CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. TANCHEV
van 15 juli 2021 [1]

Gevoegde zaken C-167/19 P en C-171/19 P

Europese Commissie
tegen
Freistaat Bayern (C-167/19 P)
Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns eV,
Genossenschaftsverband Bayern eV,

Verband der Bayerischen Privaten Milchwirtschaft eV (C-171/19 P)

„Hogere voorziening – Staatssteun – Steun aan de Beierse melksector – Financiering van melkkwaliteitstests – Besluit waarbij de steun onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard – Inleidingsbesluit – Verplichtingen van de Commissie – Rechten van de betrokken lidstaat – Rechten van de belanghebbende partijen om betrokken te worden bij de administratieve procedure – Schending van wezenlijke vormvoorschriften”

1. Met deze twee hogere voorzieningen verzoekt de Europese Commissie om vernietiging van de arresten van het Gerecht in de zaken Freistaat Bayern/Commissie [2] en Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns e.a./Commissie [3]. In deze arresten heeft het Gerecht de beroepen van Freistaat Bayern (deelstaat Beieren, Duitsland; hierna: „deelstaat Beieren”) en van de Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns e.a. (hierna: „samenwerkingsverband”) tot gedeeltelijke nietigverklaring van besluit (EU) 2015/2432 van de Commissie toegewezen [4].

I. Voorgeschiedenis van de gedingen

2. De voorgeschiedenis van de gedingen wordt beschreven in de punten 1 tot en met 21 van het eerste bestreden arrest en in de punten 1 tot en met 20 van het tweede bestreden arrest. Ik zal mijzelf hier beperken tot het uitlichten van de hiernavolgende onderdelen.

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] Arrest van 12 december 2018 (T-683/15, EU:T:2018:916; hierna: „eerste bestreden arrest”).

[3] Arrest van 12 december 2018 (T-722/15-T-724/15, EU:T:2018:920, niet gepubliceerd; hierna: „tweede bestreden arrest”).

[4] Besluit van 18 september 2015 inzake de door Duitsland verleende staatssteun voor melkkwaliteitstests in het kader van de wet melk en vetten — SA.35484 (2013/C) (ex SA.35484 (2012/NN) (PB 2015, L 334, blz. 23; hierna: „litigieus besluit”).

3. In Duitsland wordt de kwaliteit van melk traditiegetrouw verzekerd door onafhankelijke kwaliteitstests. Deze melkkwaliteitstests worden in Beieren (Duitsland) gefinancierd uit, ten eerste, inkomsten afkomstig van melkheffingen ten laste van de melkafnemers en, ten tweede, de algemene begroting van de deelstaat Beieren, een van de verweerders in de onderhavige hogere voorzieningen.

4. Bij brief van 17 juli 2013 heeft de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland in kennis gesteld van haar besluit om de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden (hierna: „inleidingsbesluit"). Dit besluit betreft diverse maatregelen die in verschillende Duitse deelstaten op grond van het Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten (federale wet inzake melk en vetten) van 1952 [5] ten uitvoer zijn gelegd met als doel om de melksector te ondersteunen, waaronder de steun waarop het litigieuze besluit betrekking heeft. In verband met deze steun verwijst de Commissie, ten eerste, in punt 2.5 van het inleidingsbesluit, dat ziet op de financiering van de onderzochte maatregelen, naar § 22 MFG, die betrekking heeft op de melkheffing. Ten tweede heeft de Commissie in overweging 264 van het betrokken besluit onder verwijzing naar dezelfde bepaling aangegeven dat de onderzochte maatregelen werden gefinancierd door middel van een parafiscale heffing.

5. De Commissie heeft vastgesteld dat de litigieuze steun verenigbaar was met de interne markt voor de periode van 28 november 2001 tot en met 31 december 2006, en heeft twijfels geuit over de verenigbaarheid ervan met de interne markt voor de periode vanaf 1 januari 2007.

6. Bij brief van 20 september 2013 heeft de Bondsrepubliek Duitsland opmerkingen ingediend over het inleidingsbesluit. De Commissie heeft 7 mededelingen van opmerkingen van belanghebbende partijen ontvangen waarin werd verwezen naar de maatregelen aangaande de melkkwaliteitstests die het voorwerp vormden van het litigieuze besluit. De ontvangen opmerkingen zijn aan de Bondsrepubliek Duitsland toegezonden, die vervolgens een standpunt heeft ingenomen over de aanvullende opmerkingen die op 8 juli 2014 waren ingediend.

7. Op 18 september 2015 heeft de Commissie het litigieuze besluit genomen. Dit besluit ziet enkel op de financiering van de melkkwaliteitstests die vanaf 1 januari 2007 zijn uitgevoerd in Baden-Württemberg (Duitsland) en in Beieren.

8. In de eerste plaats is de Commissie nagegaan of de melkheffingsopbrengsten staatssteun vormden in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Voorts wordt in § 22, lid 2, punten 1 tot en met 6, MFG bepaald voor welke doelen de melkheffingsopbrengsten mogen worden gebruikt. Bijgevolg heeft de Commissie overwogen dat de inkomsten uit de melkheffing moesten worden beschouwd als middelen die onder controle van de overheid staan en dat de met de melkheffingsopbrengsten gefinancierde maatregelen met staatsmiddelen werden bekostigd en aan de staat waren toe te rekenen.

9. In de tweede plaats heeft de Commissie vastgesteld dat de melkbedrijven van Beieren een selectief voordeel genoten door de terugbetaling, uit de heffingsinkomsten en uit de algemene begroting van de deelstaat Beieren, van de kosten die zij droegen voor de kwaliteitstests. De Commissie stelde dat deze melkkwaliteitstests uiteindelijk de melkbedrijven ten goede kwamen, aangezien zij wettelijk verplicht waren om aan hen geleverde melk te testen. Melkbedrijven zijn te beschouwen als ondernemingen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU en de kosten die verband houden met betaling aan een onderzoekscentrum voor de melkkwaliteitstests moeten

[5] BGBl. 1952 I, blz. 811 (hierna: „MFG").

worden beschouwd als normale bedrijfskosten, die de betrokken ondernemingen, dat wil zeggen de melkbedrijven, normaliter zelf moeten dragen.[6] Bovendien werd elk eventueel voordeel volgens de Commissie ook enkel aan „bepaalde ondernemingen" verleend, aangezien er tal van andere economische sectoren in Duitsland waren die, anders dan de melkbedrijfssector, niet profiteerden van de onderhavige maatregelen. Het eventueel verleende voordeel was derhalve selectief. Voorts worden de kosten van tests in andere deelstaten dan Baden-Württemberg en Beieren niet aan de melkbedrijven terugbetaald uit de inkomsten uit melkheffingen. Ten slotte heeft de Commissie in overweging 145 van het litigieuze besluit rekening gehouden met het feit dat de maatregel ook werd gefinancierd uit de algemene begroting van de deelstaat Beieren. Bijgevolg kwam volgens haar het voordeel dat de melkbedrijven hebben gehaald uit de tenlasteneming van de melkkwaliteitstests niet noodzakelijk overeen met hun betalingen uit hoofde van de melkheffing. Zij heeft deze vaststelling getransponeerd naar de financiering uit de algemene begroting van de deelstaat Beieren.

10. In de derde plaats stelde de Commissie, waar het gaat over de vraag of er sprake was van bestaande steun, dat de Duitse autoriteiten, afgezien van het MFG zelf (waarbij de betrokken steunregeling niet was ingevoerd), geen informatie hebben overgelegd waaruit blijkt dat een vóór 1958 vastgestelde rechtsgrondslag, in zijn oorspronkelijke versie, in de onderzochte periode nog steeds van toepassing was.

11. In de vierde en laatste plaats heeft de Commissie vastgesteld dat de steun bestemd voor de routinecontroles van melk niet de voorwaarden vervulden die zijn neergelegd in punt 109 van de communautaire richtsnoeren voor de staatssteun in de landbouw- en bosbouwsector 2007-2013 (PB 2006, C 319, blz. 1), gelezen in samenhang met artikel 16, lid 1, van verordening (EG) nr. 1857/2006 van de Commissie[7], waarnaar punt 109 verwijst.

12. In deze omstandigheden heeft de Commissie in artikel 1 van het litigieuze besluit beslist dat de steun die vanaf 1 januari 2007 in Beieren werd verleend, onrechtmatig was en onverenigbaar was met de interne markt. In de artikelen 2 tot en met 4 van dit besluit heeft de Commissie de terugvordering van de steun bevolen en de modaliteiten daarvan bepaald.

II. Procedure bij het Gerecht en bestreden arresten

13. Op 26 november 2015 en op 4 december 2015 hebben de deelstaat Beieren respectievelijk het samenwerkingsverband hun beroepen tot gedeeltelijke nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld.

14. In het bijzonder werd in het eerste middel van zowel de deelstaat Beieren als het samenwerkingsverband aangevoerd dat artikel 108, lid 2, VWEU en artikel 6, lid 1, en artikel 20, lid 1, van verordening (EG) nr. 659/1999[8] waren geschonden.

6 Zie voor een parallelle zaak betreffende tests ter opsporing van overdraagbare spongiforme encefalopathieën bij runderen arrest van 30 juni 2016, België/Commissie (C-270/15 P, EU:C:2016:489).

7 Verordening van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen [107] en [108 VWEU] op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen die landbouwproducten produceren, en tot wijziging van verordening (EG) nr. 70/2001 (PB 2006, L 358, blz. 3).

8 Verordening van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB 1999, L 83, blz. 1) (ook wel de „procedurele verordening" genoemd).

15. In het tweede middel van het samenwerkingsverband werd aangevoerd dat artikel 107, lid 1, VWEU was geschonden, voor zover de inkomsten uit de melkheffing geacht werden staatsmiddelen te vormen.

16. In de bestreden arresten heeft het Gerecht aangaande het eerste middel van verzoekers ten eerste opgemerkt dat het inleidingsbesluit ingevolge artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999 een samenvatting behelst van de relevante feiten en rechtspunten, een eerste beoordeling van de Commissie, alsook de redenen waarom door de Commissie getwijfeld wordt aan de verenigbaarheid van de betrokken maatregel met de interne markt, zonder dat het recht van de belanghebbenden om hun opmerkingen in te dienen betekenisloos wordt.

17. Ten tweede heeft het Gerecht het litigieuze besluit onderzocht in het licht van het inleidingsbesluit, teneinde te bepalen of de financiering uit middelen van de algemene begroting van de deelstaat Beieren reeds in het inleidingsbesluit was opgenomen. Het heeft vastgesteld dat de financiering van melkkwaliteitstests uit de begrotingsmiddelen van de deelstaat Beieren niet in het inleidingsbesluit was vermeld. In het tweede bestreden arrest heeft het Gerecht erop gewezen dat de Commissie niet had gesteld dat deze financiering uitdrukkelijk in het inleidingsbesluit was vermeld. Derhalve heeft het Gerecht vastgesteld dat de belanghebbende partijen ervan mochten uitgaan dat het in het inleidingsbesluit opgenomen onderzoek door de Commissie enkel sloeg op de inkomsten afkomstig van de melkheffing.

18. Ten derde heeft het Gerecht vastgesteld dat het begrip „staatsmiddelen”, zoals dat in artikel 107, lid 1, VWEU wordt gebruikt, erg ruim was, aangezien het voorziet in de onverenigbaarheid met de interne markt van steun die met deze middelen bekostigd is „in welke vorm ook”. Deze middelen kunnen dus diverse vormen aannemen en de Commissie is daarom verplicht om deze middelen te identificeren en met zorg te analyseren. Daarnaast heeft het Gerecht opgemerkt dat staatsmiddelen een van de bestanddelen zijn van steun. In dit verband is de uitdrukking financiële steun, die de Commissie in het inleidingsbesluit hanteert, ook al slaat die op allebei de financieringsvormen, onvoldoende nauwkeurig. Het Gerecht heeft daaraan toegevoegd dat het definitieve besluit weliswaar bepaalde verschillen kan vertonen met het inleidingsbesluit, maar dat een dergelijk verschil in casu niet gerechtvaardigd is. Zoals de Commissie heeft erkend, is zij ruim voor de vaststelling van het inleidingsbesluit door de lidstaat ingelicht over de financiering met middelen uit de algemene begroting van de deelstaat Beieren. Bovendien heeft het Gerecht opgemerkt dat de Commissie in het litigieuze besluit uitdrukkelijk naar de financiering van de steun uit de algemene begroting van de deelstaat Beieren heeft verwezen, waarmee zij heeft erkend dat deze financieringsvorm geen irrelevant element in haar analyse was. Het Gerecht heeft geoordeeld dat het litigieuze besluit was genomen zonder dat aan de belanghebbende partijen de mogelijkheid was gegeven een standpunt in te nemen over de financiering uit middelen van de algemene begroting van de deelstaat Beieren.

19. Derhalve heeft het Gerecht geoordeeld dat het litigieuze besluit het recht van verzoekers om bij de administratieve procedure betrokken te worden, en dus artikel 108, lid 2, VWEU en artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999 schendt. Het heeft ook beslist dat de verplichting voor de Commissie om belanghebbende partijen in de fase van het inleidingsbesluit de gelegenheid te bieden om hun opmerkingen in te dienen, een wezenlijk vormvoorschrift betreft waarvan de schending gevolgen heeft, zoals de nietigverklaring van de gebrekkige handeling, ongeacht of deze schending voor diegene die zich erop beroept, schade heeft veroorzaakt, en ongeacht of de administratieve procedure zonder die schending een andere afloop zou kunnen hebben gehad. Derhalve heeft het Gerecht het eerste middel gegrond verklaard.

20. Het Gerecht heeft ten overvloede geoordeeld dat niet kan worden uitgesloten dat de procedure zonder de vastgestelde onregelmatigheid, dat wil zeggen indien verzoeker daadwerkelijk de mogelijkheid zou hebben gehad om in het kader van de formele onderzoeksprocedure opmerkingen in te dienen over de financiering uit zijn algemene begroting, een andere uitkomst had kunnen hebben. Het heeft er ter zake met name op gewezen dat het litigieuze besluit geen afzonderlijke analyse voor elk van beide financieringsvormen bevat. Het Gerecht heeft geoordeeld dat de Commissie in het litigieuze besluit ofwel een analyse heeft verricht zonder te verwijzen naar de betrokken financieringsvorm, ofwel haar redenering inzake de financiering uit de melkheffing heeft getransponeerd naar de financiering uit de algemene begroting van de deelstaat Beieren. Het was derhalve niet uitgesloten dat de argumenten inzake de financiering uit de algemene begroting van de deelstaat Beieren, indien zij tijdens de formele onderzoeksprocedure waren geformuleerd, tot een verschillend resultaat zouden hebben geleid.

