

De Ierse luchthaventaks zaken: *passing-on* bij staatssteun

prof. dr. L.Y.M. Parret en mr. M.C. van Heezik¹

1. Inleiding

Op 5 februari 2015 heeft het Gerecht van de Europese Unie ('het Gerecht') uitspraak gedaan in de beroepszaken die door Ryanair Ltd en Aer Lingus Ltd zijn ingesteld tegen een besluit van de Europese Commissie.² Het gaat om een besluit uit 2012 tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun als gevolg van een gedifferentieerde belasting. Het Gerecht oordeelde dat bij de bepaling van de omvang van de steun en de terugvordering rekening dient te worden gehouden met de mate waarin de belasting door consumenten (in dit geval de passagiers) is gedragen.

In deze bijdrage staan wij stil bij dit interessante arrest en met name bij het zogenaamde *passing-on* verweer dat daarin aan de orde komt. Het arrest biedt de gelegenheid om dit concept, dat nog onderontwikkeld is op het gebied van staatssteun, in een breder perspectief te plaatsen. Immers, op andere terreinen van het Unierecht en binnen het bredere mededingingsrecht is het *passing-on* verweer meer bekend, zij het ook nog niet uitgekristalliseerd. Verder worden er hierna bij het arrest enkele kanttekeningen geplaatst, onder meer in relatie tot bewijsvragen. Eerst wordt hierna stilgestaan bij de feiten en de belangrijkste overwegingen van de arresten.

2. Het arrest in zaken Ryanair en Aer Lingus

2.1. Feiten en verloop van de procedure

Ierland introduceerde in maart 2009 een vliegbelasting, de Air Travel Tax ('ATT'), die direct ten laste van luchtvaartmaatschappijen komt voor iedere vertrekkende passagier van een luchthaven in Ierland met meer dan 50 000 passagiers per jaar³, waarbij de passagier vertrekt in een vliegtuig dat in staat is om meer dan 20 passagiers te vervoeren. De ATT wordt geheven op basis van de afstand tussen de luchthaven van vertrek en de luchthaven van aankomst, tegen een laagtarief van € 2,- voor vluchten van minder dan 300 km van de luchthaven van Dublin en een standaardtarief van € 10,- voor alle overige afstanden. Het is de bedoeling dat de ATT wordt doorberekend aan de passagiers via de prijs van de vliegtickets.⁴

In 2009 ontving de Europese Commissie twee klachten over de ATT van Ryanair. De eerste klacht van Ryanair had de strekking dat de ATT in onrechtmatige staatssteun resulteerde. In de eerste plaats omdat de ATT niet van toepassing was op transferpassagiers en derhalve de luchtvaartmaatschappijen Aer Lingus en Aer Arann bevoordeelde.⁵ In de tweede plaats was het ATT-tarief voor de zogenaamde low-cost luchtvaartmaatschappijen hoger dan voor de andere luchtvaartmaatschappijen omdat het proportioneel gezien een groter deel van de ticketprijs vormt dan voor traditionele luchtvaartmaatschappijen. Ten slotte klaagde Ryanair over het feit dat het lagere ATT-tarief in het bijzonder Aer Arann bevoordeelde, omdat deze voornamelijk

1. Prof. dr. L.Y.M. Parret is advocaat - partner bij Houthoff Buruma te Brussel en bijzonder hoogleraar aan de Universiteit van Utrecht en mr. M.C. van Heezik is advocaat bij Houthoff Buruma te Brussel. De auteurs danken in het bijzonder mr. L.E.A. Thomsin voor haar waardevolle hulp bij de totstandkoming van deze bijdrage.

2. Gerecht 5 februari 2015, T-500/12, *Jur.* 2015, ECLI:EU:T:2015:73 (*Ryanair Ltd en Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*); en Gerecht 5 februari 2015, T-473/12, *Jur.* 2015, ECLI:EU:T:2015:78 (*Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*). Bij het verwijzen naar de rechtsoverwegingen wordt verwezen naar de zaak T-500/12 tenzij anders aangegeven in de tekst. De overwegingen in beide zaken zijn identiek qua inhoud op de hier besproken punten.

3. Voor juni 2009 was dit aantal nog gezet op 10.000 passagiers per jaar.

4. Gerecht februari 2015, T-500/12 (*Ryanair Ltd en Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 3 en 4.

5. Dit deel van de klacht is behandeld in het arrest van het Gerecht van 25 november 2014 25 november 2014, T-512/11, *Jur.* 2014, ECLI:EU:T:2014:989 (*Ryanair Ltd tegen Europese Commissie*). In dit arrest heeft het Gerecht het Commissiebesluit vernietigd voor zover het oordeelde dat het niet toepassen van de ATT op transferpassagiers geen staatssteun oplevert.

naar bestemmingen van minder dan 300 km van de luchthaven Dublin vliegt.⁶

In de tweede klacht stelde Ryanair dat de ATT strijdig was met de vrijheid van dienstverlening en Verordening nr. 1008/2008 inzake gemeenschappelijke regels voor exploitatie van luchtdiensten.⁷ Naar aanleiding van de tweede klacht zond de Commissie een aanmaningsbrief aan Ierland. Op basis van de aanmaningsbrief paste Ierland het tarief van de ATT aan. Vanaf maart 2011 was het tarief € 3,- per passagier voor alle vertrekkende vluchten ongeacht de afstand.

In juli 2011 opende de Commissie een formele onderzoeksprocedure naar het lage ATT-tarief dat werd toegepast tussen maart 2009 en maart 2011.⁸ De Commissie twijfelde over de verenigbaarheid van het lage ATT-tarief met de interne markt, voor zover dit tarief de nationale vluchten onrechtmatig bevoordeelde ten opzichte van grensoverschrijdende vluchten. De Commissie merkte op dat het niet toepassen van het ATT op transferpassagiers en het gebruik van vaste belastingtarieven geen staatssteun vormde.

In juli 2012 publiceerde de Commissie haar definitieve besluit en stelde vast dat het lage ATT-tarief in strijd met art. 108 lid 3 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) op onwettige wijze ten uitvoer was gelegd en onverenigbaar was met de interne markt en derhalve van de begunstigden diende te worden teruggevorderd.⁹ Als begunstigden zijn in het besluit genoemd: Ryanair, Aer Arann en andere door Ierland aan te duiden luchtvaartmaatschappijen. Het bedrag dat van deze begunstigden moest worden teruggevorderd, betreft volgens het besluit het verschil tussen het lage ATT-tarief van € 2,- en het standaardtarief van € 10,- (dit betekent € 8,- per passagier) dat voor elke passagier werd geheven vermeerderd met de wettelijke rente.¹⁰

In november 2012 stelde Ryanair, ondersteund door Aer Lingus, beroep in bij het Gerecht met het verzoek om het Commissiebesluit nietig te verklaren.¹¹ Aer Lingus stelde zelf ook een afzonderlijk beroep

in tegen het Commissiebesluit.¹² Ryanair stelde separaat beroep in tegen het onderdeel van het besluit waarin de Europese Commissie concludeerde dat het niet toepassen van de ATT op transferpassagiers geen staatssteun opleverde.¹³ Ter ondersteuning van het beroep voerden de verzoekers onder andere aan dat de Commissie een onjuiste rechtsopvatting en kennelijke beoordelingsfouten had gemaakt inzake de omvang van het voordeel en de terugvordering.

