CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. WAHL
van 15 september 2016 [1]

Zaak C-524/14 P

Europese Commissie
tegen

Hansestadt Lübeck

„Hogere voorziening — Staatssteun — Luchthavenheffingen — Artikel 108, lid 2, VWEU — Artikel 263, vierde alinea, VWEU — Besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure — Ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring — Individueel geraakte persoon — Procesbelang — Artikel 107, lid 1, VWEU — Selectiviteitscriterium”

1. Met haar hogere voorziening verzoekt de Europese Commissie om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 9 september 2014, Hansestadt Lübeck/Commissie [2], waarbij het Gerecht besluit C(2012) 1012 final van de Commissie [3] nietig heeft verklaard voor zover het betrekking had op het in 2006 vastgestelde besluit betreffende het tarief van de heffingen op de luchthaven van Lübeck (Duitsland) (hierna: „besluit van 2006”) en het beroep heeft verworpen voor het overige.

2. Twee van de kwesties die in het kader van de onderhavige hogere voorziening zijn opgeworpen, verdienen bijzondere aandacht. De eerste betreft het onderzoek van de ontvankelijkheid van een beroep dat door een publieke luchthavenbeheerder is ingesteld tegen een besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure inzake met name een besluit waarin voor die luchthaven het bedrag van de door de luchtvaartmaatschappijen verschuldigde luchthavenheffingen wordt vastgesteld. De tweede betreft de beoordeling van de selectiviteit van een maatregel die de vorm aanneemt van een dergelijk besluit.

3. Aldus biedt deze zaak de gelegenheid om in de zeer specifieke context van een besluit tot inleiding van een formele onderzoeksprocedure de draagwijdte te preciseren van de in artikel 107, lid 1, VWEU uitdrukkelijk gestelde voorwaarde van „begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties”, waaraan de in casu aan de orde zijnde maatregelen met name moeten voldoen om als „staatssteun” te kunnen worden aangemerkt. Die voorwaarde – die gewoonlijk het „selectiviteitscriterium” wordt genoemd – vormt een van de meest omstreden kwesties op het gebied van staatssteun, zoals advocaat-generaal Wathelet heeft opgemerkt in zijn recente conclusie in de gevoegde zaken Commissie/Banco Santander en Santusa [4], al is het wel zo dat die zaken fiscale

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — T-461/12, EU:T:2014:758 (hierna: „bestreden arrest”).

3 — Besluit van 22 februari 2012 betreffende steunmaatregelen SA.27585 en SA.31149 (2012/C) (ex NN/2012, ex CP 31/2009 en CP 162/2010) – Duitsland (hierna: „litigieus besluit”).

4 — C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:624, punt 5.

maatregelen betroffen die sterk verschilden van de in casu aan de orde zijnde maatregelen. De preciseringen die het Hof in de onderhavige zaak zal moeten geven, zullen bijdragen tot het leveren van de verlangde inzichten in de bijzondere context van tariefmaatregelen zoals een regeling op het gebied van luchthavenheffingen die strekt tot de financiering van infrastructuur.

I – **Voorgeschiedenis van het geding**

A – *Luchthaven van Lübeck*

4. De luchthaven van Lübeck ligt in Duitsland, meer bepaald in het Land Sleeswijk-Holstein.

5. Tot op 31 december 2012 werd zij geëxploiteerd door Flughafen Lübeck GmbH (hierna: „FL"). FL was tot op 30 november 2005 voor 100 % in handen van verzoekster in eerste aanleg, te weten Hansestadt Lübeck (hierna: „stad Lübeck"). Van 1 december 2005 tot eind oktober 2009 was FL voor 90 % in handen van de particuliere Nieuw-Zeelandse onderneming Infratil en voor 10 % van de stad Lübeck. Vanaf november 2009 was FL opnieuw voor 100 % in handen van de stad Lübeck. Op 1 januari 2013 is de luchthaven van Lübeck verkocht aan Yasmina Flughafenmanagement GmbH. FL werd opgeslorpt door de stad Lübeck en op 2 januari 2013 uit het handelsregister geschrapt.

B – *Besluit van 2006*

6. § 43a, lid 1, van de Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung (besluit inzake de toelating tot het luchtverkeer; hierna: „LuftVZO") van 19 juni 1964[5] bepaalde – in de versie die gold in 2006 – dat de luchthavenexploitant, voordat de luchthaven aanvangt met haar activiteiten, een besluit inzake het gebruik van de luchthaven alsook, wat de gewone luchthavens („Verkehrsflughäfen") betreft, een besluit inzake de heffingen voor het opstijgen, landen en stallen van vliegtuigen en voor het gebruik van de inrichtingen voor luchthavenpassagiers ter goedkeuring moest voorleggen aan de toezichthoudende autoriteit.

7. Op grond van die bepaling heeft FL het besluit van 2006 houdende vaststelling van het tarief van de luchthavenheffingen aangenomen, dat is goedgekeurd door de toezichthoudende autoriteit – te weten de luchtvaartautoriteit van het Land Sleeswijk-Holstein – en sinds 15 juni 2006 van toepassing is op alle luchtvaartmaatschappijen die de luchthaven van Lübeck gebruiken, tenzij de luchthavenbeheerder en een bepaalde luchtvaartmaatschappij anders zijn overeengekomen. Dit besluit voorziet in een landingsheffing, een „passagiersheffing", een terminal- en grondafhandelingsheffing, een veiligheidsheffing, een heffing voor bijzonder gebruik en een stallingsheffing.

8. In 2007 heeft de Commissie een besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure betreffende een overeenkomst tussen FL en de luchtvaartmaatschappij Ryanair vastgesteld. Bij die overeenkomst werden voor Ryanair lagere heffingen vastgesteld dan die welke in het geldende heffingenbesluit waren bepaald.

9. Aangezien de Commissie met name van mening was dat bij het besluit van 2006 mogelijk eveneens staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU werd toegekend, heeft zij bij het litigieuze besluit de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2, VWEU ingeleid ten aanzien van verschillende maatregelen betreffende de luchthaven van Lübeck, waaronder het besluit van 2006.

5 — BGB1. I, blz. 370.

II – **Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest**

10. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 19 oktober 2012, heeft FL beroep ingesteld tot nietigverklaring van het litigieuze besluit voor zover daarbij de formele onderzoeksprocedure werd ingeleid ten aanzien van het besluit van 2006 (eerste vordering) en voor zover de Bondsrepubliek Duitsland daarbij werd gelast om informatie over dit besluit te verstrekken (tweede vordering).

11. In de repliek, ingeschreven ter griffie van het Gerecht op 20 februari 2013, heeft de stad Lübeck verklaard dat zij in de plaats van FL trad om het aanvankelijk door deze laatste ingestelde beroep voort te zetten.

12. Ter ondersteuning van haar eerste vordering heeft de stad Lübeck vijf middelen aangevoerd. Het eerste betrof schending van de rechten van verdediging van de Bondsrepubliek Duitsland, het tweede niet-nakoming van de verplichting om een zorgvuldig en onpartijdig onderzoek te verrichten, het derde schending van artikel 108, leden 2 en 3, VWEU en van de artikelen 4, 6, en 13, lid 1, van verordening (EG) nr. 659/1999[6], het vierde schending van artikel 107, lid 1, VWEU en het vijfde niet-nakoming van de motiveringsplicht.

13. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de eerste vordering ontvankelijk was omdat FL ten tijde van de instelling van het beroep rechtstreeks en individueel werd geraakt door het litigieuze besluit en dus procesbevoegdheid bezat en zij verder een procesbelang had behouden na de verkoop van de luchthaven van Lübeck. Ten gronde heeft het Gerecht het vierde middel, meer bepaald het onderdeel betreffende schending van artikel 107, lid 1, VWEU enkel wat het selectiviteitscriterium betreft, aanvaard en het litigieuze besluit derhalve nietig verklaard voor zover daarbij ten aanzien van het besluit van 2006 de formele onderzoeksprocedure werd ingeleid. Wat de tweede vordering betreft, heeft het Gerecht het enige middel – dat schending van artikel 10, lid 3, van verordening nr. 659/1999 betrof – kennelijk ongegrond verklaard en derhalve het beroep verworpen voor het overige.

III – **Conclusies van partijen en procedure bij het Hof**

14. De Commissie verzoekt het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen;

— het beroep in eerste aanleg niet-ontvankelijk te verklaren;

— subsidiair, dat beroep zonder voorwerp te verklaren;

— eveneens subsidiair, het onderdeel van het vierde middel van het beroep waarmee de stad Lübeck schending stelde van artikel 107, lid 1, VWEU wat het selectiviteitscriterium betreft, ongegrond te verklaren en de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht met betrekking tot de andere onderdelen van dit middel en met betrekking tot het eerste, het tweede, het derde en het vijfde middel van het beroep, en

— de stad Lübeck te verwijzen in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hogere voorziening of, subsidiair, in geval van terugverwijzing naar het Gerecht, de beslissing over de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hogere voorziening aan te houden.

6 — Verordening van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [108 VWEU] (PB 1990, L 83, blz. 1).

15. De stad Lübeck verzoekt het Hof:

— de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen en de door haar in eerste aanleg ingestelde vorderingen in hun geheel te handhaven, en

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

16. Bij beschikkingen van 26 maart en 14 april 2015 heeft de president van het Hof de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk Spanje toegelaten tot interventie aan de zijde van de stad Lübeck.

17. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk uiteengezet en mondeling toegelicht op de terechtzitting van 31 mei 2016.

IV – **Analyse van de hogere voorziening**

18. Tot staving van haar hogere voorziening voert de Commissie vijf middelen aan. De eerste twee betreffen het onderzoek van de ontvankelijkheid van het beroep in eerste aanleg. Het derde middel ziet op de beoordeling van de selectiviteit van de betrokken maatregelen. Met het vierde middel voert de Commissie aan dat het bestreden arrest ontoereikend is gemotiveerd. Met het vijfde middel wordt aangevoerd dat het Gerecht eraan is voorbijgegaan dat besluiten tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure op het gebied van staatssteun slechts aan een beperkte rechterlijke toetsing mogen worden onderworpen.