21. Zonder uitspraak te doen over de andere door verzoekers aangevoerde middelen heeft het Gerecht de artikelen 1 tot en met 4 van het litigieuze besluit nietig verklaard, voor zover daarin werd beslist dat het verlenen van staatssteun door de Bondsrepubliek Duitsland onverenigbaar is met de interne markt wat de melkkwaliteitstests betreft die in Beieren zijn uitgevoerd, en de terugvordering van die steun werd gelast.

III. Beoordeling

22. De Commissie voert vier middelen in hogere voorziening aan.

A. Eerste middel in hogere voorziening: onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging en toepassing van artikel 108, lid 2, VWEU en artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999

1. Ontvankelijkheid

23. De deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband voeren in wezen aan dat het eerste middel van de Commissie in haar hogere voorzieningen niet-ontvankelijk is, omdat deze middelen zich richten tegen door het Gerecht verrichte feitelijke beoordelingen, zonder daarbij aan te voeren dat er feiten zijn verdraaid of bewijs is vervalst.

24. Ten eerste voert de deelstaat Beieren aan dat de Commissie niet klaagt dat het Gerecht artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999 heeft geschonden, maar veeleer stelt dat het Gerecht het inleidingsbesluit onjuist heeft uitgelegd.

25. Ten tweede voert de deelstaat Beieren aan dat het Gerecht, anders dan de Commissie in de punten 60, 61 en 65 van het eerste bestreden arrest heeft aangevoerd, niet heeft geoordeeld dat de Commissie een positieve verplichting had om de financieringsvorm van de maatregel nauwkeurig te beschrijven. Het heeft eenvoudigweg beslist dat het feit dat de Commissie in het inleidingsbesluit een bepaalde financieringsvorm niet uitsluit, niet voldoende is voor de conclusie dat die financieringsbron impliciet in dat besluit is opgenomen.

26. Ten derde achten de deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband dit middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk omdat het uit een herhaling bestaat van de aan het Gerecht voorgelegde gronden en argumenten.

27. Zoals ik in de hiernavolgende punten zal toelichten, kunnen deze argumenten echter niet slagen, zodat het eerste middel in hogere voorziening ontvankelijk is.

28. Anders dan de deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband hebben aangevoerd, behelst het eerste middel geen verzoek aan het Hof van Justitie om de feiten opnieuw te beoordelen.

29. Laat ik ermee volstaan op te merken dat het Hof in het kader van het onderhavige middel wordt verzocht om artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999 uit te leggen in het licht van artikel 108, lid 2, VWEU, teneinde – gelet op de verplichting van de Commissie om „de relevante feiten en rechtspunten samen te vatten" – de mate van nauwkeurigheid te bepalen die in een besluit tot inleiding van een formeel onderzoek vereist is. Wanneer het Hof in dat verband de uitlegging van het litigieuze besluit door het Gerecht dient te beoordelen, volgt in ieder geval uit het arrest van 11 maart 2020, Commissie/Gmina Miasto Gdynia en Port Lotniczy Gdynia Kosakowo (C-56/18 P, EU:C:2020:192, punt 121; hierna: „arrest Gdynia"), dat dit een rechtsvraag betreft, die ontvankelijk is in het stadium van de hogere voorziening.

30. Bovendien kan dit middel in hogere voorziening niet geacht worden niet-ontvankelijk te zijn omdat daarin beweerdelijk reeds aan het Gerecht voorgelegde argumenten worden herhaald.

31. Volgens de rechtspraak kunnen, „[w]anneer een partij de uitlegging of de toepassing van het recht van de Unie door het Gerecht betwist, [...] de in eerste aanleg onderzochte rechtspunten in hogere voorziening opnieuw worden behandeld. De procedure van hogere voorziening zou namelijk ten dele haar betekenis verliezen, indien een partij op die manier haar hogere voorziening niet kon baseren op middelen en argumenten die reeds zijn aangevoerd voor het Gerecht". [9]

2. Ten gronde

a) Korte samenvatting van de argumenten van partijen

32. De Commissie voert aan dat het Gerecht in de punten 60 tot en met 67 van het eerste bestreden arrest en de punten 56 tot en met 64 van het tweede bestreden arrest, bij de vaststelling van de vereisten die moeten worden gesteld aan de inhoud van een inleidingsbesluit, artikel 108, lid 2, VWEU en artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999 en de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie ter zake onjuist heeft uitgelegd en toegepast. De Commissie stelt dat de financieringsbron van de steun slechts bij wijze van uitzondering en in bijzondere omstandigheden in het inleidingsbesluit hoeft te worden vastgesteld.

33. De Commissie licht toe dat zij in een dergelijk inleidingsbesluit de relevante feitelijke en juridische elementen uiteenzet van de maatregel die potentieel staatssteun vormt en dat zij deze elementen in dat besluit aan een eerste beoordeling onderwerpt. [10] In de onderhavige zaak heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat de betaling aan een onderzoekscentrum voor de melkkwaliteitstests één enkele steunmaatregel vormde. Die maatregel werd gefinancierd uit de begroting van de deelstaat Beieren, waarvan de middelen bij een enkel jaarlijks besluit aan het melkonderzoekscentrum, Milchprüfring Bayern eV, werden overgedragen. De maatregel is beschreven in de overwegingen 3, 5 en 15 tot en met 20 van het inleidingsbesluit.

[9] Arrest van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, EU:C:2010:541, punt 116).

[10] Arrest van 21 juli 2011, Alcoa Trasformazioni/Commissie (C-194/09 P, EU:C:2011:497).

34. In het inleidingsbesluit heeft de Commissie de begrotingspost voor die maatregel in het gedeelte betreffende de uitgaven van de begroting van de deelstaat Beieren opgevoerd. Het Gerecht heeft de Commissie echter verweten dat zij het gedeelte betreffende de ontvangsten van die begrotingspost, dat wil zeggen de financieringsvormen van de steun, niet had aangegeven. De Commissie is van mening dat het Gerecht daarmee zonder rechtsgrond een nieuw vormvoorschrift in het leven heeft geroepen.

35. Volgens de Commissie volgt met name uit het arrest van 21 oktober 2003, Van Calster e.a. (C-261/01 en C-262/01, EU:C:2003:571; hierna: „arrest Van Calster e.a."), dat de wijziging van de steunregeling door de lidstaat slechts in uitzonderlijke situaties ook de financieringswijze van de betrokken maatregel moet betreffen als er een onlosmakelijk verband is tussen de ontvangsten en de uitgaven en er factoren zijn die erop wijzen dat de wijze van inning van de opbrengsten een andere bepaling van het Unierecht schendt. Uit die rechtspraak volgt dat de Commissie de financieringsvorm van de steunmaatregel slechts in uitzonderlijke gevallen in het inleidingsbesluit hoeft te vermelden.

36. De onderhavige zaak kenmerkt zich door gemengde financiering, waarbij enkel het gedeelte van de uit de melkheffing afkomstige financiering problematisch was. Derhalve voert de Commissie aan dat zij niet verplicht was om uitdrukkelijk de andere financieringswijze, dat wil zeggen uit de algemene begroting van de deelstaat Beieren, aan te geven.

37. De Commissie voegt daaraan toe dat het er voor de vraag of er sprake is van steun op grond van artikel 107, lid 1, VWEU op aankomt of de maatregel met staatsmiddelen wordt gefinancierd. Derhalve is de exacte herkomst van die staatsmiddelen niet relevant waar het gaat over de vraag of er sprake was van steun.

38. De Commissie maakt ook onderscheid tussen enerzijds de steunmaatregel zelf (de overdracht van een zeker bedrag aan de steunontvangers), en anderzijds de financiering van die maatregel (de verschillende bronnen ervan: de melkheffing en de belastinginkomsten van de deelstaat Beieren). Bovendien wijst de Commissie erop dat verweerders de door haar vastgestelde feiten niet hebben weersproken en dat het Gerecht geen onjuistheden ter zake heeft kunnen vaststellen. De Commissie stelt dan ook dat zij de steunmaatregel in het litigieuze besluit op dezelfde wijze heeft gepreciseerd als in het inleidingsbesluit. Uit de in die besluiten beschreven algemene begroting volgt duidelijk dat die enkele steunmaatregel twee financieringsvormen had omvat. De Commissie verwijst naar het arrest van 13 juni 2019, Copebi (C-505/18, EU:C:2019:500; hierna: „arrest Copebi"), dat, naar zij betoogt, haar standpunt bevestigde dat het niet verplicht is om de financieringsvormen van de steunmaatregel tot in de kleinste details in het inleidingsbesluit uiteen te zetten. Een beschrijving van die steunmaatregel volstaat.

39. De deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband voeren in wezen aan dat het eerste middel in hogere voorziening ongegrond is. Ten eerste stellen zij dat de Commissie haar redenering op een onnauwkeurige aanhaling van de inhoud van de bestreden arresten baseert. Ten tweede voeren zij aan dat het onderzoek van de Commissie te allen tijde afdoende in haar inleidingsbesluit moet worden afgebakend en dat daarin dus duidelijk alle verschillende financieringsvormen moeten worden aangegeven die de Commissie in acht heeft genomen. Ten derde weerspreken de deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband de stelling van de Commissie dat het Gerecht heeft geoordeeld dat „de financiering van melkkwaliteitstests" „één enkele steunmaatregel" vormde. Ten slotte stellen zij, voor zover de Commissie in het

inleidingsbesluit uitdrukkelijk naar een specifieke financieringsvorm verwijst, dat de Commissie aan die verwijzing gebonden is en a posteriori geen andere financieringsvormen in haar beoordeling kan meenemen.

b) Beoordeling

40. Bij wijze van opmerking vooraf zij vermeld dat het mij niet duidelijk is waarom de Commissie niet in het inleidingsbesluit heeft vermeld dat de steunmaatregel uit begrotingsmiddelen wordt gefinancierd (aangezien zij wel naar de financiering heeft verwezen, maar enkel naar een van de twee vormen, te weten de financiering uit de melkheffing). De meest waarschijnlijke verklaring hiervoor is dat het hier om een onbedoelde omissie gaat.

41. Zoals het Gerecht in punt 60 van het eerste bestreden arrest terecht heeft geoordeeld, kan de Commissie niet eenvoudigweg stellen dat het voldoende is dat het inleidingsbesluit *de financiering met middelen uit de algemene begroting van de deelstaat Beieren niet heeft uitgesloten*. Artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999 bevat namelijk een positieve verplichting voor de Commissie om de relevante feiten en rechtspunten samen te vatten, die haar verhindert om een dergelijk argument aan te voeren; daardoor zou deze verplichting immers betekenisloos worden.

42. Uit artikel 108, lid 2, VWEU volgt dat op de Commissie een plicht rust om de belanghebbenden formeel te verwittigen, zodat zij tijdens de formele onderzoeksfase hun opmerkingen kunnen indienen.

43. Zoals het Gerecht reeds in zijn rechtspraak heeft geoordeeld, biedt de formele onderzoeksprocedure de mogelijkheid om de in het inleidingsbesluit opgeworpen kwesties grondig te onderzoeken en hierover klaarheid te scheppen. [11]

44. Het doel van het inleidingsbesluit is om het onderzoek van de Commissie af te bakenen. [12]

45. Ik onderstreep dan ook dat de belanghebbenden in het inleidingsbesluit in staat moeten worden gesteld om tijdens de formele onderzoeksprocedure op zinvolle en doeltreffende wijze hun standpunten naar voren te brengen.

46. De eerste volzin van artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999 stelt duidelijk dat „[d]e beschikking om de formele onderzoeksprocedure in te leiden een samenvatting [behelst] van de relevante feiten en rechtspunten, een eerste beoordeling van de Commissie omtrent de steunverlenende aard van de voorgestelde maatregel, alsook de redenen waarom getwijfeld wordt aan de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt”.

47. Mijns inziens vormt de financieringswijze van een steunmaatregel ontegenzeggelijk een „relevant feit” ter bepaling of er sprake is van een staatssteunmaatregel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

[11] Arrest van 4 maart 2009, Italië/Commissie (T-424/05, EU:T:2009:49, niet gepubliceerd, punt 69), aangehaald in punt 47 van het eerste bestreden arrest.

[12] Zie arrest van 15 december 2009, EDF/Commissie (T-156/04, EU:T:2009:505, punt 108).

48. Zoals dan ook volgt uit de rechtspraak [13], „[moeten] voor de kwalificatie als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU [...] vier voorwaarden zijn vervuld, te weten[: i)] dat het gaat om een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd[; ii)] dat deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden[; iii)] dat de maatregel de begunstigde ervan een selectief voordeel verschaft[, en [iv)] dat hij de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen".

49. Wat betreft de eerste voorwaarde, die hier in het geding is, blijkt uit diezelfde rechtspraak dat „[v]oordelen [...] slechts als steunmaatregelen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU [kunnen] worden beschouwd indien zij rechtstreeks of indirect met staatsmiddelen zijn bekostigd en aan de staat kunnen worden toegerekend." [14]

50. Het onderscheid dat de Commissie tracht te maken tussen de financiering van een maatregel en de betaling van de aan de begunstigde verleende steun is dan ook zwak.

51. Zoals de deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband bovendien hebben benadrukt, speelt de financieringswijze van de maatregel in de onderhavige zaak waarschijnlijk ook een rol bij de kwalificatie als selectief voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU en bij de beoordeling van het begrip „bestaande steun".

52. In het arrest Van Calster e.a. heeft het Hof geoordeeld dat „de wijze van financiering van een steunmaatregel het geheel van de erdoor gefinancierde steunregeling onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan maken. Derhalve mag het onderzoek van een steunmaatregel niet worden losgemaakt van de gevolgen van de wijze van financiering ervan [...]. Integendeel, de Commissie moet bij haar onderzoek van een steunmaatregel ook rekening houden met de wijze van financiering ervan wanneer deze financieringswijze integraal deel uitmaakt van de maatregel."

53. Het is juist dat „het toezicht dat de Unierechter uitoefent op de rechtmatigheid van een besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure, ingeval de verzoekende partij de beoordeling van de Commissie met betrekking tot de kwalificatie van de litigieuze maatregel als ‚staatssteun' betwist, beperkt [is] tot het onderzoek of de Commissie geen kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt". [15]

54. De bepaling van relevante feiten en rechtspunten, die in het inleidingsbesluit van de Commissie uiteen moeten worden gezet, zoals artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999 vereist, moet echter op objectieve criteria worden gebaseerd.