2.2. Beoordeling door het Gerecht

De bij het Gerecht aanhangig gemaakte zaken betreft in essentie de vraag in hoeverre de Commissie bij de bepaling van de omvang van de steun rekening dient te houden met de mate waarin de belasting door consumenten (in dit geval de passagiers) is gedragen en wat de invloed daarvan moet zijn op het terugvorderingbesluit.

Het Gerecht start met de opmerking dat het Unierecht geen verplichting kent tot vaststelling van het exacte bedrag dat teruggevorderd dient te worden. Het is voldoende als de Commissie informatie opneemt waardoor men zelf zonder onevenredige moeite het terug te vorderen bedrag kan vaststellen. Mocht de Commissie wel het exacte terug te vorderen bedrag in het Commissiebesluit noemen, dan dient vooraf de omvang van het voordeel exact te worden vastgesteld. Het uitgangspunt daarbij is dat het daadwerkelijk genoten voordeel terug dient te worden gevorderd. Het doel van de terugvordering is om de mededingingssituatie van voor de steun te herstellen. De Commissie kan niet een hoger (wegens punitieve overwegingen) of lager (wegens clementie overwegingen) bedrag dan het daadwerkelijk genoten voordeel noemen in het besluit.¹⁴

Het daadwerkelijk genoten voordeel door de luchtvaartmaatschappijen is volgens het Gerecht niet per definitie het verschil tussen het standaard ATT-tarief en het lage ATT-tarief. De Commissie heeft ten onrechte gesteld dat de mogelijkheid voor luchtvaartmaatschappijen om het voordeel door te berekenen aan de passagiers niet van invloed is op het terug te vorderen bedrag. Het Gerecht is van oordeel dat de Commissie is voorbijgegaan aan het feit dat het voordeel ligt in de mogelijkheid voor luchtvaartmaatschappijen om goedkopere tickets aan te bieden door de ATT niet door te berekenen in de ticketprijs, met gevolg dat de omzet wordt verhoogd (r.o. 116-123).

6. Gerecht 5 februari 2015, T-500/12 (*Ryanair Ltd en Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 7.

7. Verordening (EG) nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Gemeenschap (*PbEU* 2008, L 293/3).

8. Besluit van de Europese Commissie van 13 juli 2011 betreffende steunmaatregel SA.29064 (11/C) (ex 11/NN) - Luchtvervoer - Vrijstelling van vliegbelasting - Uitnodiging overeenkomstig artikel 108, lid 2 VWEU opmerkingen te maken (*PbEU* 2011, C 306/09).

9. Besluit van de Europese Commissie van 25 juli 2012 betreffende steunmaatregel SA.29064 (11/C, ex 11/NN) - Verschillende vliegbelastingtarieven toegepast door Ierland (*PbEU* 2012, L 119/30).

10. Besluit van de Europese Commissie van 25 juli 2012 betreffende steunmaatregel SA.29064 (*PbEU* 2012, L 119/30), punt 70.

11. Gerecht 5 februari 2015, T-500/12 (*Ryanair Ltd en Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*).

12. Gerecht 5 februari 2015, T-473/12 (*Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*).

13. Gerecht van 25 november 2014, T-512/11, *Jur.* 2014, ECLI:EU:T:2014:989 (*Ryanair Ltd tegen Europese Commissie*).

14. Gerecht 5 februari 2015, T-500/12 (*Ryanair Ltd en Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 113-115. Gerecht 5 februari 2015, T-473/12 (*Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 84-86. Gerecht 29 maart 2007, T-366/00, *Jur.* 2007, ECLI:EU:T:2007:99 (*Scott tegen Europese Commissie*), r.o. 95.

Volgens het Gerecht dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de formele of wettelijke doorberekening en anderzijds de economische doorberekening. De vraag is in welke mate de ATT daadwerkelijk heeft gezorgd voor een verhoging van de omzet. De Commissie kon niet tot de conclusie komen dat het voordeel voor alle betrokken luchtvaartmaatschappijen € 8,- per passagier was. Het voordeel van € 8,- per passagier zou slechts mogelijk zijn indien vluchten die onderworpen zijn aan het lage ATT-tarief de ticketprijs stelselmatig verhogen met € 8,- per passagier. De Commissie legde niet uit waarom in de overige gevallen sprake was van een voordeel van € 8,- per passagier (r.o. 131-133). Kortom, het Gerecht stelt dat de Commissie onvoldoende rekening heeft gehouden met de specifieke situatie van de betrokken markt en de concurrentiedruk. De Commissie moest nagaan in hoeverre het voordeel was doorgeschoven aan de passagiers om te kunnen bepalen welk voordeel de luchtvaartmaatschappijen daadwerkelijk hadden genoten, of ze had tenminste daarover de nodige informatie moeten verschaffen ten behoeve van de nationale autoriteiten (belangrijke overweging in r.o. 131).

Het Gerecht overweegt dat de Commissie alleen het daadwerkelijke genoten voordeel had mogen terugvorderen (r.o. 135). Dat voordeel komt overeen met het voordeel dat de betrokken luchtvaartmaatschappijen hadden genoten wegens het aanbieden van gunstige ticketprijzen door de toepassing van het lagere ATT-tarief. Mocht de Commissie het daadwerkelijk genoten voordeel niet exact kunnen vaststellen, dan dient de betrokken lidstaat die bedragen vast te stellen op basis van aanwijzingen van de Commissie (r.o. 136). De Commissie verwijst naar de *Unicredito Italiano*-rechtspraak en merkt op dat de omvang van het terug te vorderen bedrag niet behoeft te worden gereconstrueerd op basis van hypothetische elementen zoals de keuzes die de begunstigde ondernemingen hadden kunnen maken, maar kon worden volstaan met de terugvordering van het bedrag dat gelijk was aan de toegekende belastingverlaging.¹⁵ Het Gerecht is van mening dat deze redenering niet opgaat voor de ATT. De Commissie kon het voordeel in deze zaak niet vaststellen zonder rekening te houden met de concrete situatie. Gelet op de werking van de ATT en de concurrentiedruk kon de Commissie niet tot de conclusie komen dat het economisch voordeel als gevolg van het lagere ATT-tarief niet was doorgegeven aan alle passagiers en gelijk was aan € 8,- per passagier.

Ten slotte concludeert het Gerecht dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de terugvordering van de € 8,- per passagier zou garanderen dat de

oorspronkelijke mededingingssituatie zou worden hersteld (r.o. 145). De luchtvaartmaatschappijen kunnen immers dit bedrag niet achteraf bij diens passagiers terugvorderen. Dit herstel zou juist tot gevolg hebben dat de concurrentie op de markt wordt verstoord, omdat de luchtvaartmaatschappijen meer herstellen dan het voordeel dat zij daadwerkelijk hebben genoten (r.o. 146). De Commissie had de specifieke omstandigheden van de maatregel in overweging moeten nemen. Het Gerecht vernietigt gedeeltelijk het bestreden Commissiebesluit voor zover het de terugvordering van het voordeel gelast (r.o. 153).