A – *Eerste middel: FL werd niet individueel geraakt door het litigieuze besluit*

1. Argumenten van partijen

19. Met haar eerste middel verwijt de Commissie het Gerecht te hebben geoordeeld dat FL individueel werd geraakt door het litigieuze besluit omdat zij met de verlening van de staatssteun bevoegdheden had uitgeoefend die uitsluitend aan haar waren verleend. Daarmee heeft het Gerecht volgens de Commissie blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien een heffingenbesluit overeenkomstig het toepasselijke nationale recht moet worden goedgekeurd door de toezichthoudende autoriteit van het Land, die zelf gebonden is aan de federale wettelijke regeling betreffende luchthavenheffingen. Het feit dat de publieke luchthavenbeheerder dit besluit moet voorstellen, betekent dus niet dat hij bevoegd is om zelf, in plaats van de staat, het krachtens dit besluit toe te passen beheer en beleid vast te stellen. De wijze waarop het Gerecht het criterium van individuele geraaktheid heeft uitgelegd, is in dit verband in strijd met de uitlegging die eraan is gegeven in het arrest van 10 juli 1986, DEFI/Commissie [7].

20. De stad Lübeck voert aan dat het Gerecht geen beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat FL individueel werd geraakt door het litigieuze besluit. Op de datum van instelling van het beroep beschikte FL, die toen voor 90 % in handen was van een particuliere investeerder, over de eigen bevoegdheid om het besluit van 2006 vast te stellen en ten uitvoer te brengen. De stad Lübeck benadrukt met name dat de luchthavenexploitant een dergelijk besluit ook zou kunnen toepassen ingeval de in § 43a, lid 1, LuftVZO bedoelde goedkeuring werd geweigerd. De conclusie van het Gerecht strookt met het nationale recht en kan in het kader van een hogere voorziening hoe dan ook niet ter discussie worden gesteld.

7 — 282/85, EU:C:1986:316.

21. De Bondsrepubliek Duitsland zet uiteen dat in Duitsland de ondernemingen die luchthavens beheren de luchthavenheffingen discretionair vaststellen bij besluiten waaraan uitvoering wordt gegeven door middel van privaatrechtelijke overeenkomsten met luchtvaartmaatschappijen. De in § 43a, lid 1, LuftVZO bedoelde goedkeuring van de toezichthoudende autoriteit heeft geen „constitutieve werking" ten aanzien van de geldigheid van het besluit tot vaststelling van de luchthavenheffingen. Deze laatste bepaling voert uitsluitend een preventieve controle in – ter vermijding van misbruik – van de verhoudingen tussen de luchthavenbeheerders en de gebruikers, dit in het belang van een goede werking van het luchtverkeer en de mededinging. De Bondsrepubliek Duitsland betoogt daarnaast dat de belangen van de particuliere luchthavenondernemingen zoals FL niet samenvallen met de belangen van de staat en dat deze ondernemingen, anders dan het orgaan dat aan de orde was in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 10 juli 1986, DEFI/Commissie [8], geen tot de staat te rekenen instanties zijn.

2. Beoordeling

22. Uit de punten 29 tot en met 34 van het bestreden arrest volgt dat het Gerecht in wezen heeft geconcludeerd dat FL door het litigieuze besluit individueel werd geraakt, voor zover het ziet op het besluit van 2006. Het litigieuze besluit was immers van invloed op een handeling die onder meer van FL uitging en verhinderde FL om haar eigen bevoegdheden uit te oefenen op de wijze die zij gepast achtte. Het Gerecht was immers van mening dat de toezichthoudende autoriteiten volgens het toepasselijke nationale recht, in casu § 43a, lid 1, LuftVZO, weliswaar het door de luchthavenbeheerder opgestelde en voorgestelde heffingenbesluit dienden goed te keuren, maar niet bevoegd waren om zelf de luchthavenheffingen te bepalen.

23. Dienaangaande staat vast dat is voldaan aan de uit artikel 263, vierde alinea, VWEU voortvloeiende voorwaarde van individuele geraaktheid wanneer de bestreden handeling de verzoeker treft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie die hem ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hem derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat. [9]

24. Een natuurlijke of rechtspersoon moet worden geacht individueel te worden geraakt door een handeling die hem direct belet om naar eigen goeddunken zijn bevoegdheden – die met name bestaan in de verlening van eventuele steun aan ondernemingen [10] – uit te oefenen en die een wijziging teweegbrengt in de contractuele verhoudingen met de onderneming of ondernemingen die de vermeende begunstigden zijn van de litigieuze maatregelen. [11]

25. In casu moet worden bepaald of het Gerecht op goede gronden heeft geconcludeerd dat FL krachtens de relevante nationale wettelijke regeling (§ 43a, lid 1, LuftVZO) over de eigen bevoegdheid beschikte om het besluit van 2006 vast te stellen en uit te voeren.

8 — 282/85, EU:C:1986:316.

9 — Zie arresten van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie (25/62, EU:C:1963:17, blz. 232); 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 72), en 19 december 2013, Telefónica/Commissie (C-274/12 P, EU:C:2013:852, punt 46).

10 — Zie naar analogie arresten van 30 april 1998, Vlaams Gewest/Commissie (T-214/95, EU:T:1998:77, punten 29 en 30), en 15 juni 1999, Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia/Commissie (T-288/97, EU:T:1999:125, punten 31 en 34). Zie a contrario arrest van 10 juli 1986, DEFI/Commissie (282/85, EU:C:1986:316, punt 18), waarin daarentegen is geoordeeld dat de Franse regering ontegenzeglijk bevoegd was om het beheer en het beleid van het DEFI-comité te bepalen en dus ook om vast te stellen welke belangen dat orgaan moest behartigen.

11 — Klaarblijkelijk worden de besluiten tot vaststelling van de luchthavenheffingen, net als de algemene voorwaarden, overgenomen in de overeenkomsten die de luchthavenbeheerder sluit met de luchtvaartmaatschappijen.

26. Het Gerecht heeft in punt 29 van het bestreden arrest een analyse verricht van § 43a, lid 1, LuftVZO, waarin is bepaald hoe het besluit van 2006 ten uitvoer moet worden gebracht. Het heeft hier met name uit afgeleid dat de toezichthoudende autoriteit, anders dan FL, niet over een eigen bevoegdheid beschikte om de luchthavenheffingen vast te stellen, zodat de bevoegdheid tot vaststelling van het besluit van 2006 toekwam aan FL en niet aan de overheidsinstanties (zie punt 32 van het bestreden arrest).

27. *Wat de uitlegging van het nationale recht door het Gerecht betreft, mag het Hof enkel toetsen of het Gerecht dit recht niet onjuist heeft opgevat.* [12]

28. *In dit verband is het vaste rechtspraak dat een dergelijke onjuiste opvatting moet blijken uit bevindingen waarvan de materiële onjuistheid uit de processtukken kan worden afgeleid, zonder dat het Hof de feiten opnieuw hoeft te beoordelen of de bewijzen opnieuw hoeft te onderzoeken.* [13] *Het moet dus om een kennelijk onjuiste opvatting gaan.* [14] *Wat meer in het bijzonder een vraag van uitlegging van het nationale recht betreft, is het Hof allereerst bevoegd om te onderzoeken of het Gerecht op basis van de overgelegde documenten en andere stukken de formulering van de aan de orde zijnde nationale voorschriften dan wel de inhoud van de nationale rechtspraak of rechtsleer ter zake onjuist heeft opgevat. Vervolgens mag het onderzoeken of het Gerecht, gelet op deze gegevens, vaststellingen heeft gedaan die duidelijk in strijd zijn met de inhoud ervan. Tot slot mag het nagaan of het Gerecht, bij het onderzoek van alle gegevens, voor de vaststelling van de inhoud van de betrokken nationale wettelijke regeling aan één gegeven een belang heeft toegekend dat het ten opzichte van de andere gegevens niet heeft, voor zover dit duidelijk blijkt uit de stukken in het dossier.* [15]

29. Ondanks het feit dat in casu kan worden betwijfeld of de luchthavenbeheerder daadwerkelijk autonoom was en of hij dus wel een eigen belang had – verschillend van dat van de toezichthoudende autoriteit – bij de handhaving van het besluit van 2006, doen de gegevens waarmee de Commissie opkomt tegen de uitlegging van het relevante nationale recht niet blijken van een onjuiste opvatting van de voor het Gerecht aangevoerde gegevens.

30. Voorts kan het argument van de Commissie dat de beoordeling van het Gerecht in de onderhavige zaak in strijd is met de oplossing die is geformuleerd in het arrest van 10 juli 1986, DEFI/Commissie [16], evenmin afdoen aan deze conclusie. De feiten van de zaak DEFI/Commissie lijken namelijk weliswaar bepaalde gelijkenissen te vertonen met die van de onderhavige zaak, zoals het feit dat de toezichthoudende autoriteit de mogelijkheid heeft om de voorschriften voor de tenuitvoerlegging van de betrokken maatregel niet goed te keuren, maar de onderhavige zaak onderscheidt zich mijns inziens doordat het toezicht dat het Land kan uitoefenen op de vaststelling van de tarieven die de luchthavenbeheerder voorstelt, beperkter is – het kan de toepassing van het besluit van 2006 immers niet verhinderen – alsook door de uiteenlopende belangen van de toezichthoudende autoriteit, FL en de luchthavengebruikers. Het Hof heeft in het arrest DEFI/Commissie immers geoordeeld dat de Franse regering ontegenzeglijk bevoegd was om het beheer en het beleid van het DEFI-comité te bepalen en dus ook om vast te stellen welke belangen dat orgaan moest behartigen (punt 18 van dat arrest).