55. Dat zou echter niet het geval zijn indien het Hof zou aanvaarden dat relevante feiten en rechtspunten in dat besluit onvermeld kunnen blijven eenvoudigweg omdat de Commissie, de opsteller van die handeling, die feiten en rechtspunten vanzelfsprekend achtte.

56. Hoewel het bij financiering uit de algemene begroting van een lidstaat om staatsmiddelen lijkt te gaan, zoals de Commissie betoogt, rechtvaardigt dat dus niet dat de Commissie dat element in het inleidingsbesluit weglaat, omdat dit gegeven een constitutief element van de staatssteunmaatregel betreft.

[13] Arrest van 19 december 2013, Association Vent De Colère! e.a. (C-262/12, EU:C:2013:851, punt 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[14] Ibidem, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

[15] Arrest van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

57. Een dergelijk element vormt overduidelijk een „relevant feit en rechtspunt" in de zin van artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999.

58. Bovendien volgt een dergelijke oplossing ook uit het bepaalbaarheidsbeginsel (of „nauwkeurigheidsbeginsel", in het Duits *Bestimmtheitsgrundsatz*, dat uit het rechtszekerheidsbeginsel voortvloeit) dat voor bindende handelingen van overheidsinstellingen geldt. Dit beginsel vereist dat de inhoud van een handeling een bepaald niveau van duidelijkheid en nauwkeurigheid biedt. Artikel 2 VEU, waarin wordt verklaard dat de Europese Unie onder meer gegrond is op de rechtsstaat, kan zelfs als de formele Verdragsbasis van dit beginsel worden beschouwd. Zoals het Hof meermaals heeft geoordeeld, is het rechtszekerheidsbeginsel een fundamenteel beginsel van het Unierecht, dat verlangt dat een regeling duidelijk en nauwkeurig omschreven is zodat justitiabelen ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen. [16]

59. Anders dan de Commissie in punt 52 van haar hogere voorziening in zaak C-167/19 P suggereert, kan zij zich dus niet beperken tot een uiteenzetting van relevante omstandigheden of „feiten of rechtspunten" die haars inziens niet „voor de hand liggen".

60. Artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999 gaat uit van het belang van feiten en rechtspunten voor het formele onderzoek: niet het veronderstelde en subjectieve „bewijs" voor dergelijke feiten en rechtspunten doet ertoe, maar veeleer het belang ervan voor het besluit. In de onderhavige zaak betreffen de feiten en rechtspunten in kwestie de financiering met staatsmiddelen, die een van de bestanddelen van artikel 107, lid 1, VWEU vormt. Deze financiering dient dan ook relevant voor het eindbesluit te worden geacht.

61. Daarnaast kan de Commissie zich mijns inziens niet op het voorlopige karakter van het inleidingsbesluit beroepen om de omissie van een zo relevante kwestie te rechtvaardigen. Ik ben het met het samenwerkingsverband eens dat het voor de belanghebbende essentieel is om zijn opmerkingen te kunnen indienen over feiten en rechtspunten die voor de beoordeling van de betrokken steunmaatregel onontbeerlijk zijn.

62. Anders dan de Commissie heeft betoogd, volgt uit het arrest van 21 juli 2011, Alcoa Trasformazioni/Commissie (C-194/09 P, EU:C:2011:497, punt 103), mijns inziens dat de Commissie „[het inleidingsbesluit] afdoende [dient te motiveren] door duidelijk uiteen te zetten waarom zij tot het voorlopige besluit was gekomen dat de maatregel in kwestie een steunmaatregel was en dat zij ernstige twijfel koesterde over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt".

63. Voorts is de Commissie mijns inziens ook een onjuiste mening toegedaan als zij beweert dat haar standpunt wordt ondersteund door het arrest van 30 mei 2013, Doux Élevage en Coopérative agricole UKL-ARREE (C-677/11, EU:C:2013:348), en het arrest Van Calster e.a.

64. Deze arresten zijn in de onderhavige context niet rechtstreeks relevant. Zoals de deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband hebben benadrukt, betreft het eerstgenoemde arrest allereerst een inhoudelijke kwestie, te weten de reikwijdte van het begrip „staatsmiddelen".

[16] Zie arresten van 14 april 2005, België/Commissie (C-110/03, EU:C:2005:223, punt 30); 9 juli 1981, Gondrand en Garancini (169/80, EU:C:1981:171, punt 17), en 13 februari 1996, Van Es Douane Agenten (C-143/93, EU:C:1996:45, punt 27).

65. Ten tweede biedt het arrest Van Calster e.a. geen rechtvaardiging voor de slotsom dat de financieringsbron van de steunmaatregel slechts in uitzonderlijke gevallen en in bijzondere omstandigheden in het inleidingsbesluit hoeft te worden vermeld. Dat arrest heeft geen betrekking op de inhoud van het inleidingsbesluit, maar op de omvang van de aanmeldingsplicht van de lidstaten. Ten eerste gaat de door de Commissie getrokken parallel niet op, daar de aanmelding van een steunmaatregel en het inleidingsbesluit verschillende fasen van de procedure betreffen, onderscheiden functies hebben en aan verschillende juridische criteria gebonden zijn. Ten tweede wordt in dat arrest in ieder geval louter aangegeven dat de financieringswijze van steun in bepaalde gevallen in de aanmelding van de maatregel moet worden vermeld. Hoe dan ook betreft de kwestie in de onderhavige zaak niet louter het gebrek aan informatie inzake een financieringswijze in het inleidingsbesluit, maar het feit dat in dit besluit een van de twee financieringswijzen van de steunmaatregel in het geheel niet wordt vermeld.

66. Ik ben van mening dat de argumentatie van de Commissie, die op haar eigen uitlegging van het arrest Copebi is gebaseerd, haar zaak niet helpt.

67. Sterker nog, anders dan de Commissie beweert, is het duidelijk dat de rechtsvragen die in de onderhavige zaak aan de orde zijn in het arrest Copebi niet worden beantwoord. De situatie die aan dat arrest ten grondslag lag, verschilt al wat de feiten betreft van de onderhavige zaak. In het arrest Copebi draaide het niet om de inhoud van het inleidingsbesluit, maar om het eindbesluit en dan met name om de kring van adressaten daarvan.

68. Zoals het samenwerkingsverband heeft benadrukt, is in het arrest Copebi de invoering van de steunprocedure door de Commissie in overeenstemming met alle vereiste formaliteiten medegedeeld, zodat de rechten op deelname aan de procedure niet zijn geschonden.[17] Uit de diverse vaststellingen in het arrest Copebi blijkt dat zowel de financieringswijze, te weten Oniflhor (het nationale interprofessionele bureau voor fruit, groenten en tuinbouw van Frankrijk), als de betrokken maatregel is vastgesteld, en dat Copebi SCA, als producent van groenten en fruit, was opgenomen in de kring van partijen die potentieel door een terugvordering van de steun werden geraakt. Het landbouwcomité CEBI[18], dat niet is aangehaald, distribueerde louter de door de overheidsinstelling gegarandeerde middelen, waarmee het derhalve uiteindelijk enkel als betaalorgaan optrad. Voor de kwalificatie als staatssteun vormde het noch een financieringsbron noch een „relevant feit of rechtspunt”.

69. Ik wijs erop dat mijn benadering van het eerste middel in hogere voorziening door menig arrest wordt ondersteund. Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat uitsluitend het Gerecht tot dusver de mogelijkheid heeft gehad om zich over deze kwestie uit te spreken.

70. Uit het arrest Diputación Foral de Álava e.a./Commissie[19] volgt dat de Commissie in het inleidingsbesluit duidelijk dient aan te geven welke elementen van de betrokken maatregel zij betwist.

71. Het Gerecht heeft reeds geoordeeld dat het inleidingsbesluit voldoende nauwkeurig moet zijn om belanghebbenden in staat te stellen om te beoordelen of zij opmerkingen willen indienen.[20]

[17] Arrest van 13 juni 2019, Copebi (C-505/18, EU:C:2019:500, punten 34 en 35).

[18] Comité économique bigarreau industrie (CEBI) (economisch comité voor de knapkersindustrie).

[19] Arrest van 6 maart 2002 (T-127/99, T-129/99 en T-148/99, EU:T:2002:59, punt 136) (hogere voorziening afgewezen door het Hof).

[20] Arrest van 11 mei 2005, Saxonia Edelmetalle/Commissie (T-111/01 en T-133/01, EU:T:2005:166, punt 50) (geen hogere voorziening ingesteld). Zie Hancher, L., Ottervanger, T., en Slot, P. J., *EU State Aids*, Sweet & Maxwell, 4e druk, 2012, blz. 968.

72. Ook heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie „haar onderzoek [...] afdoende [moet] afbakenen, zodat het recht van de belanghebbenden om hun opmerkingen in te dienen niet wordt uitgehold”. [21]

73. In vergelijkbare zin heeft het geoordeeld dat de Commissie „het kader van haar onderzoek op toereikende wijze [moet] vaststellen, zodat de lidstaat waartegen de procedure wordt ingeleid zich kan uiten *over alle elementen feitelijk en rechtens die de motivering vormen van de definitieve beschikking waarmee de Commissie uitspraak doet over de verenigbaarheid van de betrokken maatregel met de gemeenschappelijke markt*”. [22]

74. In het arrest van 22 februari 2006, Le Levant 001 e.a./Commissie (T-34/02, EU:T:2006:59, punten 77-83), heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie artikel 108, lid 2, VWEU en artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999 had geschonden omdat zij de particuliere investeerders niet had verzocht om hun opmerkingen in te dienen. Het Gerecht oordeelde dat het vaststellen van de begunstigde van de steun noodzakelijkerwijs een „relevant feit en rechtspunt” in de zin van de eerste volzin van artikel 6, lid 1, vormt. Dit moet ingevolge die bepaling dan ook voor zover mogelijk in dat stadium van de procedure in het inleidingsbesluit worden vermeld, aangezien de Commissie op basis daarvan het besluit tot terugvordering kan vaststellen. Indien de hoedanigheid van begunstigde van de litigieuze steun niet wordt vermeld in het inleidingsbesluit of in een later – aan de vaststelling van het eindbesluit waarbij de onverenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt wordt vastgesteld, voorafgaand – stadium van de formele onderzoeksprocedure, kan die belanghebbende namelijk niet worden geacht op adequate wijze te zijn aangemaand om zijn opmerkingen te maken, aangezien hij ervan mag uitgaan dat die opmerkingen niet nodig zijn, daar hij niet als begunstigde van de terug te vorderen steun wordt genoemd.

75. Zo is in het arrest Griekenland/Commissie [23], inzake steun die was verleend aan Olympic Airways, dat aan een opvolgster was overgedragen, door de onderverhuur van een vliegtuig tegen een prijs die beweerdelijk lager was dan de huurprijzen op grond van het principale huurcontract, het besluit van de Commissie nietig verklaard, omdat het besluit tot inleiding van het formele onderzoek geen eerste evaluatie bevatte van de betaalde huurprijzen teneinde te bepalen of er een element van steun in besloten lag. [24]

76. In het arrest van 1 juli 2009, KG Holding e.a./Commissie (T-81/07–T-83/07, EU:T:2009:237, punt 134), is het besluit gedeeltelijk nietig verklaard voor zover in het inleidingsbesluit niet op het onderwerp van het bevel tot terugvordering was gewezen.

77. Mijn benadering wordt ook bevestigd door het Gerecht in het arrest Ferriere Nord/Commissie [25]: „Het vertrouwensbeginsel, waarop verzoekster zich beroept, brengt mee dat de Commissie bij de afwikkeling van de procedure tot onderzoek van staatssteun rekening houdt met het gewettigd vertrouwen dat kon worden ontleend aan de vermeldingen in het besluit tot inleiding van de onderzoeksprocedure [...], en bijgevolg dat zij de eindbeschikking niet baseert op het ontbreken van elementen waarvan de belanghebbende partijen op basis van die vermeldingen niet konden menen dat zij aan de Commissie dienden te worden verstrekt.”

[21] Arrest van 1 juli 2009, ISD Polska e.a./Commissie (T-273/06 en T-297/06, EU:T:2009:233, punt 126).

[22] Cursivering van mij. Arrest van 30 november 2009, Frankrijk/Commissie (T-427/04 en T-17/05, EU:T:2009:474, punt 137).

[23] Arrest van 13 september 2010 (T-415/05, T-416/05 en T-423/05, EU:T:2010:386, punt 240) (tegen het arrest is bij het Hof geen hogere voorziening ingesteld).

[24] Zie Quigley, C., *European State Aid Law and Policy*, Bloomsbury, 3e druk, 2015, blz. 556.

[25] Arrest van 18 november 2004 (T-176/01, EU:T:2004:336, punt 88) (hogere voorziening afgewezen door het Hof).

78. Uit een en ander volgt dat het eerste middel in hogere voorziening dient te worden afgewezen.

B. Tweede middel in hogere voorziening: ontbreken van een motivering ten gevolge van een onjuiste uitlegging van het inleidingsbesluit

1. Ontvankelijkheid

79. De deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband voeren aan dat beide onderdelen van het tweede middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk zijn, omdat de Commissie daarin de beoordeling van feiten door het Gerecht weerspreekt en in eerste aanleg naar voren gebrachte argumenten en gronden herhaalt.

80. Mijns inziens dienen deze argumenten te worden verworpen om redenen die analoog zijn aan de redenen die in de punten 28 tot en met 31 van de onderhavige conclusie uiteen zijn gezet.

2. Ten gronde

a) Korte samenvatting van de argumenten van partijen

81. Met een subsidiair middel in hogere voorziening, dat formeel uit twee onderdelen bestaat, richt de Commissie zich op de punten 53 tot en met 58 en 62 van het eerste bestreden arrest en de punten 47 tot en met 53 en 56 van het tweede bestreden arrest.

1) Eerste onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening

82. De Commissie voert aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het inleidingsbesluit selectief uit te leggen. Het heeft zich bij zijn uitlegging namelijk gebaseerd op een beperkt aantal overwegingen, terwijl het met alle overwegingen van het besluit rekening moet houden. [26]

83. De Commissie brengt ten eerste in herinnering dat in het inleidingsbesluit (in overweging 5) „bedragen van budgettaire herkomst" en „voor de hulp bestemde bedragen" worden vermeld. Zelfs als die laatstgenoemde uitdrukking verwijst naar de financiering met middelen die uit een aparte begroting komen en met name uit de opbrengsten van de melkheffing afkomstig zijn, is de Commissie van mening dat het vanzelfsprekend is dat die uitdrukking ook naar de financiering uit de algemene begroting verwijst. Haars inziens volgt uit overweging 18 van het inleidingsbesluit ook dat de financiering wordt veiliggesteld met begrotingsmiddelen en de melkheffing.