3. Bespreking

Vooraf valt op dat de onderhavige arresten aantonen dat het indienen van een klacht niet zonder risico's is en het uiteindelijke oordeel van de Commissie zich ook tegen de klager kan keren. Dat geldt in dit geval voor Ryanair die klaagde over een aantal aspecten van de ATT die als onrechtmatige staatssteun zouden kwalificeren. Ryanair zal zich wellicht niet gerealiseerd hebben dat het onderzoek van haar klacht door de Commissie ertoe kon leiden dat ook zij werd geacht onrechtmatige staatssteun te hebben ontvangen.

Meer fundamenteel is het voor zover wij hebben kunnen nagaan de eerste keer dat het Gerecht ten aanzien van een besluit tot terugvordering van de genoten onrechtmatige staatssteun als gevolg van een gedifferentieerde belasting, oordeelt dat bij de bepaling van de omvang van de steun rekening dient te worden gehouden met de mate waarin de belasting door consumenten (in dit geval de passagiers) is gedragen. Dat is de aanleiding om hierna enkele opmerkingen te formuleren bij *passing-on* op het gebied van staatssteun waarbij een verband wordt gelegd met andere rechtsgebieden.

3.1. Definitie en toepassing van het *passing-on* verweer

Het *passing-on* verweer is vooral bekend uit de zogenaamde *follow-on* zaken in het mededingingsrecht, waarin dit verweer wordt ingeroepen door partijen die de mededingingsregels hebben overtreden en die worden geconfronteerd met schadeclaims van benadeelden.¹⁶ Het *passing-on* verweer komt neer op een betwisting van het verlies dat de benadeelde als gevolg van de inbreuk stelt te hebben geleden (veelal een prijsverhoging), omdat deze het daadwerkelijke verlies heeft beperkt door dit — volledig of ten dele — door te berekenen aan zijn klanten. Voor het doorberekende verlies kan geen schadevergoeding worden geclaimd. Over het *passing-on*

15. Gerecht 5 februari 2015, T-500/12 (*Ryanair Ltd en Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 137-141. Gerecht 5 februari 2015, T-473/12 (*Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 106-110. HvJ EU 15 december 2005, C-148/04, *Jur.* 2005, ECLI:EU:C:2005:774 (*Unicredito Italiano*).

16. Zie de recente zaken van de Rb. Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713 (*TenneT/Alstom*) en HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1602 (*TenneT*).

verweer in de zogenaamde *follow-on* zaken is al het nodige geschreven.¹⁷

Naast de *follow-on* procedures komt het *passing-on* verweer echter ook aan de orde in de rechtspraak over de terugbetaling van belastingen en heffingen die in strijd zijn met het Unierecht.¹⁸ In deze procedures, die veelal beginnen met een nationale procedure door benadeelden die de belasting of heffing terugvorderen wegens strijd met het Unierecht en die resulteren in een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU), wordt het *passing-on* verweer ingeroepen door de betreffende lidstaat die de belasting of heffing heeft geïnd. Dit verweer komt er op neer dat de terugbetaling van de onrechtmatige belasting of heffing zal resulteren in een ongerechtvaardigde verrijking of overcompensatie (dubbele betaling) omdat de benadeelde(n) de last geheel of gedeeltelijk op hun afnemers hebben afgewenteld.

In het staatssteunrecht was de term *passing-on* verweer, voordat de onderhavige arresten werden gewezen, als zodanig minder gangbaar. Alleszins is er in de Europese jurisprudentie (nog) geen verdere invulling aan gegeven. Uit de onderhavige arresten zou kunnen worden afgeleid dat dit verweer betrekking kan hebben op twee aspecten. Helaas maakt het Gerecht zelf in zijn overwegingen geen voldoende scherp onderscheid tussen beiden. Volgens ons heeft het arrest echter slechts betrekking op het hierna als tweede genoemde aspect.

Eenzijds kan het *passing-on* verweer betrekking hebben op de vaststelling van de aanwezigheid van staatssteun, doordat met de doorgifte van het economische voordeel aan particulieren in feite wordt betoogd dat geen sprake is van bevoordeling van een onderneming. In deze zin vormt het *passing-on* verweer een gangbaar verweer in staatssteunzaken. Indien de uiteindelijke begunstigden van een steunmaatregel geen ondernemingen maar particulieren zijn, voldoet de maatregel ook niet aan de voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU en kwalificeert zij niet als staatssteun.¹⁹ Het verbod richt zich

immers alleen tot de selectieve bevoordeling van ondernemingen.

Anderzijds kan het *passing-on* verweer betrekking hebben op de omvang van het daadwerkelijk genoten en terug te vorderen voordeel. Het *passing-on* verweer heeft dan tot doel de omvang van de terug te vorderen onrechtmatige staatssteun te beperken. Indien het in deze zaak centraal staande voordeel van het lagere ATT-tarief volledig aan de passagiers zou zijn doorgegeven, roept dit de vraag op of het mogelijk is dat een dergelijke gedifferentieerde belastingmaatregel op zichzelf kwalificeert als onrechtmatige staatssteun, maar dat er de facto geen terugbetalingsverplichting bestaat, omdat de luchtvaartmaatschappij zelf geen voordeel heeft genoten.

Indien de omvang van de terug te vorderen steun niet door de Commissie wordt bepaald, maar het terugvorderingsbesluit uitsluitend een berekeningsmethode bevat, vindt de discussie of sprake is van *passing-on* vooral plaats in het kader van de nationale terugvorderingsprocedure. In de onderhavige zaak heeft de Commissie de omvang van het terug te vorderen bedrag wel in het besluit bepaald en is het *passing-on* verweer derhalve aangevoerd in de beroepsprocedure tegen het Commissiebesluit.

3.2. Passing-on en herstel in de vroegere toestand

De hiervoor genoemde situaties op verschillende terreinen waarin het *passing-on* verweer kan worden aangevoerd, hebben de volgende gemeenschappelijke noemer. De vordering tot schadevergoeding of tot terugbetaling van de onrechtmatige heffing of de terugvordering van de onrechtmatige staatssteun, waartegen het *passing-on* verweer is gericht, is ingegeven door de noodzaak tot het herstellen van de concurrentieverhoudingen die door de kartelafspraken, de onrechtmatige heffing of de onrechtmatige staatssteun zijn verstoord.²⁰

Zoals hiervoor is uiteengezet, kan het *passing-on* verweer er in het staatssteunrecht toe strekken de omvang van het terug te vorderen bedrag aan onrechtmatige staatssteun te beperken. Bij de terugvordering van onrechtmatige staatssteun gaat het om het ongedaan maken van het voordeel dat de begunstigde onderneming ten opzichte van zijn concurrenten heeft genoten en waardoor de mededinging is verstoord. De in de vaste rechtspraak geaccepteerde aanname is dat door terugbetaling van dit voordeel, de toestand van vóór de steunverlening wordt hersteld.²¹ Ook de verplichting van lidstaten

17. Zie bijvoorbeeld S.J. The, 'Art. – Passing-on', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2015, afl. 3; F. Hoseinian, 'Passing-on Damages and Community Antitrust Policy – An Economic Background', *World Competition* 2005, afl. 1, p. 3-23; S. Parlak, 'Passing-on Defence and Indirect Purchaser Standing: should the Passing-on Defence be Rejected Now the Indirect Purchaser Has Standing After Manfredi and the White Paper of the European Commission?', *World Competition* 2010, afl. 1, p. 31-53.

18. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 14 januari 1997, gevoegde zaken C-192/95 tot C-218/95, *Jur.* 1997, ECLI:EU:C:1997:12 (*Comateb e.a.*). HvJ EU 2 oktober 2003, C-147/01, *Jur.* 2003, ECLI:EU:C:2003:533 (*Weber's Wine World*). HvJ EU 6 september 2011, C-398/09, *Jur.* 2011, ECLI:EU:C:2011:540, (*Lady & Kid A/S*).

19. Zie bijvoorbeeld Besluit van de Europese Commissie van 3 juli 2014 betreffende steunmaatregel SA.33927 (12/C) (ex 11/NN) - Garantierегeling ter bescherming van de aandelen van individuele leden van financiële coöperaties (*PbEU* 2014, L 284/53) en de daartegen aangetekende beroepszaak van *Arcofin e.a./Commissie*

(zaak T-711/14), waarin o.a. wordt aangevoerd dat de garantierегeling uiteindelijk ten goede komt van de particuliere leden van de financiële coöperaties.

20. Zie o.a. de Conclusie van A-G L.A. Geelhoed in C-129/00, *Jur.* 2003, ECLI:EU:C:2003:319 (*Europese Commissie tegen Italië*), punt 70. HvJ EU 14 januari 1997, gevoegde zaken C-192/95 tot C-218/95 (*Comateb e.a.*). HvJ EU 6 september 2011, C-398/09 (*Lady & Kid A/S*).

21. HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, *Jur.* 2011, ECLI:EU:C:

tot terugbetaling van een onrechtmatige belasting strekt ertoe de concurrentievervalsing veroorzaakt door deze belasting ongedaan te maken. De uitzondering op deze terugbetalingsverplichting wordt in de rechtspraak zeer strikt toegepast en is alleen van toepassing indien aangetoond kan worden dat sprake is van *passing-on* en de terugbetaling tot een ongerechtvaardigde verrijking of overcompensatie leidt.²²

Voorts geldt ook in het mededingingsrecht dat de schadevergoeding noodzakelijk is voor het herstel in de vroegere toestand van de benadeelde(n). De schadevergoeding dient immers het verlies te compenseren dat is geleden als gevolg van de schending van de mededingingsregels.²³ Indien sprake is van *passing-on* is deze nadeelcompensatie, de terugbetaling van de onrechtmatige belasting of de terugvordering van de onrechtmatige staatssteun echter niet nodig voor het herstel van de vroegere toestand, omdat dit zou leiden tot een ongerechtvaardigde verrijking van de eisende partij. In geval van *passing-on* zijn immers niet de nadelen opgetreden die aanleiding vormen voor het herstel van de vroegere toestand. Om de proportionaliteit van de compensatie, de terugbetaling of terugvordering te garanderen, moet er derhalve altijd ruimte zijn voor een *passing-on* verweer. In het mededingingsrecht is deze ruimte expliciet gecreëerd met Richtlijn 2014/104/EU.²⁴ Deze Richtlijn beoogt de toepassing van het nationale procesrecht te harmoniseren ten einde zoveel mogelijk een uniforme toepassing van de vorderingen tot schadevergoeding in de lidstaten te bewerkstelligen. Deze Richtlijn verplicht lidstaten ervoor te zorgen dat de verweerder in reactie op een schadeclaim het *passing-on* verweer kan voeren.²⁵

Ook uit de rechtspraak met betrekking tot de terugvordering van staatssteun volgt dat het herstel in de toestand van voor de verlening van de onrechtmatige steun, beperkt dient te blijven en in verhouding dient te staan tot de financiële voordelen die *werkelijk* zijn voortgevloeid uit de beschikbaarstelling van de steun aan de begunstigde(n).²⁶ Hoe en in

welke mate daarbij rekening moet worden gehouden met de economische realiteit is alleen nog niet uitgekristalliseerd. Ons inziens brengt dit arrest ook niet veel concrete verheldering in dat verband maar het levert wel een belangrijke aanzet tot verdere ontwikkeling van het *passing-on* verweer op dit terrein.

3.3. Bewijs *passing-on* verweer

De nationale procesregels ten aanzien bewijslastverdeling en de bewijsstandaard mogen het aanvoeren van dit verweer niet extra moeilijk of feitelijk onmogelijk maken. Dit geldt te meer daar de mogelijkheid om het *passing-on* verweer aan te voeren noodzakelijk is om de proportionaliteit van de terugbetaling van de onrechtmatige belasting, de terugvordering van de onrechtmatige staatssteun of de schadevergoeding te kunnen waarborgen. Uit de vaste rechtspraak volgt dat nationale procesregels, in afwezigheid van harmoniserende voorschriften op Europees niveau, moeten voldoen aan de randvoorwaarden van het gelijkwaardigheids- en het effectiviteitsbeginsel.²⁷

Zo zijn nationale (procedure)regels op grond waarvan een onrechtmatige belasting alleen wordt terugbetaald indien de benadeelde kan aantonen dat de belasting niet op derden is afgewenteld of die uitgaan van een vermoeden dat deze belasting op derden is afgewenteld, in strijd met het effectiviteitsbeginsel.²⁸ Dergelijke procedureregels maken de terugbetaling van een onrechtmatige belasting volgens het HvJ EU uiterst moeilijk, hetgeen in strijd is met het Unierecht dat uitgaat van een verplichting tot terugbetaling waarop een beperkte en zeer strikt toe te passen uitzondering bestaat in geval sprake is van *passing-on*. De bewijslast van de *passing-on* rust daarbij op de nationale autoriteiten die stellen dat terugbetaling tot een ongerechtvaardigde verrijking zal leiden.

Ten aanzien van de bewijsstandaard is in de rechtspraak met betrekking tot de terugbetaling van onrechtmatige belastingen echter wel onderkend dat het bewijs van een afwenteling van de belasting op derden niet kan worden geleverd zonder medewerking van de betrokken belastingplichtige.²⁹ Een

2011:814 (*Residex Capital*), r.o. 34 en de daarin genoemde rechtspraak.

22. Zie o.a. HvJ EU 14 januari 1997, gevoegde zaken C-192/95 tot 218/95 (*Comateb e.a.*), r.o. 35. HvJ EU 6 september 2011, C-398/09 (*Lady & Kid A/S*), r.o. 25-26.

23. Zie o.a. overwegingen 1 t/m 6 van Richtlijn 2014/104/EU. Zie ook HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, *Jur.* 2011, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*), r.o. 27 en HvJ EU 13 juli 2006, C-295/04, *Jur.* 2006, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*), r.o. 98-100.

24. Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (*PbEU* 2014, L 349/1).

25. Zie overweging 39 van de considerans en art. 13 Richtlijn 2014/104/EU.

26. Gerecht 22 januari 2013, T-308/00 RENV, *Jur.* 2013, ECLI:EU:T:2013:30 (*Saltzgitter/Commissie*), r.o. 138. Bekendmaking van de Europese Commissie, Naar een

doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen van de Commissie waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen (*PbEU* 2007, C 272/4). D. Grespan, 'State Aid Procedures', in: *EU Competition Law – Vol. 1 – Procedure Antitrust-Mergers-State Aid*, Deventer: Claeys & Casteels 2015, pp. 522-523.

