In het geval aandelen in de begunstigde onderneming worden verkocht en de begunstigde de met de staatssteun gesteunde activiteiten blijft uitoefenen, de zogeheten *share deal*, blijft de oorspronkelijke begunstigde de onderneming die aan de terugvordering moet voldoen. Het risico van uitbreiding van de kring van begunstigten op grond van economische continuïteit bestaat in het bijzonder bij *asset deals*.

Het Hof oordeelt op basis van de volgende indicatoren of sprake is van economische continuïteit bij een *asset deal*:

‘het overgedragen geheel (zoals activa, passiva en personeel), de verkoopprijs, de identiteit van de aandeelhouders of eigenaars van zowel de oorspronkelijke als de overnemende onderneming, het moment van de overdracht (bijvoorbeeld na aanvang van het onderzoek of na de eindbeschikking), en de economische logica van de transactie.’²¹

Zowel het Hof als het Gerecht hebben zich in eerdere zaken gebogen over de vraag hoe economische continuïteit moet

worden beoordeeld. In zijn arrest van 29 april 2004 in de zaak tussen de Bondsrepubliek Duitsland en de Europese Commissie was eveneens sprake van een zogeheten ‘*asset deal*’. Het Hof oordeelde ook in dit verband dat terugvordering van de staatssteun aan een andere onderneming kan worden toegerekend. In het bijzonder oordeelde het Hof dat wanneer een onderneming die eerder onrechtmatige staatssteun heeft ontvangen wordt verkocht tegen de hoogste prijs die een particuliere investeerder onder normale marktvoorwaarden bereid is te betalen, en dit in de staat waarin de onderneming zich bevindt – inclusief de gevolgen en risico’s van de staatssteun –, het steunvoordeel geacht wordt in de koopprijs te zijn verdisconteerd. Onder dergelijke omstandigheden kan de koper niet worden geacht een economisch voordeel te hebben verkregen.²² Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat destijds voor het oordeel van mogelijke economische continuïteit het voordeeltcriterium leidend was om te beoordelen of de onrechtmatige steun was overgegaan naar een opvolgende onderneming. Echter, uit recentere jurisprudentie blijkt dat het toetsen aan een enkele indicator, de verkoopprijs (het voordeeltcriterium), onvoldoende is om te bepalen dat onrechtmatige steun is overgegaan naar een opvolgende onderneming wegens economische continuïteit: uit het geheel van de feiten en omstandigheden moet blijken dat sprake is van voortzetting van de onderneming als economische eenheid.²³ Wanneer de activa van een noodlijdend bedrijf, zoals in het onderhavige geval aan de orde was, worden verkocht als een geheel van samenhangende bedrijfsactiviteiten (als ‘*going concern*’), dan gaat de verplichting tot terugbetaling van de steun vrijwel automatisch over op de koper. De voor de activa betaalde prijs hoeft daarbij geen beperkende invloed te hebben op de aansprakelijkheid van de koper in dit opzicht.²⁴ Hoe meer onderdelen van de oorspronkelijke onderneming worden overgedragen, hoe groter de kans dat het door onrechtmatige staatssteun verkregen voordeel mede is overgedragen. In het geval van een ‘*going concern*’ – waarin ogenschijnlijk een groot deel van de onderneming is overgedragen – ligt economische continuïteit voor de hand.

Hoe meer onderdelen worden overgedragen, hoe groter de kans dat het door onrechtmatige staatssteun verkregen voordeel mede is overgedragen

De mogelijkheid van uitbreiding van de kring van begunstigten in een terugvorderingsbeschikking beoogt omzei-

18 Mededeling van de Commissie betreffende de terugvordering van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun, C-247/01, 23 juli 2019, p. 13.

Dat kan ook anders zijn: zie de saga van de steun aan de tankstations in de grensstreek waarbij niet de tankstations maar hun leveranciers (olie-maatschappijen) de begunstigten waren (besluit d.d. 20 juli 1999, *PbEU* L 280 (1999) p. 87).

19 Mededeling van de Commissie betreffende de terugvordering van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun, C-247/01, 23 juli 2019, randnr. 89.

20 Mededeling van de Commissie betreffende de terugvordering van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun, C-247/01, 23 juli 2019, randnr. 90-94.

21 HvJ EG 8 mei 2003, gevoegde zaken C-328/99 en C-399/00, ECLI:EU:C:2003:252, punt 78 (*SIM 2 Multimedia/Commission*).

22 HvJ EG 29 april 2004, C-277/00, ECLI:EU:C:2004:238, punt 81 (*Duitsland/Commissie (SMI)*); HvJ EG 20 september 2001, C-390/98, ECLI:EU:C:2001:456, punt 77 (*Banks*).