84. Ten tweede beweert de Commissie dat het Gerecht bij zijn uitlegging van het inleidingsbesluit viermaal blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

[26] Beschikking van 10 juli 2001, Irish Sugar/Commissie (C-497/99 P, EU:C:2001:393).

85. De eerste beweerde onjuiste rechtsopvatting betreft punt 53 van het eerste bestreden arrest en punt 48 van het tweede bestreden arrest. De Commissie voert aan dat het Gerecht heeft verzuimd om het eerste door de Commissie aangevoerde argument te onderzoeken, waarmee het zijn motiveringsplicht en zijn plicht om alle aan hem voorgelegde verweermiddelen te analyseren heeft geschonden.

86. De tweede beweerde onjuiste rechtsopvatting betreft de punten 54 en 57 van het eerste bestreden arrest en de punten 49, 52 en 53 van het tweede bestreden arrest. De Commissie voert aan dat de deelstaat Beieren uit de vermelding, bij wijze van voorbeeld, van de bepalingen van de deelstaat Baden-Württemberg in overweging 17 van het inleidingsbesluit kan afleiden dat de identieke Beierse bepalingen – waarnaar deze deelstaat in de eerste onderzoeksfase en in zijn standpunt over de formele onderzoeksprocedure had verwezen – ook het voorwerp van het inleidingsbesluit vormden.

87. De derde beweerde onjuiste rechtsopvatting heeft betrekking op punt 55 van het eerste bestreden arrest en op punt 50 van het tweede bestreden arrest. In deze punten heeft het Gerecht deel 3.3.1 van het inleidingsbesluit zodanig uitgelegd dat de eerste onderzoeksfase wordt beperkt tot één enkele financieringsvorm (de melkheffing). De Commissie brengt in herinnering dat dit deel enkel een voorlopige beoordeling van de aard van de litigieuze steun bevatte. Deze analyse kan dan ook niet resulteren in een beperking van de beschrijving van in artikel 2 van het inleidingsbesluit genoemde relevante feiten en rechtspunten.

88. In het kader van de vierde beweerde onjuiste rechtsopvatting voert de Commissie inzake punt 56 van het eerste bestreden arrest en inzake punt 51 van het tweede bestreden arrest dezelfde gronden aan. In deze punten heeft het Gerecht beweerdelijk verklaard dat in overweging 264 van het inleidingsbesluit enkel de financiering door middel van de melkheffing wordt vermeld.

89. De deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband voeren in wezen aan dat de Commissie ten onrechte stelt dat het Gerecht zich, bij zijn beoordeling van de in het inleidingsbesluit genoemde feiten, op selectieve wijze heeft gebaseerd op bepaalde overwegingen van dat besluit. Ook weerspreken zij het argument dat uit de verwijzing naar het financiële reglement van de deelstaat Baden-Württemberg kan worden afgeleid dat het reglement van de deelstaat Beieren ook het voorwerp van het inleidingsbesluit vormt.

2) Tweede onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening

90. De Commissie weerspreekt de overweging van het Gerecht zoals die in punt 62 van het eerste bestreden arrest en in punt 56 van het tweede bestreden arrest is vervat. Volgens deze overweging is de inhoud van het administratieve dossier irrelevant voor de uitlegging van het inleidingsbesluit. De Commissie voert daarentegen aan dat noch de deelstaat Beieren, noch het Gerecht bij lezing van de tijdens het eerste onderzoek uitgewisselde brieven erover kon twijfelen dat de formele onderzoeksprocedure ook de financiering uit algemene belastinginkomsten betrof.

91. Bovendien voert de Commissie aan dat het Gerecht in de punten 53 tot en met 58 en 62 van het eerste bestreden arrest en in de punten 47 tot en met 53 van het tweede bestreden arrest de rechtspraak inzake de motiveringsplicht heeft geschonden en niet is ingegaan op de argumenten van de commissie.

92. De deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband voeren in wezen aan dat dit onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening ongegrond is. Anders dan de Commissie suggereert, heeft het Gerecht niet gesteld dat de inhoud van het dossier van de administratieve procedure irrelevant is voor de uitlegging van het inleidingsbesluit. Het samenwerkingsverband voegt daaraan toe dat de aanhaling, bij wijze van voorbeeld, van de wettelijke regeling van deelstaten niet voldoende is om belanghebbenden op passende wijze te informeren. Het voert daarnaast aan dat de beoordeling die de Commissie in het inleidingsbesluit heeft verricht, enkel betrekking heeft op de ingevolge de MFG vastgestelde maatregelen.

b) Beoordeling

93. Mijns inziens moeten de twee onderdelen van dit middel in hogere voorziening tezamen worden behandeld.

94. Zoals het Gerecht in punt 57 van het eerste bestreden arrest heeft vastgesteld, heeft de Commissie tijdens de procedure in eerste aanleg zelf bevestigd dat de financiering van melkkwaliteitstests uit de begrotingsmiddelen van de deelstaat Beieren niet in het inleidingsbesluit wordt vermeld.

95. Mijns inziens hoeven de vele door de Commissie aangevoerde argumenten niet te worden behandeld, voor zover noodzakelijkerwijs uit mijn beoordeling van het eerste middel in hogere voorziening volgt dat een voor de onderzoeksprocedure relevant feit of rechtspunt, in de zin van artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999, niet eenvoudigweg kan worden geacht *impliciet in* een inleidingsbesluit van de Commissie te zijn *gerecapituleerd* of *uit* een dergelijk besluit te zijn *afgeleid*.

96. Zoals uit punt 41 van de onderhavige conclusie volgt, i) bevat artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999 een positieve verplichting voor de Commissie, waarmee een dergelijke impliciete recapitulatie of deductie reeds wordt uitgesloten, en ii) zou, indien het Hof een dergelijke impliciete recapitulatie of deductie zou aanvaarden, het recht van de belanghebbenden om in staatssteunprocedures hun opmerkingen in te dienen, worden uitgehold.

97. Mijns inziens moeten feiten of rechtspunten die voor de onderzoeksprocedure relevant zijn, uitdrukkelijk in het inleidingsbesluit uiteen worden gezet.

98. Volgens vaste rechtspraak moet namelijk „de door [artikel 296 VWEU] vereiste motivering beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, *duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen*, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. Het motiveringsvereiste moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, met name de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een toelichting kunnen hebben”. [27]

[27] Cursivering van mij. Zie arrest van 21 juli 2011, Alcoa Trasformazioni/Commissie (C-194/09 P, EU:C:2011:497, punt 96 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

99. Vervolgens is nog een laatste opmerking op haar plaats: indien de argumentatie van de Commissie in de onderhavige zaak zou worden aanvaard, hoe kan het Hof zich dan bij een vordering tot vernietiging uitspreken over een potentiële niet-vermelding van de gronden in een besluit, indien het toegestaan zou zijn dat dit besluit bepaalde relevante feiten of rechtspunten enkel *impliciet* vermeldt?

100. Hieruit volgt dat beide onderdelen van het tweede middel in hogere voorziening dienen te worden afgewezen, hetzij omdat zij ongegrond zijn, hetzij omdat zij ondoeltreffend zijn. Dientengevolge dient het tweede middel in hogere voorziening eveneens te worden afgewezen.

C. Derde middel in hogere voorziening: onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van artikel 263, tweede alinea, VWEU

1. Ontvankelijkheid

101. De deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband bestrijden de ontvankelijkheid van het derde middel in hogere voorziening, aangezien dit middel niet zelfstandig tot de vernietiging van de bestreden arresten kan leiden, daar het nauw met het vierde middel in hogere voorziening samenhangt.

102. Zelfs al zouden het derde en het vierde middel nauw met elkaar samenhangen (zodat het derde middel enkel gegrond kan worden verklaard als het vierde middel ook gegrond wordt verklaard), dan is dat op zich niet voldoende om beide niet-ontvankelijk te verklaren. Mijns inziens kan het derde middel niet geacht worden ondoeltreffend te zijn, omdat op grond van lezing van de door de Commissie ingestelde hogere voorzieningen duidelijk is dat zij het vierde middel niet als louter subsidiair aan het derde middel heeft ingediend. Beide middelen in hogere voorziening staan namelijk op hetzelfde niveau.

103. De deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband voeren daarnaast aan dat het derde middel niet-ontvankelijk is omdat de Commissie de beoordeling van feiten door het Gerecht betwist en aan het Gerecht voorgelegde argumenten en gronden herhaalt.

104. Mijns inziens dienen deze argumenten te worden verworpen om redenen die analoog zijn aan de redenen die in de punten 28 tot en met 31 van de onderhavige conclusie uiteen zijn gezet.

2. Ten gronde

a) Korte samenvatting van de argumenten van partijen

105. De Commissie voert in wezen aan dat het Gerecht in de punten 70 en 71 van het eerste bestreden arrest en in de punten 66 tot en met 68 van het tweede bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het bij de deelnemingsrechten van derden ging om wezenlijke vormvoorschriften in de zin van artikel 263, tweede alinea, VWEU.

106. De deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband voeren in wezen aan dat dit middel in hogere voorziening ongegrond is. Zij stellen dat de schending van wezenlijke vormvoorschriften automatisch tot nietigverklaring van het litigieuze besluit leidt. Zij voeren daarnaast aan dat het arrest van 8 mei 2008, Ferriere Nord/Commissie (C-49/05 P, EU:C:2008:259, niet gepubliceerd;

hierna: „arrest Ferriere Nord"), voor de onderhavige zaak irrelevant is. Wat betreft het arrest van 11 december 2008, Commissie/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, EU:C:2008:709; hierna: „arrest Freistaat Sachsen"), betogen de deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband dat dit arrest aangeeft dat de verplichting die de Commissie op grond van artikel 108, lid 2, VWEU heeft om de belanghebbende partijen de gelegenheid te bieden om in het kader van de formele onderzoeksprocedure hun opmerkingen in te dienen, een wezenlijk vormvoorschrift vormt.

b) Beoordeling

107. In bepaalde recente rechtspraak van het Gerecht op het gebied van controle van staatssteun [28] wordt een uiterst formalistische opvatting gehanteerd en gepoogd buitensporig stringente vereisten voor de Commissie en haar besluiten op te leggen. Dergelijke rechtspraak gaat verder dan de vereisten die uit de rechtspraak van het Hof voortkomen. Los van de onderhavige zaken (voor zover het om het derde en het vierde middel in hogere voorziening gaat) vormt een voorbeeld daarvan de zaak waar ik in de onderhavige conclusie nader op inga (het arrest Gdynia), waarin het Hof de benadering van het Gerecht heeft afgewezen en het arrest van het Gerecht heeft vernietigd.

108. Ook wijs ik erop dat ik in mijn conclusie van 3 juni 2021 in zaak C-57/19 P, Tempus Energy (aanhangig), uiteenzet dat de benadering van het Gerecht in die zaak eveneens dient te worden afgewezen en het arrest van het Gerecht dient te worden vernietigd, omdat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de aangemelde steunmaatregel ernstige twijfels deed rijzen over de verenigbaarheid ervan met de interne markt. Mijns inziens heeft het Gerecht ter zake ten onrechte de duur en de omstandigheden van de contacten voorafgaand aan de aanmelding alsmede de complexiteit en het nieuwe karakter van de maatregel als primaire aanwijzing voor het bestaan van twijfel beschouwd, en daarnaast de Commissie ten onrechte verweten dat zij geen passend onderzoek had verricht naar bepaalde aspecten van de capaciteitsmarkt in het Verenigd Koninkrijk. [29]

109. Zoals ik hieronder uiteen zal zetten is het voornaamste probleem met de bestreden arresten dat de aanvaarding door het Hof van de benadering van het Gerecht zou leiden tot vertroebeling van het vaste onderscheid in de rechtspraak van het Hof tussen enerzijds de rechten van de geadresseerde lidstaat in staatssteunprocedures en anderzijds de (beperktere) rechten van de belanghebbenden.

[28] Zie voor een algemeen overzicht van recente rechtspraak inzake staatssteun bijvoorbeeld Staviczky, P., „What Will the EU Courts' Recent Judgments Annulling Commission's State Aid Decisions Bring to Member States?", *European State Aid Law Quarterly*, nr. 3, 2019, blz. 293. Zie ook bijvoorbeeld in diezelfde uitgave van dat tijdschrift: Buendia, J. L., Buts, C., en Cyndecka, M., „Review of EU Case Law on State Aid – 2018", blz. 313.

[29] Er zijn meer voorbeelden waarin het Hof zich in hogere voorziening heeft uitgesproken tegen de benadering en de arresten van het Gerecht die in de nietigverklaring van een besluit van de Commissie hebben geresulteerd. Zie bijvoorbeeld arresten van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757); 8 september 2011, Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551); 15 november 2011, Commissie en Spanje/Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732), en 2 december 2009, Commissie/Ierland e.a. (C-89/08 P, EU:C:2009:742).

1) Rechten van verdediging van de betrokken lidstaat versus recht van belanghebbenden om betrokken te worden

110. Volgens de rechtspraak van het Hof zijn de rechten van belanghebbenden duidelijk beperkter in omvang dan de rechten van verdediging van de betrokken lidstaat [30] en kan de schending daarvan niet tot de nietigverklaring van het eindbesluit leiden, tenzij de lidstaat bepaalt dat de procedure zonder die schending een andere afloop had kunnen hebben. [31]

111. Wat dat betreft volgt uit de rechtspraak dat deze procedure niet tot een contradictoir debat met de klager, of zelfs maar met de steunontvanger, leidt, ofschoon alle belanghebbenden worden uitgenodigd om in het kader van de formele onderzoeksprocedure opmerkingen in te dienen. De in het kader van het formele onderzoek ingekomen opmerkingen worden enkel aan de betrokken lidstaat medegedeeld. [32]

112. Bovendien kan in een procedure tot nietigverklaring bij de Unierechter enkel de betrokken lidstaat met succes een middel betreffende een schending van zijn rechten van verdediging aanvoeren. [33]

113. Ter zake wijs ik erop dat het Hof terughoudend is om tijdens de aanvangsfase van het onderzoek te verwijzen naar een recht om te worden gehoord, zelfs jegens de betrokken lidstaat. [34]

114. In de Unierechtspraak wordt bovendien bevestigd dat derden op het gebied van controle van staatssteun geen van de volgende rechten genieten: het recht om ervan in kennis te worden gesteld dat de Commissie tijdens de voorfase steun onderzoekt [35], het recht om in kennis te worden gesteld van de wezenlijke feiten voordat een inleidingsbesluit wordt genomen [36], het recht om tijdens de voorfase opmerkingen in te dienen [37] of het recht van toegang tot het dossier van de Commissie [38]. Verder hebben derden niet het recht om zich inzake procedurele kwesties tot de raadsadviseur-auditeur te wenden, geen volledig recht om te worden gehoord (los van het indienen van opmerkingen over het inleidingsbesluit) en niet het recht op deelname aan de bijeenkomsten van de Commissie en de betrokken lidstaat.