31. Gelet op een en ander dient het eerste middel volgens mij te worden afgewezen.

12 — Zie arresten van 24 oktober 2002, Aéroports de Paris/Commissie (C-82/01 P, EU:C:2002:617, punt 63), en 3 april 2014, Frankrijk/Commissie (C-559/12 P, EU:C:2014:217, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

13 — Zie arrest van 3 april 2014, Frankrijk/Commissie (C-559/12 P, EU:C:2014:217, punt 80 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

14 — Arresten van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punt 98), en 10 februari 2011, Activision Blizzard Germany/Commissie (C-260/09 P, EU:C:2011:62, punt 53).

15 — Conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in de zaak Frankrijk/Commissie (C-559/12 P, EU:C:2013:766, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

16 — 282/85, EU:C:1986:316.

B – *Tweede middel: de stad Lübeck had geen actueel procesbelang*

1. Argumenten van partijen

32. Met haar tweede middel betoogt de Commissie dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ten eerste te oordelen dat FL, zelfs nadat de luchthaven van Lübeck aan een particuliere investeerder (Yasmina Flughafenmanagement GmbH) was verkocht, nog een procesbelang bezat, aangezien de formele onderzoeksprocedure niet was afgesloten en het litigieuze besluit dus gevolgen bleef sorteren, en door ten tweede te oordelen dat FL hoe dan ook een procesbelang had behouden met betrekking tot de periode vóór de verkoop. Zij stelt dat het litigieuze besluit, zelfs bij gebrek aan een eindbesluit tot afsluiting van de formele onderzoeksprocedure, niet langer haar enige rechtsgevolg – te weten de verplichting om de steunmaatregel op te schorten tijdens het onderzoek [17] – sorteerde, aangezien er vóór 31 december 2012 geen schorsing was uitgesproken en het besluit van 2006 vanaf 1 januari 2013 (de dag waarop de luchthaven van Lübeck is geprivatiseerd) niet langer kon worden beschouwd als een steunregeling in uitvoering, aangezien het niet langer met overheidsmiddelen werd gefinancierd. De beoordeling van het Gerecht is in strijd met de rechtspraak volgens welke er een reëel en actueel belang moet bestaan en dit belang slechts blijft bestaan indien de uitkomst van het beroep de partij die het heeft ingesteld tot voordeel kan strekken. De stad Lübeck heeft overigens niet aangetoond dat zij na de privatisering van de luchthaven van Lübeck nog belang heeft bij de handhaving van haar beroep.

33. De stad Lübeck, ondersteund door de Bondsrepubliek Duitsland, betoogt dat FL wel degelijk over een procesbelang beschikte op het moment van instelling van het beroep, dat het relevante moment is om de ontvankelijkheid van het beroep te beoordelen. Zij stelt dat de negatieve gevolgen van het litigieuze besluit op het ogenblik van de instelling van dit beroep met name bestonden in de standstillverplichting die krachtens artikel 108, lid 3, laatste volzin, VWEU op FL rustte. Voorts beschikt de stad Lübeck naar eigen zeggen thans nog steeds over een procesbelang, aangezien het litigieuze besluit, indien het Gerecht het niet nietig had verklaard, ook nu nog – na de verkoop van de luchthaven – rechtsgevolgen te haren nadele zou sorteren. Zij voert in dit verband met name aan dat de nationale rechterlijke instanties gehouden zijn om, indien zij daartoe worden verzocht, de terugvordering van de vermeende voordelen te gelasten. Zij stelt ook dat er bij gebreke van een besluit waarbij wordt geoordeeld dat er geen sprake is van staatssteun, gevaar voor herhaling van de onrechtmatigheid jegens haar blijft bestaan. Tot slot betoogt zij dat de nietigverklaring van het litigieuze besluit haar van nut kan zijn om een schadevordering voor te bereiden, aangezien zij, indien er geen formele onderzoeksprocedure was ingeleid, andere luchtvaartmaatschappijen had kunnen overtuigen om op de luchthaven van Lübeck actief te worden en bij de verkoop van deze luchthaven een hogere prijs had kunnen verkrijgen.

2. Beoordeling

34. In casu zijn partijen het erover eens dat FL, in de plaats waarvan de stad Lübeck nadien is getreden, een reëel en actueel belang bezat op het ogenblik dat zij het beroep tegen het litigieuze besluit instelde. In verband daarmee heeft het Gerecht in punt 36 van het bestreden arrest vastgesteld dat FL bij de instelling van het beroep beschikte over een belang om op te komen tegen het litigieuze besluit, aangezien dit bindende rechtsgevolgen teweegbracht die haar eigen belangen negatief beïnvloedden.

17 — Tot staving van dit argument verwijst de Commissie naar de arresten van 16 oktober 2014, Alro/Commissie (T-517/12, EU:T:2014:890, punten 19-67), en Alpiq RomIndustries en Alpiq RomEnergie/Commissie (T-129/13, niet gepubliceerd, EU:T:2014:895, punten 18-31).

35. De Commissie betwist evenwel dat dit belang is blijven bestaan nadat de luchthaven van Lübeck aan een particuliere onderneming was verkocht. Volgens haar is de verplichting om de tenuitvoerlegging van de vermeende steunregeling op te schorten het enige effect van een besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure. Aangezien die opschorting in de praktijk niet heeft plaatsgevonden voordat de luchthaven van Lübeck aan een particuliere onderneming werd verkocht, heeft de stad Lübeck haar procesbelang in de loop van het geding verloren.

36. In dit verband moet in herinnering worden geroepen dat het Gerecht in punt 37 van het bestreden arrest het argument van de Commissie heeft afgewezen dat de verkoop van de luchthaven van Lübeck aan een particuliere onderneming op 1 januari 2013 – dus na de vaststelling van het litigieuze besluit en na de instelling van het beroep bij het Gerecht – een einde heeft gemaakt aan de betrokken steunregeling, zodat de verplichting tot opschorting van die regeling niet langer op de stad Lübeck rustte en zij geen belang meer had om de nietigverklaring van het litigieuze besluit te vorderen. Het Gerecht was van oordeel dat de formele onderzoeksprocedure nog niet was afgesloten, zodat het litigieuze besluit nog steeds effecten sorteerde, alsook dat de stad Lübeck minstens een procesbelang behield met betrekking tot de periode vóór de verkoop van de luchthaven.

37. Met het oog op het onderzoek of die beoordeling van het Gerecht juist is, dient de rechtspraak inzake het vereiste van een reëel en actueel procesbelang kort in herinnering te worden gebracht.

38. Allereerst staat vast dat het procesbelang – dat de eerste en wezenlijke voorwaarde voor elk beroep in rechte van een verzoeker vormt en dat verschilt van de procesbevoegdheid [18] – gelet op het voorwerp van het beroep, op straffe van niet-ontvankelijkheid moet bestaan in het stadium van de instelling van het beroep. Dit voorwerp van het geding moet, evenals het procesbelang, op straffe van afdoening zonder beslissing blijven bestaan tot aan de rechterlijke beslissing, hetgeen onderstelt dat de uitkomst van het beroep de partij die het heeft ingesteld tot voordeel kan strekken. In dit verband moet het voortbestaan van het procesbelang van een verzoeker in concreto worden beoordeeld, met name rekening houdend met de gevolgen van de gestelde onrechtmatigheid en de aard van de schade die wordt gesteld te zijn geleden. [19] Het Hof streeft ernaar dit belang niet te restrictief op te vatten.

39. Wat een besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure – zoals het litigieuze besluit – betreft, heeft het Hof erkend dat een dergelijk besluit verschillende autonome rechtsgevolgen kan teweegbrengen. Zo moet, naast de verplichting om de vermeende steunmaatregel op te schorten tijdens de beroepsprocedure tegen dit besluit, rekening worden gehouden met de mogelijkheid om bij de nationale rechter een procedure in te leiden teneinde er met name voor te zorgen dat alle consequenties worden getrokken die uit de schending van artikel 108, lid 3, laatste volzin, VWEU voortvloeien. [20] Aldus heeft het Hof geconcludeerd dat het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure rechtsgevolgen teweegbrengt, ondanks het feit dat de daarin vervatte beoordelingen voorlopig van aard zijn. [21] Het Hof heeft met name erkend dat het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure noodzakelijkerwijze de rechtspositie wijzigt van de ondernemingen die de begunstigden van de maatregel zijn. [22]

18 — Zie met name arrest van 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punten 58 en 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

19 — Zie arrest van 28 mei 2013, Abdulrahim/Raad en Commissie (C-239/12 P, EU:C:2013:331, punten 61-65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

20 — Zie arrest van 24 oktober 2013, Deutsche Post/Commissie (C-77/12 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:695, punten 52 en 53).

21 — Arrest van 21 november 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, punt 37).

22 — Arrest van 24 oktober 2013, Deutsche Post/Commissie (C-77/12 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:695, punt 52).

40. Anders dan de Commissie betoogt, is volgens de rechtspraak van het Hof de opschorting van de maatregel niet het enige rechtsgevolg van het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure. [23] Het Hof heeft immers reeds vastgesteld dat een inleidingsbesluit ook andere rechtsgevolgen heeft. Zo heeft het geoordeeld dat de nationale rechterlijke instanties „alle nodige maatregelen moeten nemen teneinde de consequenties te trekken uit een eventuele niet-nakoming van de verplichting tot opschorting van de tenuitvoerlegging van deze maatregel". [24] Een van die consequenties bestaat volgens het Hof in de mogelijkheid om de opschorting van de tenuitvoerlegging van de maatregel gepaard te laten gaan met de verplichting tot terugvordering van de reeds gestorte bedragen. De nationale rechter kan ook voorlopige maatregelen gelasten om de belangen van partijen te beschermen en de nuttige werking van het besluit van de Commissie te vrijwaren. [25]

41. Gelet op een en ander, komt het mij voor dat het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure ook na de verkoop van de luchthaven Lübeck aan een particuliere marktdeelnemer nog rechtsgevolgen blijft sorteren. Het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure brengt tot op het ogenblik dat de Commissie deze procedure afsluit, voor FL het risico mee dat een nationale rechter de terugvordering gelast van de steun die is verleend toen FL, in de plaats waarvan rekwirante nadien is getreden, eigenaar was van de luchthaven van Lübeck.

42. Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 27 van het bestreden arrest te concluderen dat het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure autonome rechtsgevolgen bleef sorteren die FL's rechtspositie wijzigden, zodat FL procesbelang bezat.

43. In dit verband zij erop gewezen dat de onderhavige zaak als specifiek kenmerk heeft dat de litigieuze maatregel nog ten uitvoer werd gelegd op het ogenblik dat het beroep bij het Gerecht werd ingesteld en, luidens de preciseringen van de Bondsrepubliek Duitsland, thans nog steeds van kracht is. In die context blijft FL blootgesteld aan het risico dat de terugvordering wordt gelast van de steun die is verleend toen zij eigenaar was van de luchthaven, meer bepaald krachtens de op de nationale rechter rustende verplichting om alle nodige maatregelen te nemen teneinde de consequenties te trekken uit een eventuele niet-nakoming van de verplichting tot opschorting van de tenuitvoerlegging van deze maatregel.

44. Het argument van de Commissie dat er, toen zij haar repliek indiende, geen enkel beroep tegen de goedkeuring van het besluit van 2006 hangende was en dat na die datum geen succesvolle beroepen meer konden worden ingesteld wegens verjaring, kan niet worden aanvaard. Gesteld al dat die bewering juist is, kan niet zomaar worden uitgesloten dat FL op de dag waarop het Gerecht uitspraak heeft gedaan, nog belang had bij de nietigverklaring van het litigieuze besluit.

45. Gelet op al deze overwegingen ben ik van mening dat verzoekster in eerste aanleg minstens het risico bleef lopen dat een nationale rechter de terugvordering zou gelasten van de steun die vóór de verkoop van de luchthaven van Lübeck was verleend. Zij behield dus een belang bij de nietigverklaring van het litigieuze besluit.

46. Derhalve moet het tweede middel van de hogere voorziening worden afgewezen.

23 — Arrest van 24 oktober 2013, Deutsche Post/Commissie (C-77/12 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:695, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24 — Arrest van 21 november 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, punt 42).

25 — Zie arrest van 21 november 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755, punten 42 en 43) en beschikking van de president van het Hof van 4 april 2014, Flughafen Lübeck (C-27/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:240, punten 25 en 26).

C – Derde middel: het Gerecht heeft de selectiviteit van het besluit van 2006 onjuist beoordeeld

1. Argumenten van partijen

47. Met haar derde middel betoogt de Commissie dat het Gerecht het begrip „selectiviteit" in het licht van artikel 107, lid 1, VWEU onjuist heeft uitgelegd, door te verklaren dat – voor de beoordeling of het besluit van 2006 selectief was – moest worden nagegaan of het op niet-discriminerende wijze van toepassing was op alle ondernemingen die het specifieke goed of de specifieke dienst gebruiken of kunnen gebruiken. Het feit dat dit besluit uitsluitend van toepassing is op de ondernemingen die de luchthaven van Lübeck gebruiken, is volgens de Commissie niet relevant.

48. De Commissie stelt dat de beoordeling van het Gerecht in strijd is met de rechtspraak van het Hof[26] volgens welke een maatregel niet als een algemene maatregel van fiscaal of economisch beleid kan worden aangemerkt en dus selectief is wanneer hij slechts voor bepaalde bedrijfstakken of voor bepaalde ondernemingen uit een bepaalde bedrijfstak geldt. Zij is van mening dat de voorwaarden waarop een overheidsonderneming haar goederen en diensten aanbiedt steeds selectieve maatregelen opleveren, en dat de vraag naar ongelijkheid of discriminatie in deze context irrelevant is voor de bepaling of sprake is van steun. Het Gerecht heeft dus ten onrechte gerefereerd aan het criterium uit het arrest van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke[27], dat enkel van toepassing is op fiscale maatregelen en niet op de voorwaarden waarop een overheidsonderneming haar goederen en diensten aanbiedt[28]. In dit laatste geval vormt het criterium van de particuliere investeerder in een markteconomie de bepalende filter.

49. Subsidiair betoogt de Commissie dat het Gerecht is ingegaan tegen de rechtspraak van het Hof volgens welke de gevolgen van de maatregel bepalen of hij selectief is[29] en volgens welke de maatregelen die slechts één enkele bedrijfstak ten goede komen selectief zijn[30]. Zij benadrukt dat de luchthaven van Lübeck rechtstreeks concurreert met de luchthaven van Hamburg (Duitsland), maar dat het bij het besluit van 2006 verleende voordeel enkel ten goede komt aan de ondernemingen die de eerstbedoelde luchthaven gebruikten, wat volstaat als bewijs dat dit besluit selectief van aard is. De benadering van het Gerecht houdt in feite in dat besluiten tot vaststelling van luchthavenheffingen worden onttrokken aan de staatssteunregels.

50. Meer subsidiair stelt de Commissie dat het Gerecht het criterium betreffende ondernemingen die zich in het licht van de doelstelling van de betrokken maatregel in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden, onjuist heeft uitgelegd. Om te bepalen welke ondernemingen zich in een dergelijke situatie bevinden, dient de kostenstructuur van de betrokken ondernemingen als criterium te worden genomen, en niet de werkingssfeer van de betrokken maatregel. In casu is het besluit van 2006 volgens de Commissie selectief omdat het niet voldoet aan het in § 43a, lid 1, LuftVZO geformuleerde beginsel dat de luchthavenheffingen kostendekkend moeten zijn, welk beginsel geldt voor alle Duitse luchthavens en dus voor alle luchtvaartmaatschappijen.

26 — De Commissie verwijst met name naar de arresten van 20 november 2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622, punten 35-39), en 15 december 2005, Italië/Commissie (C-66/02, EU:C:2005:768, punten 95-101).

27 — C-143/99, EU:C:2001:598, punt 41.

28 — De Commissie baseert zich op de conclusies van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:442). Zij vermeldt ook de arresten van 2 februari 1988, Kwekerij van der Kooy e.a./Commissie (67/85, 68/85 en 70/85, EU:C:1988:38, punten 28 en 29); 29 februari 1996, België/Commissie (C-56/93, EU:C:1996:64, punt 10); 20 november 2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622, punten 35-39); 8 september 2011, Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punten 63-67), en 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732).

29 — De Commissie haalt de arresten aan van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punten 85-89); 8 september 2011, Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punt 51), en 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punten 87-109).

30 — De Commissie verwijst naar de arresten van 17 juni 1999, België/Commissie (C-75/97, EU:C:1999:311, punt 33); 15 december 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, punt 45), en 15 juni 2006, Air Liquide Industries Belgium (C-393/04 en C-41/05, EU:C:2006:403, punten 31 en 32).

51. Tot slot voert de Commissie aan dat het Gerecht ook blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het niet heeft onderzocht of de bij het besluit van 2006 verleende kortingen selectief zijn doordat zij enkel ten goede komen aan luchtvaartmaatschappijen die aan bepaalde voorwaarden voldoen.

52. De stad Lübeck betoogt in wezen dat het Gerecht terecht heeft vastgesteld dat het besluit van 2006 geen begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties met zich brengt. Volgens haar is slechts sprake van selectiviteit indien vergelijkbare ondernemingen of producties op een verschillende manier worden behandeld. [31] Bijgevolg is het besluit van 2006 niet selectief, aangezien het vergelijkbare ondernemingen of producties niet op een verschillende manier behandelt.

53. De Bondsrepubliek Duitsland betwist de stelling van de Commissie dat de voorwaarden waarop een overheidsonderneming haar goederen en diensten aanbiedt steeds als selectief moeten worden aangemerkt. Een maatregel is volgens haar slechts selectief indien hij een bepaalde groep van ondernemingen speciale voorwaarden biedt en een intern onderscheid maakt tussen de gebruikers, wat de toegang tot de betrokken openbare faciliteiten en het gebruik ervan betreft. Bovendien bevinden de gebruikers van andere luchthavens zich niet in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie.

54. Het Koninkrijk Spanje onderschrijft de uitlegging die het Gerecht met betrekking tot het selectiviteitscriterium aan artikel 107, lid 1, VWEU heeft gegeven, en ondersteunt de argumenten van de stad Lübeck. Het voegt eraan toe dat het door de Commissie gehanteerde postulaat dat de vaststelling van de voorwaarden waarop een overheidsinstantie haar goederen en diensten aanbiedt een selectieve maatregel vormt, niet uit de rechtspraak voortvloeit. Het Koninkrijk Spanje vestigt de aandacht op de criteria die in het arrest van 14 januari 2015, Eventech [32], zijn geformuleerd om te bepalen of ondernemingen zich in een vergelijkbare situatie bevinden.

2. Beoordeling

55. Ik breng in herinnering dat volgens artikel 107, lid 1, VWEU, behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar zijn met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

56. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan een maatregel slechts als „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU worden aangemerkt indien alle in die bepaling gestelde voorwaarden zijn vervuld. [33]

57. Het staat dus vast dat een nationale maatregel slechts als „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU kan worden gekwalificeerd indien hij ten eerste uitgaat van de staat of met staatsmiddelen is bekostigd, ten tweede het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, ten derde de begunstigde een selectief voordeel verschaft en ten vierde de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen. [34]

58. In casu maakt enkel de uitlegging en toepassing van de derde voorwaarde, meer in het bijzonder het vereiste van „selectiviteit”, het voorwerp van discussie uit.