27. Zie o.a. HvJ EG 8 september 2012, Gevoegde zaken C-89/10 en C-96/10, *Jur.* 2011, ECLI:EU:C:2011:555 (*Q-Beeff NV*), r.o. 32 en de daarin genoemde rechtspraak.

28. Zie bijv. HvJ 9 december 2003, C-129/00, *Jur.* 2003, ECLI:EU:C:2003:656 (*Europese Commissie tegen Italië*), r.o. 26-35 en HvJ EU 2 oktober 2003, C-147/01 (*Weber's Wine World*), r.o. 109-117.

29. HvJ 9 december 2003, C-129/00 (*Europese Commissie tegen Italië*), r.o.36 en 37 en HvJ EU 2 oktober 2003, C-147/01 (*Weber's Wine World*), r.o. 115.

verplichting tot medewerking bij het verstrekken van bewijsmateriaal is op grond van deze rechtspraak als zodanig niet in strijd met de hiervoor genoemde beginselen van gelijkheid en effectiviteit. Het moet daarbij wel gaan om bewijsmateriaal dat een onderneming redelijkerwijs geacht mag worden te bezitten en het mag bijvoorbeeld geen onredelijke bewaartermijn voor de onderneming met zich mee brengen.³⁰ In Richtlijn 2014/104/EU over kartelschadezaken is een vergelijkbare regeling ten aanzien van het bewijs van *passing-on* opgenomen. Op grond van deze Richtlijn rust de bewijslast van het doorberekeningsverweer op de verweerder (de inbreukpleger). De Richtlijn bepaalt daarbij wel expliciet dat deze verweerder bewijsmateriaal van derden en/of de eiser kan vorderen om aan te kunnen tonen dat de eiser het gestelde financiële verlies geheel of gedeeltelijk heeft doorberekend.³¹ De bewijslast en de bewijsstandaard ten aanzien van het *passing-on* verweer in het staatssteunrecht, is afhankelijk van het type procedure waarin dit verweer wordt ingeroepen. Indien het *passing-on* verweer in het kader van een nationale procedure tot terugvordering van de onrechtmatige steun wordt ingeroepen, wordt de bewijslastverdeling en de bewijsstandaard volgens het nationale procesrecht bepaald. Het is immers vaste rechtspraak dat de terugvordering van onrechtmatige staatssteun – bij ontbreken van harmoniserende Unierechtelijke bepalingen hieromtrent – zuiver een aangelegenheid is van het nationale procesrecht.³² Net als voor de hiervoor genoemde terreinen gelden de randvoorwaarden van het gelijkwaardigheids- en het effectiviteitsbeginsel voor de bewijslastverdeling en de bewijsstandaard in nationale terugvorderingsprocedures.³³ Indien het *passing-on* verweer echter, net als in de onderhavige procedures, wordt ingeroepen in een beroepsprocedure tegen het terugvorderingsbesluit van de Commissie, lijkt het Gerecht de bewijslast dat geen sprake is van *passing-on* bij de Commissie te leggen indien deze in het besluit de omvang van de terug te vorderen steun bepaald. In paragraaf 3.4. gaan wij nader in op deze bewijsstandaard.

3.4. De bewijslast en bewijsstandaard onrechtmatige staatssteun en *passing-on*

Ryanair en Aer Lingus hebben in de onderhavige beroepsprocedures het *passing-on* verweer aangevoerd in het kader van de betwisting van de kwantificering van de onrechtmatige staatssteun en het daaraan gekoppelde bevel tot terugvordering.³⁴ Omdat de Commissie er in het besluit voor had gekozen het terug te vorderen bedrag te kwantificeren, ligt de bewijslast om na te gaan wat de daadwerkelijke omvang van het genoten voordeel is, volgens het Gerecht bij de Commissie.

Het is vaste rechtspraak dat de bewijslast dat aan alle voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU is voldaan op de Commissie rust indien deze van mening is dat een bepaalde maatregel kwalificeert als onrechtmatige staatssteun.³⁵ Wat de omvang van het terug te vorderen bedrag betreft is de Commissie op grond van de vaste rechtspraak echter niet verplicht, dit bedrag in het terugvorderingbesluit te specificeren. De Commissie mag het bepalen van de omvang van dit bedrag ook aan de lidstaat in kwestie overlaten.³⁶ Wel dient de Commissie voldoende richtsnoeren te bieden voor de te volgen methode voor de vaststelling van het steunbedrag in het besluit zodat de lidstaat het bedrag van de steun kan bepalen. De Commissie is zelfs niet verplicht te garanderen dat de voorgeschreven methode daadwerkelijk resulteert in een terugvordering.³⁷ Het feit dat geen sprake is van een terugbetalingsverplichting raakt de conclusie dat sprake is van onrechtmatige staatssteun immers niet. In de *Mediaset*-zaak heeft het HvJ EU expliciet bevestigd dat de nationale rechter zonder de geldigheid van het Commissiebesluit of het terugvorderingbevel ter discussie te stellen, kan bepalen dat het terug te vorderen steunbedrag nul bedraagt. Voorwaarde is wel dat dit resultaat rechtstreeks voortvloeit uit zijn berekening van het terug te vorderen bedrag.³⁸ Gelet op deze rechtspraak had de Commissie onder verwijzing naar de vaste rechtspraak met betrek-

30. HvJ EU 2 oktober 2003, C-147/01 (*Weber's Wine World*), r.o. 38.

31. Zie overweging 39 van de considerans en ar. 13 Richtlijn 2014/104/EU.

32. HvJ EU 5 oktober 2006, C-232/05, *Jur.* 2006, ECLI:EU:C:2006:651 (*Europese Commissie tegen Frankrijk*), r.o. 49-51. HvJ EU 14 februari 2008, C-419/06, *Jur.* 2008, ECLI:EU:C:2008:89 (*Europese Commissie tegen Griekenland*), r.o. 58-59.

33. HvJ EU 13 februari 2014, C-69/13, *Jur.* 2014, ECLI:EU:C:2014:71 (*Mediaset SpA*), r.o. 34. HvJ EU 5 oktober 2006, C-232/05 (*Europese Commissie tegen Frankrijk*), r.o. 49-51. Gerecht 8 juni 1995, T-459/93, *Jur.* ECLI:EU:T:1995:100 (*Siemens tegen Europese Commissie*), r.o. 82. HvJ EU 12 december 2002, C-209/00, *Jur.* 2002, ECLI:EU:C:2002:747 (*Europese Commissie tegen Duitsland*), r.o. 32.

34. Zie art 1 en 4 Besluit van de Europese Commissie van 25 juli 2012 betreffende steunmaatregel SA.29064 (*PbEU* 2012, L 119/30).

35. HvJ EU 5 juni 2012, C-124/10P, *Jur.* 2012, ECLI:EU:C:2012:318 (*EDF*). HvJ EU 21 november 2013, C-284/12, *Jur.* 2013, ECLI:EU:C:2013:755 (*Deutsche Lufthansa AG*), r.o. 27-28.