115. Zoals het Hof in herinnering heeft gebracht in de punten 80 tot en met 82 van het arrest van 24 september 2002, Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie (C-74/00 P en C-75/00 P, EU:C:2002:524; hierna: „arrest Falck"), is „in het kader van de toepassing van artikel [108, lid 2, VWEU] [...] [de] mededeling in het *Publicatieblad van de Europese [Unie]* een doeltreffend middel [...] om alle belanghebbenden op de hoogte te brengen van het feit dat een procedure is ingeleid [...]. Deze mededeling strekt ertoe, bij belanghebbenden alle inlichtingen ter voorlichting van de Commissie met het oog op haar toekomstig beleid in te winnen [...]. Een dergelijke procedure biedt de overige lidstaten en de belanghebbende kringen tevens de zekerheid dat zij zullen worden gehoord [...]. De procedure van controle van staatssteun [...] is evenwel, gelet op de

30 Arrest van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154).

31 Arrest van 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie (C-301/87, EU:C:1990:67).

32 Zie arrest van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154, punt 59). Zie ook arrest van 8 juli 2004, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie (T-198/01, EU:T:2004:222, punten 193-198).

33 Arresten van 10 juli 1986, België/Commissie (234/84, EU:C:1986:302, punt 30), en 15 november 2011, Commissie en Spanje/Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punt 165).

34 Arrest van 10 mei 2005, Italië/Commissie (C-400/99, EU:C:2005:275, punten 29-35).

35 Arrest van 11 maart 2009, TF1/Commissie (T-354/05, EU:T:2009:66).

36 Ibidem.

37 Ibidem.

38 Arrest van 29 juni 2010, Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07 P, EU:C:2010:376).

algemene opzet ervan, een procedure die wordt ingeleid jegens de lidstaat die, gezien zijn [Unie]verplichtingen, verantwoordelijk is voor de toekenning van de steun. Om de rechten van de verdediging te eerbiedigen kan de Commissie derhalve, voor zover deze lidstaat niet in staat is gesteld zijn mening over bepaalde gegevens te verstrekken, deze in haar beschikking jegens die lidstaat niet gebruiken [...]. In de procedure van controle van staatssteun spelen andere belanghebbenden dan de betrokken lidstaat alleen de rol die in punt 80 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, en kunnen zij dienaangaande zelf geen aanspraak maken op een contradictoir debat met de Commissie, zoals dit ten gunste van deze lidstaat is vastgesteld [...]."

116. Het onderhavige middel in hogere voorziening dient dan ook in het licht van die rechtspraak van het Hof te worden bezien.

117. Zoals wij hieronder zullen zien, vormt de beslissing waartoe het Gerecht in de punten 70 en 71 van het eerste bestreden arrest en in de punten 66 tot en met 68 van het tweede bestreden arrest komt, te weten dat het bij de deelnemingsrechten van derden gaat om wezenlijke vormvoorschriften in de zin van artikel 263, tweede alinea, VWEU, een miskenning van de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof en een onjuiste rechtsopvatting.

118. Bovendien dient een dergelijke benadering te worden afgewezen, omdat deze leidt tot een rechtspositie die fundamenteel in strijd is met de rechten van verdediging van de betrokken lidstaat jegens de Commissie en paradoxaal genoeg de rechten van de belanghebbenden beter zou beschermen dan die van die lidstaat.

119. In het arrest Ferriere Nord heeft het Hof de rechtspraak inzake de rechten van verdediging getransponeerd naar het recht om bij de administratieve procedure te worden betrokken. Een schending van dit recht kan dan ook niet tot de nietigverklaring van een eindbesluit van de Commissie leiden, tenzij – zonder die schending – de procedure een andere afloop had kunnen hebben.

120. In punt 70 van het eerste bestreden arrest en in punt 67 van het tweede bestreden arrest heeft het Gerecht zijn redenering gebaseerd op punt 55 van het arrest Freistaat Sachsen.[39] Het deed dat echter met weglating van punt 56 van dat arrest, maar juist dat punt bevestigt uitdrukkelijk het arrest Ferriere Nord.[40]

121. Ik ben het met de Commissie eens dat de kennelijke tegenstelling tussen het arrest Ferriere Nord en het arrest Freistaat Sachsen verdwijnt als ervan wordt uitgegaan dat deze arresten willen zeggen dat enkel de *verplichting om de formele onderzoeksprocedure te openen* een wezenlijk vormvoorschrift vormt. Met andere woorden: het is de Commissie niet toegestaan om een besluit vast te stellen waarmee de formele onderzoeksprocedure op grond van artikel 7 van verordening nr. 659/1999 wordt beëindigd als zij die procedure niet reeds eerder bij een besluit ingevolge artikel 4, lid 4, en artikel 6, lid 1, van deze verordening heeft geopend.

[39] „Uit artikel 88, lid 2, EG en artikel 1, [onder h)], van verordening nr. 659/1999 volgt [...] dat de Commissie, wanneer zij beslist met betrekking tot een voorgenomen steunmaatregel de formele onderzoeksprocedure in te leiden, de belanghebbenden, waaronder de betrokken onderneming of ondernemingen, de gelegenheid moet bieden hun opmerkingen in te dienen. Dat is een wezenlijk vormvoorschrift."

[40] „Daaruit volgt dat wanneer de regeling die gold toen een lidstaat een voorgenomen steunregeling heeft aangemeld, wordt gewijzigd alvorens de Commissie haar beschikking geeft, de Commissie met het oog op de uitspraak die zij op grond van de nieuwe regels moet geven, de belanghebbenden moet verzoeken een standpunt te bepalen inzake de verenigbaarheid van de steun met de nieuwe regels. Daarvan kan enkel worden afgeweken wanneer de nieuwe regeling niet wezenlijk verschilt van de vorige (zie in die zin [arrest Ferriere Nord], [...], punten 68-71)."

122. Het is, met andere woorden, de niet-vaststelling van een inleidingsbesluit dat tot schending van wezenlijke vormvoorschriften leidt.

123. Er kan hier overigens een parallel worden getrokken met het feit dat wezenlijke vormvoorschriften in de regel uit een fundamentele institutionele regel voortvloeien.[41] Dat komt overeen met het hierboven genoemde vereiste uit de rechtspraak van het Hof dat de Commissie de formele onderzoeksprocedure moet openen en een inleidingsbesluit moet vaststellen, een vereiste dat terecht een wezenlijk vormvoorschrift vormt.

124. Daarentegen weerspiegelt het eventuele ontbreken van een relevant feit of rechtspunt in de inleidende procedure – zoals het ontbreken in het inleidingsbesluit van een uitdrukkelijke verwijzing naar een van de financieringsvormen van de steunmaatregel – niet een fundamentele institutionele regel; een dergelijk ontbreken vormt een schending van „minder" belang, te weten een schending van de rechten van derden om bij de administratieve procedure te worden betrokken, aangezien het die derden ervan weerhoudt hun opmerkingen over dat feit of rechtspunt in te dienen.

125. Een dergelijke schending kan niet tot de automatische nietigverklaring van het eindbesluit leiden. Dat besluit kan enkel nietig worden verklaard indien de belanghebbenden erin slagen vast te stellen dat de inhoud van het besluit waarmee de formele onderzoeksprocedure werd beëindigd, door de informatie die zij aangaande dat feit of rechtspunt zouden hebben medegedeeld, waarschijnlijk anders zou zijn geweest.

126. Dienaangaande zij erop gewezen dat het arrest van 8 september 2016, Goldfish e.a./Commissie (T-54/14, EU:T:2016:455), aangehaald in punt 70 van het eerste bestreden arrest en in punt 67 van het tweede bestreden arrest, de uitlegging van het Gerecht niet staaft. Dat arrest ondersteunt in plaats daarvan juist mijn uitlegging van het arrest Freistaat Sachsen. In punt 47 van het arrest Goldfish e.a./Commissie heeft het Gerecht „bewijs [...] dat is verkregen onder *volledige* miskenning van de voor de bewijslevering geldende procedure, die bedoeld is om de grondrechten van betrokkenen te beschermen" (cursivering van mij) als niet-ontvankelijk gekwalificeerd.

127. Het verschil tussen een wezenlijk vormvoorschrift en een subjectief recht (zoals in de onderhavige zaak de rechten van de belanghebbenden op deelname aan de administratieve procedure op het gebied van controle van staatssteun) is treffend verwoord door advocaat-generaal Fennelly in de zaak Commissie/ICI[42]: „Hoewel het Hof gepoogd heeft abstracte definities van het begrip ‚wezenlijk vormvoorschrift' te omzeilen, meen ik uit de rechtspraak te kunnen opmaken dat dit begrip is voorbehouden aan vormvoorschriften die intrinsiek verband houden met de vorming en de uitdrukking van de wil van de autoriteit die de handeling heeft vastgesteld, en dat iedere schending van een dergelijk voorschrift, zoals duidelijk blijkt uit artikel [263 VWEU], noodzakelijkerwijs de nietigverklaring van de handeling in haar geheel rechtvaardigt. Aangezien de schending de handeling in haar geheel betreft, is het niet nodig en in de meeste gevallen zelfs niet mogelijk dat de partij die zich erop beroept, een bijzonder nadeel voor haar subjectieve rechten of belangen aantoont; de schending vormt een niet-inachtneming van een zo fundamenteel voorschrift voor de vaststelling of de vorm van de handeling, dat zij niet geacht kan worden een geldige en authentieke handeling van de instelling te zijn."

41 Lenaerts, K., Maselis, I., en Gutman, K., *EU Procedural Law*, OUP, 2014, blz. 371.

42 Conclusie in de zaak Commissie/ICI (C-286/95 P en C-287/95 P, EU:C:1999:578, punt 22).

128. Teneinde te benadrukken waarom een schending van de rechten van belanghebbenden op deelname aan de staatssteunprocedure geen wezenlijk vormvoorschrift betreft, is het nuttig om voorbeelden aan te halen van hetgeen de Unierechter als wezenlijk vormvoorschrift kwalificeert: het overleg met lidstaten vóór de instelling van een definitief antidumpingrecht of besluit inzake een kwestie van mededingingsrecht.[43] Het volledige ontbreken van een dergelijk overleg resulteert automatisch in de nietigverklaring van de antidumpingverordening. Een inhoudelijke onjuistheid of een vertraging in het overleg geeft enkel aanleiding tot nietigverklaring als het resultaat van het overleg daardoor had kunnen worden beïnvloed.

129. Dientengevolge kunnen wij een parallel met het inleidingsbesluit trekken: een volledig ontbreken daarvan leidt automatisch tot nietigverklaring van het eindbesluit, terwijl een inhoudelijke leemte in het inleidingsbesluit niet tot dat resultaat leidt, tenzij kan worden aangetoond dat deze de uitkomst van het staatssteunonderzoek beïnvloedt.

2) In het arrest Gdynia zijn de pogingen van het Gerecht om een schending van de rechten van belanghebbenden om te vormen tot een wezenlijk vormvoorschrift reeds verworpen

130. In het arrest Gdynia, met name in de punten 78 tot en met 82 ervan[44], heeft het Hof de benadering van het Gerecht nadrukkelijk afgewezen en bevestigd dat de rechten van derden om krachtens artikel 108, lid 2, VWEU betrokken te worden bij de administratieve procedure geen wezenlijke vormvoorschriften in de zin van artikel 263 VWEU vormen.

131. In die hogere voorziening heeft de Commissie in wezen betoogd dat het Gerecht in strijd met het arrest Ferriere Nord – waarin het Gerecht dit recht in de omstandigheden van dat geval ten onrechte kwalificeerde als een wezenlijk vormvoorschrift waarvan de niet-inachtneming automatisch leidt tot nietigverklaring van het litigieuze besluit – blijk had gegeven van een onjuiste opvatting van het recht om opmerkingen te maken dat de belanghebbenden ontlenen aan artikel 108, lid 2, VWEU.

132. Gdynia en PLGK en de Republiek Polen voerden in wezen aan dat de Commissie het belang van het recht van de belanghebbenden om opmerkingen te maken tot een minimum beperkte. Zij stelden dat de redenering van de Commissie op basis van rechtspraak volgens welke de belanghebbenden in een formele onderzoeksprocedure alleen dienen als informatiebron voor de Commissie, in strijd met de huidige stand van het Unierecht is, aangezien de door de Commissie in dat verband aangehaalde arresten waren gewezen voorafgaand aan de inwerkingtreding van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”). Gdynia en PLGK en de Republiek Polen betoogden dat het recht van de belanghebbenden om de mogelijkheid te krijgen opmerkingen te maken in omstandigheden als in die zaak toentertijd moest worden beoordeeld uit het oogpunt van de door het Handvest beschermde grondrechten, en meer bepaald uit het oogpunt van het recht op behoorlijk bestuur in artikel 41 ervan, waarvan het een onderdeel vormt. Daarom moet thans rekening worden gehouden met het recht van de belanghebbenden om te worden gehoord voordat de Commissie een besluit vaststelt.

[43] Het Gerecht heeft dit reeds overwogen; zie arresten van 22 mei 2014, Guangdong Kito Ceramics e.a./Raad (T-633/11, EU:T:2014:271, niet gepubliceerd, punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak) (met inbegrip van rechtspraak op het gebied van het mededingingsrecht); 13 september 2010, Whirlpool Europe/Raad (T-314/06, EU:T:2010:390, punten 91-96 en aldaar aangehaalde rechtspraak) (met inbegrip van rechtspraak op het gebied van het mededingingsrecht); 11 september 2014, Gold East Paper en Gold Huasheng Paper/Raad (T-443/11, EU:T:2014:774, punten 95-101); 17 februari 2011, Zhejiang Xinshiji Foods en Hubei Xinshiji Foods/Raad (T-122/09, EU:T:2011:46, niet gepubliceerd, punten 100-112), en 30 april 2015, VTZ e.a./Raad (T-432/12, EU:T:2015:248, niet gepubliceerd, punten 176-185 en 212-217).

[44] Zie ook mijn conclusie in de zaak Commissie/Gmina Miasto Gdynia en Port Lotniczy Gdynia Kosakowo (C-56/18 P, EU:C:2019:569).