31 — De stad Lübeck verwijst naar het arrest van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punten 41 en 42).

32 — C-518/13, EU:C:2015:9, punt 61.

33 — Zie met name arrest van 2 september 2010, Commissie/Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 — Arrest van 2 september 2010, Commissie/Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

59. Volgens vaste rechtspraak moet een maatregel als selectief worden aangemerkt wanneer hij bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigt ten opzichte van andere, die zich – gelet op de doelstelling van de betrokken maatregel – in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. [35]

60. In casu moet volgens het Gerecht ter beantwoording van de vraag of een maatregel waarbij een overheidsinstantie haar goederen en diensten aanbiedt selectief is, in wezen worden gekeken naar alle ondernemingen die dit goed of deze dienst gebruiken of kunnen gebruiken. Aangezien het Gerecht van oordeel was dat de in het besluit van 2006 vastgestelde heffingen op niet-discriminerende wijze werden toegepast, heeft het geconcludeerd dat dit besluit niet selectief was.

61. In dit verband lijkt punt 53 van het bestreden arrest een petitio principii te bevatten, die in de volgende bewoordingen is geformuleerd:

„[O]m uit te maken of een door een overheidsinstantie voor het gebruik van een [specifiek] goed of een specifieke dienst in een bepaalde sector opgesteld tarief selectief is ten opzichte van bepaalde ondernemingen, [dient] met name […] te worden gekeken naar alle ondernemingen die dit [welbepaalde] goed of deze welbepaalde dienst gebruiken of kunnen gebruiken, en dient te worden onderzocht of slechts enkele van die ondernemingen een eventueel voordeel krijgen of kunnen krijgen. De situatie van de ondernemingen die het betrokken goed of de betrokken dienst niet willen of niet kunnen gebruiken, is dus niet rechtstreeks relevant om uit te maken of er sprake is van een voordeel. Met andere woorden, om uit te maken of een maatregel bestaande in een door een overheidsinstantie opgesteld tarief voor het gebruik van een goed dat of een dienst die door die instantie wordt aangeboden, selectief is, mag slechts rekening worden gehouden met de daadwerkelijke of potentiële klanten van die entiteit en met het [specifieke] goed of de specifieke dienst waarom het gaat, en niet met de klanten van andere ondernemingen uit de sector die soortgelijke goederen of diensten aanbieden. Oordelen dat elk niet-discriminerend tarief dat door een overheidsinstantie voor het gebruik van een goed of van een bepaalde dienst wordt toegepast, selectief is, zou overigens in wezen erop neerkomen dat het begrip ‚begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties' in artikel 107, lid 1, VWEU al te zeer wordt uitgebreid. Een eventueel voordeel dat door een overheidsinstantie in het kader van het verstrekken van specifieke goederen of diensten wordt toegekend, begunstigt dan ook slechts bepaalde ondernemingen indien ondernemingen die van dat goed of die dienst gebruikmaken of willen [gebruik]maken, in dat specifieke kader dat voordeel van die overheidsinstantie niet krijgen of niet kunnen krijgen."

62. Volgens de Commissie is deze beoordeling onjuist. Haar betoog bestaat uit vier onderdelen. Ten eerste stelt zij dat de voorwaarden waarop een overheidsonderneming haar goederen en diensten aanbiedt steeds selectieve maatregelen vormen. Ten tweede voert zij aan dat het Gerecht is voorbijgegaan aan de vaste rechtspraak van het Hof volgens welke enkel de gevolgen van een maatregel bepalen of deze maatregel selectief is en volgens welke maatregelen die ten goede komen aan één bedrijfstak noodzakelijkerwijs selectief zijn. Ten derde betoogt zij dat het Gerecht het criterium betreffende „ondernemingen die zich in het licht van de doelstelling van de betrokken maatregel in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden" onjuist heeft uitgelegd. Ten vierde stelt zij dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet te onderzoeken of de bij het besluit van 2006 verleende kortingen, die slechts ten goede komen aan de luchtvaartmaatschappijen die aan bepaalde voorwaarden voldoen, selectief zijn.

63. Alvorens ik de verschillende onderdelen van het betoog van de Commissie één voor één onderzoek, wil ik een aantal algemene overwegingen formuleren die volgens mij noodzakelijk zijn om de betekenis en de draagwijdte van het selectiviteitsvereiste goed te kunnen begrijpen en die richtinggevend zullen zijn bij mijn onderzoek van het onderhavige middel.

35 — Arrest van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punt 41).

a) Algemene overwegingen inzake de betekenis van het selectiviteitsvereiste van artikel 107, lid 1, VWEU en de draagwijdte ervan in een situatie als die van de onderhavige zaak

64. Zoals de Commissie heeft beklemtoond, blijkt uit de systematiek en de ontstaansgeschiedenis van de Verdragen [36] dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen *algemene* maatregelen van fiscaal of economisch beleid (die thans onder de artikelen 113 en 115 tot en met 117 VWEU vallen) en *specifieke* maatregelen die ertoe leiden dat met staatsmiddelen bepaalde *voordelen* worden toegekend (deze laatste maatregelen vallen thans onder de artikelen 107 tot en met 109 VWEU).

65. Het vereiste van „selectiviteit", volgens hetwelk het verbod van artikel 107, lid 1, VWEU enkel geldt voor maatregelen die gericht zijn tot „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties", heeft als eerste functie om staatssteun te onderscheiden van algemene maatregelen van fiscaal of economisch beleid en er aldus voor te zorgen dat de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Europese Unie wordt geëerbiedigd.

66. Dit vereiste, dat dus moet worden beschouwd als bepalend om maatregelen die onder de staatssteunregels vallen te onderscheiden van andere, zorgt er – in beginsel [37] – weliswaar voor dat een overheidsmaatregel die zonder onderscheid ten goede komt aan alle ondernemingen op het nationale grondgebied, ontsnapt aan het verbod van artikel 107, lid 1, VWEU [38], maar het impliceert niet dat een regionale of lokale maatregel noodzakelijkerwijs als selectief moet worden aangemerkt. Hoewel het referentiekader in vele gevallen op het nationale niveau moet worden gesitueerd, is niet uitgesloten dat in bepaalde gevallen een kleinere schaal als referentie moet worden genomen. In die zin heeft het Hof, in de zogenaamde „Azorenzaak" [39], precies aangegeven dat niet kan worden uitgesloten dat een regionale entiteit als gevolg van haar status, rechtens en feitelijk, dermate autonoom is ten opzichte van het centrale bestuur van een lidstaat dat niet het centrale bestuur maar wel de regionale entiteit, door de maatregelen die zij zelf vaststelt, een fundamentele rol speelt bij de bepaling van de politieke en economische omgeving waarin de ondernemingen opereren. In dat geval vormt het grondgebied waarop de regionale entiteit die de maatregel heeft vastgesteld, haar bevoegdheid uitoefent, en niet het nationale grondgebied in zijn geheel, de relevante context om uit te maken of een door een dergelijke entiteit vastgestelde maatregel bepaalde ondernemingen begunstigt ten opzichte van andere die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, uit het oogpunt van de doelstelling van de betrokken maatregel of rechtsregeling. [40]

67. In het verlengde van die overweging wordt thans algemeen aangenomen dat krachtens dit criterium moet worden nagegaan of een maatregel, in het *kader van een welbepaalde rechtsregeling*, „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties" begunstigt ten opzichte van andere, die zich, uit het oogpunt van de doelstelling van deze regeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. [41]

36 — Zie in het bijzonder het *Rapport Spaak* (Verslag van het door de conferentie van Messina opgerichte intergouvernementele comité aan de ministers van buitenlandse zaken, Brussel, 21 april 1956, blz. 59), volgens hetwelk „opgemerkt dient te worden dat bepaalde interventieregelingen die formeel gezien steun of subsidies uitmaken, niet specifiek zijn gericht tot ondernemingen of bedrijfstakken, maar de economie in het algemeen raken. In dat geval is de Commissie niet bevoegd om alleen een besluit over de onverenigbaarheid te nemen."

37 — In de rechtspraak is gepreciseerd dat interventies die op het eerste gezicht van toepassing zijn op alle ondernemingen, in zekere mate selectief kunnen zijn – met name wanneer het orgaan dat financiële voordelen toekent beschikt over een beoordelingsbevoegdheid, op grond waarvan het de begunstigden of de voorwaarden van de toegekende maatregel kan bepalen – en dus kunnen worden aangemerkt als maatregelen die bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigen (zie met name arrest van 29 juni 1999, DM Transport, C-256/97, EU:C:1999:332, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 — Zie in die zin arrest van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punten 35 en 36).

39 — Arrest van 6 september 2006, Portugal/Commissie (C-88/03, EU:C:2006:511).

40 — Arrest van 6 september 2006, Portugal/Commissie (C-88/03, EU:C:2006:511, punt 58).

41 — Arresten van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punt 82), en 14 januari 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, punten 54 en 55).

68. Het Hof heeft reeds herhaaldelijk geoordeeld dat de vraag of een maatregel „selectief" is en dus als „staatssteun" kan worden aangemerkt, moet worden beantwoord aan de hand van de gevolgen ervan. De redenen en doeleinden van de overheidsmaatregelen en de technieken die voor de uitvoering ervan zijn gebruikt, zijn daarentegen niet bepalend. [42]

69. Evenzo heeft het Hof gepreciseerd dat noch de vraag of al dan niet een groot aantal ondernemingen door de maatregel in kwestie wordt begunstigd, noch de vraag in welke mate de kring van begunstigden van deze maatregel open of gesloten is [43], noch het feit dat alle ondernemingen van een bepaalde economische sector kunnen gebruikmaken van deze maatregel, als enige relevant kan zijn voor de bepaling of deze maatregel selectief is [44].