36. Gerecht 5 februari 2015, T-500/12 (*Ryanair Ltd en Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 113. Gerecht 5 februari 2015, T-473/12 (*Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 84. Gerecht 30 april 2014, T-468/08, *Jur.* 2014, ECLI:EU:T:2014:235 (*Tisza Erőmű kft tegen Europese Commissie*), r.o. 265-305. Gerecht 3 april 2014, T-179/09, *Jur.* 2014, ECLI:EU:T:2014:236 (*Dunamenti Erőmű Zrt tegen Europese Commissie*), r.o. 165 e.v. en de daarin genoemde rechtspraak. HvJ EU 13 februari 2014, C-69/13 (*Mediaset SpA*), r.o. 21.

37. Gerecht 30 april 2014, T-468/08, *Jur.* 2014, ECLI:EU:T:2014:235 (*Tisza Erőmű kft tegen Europese Commissie*), r.o. 132-144.

38. HvJ EU 13 februari 2014, C-69/13 (*Mediaset SpA*), r.o. 39.

king tot staatssteun als gevolg van gedifferentieerde belastingen mogelijk kunnen oordelen dat het lage ATT-tarief resulteerde in onrechtmatige staatssteun zonder zich uit te laten over de omvang daarvan.³⁹ Ten aanzien van het terugvorderingbevel had zij – indien zij de omvang van het terug te vorderen bedrag niet zelf had vastgesteld – echter in ieder geval moeten bepalen op welke wijze de omvang van het terug te vorderen bedrag aan onrechtmatige staatssteun had moeten worden bepaald. Indien de Commissie in deze berekenmethode geen elementen zou hebben opgenomen die de nationale autoriteiten in staat zou hebben gesteld de *passing-on* van het voordeel te onderzoeken, zou de Commissie naar alle waarschijnlijkheid nog steeds niet hebben voldaan aan de voorwaarden die het Gerecht daaromtrent stelt in de onderhavige arresten.

3.4.1. Ten aanzien van het bestaan van het voordeel

Indien de Commissie in het kader van de vraag of het lagere ATT-tarief als staatssteun kwalificeert verplicht zou zijn voor iedere luchtvaartmaatschappij de precieze omvang van het voordeel te bepalen, zou de Commissie zelf moeten onderzoeken in hoeverre het voordeel is geneutraliseerd doordat het aan passagiers is doorgegeven. Deze verplichting rust ons inziens niet op de Commissie. In dit kader van de bepaling van het bestaan van het voordeel rust op de Commissie derhalve niet de bewijslast van een eventuele *passing-on* van het voordeel.

Wij zijn het met de Commissie eens dat zij voor de vaststelling van de aanwezigheid van steun kon volstaan met de analyse dat het lagere ATT-tarief resulteert in een voordeel voor de daaraan onderworpen luchtvaartmaatschappijen. In beginsel achten wij de redenering plausibel dat de omvang van dit voordeel veelal gelijk zal zijn aan het verschil tussen het hogere en het lagere ATT-tarief, omdat de luchtvaartmaatschappijen als gevolg van het lagere tarief lagere kosten aan hun klanten moesten doorberekenen ofwel zelf lagere kosten moesten dragen.⁴⁰ Beide methoden leverden de luchtvaartmaatschappijen een kostenbesparing op en stelden hen in staat hun klanten aantrekkelijkere prijzen te bieden hetgeen tot een hogere omzet heeft geleid. De Commissie stelt zich onzes inziens terecht op het standpunt dat de luchtvaartmaatschappijen hierdoor hun economische positie ten opzichte van de andere luchtvaartmaatschappijen konden verbeteren.⁴¹

39. Gerecht 5 februari 2015, T-500/12 (*Ryanair Ltd en Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 65 en 137. Gerecht 5 februari 2015, T-473/12 (*Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 43 en 106.

40. Besluit van de Europese Commissie van 25 juli 2012 betreffende steunmaatregel SA.29064 (*PbEU* 2012, L 119/30), punt 53.

41. Besluit van de Europese Commissie van 25 juli 2012

Dit standpunt van de Commissie vindt steun in de rechtspraak over de terugbetaling van onrechtmatige belastingen, zij het dat het hierin gaat om de terugbetaling van een last waardoor benadeelden schade kunnen hebben geleden en niet om de terugvordering van een voordeel. In deze rechtspraak heeft het HvJ EU gepreciseerd dat de enkele vaststelling dat een belasting op derden is afgewenteld doordat deze in de consumentenprijs is verdisconteerd, niet betekent dat mag worden aangenomen dat de last ervan voor de belastingplichtige is geneutraliseerd en dat deze naast de directe effecten van een dergelijke heffing niet ook in ander opzicht economische schade zal lijden.⁴² Zo overwoog het HvJ EU dat ‘*zelfs indien vaststaat dat de last van de ten onrechte geheven belasting geheel of gedeeltelijk op derden is afgewenteld, terugbetaling ervan aan de marktdelnemer niet noodzakelijkerwijs meebrengt dat hij ongerechtvaardigd wordt verrijkt, daar hij schade kan hebben geleden als gevolg van een verkooppaling doordat het bedrag van deze belasting is doorberekend in de vraagprijis*’.⁴³

Hoewel het bij *passing-on* van onrechtmatige staatssteun gaat om het doorgeven van een voordeel, gelden dezelfde uitgangspunten als bij het afwentelen van een onrechtmatige heffing. Een *passing-on* van het voordeel betekent immers niet dat de onrechtmatige steun automatisch wordt geneutraliseerd en geen sprake meer zou zijn van een economisch voordeel. Zoals de Commissie heeft aangevoerd, kan het lagere ATT-tarief immers tot een hogere omzet hebben geleid. Ook Richtlijn 2014/104/EU bevat voor de *follow-on* zaken een vergelijkbaar uitgangspunt dat er op neerkomt dat het recht om schadevergoeding te eisen blijft bestaan ook al is sprake van *passing-on* van het prijsverschil indien de doorberekening van dat prijsverschil tot lagere verkopen heeft geleid. In deze situatie is immers sprake van schade in de vorm van winstderving.⁴⁴ Het lijkt ons derhalve niet aannemelijk dat het doorgeven van een voordeel van het lagere ATT-tarief aan passagiers, zonder meer tot de conclusie zou kunnen leiden dat geen sprake is van bevoordeling van de luchtvaartmaatschappijen.⁴⁵

betreffende steunmaatregel SA.29064 (*PbEU* 2012, L 119/30), punt 56. Zie ook arrest in de zaak van het Gerecht 5 februari 2015, T-473/12 (*Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 92 en 96 en Gerecht 5 februari 2015, T-500/12 (*Ryanair Ltd en Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 128.

42. Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Geelhoed in zaak C-129/00 (*Europese Commissie tegen Italië*), punten 74-80.

43. HvJ EU 6 september 2011, C-398/09 (*Lady & Kid A/S*), r.o. 21. HvJ EU 2 oktober 2003, C-147/01 (*Weber's Wine World*), r.o. 95-101 en 110.