133. Met de door Gdynia en PLGK en de Republiek Polen naar voren gebrachte argumentatie werd gesuggereerd dat het recht van derden om krachtens artikel 108, lid 2, VWEU betrokken te worden bij de administratieve procedure, een wezenlijk vormvoorschrift vormt. Dat is in wezen wat het Gerecht in het arrest van 17 november 2017, Gmina Miasto Gdynia en Port Lotniczy Gdynia Kosakowo/Commissie (T-263/15, EU:T:2017:820), poogde te bereiken en wat het thans in de bestreden arresten poogt te bereiken.

134. Mijns inziens is deze discussie in de onderhavige zaak echter niet aan de orde, omdat een dergelijke benadering in het arrest Gdynia duidelijk is afgewezen.

135. Ten eerste heeft het Hof er in punt 70 van het arrest Gdynia aan herinnerd dat blijkens de rechtspraak „de ondernemingen die mogelijk begunstigden zijn van staatssteun, worden beschouwd als belanghebbenden, en [...] de Commissie de plicht heeft om deze ondernemingen tijdens de in artikel 108, lid 2, VWEU bedoelde onderzoeksfase uit te nodigen opmerkingen te maken".

136. Vervolgens heeft het Hof in punt 71 van dat arrest beklemtoond dat „[o]fschoon die belanghebbenden zich niet kunnen beroepen op de rechten van verdediging, [...] zij daarentegen wel over het recht [beschikken] om – rekening houdend met de omstandigheden van de zaak – naar behoren bij de door de Commissie gevolgde administratieve procedure te worden betrokken".

137. Mijn benadering in de onderhavige conclusie wordt nader bevestigd doordat het Hof zich in de hieronder door mij aangehaalde punten (de punten 72-75 van het arrest Gdynia) heeft gebaseerd op het arrest Falck (punten 80-83)[45], teneinde duidelijk het verschil te benadrukken tussen de rechten (van verdediging) van de betrokken lidstaat op *(rechtstreekse) deelname* aan de administratieve procedure en de rechten van derden om *(indirect) te worden betrokken* bij de administratieve procedure.

138. In punt 72 van het arrest Gdynia brengt het Hof in wezen in herinnering dat belanghebbenden (enkel) dergelijke rechten genieten opdat de Commissie op doeltreffende wijze op de hoogte kan worden gesteld.

139. In punt 73 benadrukt het Hof dat de procedure van controle van staatssteun, gelet op de algemene opzet ervan, een procedure is die wordt ingeleid jegens de betrokken lidstaat.

140. Zoals het Hof – wederom onder verwijzing naar het arrest Falck[46] – in punt 74 van het arrest Gdynia heeft benadrukt, geldt daarentegen dat „andere belanghebbenden dan de betrokken lidstaat alleen de rol [spelen] die in punt 72 van [dat] arrest in herinnering is gebracht, en [...] dienaangaande *zelf geen aanspraak [kunnen] maken op een contradictoir debat met de Commissie, zoals dit ten gunste van deze lidstaat is vastgesteld*" (cursivering van mij).

141. In punt 75 van het arrest Gdynia voegt het Hof daaraan toe dat „[g]een enkele bepaling van de procedure van controle van staatssteun [...] aan de ontvanger van dergelijke steun tussen de belanghebbenden een bijzondere rol [toekent]", niet in de laatste plaats omdat die procedure geen procedure is die wordt ingeleid „jegens" de ontvanger van steun, hetgeen zou betekenen dat deze ontvanger zich zou kunnen beroepen op even ruime rechten als de rechten van de verdediging als zodanig.

45 Ik haal de relevante punten van het arrest Falck aan in punt 115 supra.

46 Ik haal de relevante punten van het arrest Falck aan in punt 115 supra.

142. In de zaak die tot het arrest Gdynia heeft geleid, hebben de belanghebbenden voorafgaand aan de vaststelling van het litigieuze besluit geen opmerkingen kunnen maken over de toepasselijkheid en het mogelijke effect van de richtsnoeren van de Commissie van 2014[47], terwijl deze richtsnoeren na de vaststelling van het inleidingsbesluit waren gepubliceerd, en dus na de beëindiging van de aanvankelijke onderzoeksprocedure. Derhalve is de vraag gerezen of het Gerecht in dat geval kon oordelen dat de rechten van de belanghebbenden om, voorafgaand aan de vaststelling van het litigieuze besluit, opmerkingen in te dienen over het nieuwe rechtskader (en in het bijzonder over de richtsnoeren van 2014), een wezenlijk vormvoorschrift in de zin van artikel 263 VWEU betroffen – waarvan de schending leidt tot de nietigverklaring van dat besluit, zonder dat het bewijs hoeft te worden geleverd dat de administratieve procedure tot een ander resultaat had kunnen leiden.

143. Het antwoord daarop van het Hof luidde ontkennend.

144. Het Hof oordeelde dat het verzoek aan belanghebbenden om opmerkingen te maken over omstandigheden waarnaar in het inleidingsbesluit niet was verwezen, zoals de vaststelling van nieuwe beoordelingsregels na de publicatie van het inleidingsbesluit volgens artikel 108, lid 2, VWEU, geen wezenlijk vormvoorschrift vormde, maar een *onregelmatigheid in de procedure*, die dan ook niet automatisch tot de nietigverklaring van het eindbesluit leidde (punten 78-82 van het arrest Gdynia).

145. Met name in punt 78 heeft het Hof uiteengezet dat dient te worden nagegaan of het Gerecht op goede gronden kon oordelen dat het recht van de belanghebbenden om, voorafgaand aan de vaststelling van het litigieuze besluit, opmerkingen te maken over de nieuwe rechtsregeling, *een wezenlijk vormvoorschrift* in de zin van artikel 263 VWEU *betrof*.

146. In het daaropvolgende punt (punt 79 van het arrest Gdynia) heeft het Hof naar het arrest Ferriere Nord verwezen, waarbij het Hof aangaf dat „de Commissie haar besluit niet op door de nieuwe rechtsregeling ingevoerde nieuwe beginselen [kan] baseren zonder de belanghebbenden om hun opmerkingen in dit verband te verzoeken, daar zij anders de procedurele rechten van de belanghebbenden zou schenden".

147. „Een [dergelijke] *onregelmatigheid in de procedure* [leidt] echter slechts tot gehele of gedeeltelijke nietigverklaring van een besluit indien vaststaat dat het aangevochten besluit bij ontbreken van deze onregelmatigheid een andere inhoud zou hebben gehad".[48] Het Hof haalt daar het arrest van 23 april 1986, Bernardi/Parlement (150/84, EU:C:1986:167), aan.

148. Meer bepaald heeft het Hof er in punt 81 op gewezen dat „met betrekking tot de procedurele rechten van de belanghebbenden [dient] te worden opgemerkt dat, wanneer er een wijziging is van de rechtsregeling nadat de Commissie de belanghebbenden de mogelijkheid heeft geboden om opmerkingen te maken en voordat de Commissie een besluit heeft genomen met betrekking tot een steunvoornemen, en de Commissie dat besluit baseert op de nieuwe rechtsregeling zonder die partijen uit te nodigen daarover opmerkingen te maken, enkel en alleen het bestaan van verschillen tussen de rechtsregeling waaromtrent die partijen hun opmerkingen konden maken en die waarop dat besluit is gebaseerd, als zodanig niet kan leiden tot nietigverklaring van

[47] Mededeling van de Commissie getiteld: „Richtsnoeren voor staatssteun aan luchthavens en luchtvaartmaatschappijen" (PB 2014, C 99, blz. 3; hierna: „richtsnoeren van 2014").

[48] Cursivering van mij; punt 80 van het arrest Gdynia.

datzelfde besluit. Ook al zijn de betrokken rechtsregelingen gewijzigd, de vraag rijst [namelijk] of die wijziging, uit het oogpunt van de bepalingen van die regelingen die relevant zijn voor de onderhavige zaak, de strekking van het [litigieuze] besluit had kunnen wijzigen".

149. Dientengevolge heeft het Hof in punt 82 van het arrest Gdynia geoordeeld dat het Gerecht „in punt 81 van het bestreden arrest [...] blijk [heeft] gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het bij het recht van de belanghebbenden om opmerkingen te maken in omstandigheden als die van de onderhavige zaak gaat om een wezenlijk vormvoorschrift in de zin van artikel 263 VWEU waarvan de schending leidt tot de nietigverklaring van het [litigieuze] besluit, zonder dat het bewijs hoeft te worden geleverd dat de schending van dat recht de strekking van dat besluit had kunnen beïnvloeden".

150. In punt 86 van dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat „het Gerecht niet kon oordelen dat het niet noodzakelijk was om na te gaan hoe het niet uitnodigen van de belanghebbenden om voorafgaand aan de vaststelling van dat besluit opmerkingen te maken over de richtsnoeren van 2014, van invloed was op het [litigieuze] besluit, en evenmin dat een dergelijke invloed bestond zonder de argumentatie van de Commissie te onderzoeken, waarmee zij beoogde aan te tonen dat er sprake was van een autonome en onafhankelijke rechtsgrondslag voor dat besluit. Daarmee ging het [namelijk] voorbij aan de rechtspraak inzake de procedurele rechten van belanghebbenden zoals uiteengezet in de punten 70 tot en met 75 alsook 79 en 81 [van het arrest Gdynia]".

151. Benadrukt zij tevens dat het Hof in de punten 87 en 88 van het arrest Gdynia enkel naar het arrest Freistaat Sachsen (punt 55) verwijst als reactie op de argumenten van de verweerders, en tot een herformulering komt van zijn eerdere verklaring dat het recht van de belanghebbenden om opmerkingen te maken in omstandigheden als die aan de orde in die zaak geen wezenlijk vormvoorschrift vormt.

152. Het Hof baseert zijn redenering ter zake niet op de inhoud van het inleidingsbesluit, maar op de verplichting van de Commissie, „wanneer zij beslist met betrekking tot een voorgenomen steunmaatregel de formele onderzoeksprocedure in te leiden, de belanghebbenden, waaronder de betrokken onderneming [...], de gelegenheid [te] bieden hun opmerkingen in te dienen" (punt 87 van het arrest Gdynia).

153. Zoals het Hof in punt 88 heeft benadrukt, betreft het arrest Freistaat Sachsen „de verplichtingen die de Commissie heeft bij de opening van de formele onderzoeksprocedure. Voorts behandelt het de vraag van de toepassing van nieuwe rechtsregels die zijn vastgesteld na de aanmelding van een steunvoornemen. Het betreft dus andere vragen dan die welke aan de orde zijn in het kader van de onderhavige hogere voorziening, waarin het gaat over het recht om de gelegenheid te krijgen opmerkingen te maken. Op dit recht baseren de gemeente Gdynia en de vennootschap PLGK zich met betrekking tot een wijziging van een rechtsregeling die heeft plaatsgevonden nadat die partijen de mogelijkheid was geboden om hun opmerkingen te maken en voordat het litigieuze besluit is vastgesteld".

154. Hieruit volgt dat het wezenlijke vormvoorschrift van artikel 108, lid 2, VWEU jegens belanghebbenden enkel bestaat uit de aan hen gerichte uitnodiging om hun de gelegenheid te bieden om spoedig na vaststelling van het inleidingsbesluit hun opmerkingen in te dienen.

3) Argument ten overvloede inzake het arrest Freistaat Sachsen

155. Zoals in de conclusie van een advocaat-generaal gebruikelijk is, zal ik – ten overvloede – overwegen of mijn conclusie anders zou luiden als er ter wille van het argument van uit wordt gegaan (quod non) dat het Gerecht (in punt 70 van het eerste bestreden arrest en in punt 67 van het tweede bestreden arrest) terecht naar het arrest Freistaat Sachsen (punt 55) had verwezen, in die zin dat „de verplichting voor de Commissie om belanghebbende partijen in de fase van het inleidingsbesluit de gelegenheid te bieden om hun opmerkingen in te dienen, een wezenlijk vormvoorschrift betreft [...], waarvan de schending gevolgen heeft, zoals de nietigverklaring van de aangetaste handeling, ongeacht de vraag of deze schending voor diegene die zich erop beroept, schade heeft veroorzaakt, of de vraag of de administratieve procedure een andere afloop zou kunnen hebben gekend".

156. Zelfs in dit scenario houdt mijn conclusie stand. In feite is namelijk het logische gevolg van deze vaststelling van het Gerecht dat het arrest Gdynia dan voorrang zou hebben op het arrest Freistaat Sachsen (of daarop zelfs een correctie zou vormen).

157. In plaats van na te gaan of in die zaak een dergelijk wezenlijk vormvoorschrift was geschonden (zoals in punt 78 van het arrest Gdynia), zoals in mijn voorgaande analyse duidelijk werd, heeft het Hof zich namelijk gebaseerd op het arrest van 23 april 1986, Bernardi/Parlement (150/84, EU:C:1986:167, punt 28), teneinde te beoordelen „of het Gerecht [...] op goede gronden kon oordelen dat het recht van de belanghebbenden om, voorafgaand aan de vaststelling van het litigieuze besluit, opmerkingen te maken over die nieuwe rechtsregeling en in het bijzonder over de richtsnoeren van 2014, een wezenlijk vormvoorschrift betreft in de zin van artikel 263 VWEU, waarvan de schending leidt tot de nietigverklaring van dat besluit, zonder dat het bewijs hoeft te worden geleverd dat de administratieve procedure tot een ander resultaat had kunnen leiden".

158. Hieruit volgt dat het Gerecht in de punten 70 en 71 van het eerste bestreden arrest en in de punten 66 tot en met 68 van het tweede bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuist rechtsopvatting door te oordelen dat „de verplichting voor de Commissie om belanghebbende partijen in de fase van het inleidingsbesluit de gelegenheid te bieden om hun opmerkingen in te dienen, een wezenlijk vormvoorschrift betreft".

159. De niet-inachtneming van de rechten van belanghebbenden op deelname aan de administratieve procedure – zoals hun niet de gelegenheid bieden om opmerkingen in te dienen – vormt namelijk geen schending van een wezenlijk vormvoorschrift, die automatisch in de nietigverklaring van het litigieuze besluit zou resulteren.

160. Zelfs als de onderhavige zaak geen opmerkingen van belanghebbenden *over rechtsregels* betreft (zoals de richtsnoeren van de Commissie voor onderzoek van staatssteun, zoals het geval was in het arrest Gdynia), maar veeleer hun opmerkingen *over een feitelijk element* (dat wil zeggen de tweede financieringsvorm van de steunregeling die in de onderhavige zaak aan de orde is, te weten de begrotingsmiddelen van de deelstaat Beieren), meen ik, met de Commissie, dat dit verschil betreffende het *onderwerp* van de ontbrekende opmerkingen de toepassing van het arrest Gdynia niet uitsluit.

161. *In beide zaken is het probleem namelijk hetzelfde* – te weten dat de belanghebbenden hun mening over de in het inleidingsbesluit vervatte elementen niet kenbaar konden maken.