23 S. Hartikainen, ‘Economic Continuity in a State Aid Recovery Case’, *European State Aid Law Quarterly* 2020, Vol. 19, afl. 3, p. 359-364.

24 S. Hartikainen, ‘Economic Continuity in a State Aid Recovery Case’, *European State Aid Law Quarterly* 2020, Vol. 19, afl. 3, p. 359-364; HvJ EU 29 april 2021, C-890/19 P, ECLI:EU:C:2021:345 (*Fortischem/Commission*).

ling van de staatssteunregels te voorkomen. Zonder deze mogelijkheid zou een onderneming na de aankondiging van een onderzoek naar de rechtmatigheid van de ontvangen staatssteun eenvoudigweg haar activiteiten kunnen overdragen aan een nieuw opgerichte entiteit of een derde. Door een mogelijke uitbreiding is de lidstaat in staat de bevoordeling ook bij deze laatste ondernemingen terug te vorderen. Als adressaat van de beschikking is de lidstaat verplicht het bevel van de Commissie tot terugvordering uit te voeren.²⁵ Deze verplichting geldt eveneens indien de staatssteun door economische continuïteit bij een opvolgende onderneming terecht is gekomen.²⁶

‘Doorsijpelen’ van staatssteun naar Scai

De regio heeft met toepassing van deze rechtsregels de werking van het terugvorderingsbesluit uitgebreid en, gelet op de economische continuïteit, de terugbetaling van de verleende steun van Scai gevorderd in plaats van van Buonotourist.²⁷

Tussen Autolinee Buonotourist TPL en Scai heeft een *asset deal* plaatsgevonden: Scai huurde de bedrijfsonderdelen waarvoor de Italiaanse overheid aan Buonotourist staatssteun had verleend. Deze bedrijfsonderdelen zijn door Scai later overgenomen van een van de entiteiten van de Buonotourist-groep. Volgens de regio was sprake van economische continuïteit tussen de (inmiddels gefailleerde) initiële begunstigde en Scai. Deze economische continuïteit werd door Scai betwist. Gelet op de marktconforme prijs voor de bedrijfsonderdelen zou immers geen voordeel aan haar zijn overgedragen. Volgens de regio was dit standpunt onterecht, gelet op de door Scai gebruikte activa voor het verrichten van de activiteiten waarover steun was verleend en de door Scai genoten voorrechten.²⁸

Het Hof: de Commissie heeft niet de exclusieve bevoegdheid over de beoordeling van economische continuïteit

De bij het Hof voorliggende kwestie ziet echter niet op de economische continuïteit als zodanig. Uitbreiding van het terugvorderingsbevel door de Regio deed namelijk vragen rijzen. De vraag was of een nationale autoriteit de door de Commissie bevolen terugvordering mocht uitbreiden tot een onderneming die niet (uitdrukkelijk) als begunstigde in dat besluit was genoemd, zonder daarmee de exclusieve bevoegdheid van de Commissie tot aanwijzing van de steunontvanger te schenden.

Het Hof wijst erop dat uit de bestaande rechtspraak volgt dat een lidstaat verplicht is alle nodige maatregelen te tref-

fen om in overeenstemming met het Unierecht te handelen. In dit kader betekent dit dat de lidstaat gehouden is de verleende steun die onverenigbaar is met het staatssteunverbod daadwerkelijk terug te vorderen.²⁹ Op die manier wordt voorkomen dat een mededingingsverstoring ontstaat en voortduurt als gevolg van een concurrentievoordeel ten gevolge van onwettige steun.³⁰ Het Hof oordeelt dan ook dat art. 288 VWEU niet zo moet worden uitgelegd dat een lidstaat de door de Commissie onrechtmatig en onverenigbaar verklaarde steun uitsluitend bij de in dat besluit genoemde begunstigde zou mogen terugvorderen.

De lidstaat is gehouden de verleende steun die onverenigbaar is met het staatssteunverbod daadwerkelijk terug te vorderen

Het staat een lidstaat vrij om de terugvordering uit te breiden tot de onderneming die ook kwalificeert als begunstigde omdat deze het aan de steun verbonden concurrentievoordeel feitelijk blijft genieten.³¹ Sterker nog: lidstaten zijn zelfs verplicht alle nodige maatregelen te nemen om de steun van de (uiteindelijke) begunstigde terug te vorderen.³² De stelling dat de vaststelling van de economische continuïteit slechts toebehoort aan de Commissie is in dat verband onjuist.³³

Italiaanse rechtbank: wat kan er worden verwacht?