44. Zie overweging 40 van de considerans en art. 12 lid 3 Richtlijn 2014/104/EU.

45. Gerecht 5 februari 2015, T-473/12 (*Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 122. Nog afgezien dat uit het huidige geüniformeerde ATT-tarief van € 3 al volgt dat het lagere ATT-tarief van € 2 een voordeel oplevert.

3.4.2. Ten aanzien van de berekening van het terug te vorderen bedrag

De Commissie heeft alleen in de motivering van het besluit de omvang van de onrechtmatige staatssteun gekwantificeerd op € 8,- per passagier.⁴⁶ Aangezien deze motivering volgens het Gerecht een onlosmakelijk geheel vormt met de artikelen van het besluit⁴⁷, gaat het Gerecht er echter vanuit dat het terugvorderingbevel opgenomen in art. 4 van het besluit betrekking heeft op het bedrag van € 8,- per passagier.

De Commissie heeft dit voor zover wij op basis van de arresten kunnen nagaan niet weersproken, maar stelt dat op haar noch op de nationale autoriteiten de verplichting rust in ieder individueel geval na te gaan wat de effecten van de steun op de begunstigen zijn geweest op basis van hun individuele keuzen. De Commissie lijkt hiermee niet alleen te doelen op de vaststelling dat het verlaagde ATT-tarief resulteert in steun, maar tevens op de vaststelling van de omvang van het terug te vorderen bedrag die in dergelijke gevallen altijd zou moeten bestaan uit het verschil tussen het algemene tarief en het verlaagde tarief. De Commissie verwijst hiervoor naar het arrest in de zaak *Unicredito Italiano*⁴⁸ waarin het HvJ EU heeft bepaald dat bij het herstel in de vroegere toestand alleen rekening wordt gehouden met de gunstiger fiscale behandeling ten opzichte van de algemene regeling.⁴⁹ Het Gerecht verwerpt deze redenering omdat het in het arrest *Unicredito Italiano* ging om een korting van 12,5% op het percentage van de inkomensbelasting die onder voorwaarden aan gefuseerde of geherstructureerde banken was toegekend, terwijl de ATT in feite een accijns is die weliswaar bij de luchthavens werd geïnd, maar uiteindelijk door passagiers wordt gedragen.

De Commissie heeft op dit punt ook hoger beroep ingesteld, dat er op neer komt dat het Gerecht een nieuw economisch criterium in het leven heeft geroepen dat moet worden toegepast wanneer de omvang van de terug te vorderen onrechtmatige

staatssteun wordt vastgesteld die bestaat uit een lager belastingtarief dan het standaardtarief.⁵⁰ Blijkens de verwijzingen naar deze rechtspraak in het besluit⁵¹ doelt de Commissie hiermee op de rechtspraak op grond waarvan de fiscale maatregelen die een selectief voordeel toekennen, kwalificeren als staatssteun. Deze rechtspraak gaat echter niet in op de specifieke vraag hoe het terug te vorderen bedrag moet worden berekend indien de belastingkorting in feite het karakter van een accijns heeft die gericht is op de klanten (passagiers in dit geval). Wij sluiten niet uit dat het specifieke karakter van de ATT die formeel bedoeld is om aan passagiers door te geven, een ander maatstaf en bewijsstandaard voor de vaststelling van het terug te vorderen voordeel rechtvaardigt. Het standpunt van de Commissie ten aanzien van de vaststelling van het terug te vorderen bedrag lijkt immers moeilijk te rijmen met de hiervoor genoemde rechtspraak op grond waarvan de terugvordering beperkt dient te blijven tot het daadwerkelijk genoten voordeel en sprake is van een duidelijk onderscheid tussen de vaststelling van onrechtmatige steun enerzijds en de terugvordering daarvan anderzijds.⁵² Bovendien zou er, indien het terug te vorderen bedrag in het geval van een bevoordeling door een gedifferentieerde belasting op deze wijze vast zou staan, in een nationale terugvorderingprocedure geen ruimte meer bestaan voor een *passing-on* verweer. Het oordeel van het HvJ EU in de aanhangige hoger beroepsprocedure zal moeten uitwijzen aan welke bewijsstandaard de Commissie in dit type zaken dient te voldoen indien zij het terug te vorderen bedrag in het besluit kwantificeert.

Indien het HvJ EU tot het oordeel komt dat de Commissie rekening dient te houden met een eventuele *passing-on* van het voordeel, heeft het ons inziens de voorkeur dat de Commissie de vaststelling van de omvang van het terug te vorderen bedrag in dergelijke gevallen aan de nationale autoriteiten overlaat. De discussie omtrent de omvang van het daadwerkelijk genoten voordeel en de eventuele *passing-on* past immers beter bij het individuele karakter van een nationale terugvorderingprocedure. In deze nationale procedure kunnen begunstigen dan het *passing-on* verweer inroepen. De toepasselijke bewijslast en bewijsstandaard zal afhangen van de nationale procedureregels. In veel gevallen zullen de begunstigen op grond van de nationale procedureregels het bewijs moeten leveren van de *passing-on*. In ieder geval geldt ook in het geval van

46. Zie ov. 58 en 70 van het Besluit van de Europese Commissie van 25 juli 2012 betreffende steunmaatregel SA.29064 (*PbEU* 2012, L 119/30). Overweging 70 van het Commissiebesluit vermeldt: 'The State aid amounts to the difference between the lower rate of the air travel tax and the standard rate of EUR 10 (that is to say, EUR 8 per passenger) levied on each passenger.' Er is sprake van steun voor zover de lagere vliegbelasting van toepassing was, dat wil zeggen het steunbedrag van op alle vluchten uitgevoerd met vliegtuigen die meer dan 20 passagiers kunnen vervoeren en die van een luchthaven vertrekken waar jaarlijks meer dan 50.000 passagiers naar een bestemming vliegen die minder dan 300 km van Dublin is gelegen.

47. Gerecht 5 februari 2015, T-500/12 (*Ryanair Ltd en Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 113. Gerecht 5 februari 2015, T-473/12 (*Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 84.

48. HvJ EU 15 december 2005, C-148/04 (*Unicredito Italiano*).

49. HvJ EU 15 december 2005, C-148/04 (*Unicredito Italiano*), r.o. 119.

50. Hogere voorziening ingesteld op 9 april 2015, C-165/15P (*PbEU* 2015, C 205/20).

51. Besluit van de Europese Commissie van 25 juli 2012 betreffende steunmaatregel SA.29064 (*PbEU* 2012, L 119/30), punt 42. Zie ook de rechtspraak genoemd in Gerecht 5 februari 2015, T-500/12 (*Ryanair Ltd en Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 65. Gerecht 5 februari 2015, T-473/12 (*Aer Lingus Ltd tegen Europese Commissie*), r.o. 43.

52. Zie Gerecht 22 januari 2013, T-308/00 RENV (*Saltzgitte/Commissie*) en HvJ EU 13 februari 2014, C-69/13 (*Mediaset SpA*).

dit verweer in het kader van de terugvordering van onrechtmatige staatssteun dat het bewijsmateriaal overwegend van de begunstigde onderneming(en) zal moeten komen. Het effectiviteitsbeginsel brengt mee dat de nationale procesregels het aanvoeren van het *passing-on* verweer niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken, anders zou het immers onmogelijk of zeer moeilijk worden voor begunstigten om aan te tonen dat het teruggevorderde voordeel niet overeenkomt met het voordeel dat zij daadwerkelijk hebben genoten. De doelstelling van de terugvordering van onrechtmatige staatssteun is immers uitdrukkelijk niet het opleggen van een boete maar het herstel in de vroegere toestand. Bij het terugvorderen van een bedrag dat hoger is dan het daadwerkelijk genoten voordeel, zou deze doelstelling in gevaar komen.