162. Het verschil tussen de *oorzaken* van het ontbreken van verklaringen van belanghebbenden in die twee zaken – te weten het ontbreken van een verwijzing in het inleidingsbesluit of de vaststelling van nieuwe richtsnoeren van de Commissie na publicatie van het inleidingsbesluit – is irrelevant. Het gaat erom dat in beide zaken de rechten van de belanghebbenden op deelname aan de administratieve procedure zijn geschonden.

163. Het Gerecht zelf heeft bovendien in punt 71 van het eerste bestreden arrest benadrukt dat die rechten waren geschonden.

164. Uit een en ander volgt dan ook dat het derde middel in hogere voorziening gegrond dient te worden verklaard.

D. Vierde middel in hogere voorziening: onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van het recht van belanghebbenden om opmerkingen in te dienen

1. Ontvankelijkheid

165. De deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband voeren aan dat het vierde middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk is. Zij stellen dat het Gerecht in de punten 72 en 75 van het eerste bestreden arrest op basis van een strikt feitelijke overweging heeft beslist dat de uitkomst van de procedure is beïnvloed door de schending van het recht van de belanghebbenden om opmerkingen in te dienen. Het samenwerkingsverband voert aan dat dit middel niet-ontvankelijk is omdat het de beoordeling van feiten door het Gerecht betreft en neerkomt op een herhaling van reeds aan het Gerecht voorgelegde gronden en argumenten.

166. Ten eerste kan de deelstaat Beieren de Commissie niet verwijten dat deze zich beweerdelijk op nieuwe feiten beroept, aangezien de Commissie zich beroept op de inhoud van het litigieuze besluit, dat een rechtshandeling is. Ten tweede volsta ik ermee op te merken dat deze argumenten kunnen worden verworpen om dezelfde redenen als de in de punten 28 tot en met 31 van de onderhavige conclusie vermelde redenen.

2. Ten gronde

a) Korte samenvatting van de argumenten van partijen

167. De Commissie klaagt dat het Gerecht in de punten 72 tot en met 75 van het eerste bestreden arrest en in de punten 70 tot en met 72 van het tweede bestreden arrest ten onrechte heeft geoordeeld dat verklaringen van de belanghebbenden over de vraag of de begrotingsmiddelen staatsmiddelen vormen, de uitkomst van het geding hadden kunnen wijzigen. De Commissie voert aan dat het Gerecht niet alleen artikel 108, leden 2 en 3, VWEU en artikel 6, lid 1, van verordening nr. 659/1999 heeft geschonden, maar ook het begrip „staatsmiddelen” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU en het begrip „bestaande steun” in de zin van artikel 108, lid 1, VWEU onjuist heeft uitgelegd. Ten slotte klaagt de Commissie dat het Gerecht tevens de in het litigieuze besluit vastgestelde feiten heeft verdraaid en heeft verzuimd om de verweermiddelen van de Commissie te onderzoeken.

168. Ten eerste weerspreekt de Commissie de vaststelling in punt 73 van het eerste bestreden arrest en in punt 71 van het tweede bestreden arrest dat de deelstaat Beieren zijn standpunten inzake de vraag of de met algemene belastinginkomsten gefinancierde melkkwaliteitstests verder gingen dan de vereiste wettelijke verplichting niet naar voren heeft kunnen brengen. De Commissie voert aan dat hetgeen deze deelstaat in het kader van het formele onderzoek heeft betoogd, niet tot een wijziging van het resultaat van de procedure heeft geleid omdat de financiering van de aanvullende tests buiten de werkingssfeer van het litigieuze besluit viel. Daarnaast stelt de Commissie dat het Gerecht heeft verzuimd om haar verweermiddelen te onderzoeken, waarbij zij ten eerste aanvoert dat – ook als hetgeen de deelstaat Beieren aangaande de aanvullende tests heeft betoogd juist zou zijn – in ieder geval vaststond dat die tests krachtens de MFG werden uitgevoerd. Alle bij die wet vastgestelde tests, en dus ook die tests, vormden echter het voorwerp van het inleidingsbesluit.

169. Ten tweede weerspreekt de Commissie de vaststelling in punt 74 van het eerste bestreden arrest dat de deelstaat Beieren niet kon worden gehoord over de vraag of de betrokken maatregel bestaande steun vormde. Daarnaast is het Gerecht niet ingegaan op het verweer van de Commissie.

170. Dienaangaande geeft de Commissie aan dat de belanghebbenden in de overwegingen 140 tot en met 152 van het inleidingsbesluit in staat zijn gesteld om een standpunt in te nemen inzake de vraag of er sprake was van bestaande steun. Zij voegt daaraan toe dat de deelstaat Beieren nadere opmerkingen over dat punt heeft ingediend, zoals uit de overwegingen 41 tot en met 56 van het litigieuze besluit volgt.

171. De deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband voeren in wezen aan dat dit middel in hogere voorziening ongegrond is, voor zover het op een onjuiste uitlegging van de bestreden arresten is gebaseerd. Zij stellen dat de vraag of de begrotingsmiddelen staatsmiddelen vormen, irrelevant is. Daarnaast voeren zij aan dat de vraag of de procedure – zonder de schending van de deelnemingsrechten van de belanghebbenden – een andere uitkomst had kunnen hebben, ook irrelevant is. Bovendien voert het samenwerkingsverband aan dat de Commissie niet kan stellen dat de aanvullende tests in een afzonderlijk besluit van de Commissie werden behandeld.

b) Beoordeling

172. Aangezien het derde middel in hogere voorziening gegrond dient te worden verklaard, is het noodzakelijk ook het vierde middel in hogere voorziening te behandelen.

173. Bijgevolg dient te worden nagegaan of de procedure – zonder de schending van het recht van de belanghebbenden om bij de procedure betrokken te worden (dat wil zeggen indien belanghebbende partijen opmerkingen over de tweede financieringsvorm van de steunmaatregel hadden kunnen indienen) – een andere uitkomst had kunnen hebben, zoals het Gerecht in de bestreden arresten heeft gesuggereerd.

1) Benadering in de bestreden arresten

174. Allereerst voeren de deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband ten onrechte aan dat het in de onderhavige context voldoende is om *aan te nemen* dat de eventuele opmerkingen die zij hadden kunnen indienen, het vereiste effect zouden hebben gehad.

175. Het arrest Ferriere Nord (punt 83) maakt namelijk duidelijk dat het Hof dient na te gaan of het standpunt „de strekking van het [litigieuze] besluit had kunnen wijzigen".

176. De redenering van het Gerecht in de punten 73 tot en met 75 van het eerste bestreden arrest is evenwel enkel op hypothesen en deducties gebaseerd.

177. Zoals wij hieronder zullen zien, heeft het Gerecht nagelaten om zelfs maar te beoordelen – laat staan toe te lichten – dat de verklaringen van de belanghebbenden over de tweede financieringsvorm van de betrokken steunmaatregel (dat wil zeggen de begroting van de deelstaat Beieren) *tot wijziging van de onderzoeksprocedure hadden kunnen leiden*.

178. Ik ben het met de Commissie eens dat het Gerecht als volgt te werk had moeten gaan: de belanghebbende moet aan het Gerecht de feiten voorleggen die hij in de administratieve procedure zou hebben voorgelegd, maar die hij vanwege de schending van zijn deelnemingsrechten niet kón voorleggen. Daarbij moet het Gerecht ervan uitgaan dat die feiten waar zijn. Op die grondslag moet het Gerecht onderzoeken of die feiten, indien de Commissie in het kader van de administratieve procedure hun nauwkeurigheid had geverifieerd, tot een andere juridische beoordeling van de zaak hadden kunnen leiden.

179. In de onderhavige zaak heeft het Gerecht echter de tweede fase van die analyse volledig overgeslagen. Die fase draait niet om de vaststelling van feiten, maar om de beoordeling van de rechtsgevolgen van die feiten, „gesteld al dat deze juist waren" [49].

180. Derhalve heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

181. Toen het Gerecht zijn benadering namelijk op de feiten van de onderhavige zaak toepaste, heeft het beslist dat niet kan worden uitgesloten dat de procedure zonder de vastgestelde onregelmatigheid (indien verzoeker in eerste aanleg daadwerkelijk de mogelijkheid zou hebben gehad om in het kader van de formele onderzoeksprocedure opmerkingen in te dienen over de financiering uit zijn algemene begroting) een andere uitkomst had kunnen hebben.

182. Het Gerecht heeft deze beslissing op twee argumenten gebaseerd. Ten eerste kon de deelstaat Beieren geen opmerkingen indienen inzake de vraag of de tests die met de financiering uit begrotingsmiddelen werden bekostigd, verder gingen dan bij wet verplicht was (punt 73 van het eerste bestreden arrest). Ten tweede heeft het Gerecht geoordeeld dat de deelstaat Beieren niet kon worden gehoord over de vraag of de zaak de kwestie opwierp of er sprake was van bestaande steun (punt 74 van het eerste bestreden arrest).

183. Wat het eerste argument (punt 73 van het eerste bestreden arrest) betreft, is de bewering van de deelstaat Beieren volgens welke andere maatregelen met algemene belastinginkomsten werden gefinancierd en niet de met de melkheffing gefinancierde tests (dat wil zeggen de melkkwaliteitstests „die verder gingen dan wat verplicht was", waarvan het „doel" „anders" was), ongegrond, niet in de laatste plaats omdat de Commissie in de overwegingen 25 en 27 van het litigieuze besluit als volgt heeft aangegeven: „Duitsland heeft reeds tijdens het vooronderzoek te kennen gegeven dat deze maatregelen om de onderstaande redenen niet als steun dienen te worden beschouwd. Van bijzonder belang is dat aanvullende tests op de rauwe melk worden

[49] Zie arresten van 16 juni 2016, SKW Stahl-Metallurgie en SKW Stahl-Metallurgie Holding/Commissie (C-154/14 P, EU:C:2016:445, punten 69-76), en 11 januari 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie (C-404/04 P, EU:C:2007:6, niet gepubliceerd, punten 131-136).

uitgevoerd die duidelijk verder gaan dan wat de [MGV] voorschrijft[[50]. De Commissie merkt [...] op dat de financiële steunverlening voor deze extra tests in een afzonderlijk besluit zal worden behandeld."

184. Deze vaststelling is niet bij het Gerecht bestreden. Mijns inziens volgt hieruit dat het Gerecht in punt 73 van het eerste bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Deze conclusie is van overeenkomstige toepassing op de punten 70 tot en met 72 van het tweede bestreden arrest.

185. Het Gerecht heeft eveneens blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de rechtspraak van het Hof inzake de gevolgen van een schending van de rechten op deelname aan de procedure onjuist uit te leggen. Het enkele feit dat er aan het Gerecht *een argument is voorgelegd*, volstaat niet. Noodzakelijk is dat het Gerecht vervolgens overgaat tot *een inhoudelijke beoordeling van dat argument*, teneinde na te gaan of dat argument tot *wijziging* van de uitkomst van de administratieve procedure *kon leiden*. [51]

186. Een argument van de deelstaat Beieren dat in de formele onderzoeksprocedure naar voren is gebracht aangaande de vraag of de melkkwaliteitstests verder gingen dan de wet voorschrijft, had de uitkomst van die procedure niet kunnen wijzigen, niet in de laatste plaats omdat de Commissie dergelijke aanvullende tests juist van de werkingssfeer van het litigieuze besluit had uitgesloten.

187. Voorts heeft het Gerecht verzuimd om de twee door de Commissie bij hem aangevoerde argumenten te onderzoeken waarmee de Commissie trachtte aan te tonen dat het argument inzake de aanvullende tests in ieder geval intrinsiek ongegrond was.

188. In wezen heeft de Commissie ten eerste bij het Gerecht aangevoerd dat, zelfs als hetgeen de deelstaat Beieren inzake die tests had betoogd juist was (quod non), in ieder geval tussen de partijen vaststond dat deze kwestie het nemen van monsters ingevolge de MGV (het bij wet gereguleerd nemen van monsters) betreft. Dientengevolge worden alle tests krachtens het MFG uitgevoerd. Aangezien het inleidingsbesluit alle bij de MGV vastgestelde tests betrof, gold dit besluit ook voor het nemen van deze monsters. [52]

189. Ten tweede heeft de Commissie aangevoerd dat het niet vaststond dat de kosten voor tests „die [beweerdelijk] verder gingen dan wat verplicht was", normaliter niet door de melkafnemers hoefden te worden gedragen, zoals de deelstaat Beieren bij het Gerecht heeft beweerd. Integendeel, dit betreft juist kosten die de ondernemingen maken als zij vrijwillig maatregelen nemen, zonder wettelijke verplichting daartoe en in hun eigen belang, en die zij normaliter zelf dienen te dragen. [53]

190. Uit het feit dat het Gerecht heeft verzuimd om deze argumenten te beoordelen blijkt dan ook reeds op zichzelf een onjuiste rechtsopvatting. [54]

[50] Milch-Güteverordnung (melkkwaliteitsverordening) van 9 juli 1980 (BGBl. 1980 I, blz. 878; hierna: „MGV").

[51] Zie voor een voorbeeld van dit beginsel arrest van 1 oktober 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Raad (C-141/08 P, EU:C:2009:598, punten 83-104; hierna: „arrest Foshan Shunde").

[52] Zie dienaangaande verder de punten 22-24 en 35 van het verweerschrift in eerste aanleg en bijlage A.35, blz. 372, alsmede punten 19-21 van de dupliek.

[53] Zie punt 21 van de dupliek in eerste aanleg.

[54] Zie arrest van 24 oktober 2013, Land Burgenland e.a./Commissie (C-214/12 P, C-215/12 P en C-223/12 P, EU:C:2013:682, punten 110-112).

191. Wat het tweede argument (punt 74 van het eerste bestreden arrest) betreft, geldt dat dit evenmin kan slagen, om de redenen die de Commissie bij het Gerecht heeft aangevoerd, waarbij het Gerecht heeft verzuimd die redenen in de bestreden arresten te vermelden – laat staan te bespreken.

192. Deze argumenten luidden als volgt: ten eerste werd het de partijen reeds door het inleidingsbesluit toegestaan om een standpunt in te nemen inzake de vraag of er sprake was van „bestaande steun" in het kader van de financiering uit algemene belastinginkomsten (overwegingen 140-152 van dat besluit).

193. Ten tweede vloeit het in ieder geval reeds uit de aard van de steunregeling voort dat deze jaarlijks of elke twee jaar opnieuw wordt verleend.[55] Artikel 1, onder b), van verordening nr. 659/1999 staat in de onderhavige zaak echter haaks op de kwalificatie ervan als bestaande steun.