De Italiaanse rechtbank is na dit arrest bevoegd een oordeel te vellen over de economische continuïteit in de zaak van Scai. Scai bestrijdt de economische continuïteit met onder meer de stelling dat niet kan worden vastgesteld dat activa of nutsvoorzieningen tegen gunstigere niet-marktconforme voorwaarden door haar waren verworven en dat een concurrentieverstorend voordeel niet kan worden vastgesteld. De huurovereenkomst met betrekking tot de bedrijfstak van Autolinee Buonotourist, die reeds in 2021 was beëindigd, was gesloten tegen een redelijke huurprijs. Daarbij dient volgens Scai in aanmerking te worden genomen dat het voorwerp van de overeenkomst beperkt was en dat

25 *Kamerstukken II* 2015/16, 34753, nr. 3, p. 7 (MvT).

26 HvJ EU 16 januari 2025, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23, punt 46 (*Scai Srl/Regione Campania*).

27 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Administratieve Regionale rechtbank van Campanië) 25 juli 2023, nr. 5138, r.o. 1.1.

28 HvJ EU 16 januari 2025, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23, punt 26 (*Scai Srl/Regione Campania*); Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Administratieve regionale rechtbank van Campanië) 25 juli 2023, nr. 5138, r.o. 1.2.

29 HvJ EU 5 mei 2011, C-305/09, ECLI:EU:C:2011:274, punt 27; HvJ EU 16 januari 2025, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23, punt 39 (*Scai Srl/Regione Campania*).

30 HvJ EU 16 januari 2025, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23, punt 40 (*Scai Srl/Regione Campania*).

31 HvJ EU 16 januari 2025, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23, punt 43 (*Scai Srl/Regione Campania*).

32 Art. 16 lid 1 Verordening 2015/1589 betreffende de werking van de Europese Unie: ‘Indien negatieve besluiten worden genomen in gevallen van onrechtmatige steun besluit de Commissie dat **de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen**’ (“terugvorderingsbesluit”). De Commissie verlangt geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Unierecht.’ HvJ EU 16 januari 2025, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23, punt 6 (*Scai Srl/Regione Campania*).

33 HvJ EU 16 januari 2025, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23, punt 54 (*Scai Srl/Regione Campania*).

Scai na afloop van de huurovereenkomst geen activa van de verhuurder heeft behouden.³⁴

In het geval sprake is van een *going concern*-overname wordt de economische continuïteit snel aangenomen.³⁵ Of de feiten en omstandigheden aan de zijde van Scai als zodanig kunnen worden gekwalificeerd, is onzeker. De omvang van de overgedragen activa is immers onduidelijk. Desalniettemin zou de beoordeling van de economische continuïteit in het nadeel van Scai kunnen uitvallen. Door overdracht van activa waarvoor de steun is verleend, ontstaat het vermoeden dat Scai met de overdracht ook het feitelijke voordeel heeft verkregen, tenzij het tegendeel door Scai wordt aangetoond: bij verdere behandeling door het *Tribunale Amministrativo Regionale della Campania* dient Scai aan te tonen dat de omvang en de voorwaarden van de overdracht van activa geen feitelijk voordeel met zich meebrachten.

Beginsel van ‘hoor en wederhoor’

De uitspraak behandelt daarnaast de procedurele waarborgen waarin het Unierecht voorziet, in het bijzonder het beginsel van hoor en wederhoor. Het beginsel van hoor en wederhoor is een algemeen beginsel van het Unierecht en waarborgt dat eenieder in staat wordt gesteld om naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken in het kader van een administratieve procedure alvorens een besluit wordt genomen dat zijn belangen op nadelige wijze kan beïnvloeden.³⁶ Scai betoogde dat deze procedurele rechten zijn geschonden.

De tweede prejudiciële vraag luidt derhalve: verzet het Unierecht zich tegen een nationale regeling op grond waarvan een lidstaat de mogelijkheid heeft een terugvorderingsbesluit – dat de personen aanwijst die tot terugbetaling verplicht zijn – ook ten uitvoer te leggen ten aanzien van een andere, zelfstandige persoon die geen adreessaat van het besluit is en niet heeft deelgenomen aan de procedure bij de Commissie, aan wie het beginsel van hoor en wederhoor niet is gewaarborgd en die bijgevolg niet het recht heeft om tegen dat besluit op te komen bij het Gerecht van de Europese Unie?³⁷