4. Slotopmerkingen

Net als op de andere genoemde rechtsgebieden, zal het kwantificeren van de effecten van de *passing-on* ook in het staatssteunrecht complex zijn.

Het enkele bestaan van wetgeving die voorziet in de verplichting van doorberekening van de belasting aan de consument vormt in ieder geval onvoldoende aanwijzing dat het voordeel (of het nadeel in geval van onrechtmatige belastingen) geheel is doorgegeven.⁵³ Dat blijkt ook uit de onderhavige zaken.

Bij de terugbetaling van onrechtmatige belastingen en bij schadevergoeding wegens inbreuk op de mededingingsregels is vanuit de nagestreefde Uniedoelstellingen een bewuste keuze gemaakt ten aanzien van de bewijslast en de bewijsstandaard met betrekking tot het *passing-on* verweer. Deze keuze impliceert dat in situaties waarin onzekerheid bestaat over de (mate van) *passing-on* en het bewijs niet (voldoende) kan worden geleverd, een (terug) betaling plaatsvindt die mogelijk hoger is dan de daadwerkelijk geleden schade. Zo volgt uit de rechtspraak met betrekking tot onrechtmatige belastingen dat de complexiteit van het kwantificeren van de *passing-on* geen aanleiding is om de onzekerheid dat terugbetaling van de onrechtmatige belasting resulteert in een ongerechtvaardigde verrijking of overcompensatie voor rekening te laten komen van diegene die de onrechtmatige belasting heeft moeten betalen.⁵⁴ Op de nationale autoriteiten rust in dit geval de bewijslast dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking.

Aan de bewijslastverdeling in de *follow-on* zaken die met Richtlijn 2014/104/EU is geharmoniseerd, ligt een vergelijkbaar uitgangspunt ten grondslag:

een schadeclaim wordt slechts afgewezen indien degene die de inbreuk op de mededingingsregels heeft gemaakt, in staat is de *passing-on* van het verlies te bewijzen. Ten aanzien van de vaststelling van de schade bepaalt de Richtlijn voorts dat kartelinbreuken worden geacht schade te berokkenen en dat de inbreukpleger het recht heeft dit vermoeden te weerleggen.⁵⁵

De vraag is dus hoe de doelstelling van het herstel in de vroegere toestand bij de terugvordering van onrechtmatige staatssteun moet worden bereikt en hoe in dat verband met *passing-on* moet worden omgegaan. Er lijken mede na deze zaken twee wat tegenstrijdige tendensen. In een recente uitspraak herinnerde het Gerecht er aan dat een methode voor het bepalen van het terug te vorderen bedrag 'may involve assumptions and a degree of uncertainty'⁵⁶ waardoor het terug te vorderen bedrag hoger kan zijn dan het daadwerkelijk genoten voordeel. Deze rechtspraak geeft de Commissie en nationale autoriteiten meer marge en erkent hoe moeilijk het kan zijn om de *passing-on* te verdisconteren in het kader van de terugvordering, net zoals dat gebeurt op de andere rechtsgebieden hiervoor genoemd.

De onderhavige zaken zijn dan weer indicatie van het feit dat het Gerecht toch ook vindt dat er met het doorgeven van het voordeel wel degelijk rekening moet worden gehouden op een zo concreet mogelijke manier: het gaat om het *werkelijk* genoten voordeel. Daarmee plaatst het Gerecht zich in de lijn van een meer economische benadering.⁵⁷

De moeilijke spagaat waarin het Gerecht zich plaatst in dat verband komt tot uiting in de bewoordingen van r.o. 112 (zaak T-473/12) en r.o. 143 (zaak T-500/12):

'Bijgevolg houdt het vereiste dat voortvloeit uit de in punt 86 supra aangehaalde rechtspraak om het voordeel van de luchtvaartmaatschappijen in casu door de toepassing van het lagere vliegbelastingtarief hebben genoten, zo precies mogelijk vast te stellen als de omstandigheden van het geval toestaan, niet in dat het verleden wordt gereconstrueerd op basis van hypothetische elementen als de - vaak meerdere - keuzen die de betrokken marktdeelnemers hadden kunnen maken, zoals de Commissie betoogt. Dat vereiste beoogt daarentegen enkel en alleen ervoor te zorgen dat de begunstigde het voordeel verliest dat hij op de markt ten opzichte van zijn concurrenten genoot en dat de situatie wordt hersteld zoals die bestond voordat de steun werd verleend.'

53. Vgl. HvJ EU 2 oktober 2003, C-147/01 (*Weber's Wine World*), r.o. 110.

54. HvJ EU 9 november 1983, zaak 199/82, *Jur.* 1983, ECLI: EU:C:1983:318 (*San Giorgio*), r.o. 15 en HvJ 9 EU december 2003, C-129/00 (*Europese Commissie tegen Italië*). Zie ook de Conclusie van A-G Geelhoed (*Europese Commissie tegen Italië*), punt 89 e.v.

55. Art. 17 lid 2 Richtlijn 2014/104/EU.

56. Gerecht 30 april 2014, T-468/08 (*Tisza Erőmű kft tegen Europese Commissie*), r.o. 297.

57. Over de gelijkenissen en verschillen van de modernisering in het mededingingsrecht en het staatssteunrecht op dit punt, zie ook: L.Y.M. Parret, 'De modernisering voorbij: de mededingingsbeperking in het kartelverbod en in het staatssteunverbod', *NTER* 2014, afl. 9, pp. 290-298.

Daarmee is gezegd hoe het niet moet, maar wat is dan wel de wijze waarop voldoende concreet en zo accuraat mogelijk moet worden berekend wat het voordeel echt is geweest?

Indien de argumentatie van het Gerecht in hoger beroep standhoudt, zal ook ten aanzien van het terug te vorderen bedrag de nadruk komen te liggen op de economische realiteit, al is het de vraag of de mogelijkheid tot het aanvoeren van het *passing-on* verweer beperkt zal blijven tot vergelijkbare specifieke belastingen die het karakter van een accijns hebben. In ieder geval verhoogt dit arrest van het Gerecht de druk op de Commissie om, ook als de omvang van het terug te vorderen bedrag niet wordt gepreciseerd in het besluit zelf, aan de lidstaat richtsnoeren te geven over de toe te passen berekeningsmethode *inclusief* de mogelijkheid van een *passing-on* verweer. De Commissie zal dus moeten aangeven welke economische analyse een lidstaat zal moeten verrichten om het terug te vorderen steunbedrag te bepalen. Bij gebreke aan duidelijke parameters daarvoor in de rechtspraak, zal de Commissie hier zelf een methode voor moeten ontwikkelen die ongetwijfeld op enig moment weer ter toetsing aan de Unierechter zal worden voorgelegd.