70. Voorts moet het vereiste van selectiviteit of „specificiteit" van een maatregel, zoals ik eerder al heb aangegeven [45], duidelijk worden onderscheiden van de vaststelling van een economisch voordeel. Met andere woorden, wanneer is vastgesteld dat sprake is van een dergelijk voordeel, in ruime zin, dat direct of indirect voortvloeit uit een bepaalde maatregel, moet de Commissie nog aantonen dat dit voordeel specifiek tot een of meer ondernemingen is gericht. In het bijzonder dient zij te bewijzen dat de maatregel leidt tot verschillen tussen ondernemingen die zich, in het licht van het doel van de maatregel, in een vergelijkbare situatie bevinden. [46] Het verbod slaat niet op de toekenning van een voordeel als zodanig, maar wel op iedere vorm van discriminerende en dus selectieve toekenning ervan, waardoor bepaalde ondernemingen in een gunstigere situatie kunnen worden gebracht dan andere.

71. Niettemin kan het selectiviteitsvereiste naar mijn mening niet geheel los worden gezien van de ermee samengaande, doch ervan onderscheiden, vaststelling van een economisch voordeel.

72. Ik acht het noodzakelijk om hieromtrent een aantal opmerkingen, waarvan ik er sommige reeds eerder heb gemaakt [47], te formuleren.

73. In het kader van het onderzoek van een regeling [48] van algemene aard (subsidieregelingen, tariefstelsels, belastingverminderingen, van het gemene recht afwijkende faillissementsregels, faciliteiten voor de betaling van belastingen of andere heffingen etc.) vormt de selectiviteit een manier om te bepalen of het veronderstelde voordeel, hoewel het gericht is tot alle marktdeelnemers, in werkelijkheid – rekening houdend met de objectieve criteria ervan – enkel ten goede komt aan bepaalde types of groepen ondernemingen.

74. Dit betekent dat moet worden onderzocht of de betrokken maatregel, ondanks het feit dat hij een algemeen geldend voordeel in het leven roept, dit voordeel „enkel ten gunste van bepaalde ondernemingen of sectoren" schept. Dit onderzoek heeft, anders gezegd, tot doel na te gaan of de overheidsmaatregelen geen differentiatie aanbrengen tussen ondernemingen – of beter gezegd tussen marktdeelnemers die zich vanuit het oogpunt van het aangegeven doel van de betrokken nationale regeling in een vergelijkbare feitelijke en juridische toestand bevinden – die door de aard en opzet van de betrokken regeling niet kan worden gerechtvaardigd.

42 — Zie met name arresten van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punten 85 en 89), en 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punt 87).

43 — Zie met name arrest van 8 september 2011, Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 — Arrest van 15 juni 2006, Air Liquide Industries Belgium (C-393/04 en C-41/05, EU:C:2006:403, punten 31 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 — Zie mijn conclusie in de zaak Commissie/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punt 47).

46 — Zie arrest van 8 september 2011, Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punt 62).

47 — Zie mijn conclusie in de zaak Commissie/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punten 50-55).

48 — Bij individuele maatregelen kan, zodra een economisch voordeel wordt vastgesteld, in beginsel worden vermoed dat er sprake is van „specificiteit" en kan derhalve worden geconcludeerd dat er eveneens sprake is van een selectief karakter.

75. In die zin moet worden benadrukt dat het concept selectiviteit verband houdt met het concept discriminatie. [49] Van de Commissie kan weliswaar niet worden verlangd dat zij, ten bewijze dat de litigieuze maatregel selectief is, zeer precies een categorie van ondernemingen met specifieke kenmerken aanwijst die als enige door de litigieuze maatregel worden begunstigd [50], maar zij dient wel aan te tonen dat deze maatregel bepaalde ondernemingen kan begunstigen doordat hij *afwijkt van de gemene regeling* –die, zoals ik hierboven reeds heb vermeld, een algemene nationale regeling kan zijn, maar niet hoeft te zijn.

76. Een vermeende steunmaatregel kan volgens mij dus enkel en alleen als selectief worden aangemerkt indien wordt aangetoond dat hij afwijkt van een „gemene" of „normale" regeling, en dit ongeacht de aard van de regeling in kwestie. Mijns inziens staat thans vast [51] dat ter beoordeling van de selectiviteit van een maatregel – een criterium dat volgens mij de uitdrukking van het discriminatieverbod vormt – in alle gevallen moet worden nagegaan of deze maatregel, in het kader van een welbepaalde regeling, bepaalde ondernemingen een voordeel oplevert ten opzichte van andere.

77. Deze voorafgaande bepaling van het referentiekader, waarvan op fiscaal gebied wordt erkend dat zij essentieel is, is volgens mij evenzeer essentieel bij het onderzoek van niet-fiscale maatregelen, en in het bijzonder van regelingen inzake heffingen die met name bedoeld zijn ter financiering van infrastructuur, zoals het in casu aan de orde zijnde besluit van 2006. Net zoals kan worden aangenomen dat de bepaling van het referentiekader „nog belangrijker is bij belastingmaatregelen, daar het bestaan van een voordeel slechts ten opzichte van een ‚normale' belasting kan worden vastgesteld" [52], moet worden geoordeeld dat in het kader van de beoordeling van de selectiviteit van een tariefmaatregel eerst dient te worden bepaald van welke „normaliter van toepassing zijnde" regeling deze maatregel afwijkt. [53]

78. Tot slot moet mijns inziens – net als bij het analyseschema dat wordt gehanteerd bij het onderzoek van fiscale maatregelen – als het referentiekader eenmaal is vastgesteld, worden nagegaan of de litigieuze maatregel bepaalde ondernemingen een voordeel oplevert ten opzichte van andere die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische bevinden [54] en moet in voorkomend geval nadien worden beoordeeld of de toekenning van dit voordeel gerechtvaardigd wordt door de aard en de opzet van de regeling waar de bedoelde maatregel deel van uitmaakt.

79. Ik wil benadrukken dat met betrekking tot fiscale maatregelen die afwijken van de normaliter van toepassing zijnde fiscale regeling – welke „normale" regeling doorgaans een nationale regeling is – relatief gemakkelijk kan worden vastgesteld of er sprake is van een economisch voordeel en in voorkomend geval of dit voordeel gerechtvaardigd is, maar dat bij tariefmaatregelen ter financiering van infrastructuur een zekere voorzichtigheid aan de dag moet worden gelegd. In de uiteenzetting die volgt, kom ik hierop nog terug.

49 — Zie in die zin arresten van 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punt 101), en 14 januari 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, punt 53). Zie punt 54 van mijn conclusie in de zaak Commissie/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32) en punt 29 van de conclusie van advocaat-generaal Bobek in de zaak België/Commissie (C-270/15 P, EU:C:2016:289).

50 — Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de gevoegde zaken Commissie/Banco Santander en Santusa (C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:624, met name de punten 7, 10 en 80-87).

51 — Zie arrest van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punten 82 en 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

52 — Zie dienaangaande het arrest van 6 september 2006, Portugal/Commissie (C-88/03, EU:C:2006:511, punt 56).

53 — Ik wijs erop dat de Commissie in haar recente mededeling 2016/C 262/01, betreffende het begrip „staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (PB 2016, C 262, blz. 1) heeft aangegeven dat „[d]e referentieregeling […] het ijkpunt [vormt] waaraan de selectiviteit van een maatregel wordt getoetst".

54 — In de zaak die heeft geleid tot het arrest van 4 juni 2015, Commissie/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, punt 61), heeft het Hof, in verband met een maatregel tot vaststelling van vergoedingen voor de winning van koolwaterstoffen, verklaard dat „het juiste vergelijkingscriterium om vast te stellen of de in casu betwiste maatregel selectief is, erin [bestaat] na te gaan of [hij] tussen ondernemingen die zich ten aanzien van het beoogde doel in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, een verschil maakt dat niet wordt gerechtvaardigd door de aard en de opzet van het betrokken stelsel".

b) Eerste onderdeel van het middel: het Gerecht is eraan voorbijgegaan dat de voorwaarden waarop een overheidsonderneming haar goederen en diensten aanbiedt *steeds* selectieve maatregelen uitmaken

80. Primair stelt de Commissie dat de voorwaarden waarop een overheidsonderneming haar goederen en diensten aanbiedt steeds selectieve maatregelen vormen. Zij baseert zich op de conclusies in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 21 november 2013, Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:755)[55], en op de rechtspraak[56]. Het criterium van het arrest van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), aan de hand waarvan kan worden bepaald of een belasting- of heffingsregeling selectief is, kan volgens de Commissie dus niet worden toegepast in het onderhavige geval. Uit punt 53 van het bestreden arrest blijkt volgens haar dat het Gerecht zich heeft laten leiden door overwegingen van wetgevingsbeleid die ertoe strekken niet-discriminerende heffingsbesluiten van openbare instellingen te onttrekken aan het staatssteuntoezicht.

81. Ik vind deze redenering niet overtuigend.

82. Ten eerste kan, anders dan de Commissie lijkt te opperen, uit de door haar aangehaalde rechtspraak van het Hof niet worden afgeleid dat een maatregel tot vaststelling van de tarieven voor het gebruik van de goederen en diensten van een overheidsonderneming naar zijn aard selectief is.

83. Zo hadden twee door de Commissie aangehaalde zaken – namelijk de zaak die heeft geleid tot het arrest van 2 februari 1988, Kwekerij van der Kooy e.a./Commissie[57], en die welke heeft geleid tot het arrest van 29 februari 1996, België/Commissie[58] – betrekking op gunstige tarieven die door een overheidsonderneming aan een groep klanten waren toegekend. De zaken die aanleiding hebben gegeven tot de arresten van 11 juli 1996, SFEI e.a.[59], en van 20 november 2003, GEMO[60], betroffen gevallen waarin de voordelen weliswaar aan alle marktdeelnemers beschikbaar waren gesteld, maar in werkelijkheid slechts aan een beperkte groep marktdeelnemers ten goede waren gekomen. Kortom, niet de levering van goederen of de verrichting van diensten door een overheidsorgaan of een -onderneming is als selectief aangemerkt, maar wel het feit dat deze levering of verrichting onder preferentiële voorwaarden heeft plaatsgevonden.