Bij deze prejudiciële vraag van het Hof maken wij twee opmerkingen. In de eerste plaats is de vraag in hoeverre de lidstaten op grond van het Handvest bij de uitoefening van hun verplichtingen gehouden zijn tot waarborging van het beginsel van hoor en wederhoor. Uit art. 41 Handvest, waarin het beginsel van hoor en wederhoor is verankerd, en de rechtspraak van het Hof volgt dat deze bepaling niet is gericht tot de lidstaten, maar tot de instellingen, orga-

nen en instanties van de Unie.³⁸ Aan de andere kant gelden de verplichtingen uit het Handvest bij toepassing van het Unierecht door de lidstaten ook indien het gaat om nationaal recht in het geval de inhoud van de nationale norm wordt bepaald door een verwijzing naar het Unierecht.³⁹ In de tweede plaats is de vraag onvolledig: het is immers niet zonder meer correct dat de later aangemerkte begunstigde niet in beroep kan komen bij het Gerecht van de Europese Unie. Op grond van art. 263 VWEU kan een onderneming die als begunstigde kwalificeert namelijk, ook als dat is gebaseerd op economische continuïteit, in beroep komen tegen een Commissiebesluit waarin terugvordering van de steun wordt bevolen. Dat kan wel problematisch zijn: zo kan de status van begunstigde pas veel later door een *asset deal* worden verkregen, waardoor de belanghebbende – door het verstrijken van termijnen – niet (meer) in beroep kan gaan. Zelfs als de termijn niet is verstreken, is het maar de vraag of de verkrijger van activa zijn vinger wil opsteken als begunstigde.

In het kader van een bezwarend besluit geldt volgens de eerdere rechtspraak van het Hof de regel dat aan de belanghebbende(n) van een bezwarend besluit de gelegenheid moet worden geboden opmerkingen te maken voordat dit besluit wordt genomen, teneinde de bevoegde autoriteit in staat te stellen naar behoren rekening te houden met alle relevante elementen.⁴⁰ De vraag rijst of dit recht zich verzet tegen tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbesluit jegens een derde die niet is gehoord noch toegang had tot toetsing bij het Gerecht. In het geval van Scai geldt in ieder geval dat zij ten tijde van het Commissiebesluit (nog) geen belanghebbende was, daarom niet is gehoord door de Commissie en geen beroep tot nietigverklaring kon instellen bij het Gerecht tegen het besluit van de Commissie. Zij heeft zich niet kunnen uitlaten over de aan Buonotourist verleende steun. De beroepstermijn van het Commissiebesluit was allang verstreken op het moment dat Scai in beeld kwam.⁴¹ De overdracht van de activa van Autolinee Buonotourist TPL vond ruim na het besluit van de Commissie en de daarop opvolgende procedures plaats.

In de uitspraak van 16 januari 2025 tussen Scai en de Regio oordeelt het Hof dat, ondanks dat art. 41 Handvest weliswaar formeel niet gericht is tot de lidstaten, nationale autoriteiten gehouden zijn de procedurele waarborgen van de daadwerkelijke begunstigde te eerbiedigen bij het vaststellen van een besluit tot terugvordering van staatssteun. De feitelijke begunstigde moet over de mogelijkheid beschikken om een terugvorderingsbesluit te laten toetsen door een nationale rechterlijke instantie.⁴²

34 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Administratieve Regionale rechtbank van Campanië) 25 juli 2023, nr. 5138.

35 HvJ EU 29 april 2021, C-890/19 P, ECLI:EU:C:2021:345 (*Fortischem v. Commission*).

36 HvJ EU 21 oktober 2021, C-894/19, ECLI:EU:C:2021:863, punt 89 (*Europees Parlement/UZ*); HvJ EU 22 november 2012, C-277/11, ECLI:EU:C:2012:744, punt 81; HvJ EU 5 november 2014, C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336, punt 45 (*Mukarubega*).

37 HvJ EU 16 januari 2025, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23, punt 33 (*Scai Srl/ Regione Campania*).

38 HvJ EU 5 november 2014, C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336, punt 44 (*Mukarubega*); HvJ EU 21 december 2011, C-482/10, ECLI:EU:C:2011:868, punt 28 (*Teresa Cicala/Regione Siciliana*).

39 Voorbeelden hiervan zijn art. 6 en 24 Mededingingswet.

40 HvJ EU 5 november 2014, C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336, punt 47 (*Mukarubega*).

41 HvJ EU 16 januari 2025, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23, punt 23 (*Scai Srl/ Regione Campania*).