194. Ten derde blijft overeind dat de deelstaat Beieren, ongeacht de waarheidsgetrouwheid van zijn argument dat de kostenverlaging voor de melkbedrijven middels een verstrekking van algemene belastinginkomsten „altijd al was toegepast", hetgeen de Commissie bestrijdt, niet zou kunnen vaststellen of er sprake was van bestaande steun ingevolge artikel 1, onder b), van verordening nr. 659/1999. Niet de financieringsvorm van een maatregel is in dit opzicht namelijk bepalend, maar de maatregel zelf. De maatregel bestaat evenwel uit het jaarlijks verlenen van een subsidie uit de jaarlijkse of tweejaarlijkse begroting.

195. Ten vierde heeft de deelstaat Beieren (in tegenstelling tot bijvoorbeeld de deelstaat Baden-Württemberg) op geen enkel moment tijdens de administratieve procedure aangevoerd dat er sprake was van bestaande steun.

196. Aangezien deze argumenten wel aan het Gerecht zijn voorgelegd, maar het Gerecht heeft nagelaten deze te vermelden, laat staan te behandelen, wordt in punt 74 van het eerste bestreden arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.[56]

2) Vergelijking van de benadering van de bestreden arresten met het door het Hof gewezen arrest Gdynia

197. De juiste benadering, die het Gerecht had moeten hanteren, wordt omschreven in het door het Hof gewezen arrest Gdynia.

198. Na een onregelmatigheid in de procedure te hebben vastgesteld is het Hof in dat arrest nagegaan of de schending van procedurele rechten van de belanghebbenden de uitkomst van de onderzoeksprocedure had kunnen wijzigen.

199. Op grond van een *gedetailleerde beoordeling* (punten 83-86 en 123-160 van het arrest Gdynia) heeft het Hof op basis van de motivering in het litigieuze besluit geoordeeld dat dit besluit dezelfde inhoud zou hebben gehad indien de belanghebbenden opmerkingen over de richtsnoeren van 2014 hadden kunnen indienen.

[55] Zie dienaangaande verder de punten 6 en 36-39 van het verweerschrift in eerste aanleg en de punten 33, 34 en 50-97 van de dupliek.

[56] Zie arrest van 24 oktober 2013, Land Burgenland e.a./Commissie (C-214/12 P, C-215/12 P en C-223/12 P, EU:C:2013:682, punten 110-112).

200. Ik ben (met de Commissie) van mening dat het Gerecht, na vaststelling van een schending van de rechten van de belanghebbenden om opmerkingen in te dienen, de hypothese van een andere uitkomst van de onderzoeksprocedure, zonder een dergelijke schending, niet op *eenvoudige veronderstellingen of vermoedens* kon baseren.

201. Dat er sprake had kunnen zijn van een andere uitkomst kon het Gerecht enkel vaststellen op grond van een gedetailleerde beoordeling (zoals de in de zaak Gdynia door het Hof verrichte beoordeling) van de motivering in het litigieuze besluit en een analyse van de argumenten van de wederpartijen. Het Gerecht had alle argumenten van de Commissie moeten onderzoeken en, pas nadat die ondoeltreffend bleken te zijn, had het uiteen kunnen zetten waarom zijns inziens een andere uitkomst voor de onderzoeksprocedure niet uitgesloten was, waarbij het zich op in het litigieuze besluit vervatte elementen had moeten baseren.

202. Gelet op een en ander geeft de redenering van het Gerecht in de punten 72 tot en met 75 van het eerste bestreden arrest en in de punten 70 tot en met 72 van het tweede bestreden arrest, volgens welke de schending van het recht van de belanghebbenden om opmerkingen in te dienen ertoe zou moeten leiden dat het litigieuze besluit nietig wordt verklaard, blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

203. Het Gerecht heeft namelijk eenvoudigweg verklaard dat *niet kan worden uitgesloten* dat, zonder de in het genoemde arrest vastgestelde onregelmatigheid, de procedure een andere uitkomst had kunnen hebben (punt 72 van het eerste bestreden arrest).

204. Dat een andere uitkomst van de procedure niet uitgesloten is, is echter onvoldoende om de nietigverklaring van een Uniehandeling te rechtvaardigen.

205. Uit het arrest Gdynia volgt duidelijk dat een *positieve vaststelling* van een andere uitkomst noodzakelijk is.

206. Dienaangaande verwijs ik naar punt 81 van het arrest Gdynia: „of die wijziging, uit het oogpunt van de bepalingen van die regelingen die relevant zijn voor de onderhavige zaak, de strekking van het [litigieuze] besluit had kunnen wijzigen”; punt 95 daarvan: „kunnen de in de punten 82 tot en met 86 van [dat] arrest vastgestelde onjuistheden [...] slechts leiden tot de nietigverklaring van het bestreden arrest voor zover het Gerecht het litigieuze besluit nietig heeft verklaard, wanneer de bepalingen van de richtsnoeren van 2014 waarop de Commissie zich in dat besluit heeft gebaseerd, de strekking van dat besluit daadwerkelijk niet konden wijzigen”, en punt 132: „[i]n dat verband zij eraan herinnerd dat, zoals blijkt uit punt 81 van [dat] arrest, de Unierechter zich in een situatie zoals die welke in deze zaak aan de orde is, niet ertoe kan beperken vast te stellen welke wijzigingen voortvloeien uit een nieuwe rechtsregeling, teneinde de nietigverklaring van een besluit van de Commissie waarin deze rechtsregeling wordt toegepast, te rechtvaardigen, maar tevens moet nagaan of de wijziging van de rechtsregeling invloed kon hebben op dat besluit”.

207. Hieraan wil ik toevoegen dat ook hier het verschil tussen enerzijds het ontbreken van opmerkingen over nieuwe verenigbaarheidscriteria (de nieuwe richtsnoeren van 2014, zoals in het arrest Gdynia), en anderzijds het gedeelte van de financiering dat onweerlegbaar een bestanddeel van staatsmiddelen vormt (zoals in de onderhavige zaak), irrelevant is voor de toepassing van het criterium van juridische beoordeling zoals hierboven vermeld.

3) In ieder geval was de rechtspraak voorafgaande aan het arrest Gdynia ook duidelijk over de juiste benadering

208. In de zaak Raad/Interpipe Niko Tube en Interpipe NTRP[57] vernam een partij bij de procedure één dag voorafgaand aan de vaststelling van een verordening over elementen die bij het verrichten van bepaalde berekeningen werden gebruikt. Op basis van die informatie is die partij erin geslaagd de betreffende verordening gedeeltelijk nietig te doen verklaren door het Gerecht. De partij in kwestie betoogde dat een omvangrijker nietigverklaring op basis van aanvullende informatie niet uitgesloten zou zijn geweest, welke informatie zij zou hebben overgelegd als zij eerder van deze elementen op de hoogte zou zijn gesteld. Het Hof heeft die redenering gevolgd, aangezien het juridische belang van de informatie door de gedeeltelijke nietigverklaring van de verordening werd bevestigd.

209. In de zaak SKW Stahl-Metallurgie en SKW Stahl-Metallurgie Holding/Commissie[58] konden de rekwirantes vanwege een schending van hun rechten van verdediging geen standpunt innemen inzake de kwestie van de door de onderneming Degussa op een andere onderneming (SKW) uitgeoefende invloed. Het Hof heeft geoordeeld dat de toewijzing van de verantwoordelijkheid voor het kartel op verschillende elementen gebaseerd was en dat de kwestie van die invloed, gesteld al dat dit argument juist was, dientengevolge geen effect op het besluit had.

210. In de zaak Duitsland/Commissie[59] had de Commissie bepaalde brieven van de concurrenten van de begunstigde niet aan de betrokken lidstaat (Duitsland) overgelegd. Daarop stelde deze lidstaat dat zijn rechten van de verdediging waren geschonden en het besluit dus nietig diende te worden verklaard. Het Hof heeft onderzocht of de Duitse regering – als deze de opmerkingen zou hebben ontvangen – argumenten had kunnen indienen die voor de Commissie aanleiding zouden zijn geweest om met de steunmaatregel in te stemmen. De Duitse regering kon echter geen juridische of feitelijke omstandigheid aangeven die voor de Commissie aanleiding zou zijn geweest om anders te beslissen. Het antwoord van het Hof luidde dan ook ontkennend: het verbod op de staatssteun vloeide voort uit geldende voorschriften, waarmee Jadekost dus profiteerde van bedrijfssteun waarmee noch ingevolge die voorschriften, noch principieel ingestemd had kunnen worden.

211. In het arrest Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie[60] is het Hof op dezelfde wijze te werk gegaan. Het heeft onderzocht of de argumenten die vanwege de schending van het recht van verdediging niet hadden kunnen worden ingediend, gesteld al dat deze juist waren, tot instemming met de steunmaatregel hadden kunnen leiden. Het Hof heeft geoordeeld dat dit niet het geval was, daar het ontbreken van een reorganisatieplan in ieder geval tot het verbod zou hebben geleid.

212. In de zaak Westdeutsche Landesbank[61] heeft de Duitse regering gesteld dat haar recht om te worden gehoord geschonden was, omdat de Commissie toegang had geweigerd tot bepaalde documenten. Na onderzoek van de inhoud van de betreffende documenten heeft het Gerecht

[57] Arrest van 16 februari 2012 (C-191/09 P en C-200/09 P, EU:C:2012:78, punten 75-88).

[58] Arrest van 16 juni 2016 (C-154/14 P, EU:C:2016:445, punten 69-76).

[59] Arrest van 5 oktober 2000 (C-288/96, EU:C:2000:537, punten 92-106; hierna: „arrest Jadekost").

[60] Arrest van 11 januari 2007 (C-404/04 P, EU:C:2007:6, niet gepubliceerd, punten 131-136).

[61] Arrest van 6 maart 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie (T-228/99 en T-233/99, EU:T:2003:57).

vastgesteld dat het recht van verweer niet geschonden was, onder meer omdat de documenten in wezen een nadere uitwerking of precisering ten aanzien van reeds naar voren gebrachte standpunten vormde.

213. Ten slotte beroepen de deelstaat Beieren en het samenwerkingsverband zich ter ondersteuning van hun argumentatie met name op het arrest Foshan Shunde (punt 94). Dat arrest helpt hun zaak echter niet. Zoals de Commissie heeft benadrukt, herinnert het Hof in punt 81 van dat arrest aan vaste rechtspraak inzake de mogelijkheid van een ander resultaat van de procedure.

214. Dat de toets in die rechtspraak niet is gewijzigd, wordt bijvoorbeeld ook bevestigd in een recenter arrest van 10 september 2013, G. en R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:533, punt 40), waarin het Hof verwijst naar het arrest Foshan Shunde. Daar licht het Hof de toets duidelijk toe: „[t]eneinde een dergelijke onrechtmatigheid te constateren, [is het noodzakelijk om namelijk] aan de hand van de specifieke feitelijke en juridische omstandigheden van het geval na te gaan of [...] de administratieve procedure in kwestie een andere afloop had kunnen hebben, omdat de betrokken [partijen] elementen ter rechtvaardiging van [de andere uitkomst van de procedure] hadden kunnen aanvoeren”.

215. In punt 94 van het arrest Foshan Shunde wordt slechts rekening gehouden met een bijzonderheid van die zaak, te weten dat in de antidumpingregels (zoals die op het gebied van het mededingingsrecht) waarachtige rechten van verdediging van ondernemingen en met name een dialoog met de Commissie worden voorzien, terwijl ingevolge de regels inzake staatssteun de rechten van de belanghebbenden op deelname aan de procedure een dergelijke dialoog duidelijk niet in gevaar brengen.[62]

4) Conclusie met betrekking tot het vierde middel in hogere voorziening

216. Op dezelfde wijze als bedrijfssteun in het arrest Jadekost en reorganisatiesteun zonder reorganisatieplan in het arrest van 11 januari 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie (C-404/04 P, niet gepubliceerd, EU:C:2007:6), hoe dan ook verboden zijn, vormen algemene begrotingsmiddelen in de regel waarschijnlijk staatsmiddelen op grond van artikel 107, lid 1, VWEU.

217. Ik ben het dan ook met de Commissie eens dat de benadering van het Gerecht in de bestreden arresten dient te worden afgewezen, daar de aanvaarding ervan een riskant precedent zou scheppen – een precedent dat de rechtspraak van het Hof miskent en de werking veronachtzaamt van het filter dat wordt geboden door het criterium van een potentieel andere afloop van de administratieve procedure.

218. Hieruit volgt dat het vierde middel in hogere voorziening gegrond dient te worden verklaard.

219. Aangezien het derde en het vierde middel in hogere voorziening gegrond dienen te worden verklaard, moeten de bestreden arresten worden vernietigd.

[62] Zie arrest Falck (punt 82) en arrest van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punt 181).

IV. Verwijzing van de zaak naar het Gerecht

220. Overeenkomstig artikel 61, lid 1, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof, wanneer de beslissing van het Gerecht is vernietigd, hetzij zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening verwijzen naar het Gerecht.

221. Over het eerste middel in eerste aanleg kan door het Hof uitspraak worden gedaan, daar dit middel het onderwerp vormde van uitvoerige uitwisselingen van argumenten tussen de partijen bij het Gerecht en thans bij het Hof. Mijns inziens dient het Hof dit middel af te wijzen om de redenen waarop de vernietiging van de bestreden arresten gebaseerd is.

222. Wat de andere middelen betreft, dient de zaak echter naar het Gerecht te worden terugverwezen, daar deze middelen in eerste aanleg behandeld en onderzocht dienen te worden.

V. Kosten

223. Aangezien de zaak naar het Gerecht dient te worden terugverwezen, dient de beslissing over de kosten met betrekking tot de onderhavige hogere voorziening te worden aangehouden.

VI. Conclusie

224. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om:

1) de eerste twee middelen in hogere voorziening af te wijzen;

2) de arresten van het Gerecht van de Europese Unie van 12 december 2018, Freistaat Bayern/Commissie (T-683/15, EU:T:2018:916), en Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns eV e.a./Commissie (T-722/15–T-724/15, EU:T:2018:920, niet gepubliceerd), te vernietigen;

3) het eerste middel in de beroepen tot nietigverklaring af te wijzen, voor zover in dat middel wordt gesteld dat de procedurele rechten van de belanghebbende partijen in de onderhavige zaak zijn geschonden op basis van het feit dat deze partijen niet de gelegenheid hebben gekregen om opmerkingen over de financiering van de steun uit de algemene begroting te maken;

4) de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht voor een behandeling van de uitstaande middelen in eerste aanleg, en

5) de beslissing over de kosten aan te houden.