84. Meer in het algemeen rechtvaardigt niets de stelling dat de voorwaarden waarop een overheidsonderneming haar goederen en diensten aanbiedt, *steeds* aan het selectiviteitsvereiste voldoen, in ieder geval niet wanneer dit aanbod de vorm aanneemt van een regeling die geldt voor alle marktdeelnemers die deze goederen of diensten willen gebruiken.

85. Zoals ik in de inleiding tot het onderhavige middel in herinnering heb geroepen, moet, ter beoordeling of een maatregel selectief is, worden nagegaan of deze binnen *het kader van een welbepaalde rechtsregeling* bepaalde ondernemingen een voordeel oplevert ten opzichte van andere die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden (zie punt 67 van de onderhavige conclusie).

55 — Conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak Deutsche Lufthansa (C-284/12, EU:C:2013:442).

56 — Het betreft de arresten van 2 februari 1988, Kwekerij van der Kooy e.a./Commissie (67/85, 68/85 en 70/85, EU:C:1988:38, punten 28 en 29); 29 februari 1996, België/Commissie (C-56/93, EU:C:1996:64, punt 10); 20 november 2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622, punten 35-39); 8 september 2011, Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punten 63-67), en 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732).

57 — 67/85, 68/85 en 70/85, EU:C:1988:38.

58 — C-56/93, EU:C:1996:64.

59 — C-39/94, EU:C:1996:285.

60 — C-126/01, EU:C:2003:622, punten 35-39.

86. In deze context is het noodzakelijk om eerst het referentiekader te bepalen – en, op basis daarvan, het voordeel vast te stellen dat mogelijkerwijs door de litigieuze afwijking wordt toegekend – en kan pas nadien de selectiviteit van de maatregel worden beoordeeld. Anders dan de Commissie betoogt, is er geen reden om dat onderzoek enkel bij fiscale regelingen te verrichten. Het is weliswaar zo dat de methode voor het nagaan van de selectiviteit van een bepaalde maatregel bijzonderheden vertoont naargelang de aard van de maatregel, maar het lijkt mij geen goed idee om voor fiscale maatregelen andere onderzoekscriteria uit te werken dan voor maatregelen houdende vastlegging van de tarieven voor de aan de gebruikers geboden diensten.

87. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het vergelijkend onderzoek dat moet worden uitgevoerd bij fiscale regelingen, ook moet worden verricht bij andere maatregelen. Ik wijs er met name op dat het criterium van het arrest van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), luidens dat arrest niet louter geldt voor fiscale maatregelen maar voor „overheidsmaatregel[en]" in het algemeen.[61]

88. Het Hof heeft dit vergelijkend onderzoek overigens ook verricht met betrekking tot maatregelen inzake de vergoeding van kosten en inzake het gebruik van infrastructuur.

89. In het arrest van 14 januari 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9)[62], heeft het Hof – wat de aan de Londense taxi's verleende toestemming om over de busbanen te rijden betreft – namelijk onderzocht of deze taxi's zich in een situatie bevonden die feitelijk en rechtens vergelijkbaar was met die van huurwagens met chauffeur. Het onderzoek of een maatregel discriminerend is, valt in wezen samen met het onderzoek of de maatregel aan de begunstigde ondernemingen een selectief economisch voordeel oplevert.

90. Uit een en ander volgt dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de maatregelen betreffende de voorwaarden waarop een overheidsinstantie goederen en diensten aanbiedt, niet noodzakelijk selectief zijn (zie de punten 53, 54 en 57 van het bestreden arrest).

91. Anders dan de Commissie stelt, impliceert die conclusie niet noodzakelijk dat de voorwaarden waaronder een overheidsonderneming haar goederen en diensten aanbiedt, nooit als „staatssteun" kunnen worden gekwalificeerd wanneer zij zonder onderscheid op alle contractpartners van toepassing zijn. In een dergelijk geval kan namelijk nog steeds worden aangetoond dat deze voorwaarden, hoewel zij zonder onderscheid van toepassing zijn, uiteindelijk slechts ten goede komen aan één of meer welbepaalde ondernemingen, met name ondernemingen met een welomschreven bedrijfsmodel.

92. De mogelijkheid dat een tariefschaal aanleiding geeft tot selectiviteit, mag dus weliswaar niet zomaar worden uitgesloten, maar daarvoor moet wel worden bewezen dat zij leidt tot discriminatie tussen bepaalde marktdeelnemers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden – hetgeen de Commissie, zoals het Gerecht heeft opgemerkt, niet heeft gedaan.

93. Hoewel de algemene bewoordingen aan het begin van punt 53 van het bestreden arrest kunnen doen vermoeden dat het Gerecht alle voorwaarden waarop een overheidsonderneming haar goederen en diensten aanbiedt, buiten de werkingssfeer van artikel 107 VWEU heeft willen brengen in gevallen waarin deze voorwaarden zonder onderscheid van toepassing zijn op alle contractpartners, heeft het Gerecht aan het einde van dat punt volgens mij welbewust gepreciseerd dat „[e]en eventueel voordeel

61 — Zie met name punt 41.

62 — Zie met name de punten 54 tot en met 61.

dat door een overheidsinstantie in het kader van het verstrekken van specifieke goederen of diensten wordt toegekend, […] slechts bepaalde ondernemingen [begunstigt] indien ondernemingen die van dat goed of die dienst gebruikmaken of willen [gebruik]maken, in dat specifieke kader dat voordeel van die overheidsinstantie niet krijgen of niet kunnen krijgen".

c) Tweede onderdeel van het middel: het Gerecht is voorbijgegaan aan de vaste rechtspraak van het Hof volgens welke alleen de gevolgen van een maatregel bepalen of deze selectief is en volgens welke maatregelen die ten goede komen aan één bedrijfstak noodzakelijkerwijs selectief zijn

94. De Commissie merkt op dat de luchthaven van Lübeck rechtstreeks concurreert met de luchthaven van Hamburg en dat enkel de luchtvaartmaatschappijen die de luchthaven van Lübeck gebruiken, aanspraak kunnen maken op het bij het besluit van 2006 toegekende „voordeel". Dit loutere feit volstaat volgens haar als bewijs dat het besluit van 2006 selectief is qua gevolgen.

95. Op het eerste gezicht kunnen de overwegingen van het Gerecht, en met name punt 53 van het bestreden arrest, verrassend zijn.

96. Het Gerecht heeft zijn conclusie dat het besluit van 2006 niet selectief is, immers uitsluitend gebaseerd op de vaststelling dat de tariefmaatregelen van het besluit van 2006 op niet-discriminerende wijze van toepassing zijn op alle luchtvaartmaatschappijen die de luchthaven van Lübeck gebruiken of willen gebruiken.

97. Rekening houdend met de rechtspraak volgens welke artikel 107, lid 1, VWEU overheidsmaatregelen definieert aan de hand van de gevolgen ervan[63], zou evenwel kunnen worden gesteld dat de loutere vaststelling dat het besluit van 2006 *formeel gezien* niet discrimineert, niet volstaat om te concluderen dat het niet selectief is. Het Gerecht zou, volgens die gedachtegang, ook hebben moeten onderzoeken of het besluit van 2006 niet tot gevolg had dat bepaalde ondernemingen of bepaalde producties werden bevoordeeld. Zo heeft het Hof in zijn arrest van 13 februari 2003, Spanje/Commissie, gepreciseerd dat het feit dat een maatregel wordt beheerst door objectieve criteria die horizontaal van toepassing zijn, uitsluitend aantoont dat deze maatregel een steunregeling en geen individuele steunmaatregel vormt, maar niet dat de maatregel niet selectief is.[64]

98. In casu is het Gerecht in het bestreden arrest mijns inziens echter niet voorbijgegaan aan deze rechtspraak. Door te oordelen dat de vraag of alle daadwerkelijke of potentiële gebruikers van de luchthaven van Lübeck gelijk werden behandeld, de enige vraag van doorslaggevend belang was, heeft het Gerecht impliciet maar noodzakelijkerwijs rekening gehouden met de gevolgen van de maatregel. Het heeft niet volstaan met een vermelding van de horizontale criteria voor de toepassing van het besluit van 2006.

99. Evenzo kan niet met succes worden aangevoerd dat een maatregel die slechts „één enkele sector" ten goede komt, in casu de groep ondernemingen die de luchthaven van Lübeck gebruiken, noodzakelijkerwijs selectief is. Zoals ik in de inleiding tot het onderhavige middel reeds heb aangegeven, zou een dergelijke conclusie enkel kunnen worden aanvaard indien werd geconcludeerd dat het referentiekader een „normale" regeling op nationaal niveau was, of minstens een regeling die het niveau van de luchthaven oversteeg. Het gebruik van het begrip „sectorale selectiviteit" heeft immers enkel zin wanneer sprake is van maatregelen die zijn vastgesteld door publieke instanties van een staat – op nationaal, regionaal of lokaal niveau – die bevoegd zijn voor de vaststelling van besluiten die alle ondernemingen kunnen bevoordelen. Het criterium van sectorale selectiviteit kan

63 — Zie met name arresten van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punten 85 en 89), en 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punten 87, 88 en 92).

64 — C-409/00, EU:C:2003:92, punt 49.

niet worden toegepast in verband met maatregelen die zijn vastgesteld door de beheerder van een luchthaven, die enkel bevoegd is om maatregelen met betrekking tot die luchthaven vast te stellen. Wanneer deze beheerder zelf het niveau bepaalt van de luchthavenheffingen die van toepassing zijn op de luchtvaartmaatschappijen die vluchten van en naar deze luchthaven aanbieden, wijkt hij dus niet af van het nationale heffingenstelsel, maar voert hij zelf tarieven in die gelden voor alle ondernemingen die deze luchthaven willen gebruiken.