42 HvJ EU 16 januari 2025, C-588/23, ECLI:EU:C:2025:23, punt 56 (*Scai Srl/ Regione Campania*).

Conclusie

Het Hof heeft vastgesteld dat de bevoegde autoriteiten bij de uitvoering van een terugvorderingsbesluit de steun op grond van een nationale wettelijke regeling kunnen terugvorderen van een andere onderneming indien sprake is van economische continuïteit tussen die onderneming en de in het besluit aangewezen begunstigde. Scai moet in de nationale procedure aantonen dat er geen sprake is van economische continuïteit en dat daarbij niet alleen de marktconformiteit van de assets onderbouwd moet worden, maar dat alle voornoemde indicatoren in acht moeten worden genomen. In hoeverre dat een uitdaging voor Scai zal zijn, hangt af van de feiten en met name de toepassing van de criteria voor economische continuïteit.

Dit arrest toont wederom aan hoe ver de verplichting gaat die op lidstaten rust om het staatssteunrecht doeltreffend te handhaven

Hoewel de beantwoording van de prejudiciële vragen door het Hof in de lijn der verwachting lag – de advocaat-generaal heeft ook afgezien van het nemen van een conclusie – is het nuttig de casuïstische benadering van het Hof in ogenschouw te nemen, nu op het eerste gezicht marktconformiteit bij economische continuïteit niet de afwezigheid van (het doorgeven van) onrechtmatige staatssteun garandeert. Daarnaast toont dit arrest wederom aan hoe ver de verplichting gaat die op lidstaten rust om het staatssteunrecht doeltreffend te handhaven wanneer de oorspronkelijke begunstigde is verdwenen of geen verhaal (meer) biedt.

Lessen voor de praktijk

Bovendien biedt de jurisprudentie voor zowel overheden als voor marktdeelnemers rond staatssteun belangrijke praktische lessen, met name wanneer sprake is van openbaredienstverplichtingen of transacties waarbij (mogelijk) staatssteun een rol speelt.

In het geval een overheid een openbaredienstverplichting wenst op te leggen, is het volgende van belang:

- Zorg dat de beschrijving van de openbaredienstverplichting accuraat wordt vastgelegd en dat deze daad-

werkelijk (eenzijdig) wordt opgelegd aan de betreffende onderneming.

- Leg vooraf vast hoe de compensatie zal worden berekend en kies daarbij voor een objectieve, transparante en controleerbare methodiek, zoals een op de Altmark-criteria gebaseerde benadering of een andere methode die overcompensatie uitsluit.
- Leg de voorwaarden en de berekening van aanvullende compensatie van tevoren vast.

Wanneer een onderneming een transactie aangaat met een bedrijf waaraan staatssteun werd verleend, en a fortiori als die steun onverenigbaar met de interne markt is verklaard, gelden de volgende aanbevelingen:

- Zorg dat de transactie op marktconformiteit wordt getoetst, bijvoorbeeld door een onafhankelijke waardering of een open, transparante en onvoorwaardelijke biedprocedure en neem daarbij de andere indicatoren in acht.
- Wees bij een ‘*asset deal*’ bedacht op het risico dat het economische voordeel uit onrechtmatige steun kan worden doorgegeven, wat tot een terugvordering bij de verkrijgende partij kan leiden.⁴³
- Houd er bij concentraties en andere vormen van bedrijfsreorganisatie rekening mee dat niet alleen de oorspronkelijke begunstigde, maar ook diens rechtsopvolger met terugvordering kan worden geconfronteerd.⁴⁴
- Voer een *due diligence* uit waarin expliciet wordt onderzocht of er sprake is (geweest) van staatssteun, of die steun onrechtmatig en onverenigbaar is of als zodanig kan worden aangemerkt, en of er een risico bestaat dat financiële voordelen worden teruggevorderd van de rechtsopvolger. Zo kunnen mogelijke aansprakelijkheden tijdig worden geïdentificeerd en in de transactievoorwaarden worden verdisconteerd.

Dit artikel is afgesloten op 15 september 2025.

Over de auteurs

Mr. A. (Annemarije) van Nijendaal

Advocaat bij Windt Le Grand Leeuwenburgh te Rotterdam.

Mr. D. (Doortje) Ninck Blok

Advocaat bij Windt Le Grand Leeuwenburgh te Rotterdam.

Mr. G. (Gerard) van der Wal

Advocaat bij Windt Le Grand Leeuwenburgh te Rotterdam.

43 HvJ EG 29 april 2004, C-277/00, ECLI:EU:C:2004:238 (SMI).

44 HvJ EU 7 maart 2018, C-127/16 P, ECLI:EU:C:2018:165 (SNCF Mobilités/Commission).