100. Derhalve is een maatregel die een luchthavenbeheerder neemt ten aanzien van de op die luchthaven actieve luchtvaartmaatschappijen, niet selectief wanneer hij zonder onderscheid voor al deze maatschappijen geldt.

101. Vertrekkend vanuit dit inzicht moet worden beoordeeld of de in casu aan de orde zijnde maatregel een onderscheid invoert tussen marktdeelnemers die zich, gelet op de nagestreefde doelstelling, in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden. [65]

102. Dit brengt ons bij het onderzoek van het derde onderdeel van het betoog van de Commissie.

d) Derde onderdeel van het middel: het Gerecht heeft het criterium inzake de „ondernemingen die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden” onjuist opgevat

103. De Commissie betoogt ten eerste dat het Gerecht, gesteld al dat de krachtens het arrest van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), te verrichten vergelijking ook moet worden gemaakt bij het onderzoek naar de selectiviteit van maatregelen tot vaststelling van de heffingen van bepaalde overheidsinstanties, dezelfde vergissing heeft begaan als die welke het Hof heeft bekritiseerd in zijn arresten van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punten 87 en 89), en van 8 september 2011, Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punten 61-67). De Commissie is immers van mening dat de vergelijkbaarheid van de feitelijke en juridische situatie niet mag worden beoordeeld aan de hand van de criteria die de werkingssfeer van de betrokken maatregel bepalen, maar wel op basis van de kostenstructuur van de betrokken ondernemingen. Zo niet, dan wordt een cirkelredenering gevolgd.

104. Ten tweede stelt de Commissie dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de doelstelling van § 43a, lid 1, LuftVZO. Die bepaling is van toepassing op alle luchthavens in Duitsland, schrijft voor dat kostendekkende luchthavenheffingen worden geïnd met het oog op de behartiging van het openbare belang van een goed functionerend luchtverkeer, en vormt de rechtsgrond voor het besluit van 2006.

105. In casu rijst de vraag of het feit dat het besluit van 2006 in concreto enkel van toepassing is op de luchtvaartmaatschappijen die de luchthaven van Lübeck aandoen, leidt tot een verschillende behandeling van ondernemingen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden.

106. In dit verband dient te worden opgemerkt dat volgens het toepasselijke nationale recht iedere luchthavenbeheerder bevoegd is om de luchthavenheffingen voor zijn eigen luchthaven vast te stellen.

107. Hieruit volgt dat het besluit van 2006 bedoeld was om uitsluitend toepassing te vinden op de luchthaven van Lübeck, die het relevante referentiekader vormt. In deze context is de enige beslissende vraag of dit besluit een onderscheid maakt tussen de ondernemingen die deze ene luchthaven gebruiken.

65 — Arrest van 14 januari 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, punt 55).

108. Het betoog van de Commissie dat de beoordeling of het besluit van 2006 selectief is, niet mag afhangen van de werkingssfeer van dit besluit, maar uitsluitend dient te zijn gebaseerd op een vergelijking van de kosten die het voorwerp van § 43a, lid 1, LuftVZO uitmaken, kan niet overtuigen.

109. Zoals de stad Lübeck heeft benadrukt, kunnen alle luchtvaartmaatschappijen de luchthaven van Lübeck gebruiken en aldus de vermeende voordelen genieten die uit de toepassing van het besluit van 2006 voortvloeien. De keuze van de luchtvaartmaatschappijen om bepaalde luchthaveninfrastructuur te gebruiken, hangt doorgaans af van hun eigen commerciële strategie en wordt beïnvloed door de voordelen en de problemen van die infrastructuur.

110. Het lijkt mij ongepast om te eisen dat de situatie van de beweerdelijk door het besluit van 2006 bevoordeelde luchtvaartmaatschappijen wordt vergeleken met de situatie van de concurrerende ondernemingen die dezelfde uitgavenposten hebben. De luchtvaartmaatschappijen die geen vluchten van en naar de luchthaven van Lübeck aanbieden, dragen immers juist geen kosten die verband houden met de door die luchthaven geïnde heffingen. Het betoog van de Commissie komt erop neer dat de vraag naar de selectiviteit van de maatregel ten onrechte in een ander kader wordt bekeken, namelijk dat van de vraag met welke andere transportinfrastructuur – luchthaven-, spoorweg- of andere infrastructuur – de luchthaven van Lübeck eventueel in concurrentie treedt, los van de status van de bedoelde luchthavenbeheerders en de aard van de door hen verrichte prestaties. [66]

111. Evenmin kan volgens mij in casu het argument worden aanvaard dat rekening moest worden gehouden met de doelstellingen die door een besluit houdende vaststelling van de luchthavenheffingen krachtens § 43a, lid 1, LuftVZO dienen te worden verwezenlijkt. Uit de feitelijke beoordelingen van het Gerecht blijkt immers dat deze bepaling niet leidt tot een algemene vaststelling van de luchthavenheffingen voor alle luchthavens. Zij machtigt enkel iedere individuele luchthavenbeheerder om zijn eigen heffingen vast te stellen aan de hand van de uitsluitend door hemzelf te bepalen prioriteiten.

112. Uiteindelijk moet worden vastgesteld dat er in de onderhavige situatie geen algemene basis- of referentieregeling bestaat waarvan het besluit van 2006 zou afwijken ten gunste van de luchtvaartmaatschappijen die de luchthaven van Lübeck gebruiken. Het relevante referentiekader is de uitsluitend op die luchthaven van toepassing zijnde regeling.

e) Vierde onderdeel van het middel: het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet te onderzoeken of de bij het besluit van 2006 verleende kortingen selectief zijn omdat zij enkel ten goede komen aan bepaalde luchtvaartmaatschappijen

113. De Commissie voert in wezen aan dat het Gerecht, gesteld al dat het criterium van het arrest van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), relevant is om te onderzoeken of tariefmaatregelen als de onderhavige selectief zijn, had moeten nagaan of het besluit van 2006 – vanwege de verschillende kortingen waarin het voorziet – selectief is doordat het bepaalde ondernemingen die de luchthaven van Lübeck gebruiken, begunstigt ten opzichte van andere ondernemingen die deze luchthaven gebruiken.

66 — Zie arrest van 14 januari 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, punten 59-61).

114. In deze context betoogt de Commissie dat het Gerecht ten onrechte enkel de motivering in punt 279 van het litigieuze besluit heeft onderzocht. Zij is van mening dat het kortingenstelsel van het besluit van 2006 grondig wordt beschreven in de punten 55 tot en met 66 van het litigieuze besluit. Bovendien leidt volgens de Commissie het feit dat de kring van begunstigden van de betrokken kortingen open is, doordat deze kortingen worden toegekend volgens objectieve criteria die horizontaal van toepassing zijn, er – anders dan het Gerecht in de punten 53 en 55 van het bestreden arrest lijkt te suggereren – niet toe dat de maatregel niet selectief is. [67]

115. In casu ben ik van mening dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te concluderen dat het relevante referentiekader wordt gevormd door de heffingen die gelden voor alleen de luchtvaartmaatschappijen die de luchthaven van Lübeck gebruiken.

116. De vraag die thans rijst is of het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet te onderzoeken of het stelsel van de krachtens het besluit van 2006 verleende kortingen een differentiatie heeft gecreëerd tussen deze maatschappijen.

117. Dienaangaande kan niet worden uitgesloten dat een tarieflijst selectief is als gevolg van de criteria en kortingenstelsels waarin hij voorziet.

118. In dit verband moet echter meteen worden benadrukt dat de Commissie in punt 279 van het litigieuze besluit haar conclusie dat het besluit van 2006 selectief is, niet heeft gebaseerd op dit aspect maar uitsluitend op de omstandigheid dat „de betrokken voordelen enkel ten goede komen aan de luchtvaartmaatschappijen die de luchthaven van Lübeck gebruiken”. De problematiek van de „prijsverminderingen en kortingen” waarin het besluit van 2006 voorziet is in het litigieuze besluit, en met name in de punten 268 tot en met 277 ervan, weliswaar aangesneden, maar enkel bij de beoordeling of sprake was van een „voordeel” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU en niet in het kader van het onderzoek naar de selectiviteit van dat besluit.

119. In die omstandigheden lijkt de grief van de Commissie mij niet-ontvankelijk te moeten worden verklaard. In hogere voorziening is het Hof immers enkel bevoegd om de beoordeling door het Gerecht van de voor deze rechterlijke instantie bepleite middelen te onderzoeken. [68]

120. Hoe dan ook heeft de Commissie niet aangetoond dat het in het besluit van 2006 neergelegde stelsel van kortingen en prijsverminderingen voor luchtvaartmaatschappijen met een groot aantal passagiers – dat dus lijkt te berusten op een gebruikelijk kwantitatief criterium – niet kon worden gerechtvaardigd.

121. Concluderend ben ik van mening dat het derde middel moet worden afgewezen.

D – *Vierde middel: de motivering van het bestreden arrest is gebrekkig en bevat tegenstrijdigheden*

1. Argumenten van partijen

122. De Commissie betoogt ten eerste dat het arrest van het Gerecht drie motiveringsgebreken vertoont. Allereerst heeft het Gerecht een wezenlijk aspect van het selectiviteitsonderzoek buiten beschouwing gelaten, te weten de bepaling van het doel van het besluit van 2006. De vraag welke ondernemingen zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden moet immers in het

67 — De Commissie verwijst naar de arresten van 13 februari 2003, Spanje/Commissie (C-409/00, EU:C:2003:92, punt 48); 15 juli 2004, Spanje/Commissie (C-501/00, EU:C:2004:438, punten 118-128), en 8 september 2011, Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punt 50).

68 — Zie met name arrest van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 99 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

licht van dat doel worden beantwoord. Bovendien heeft het Gerecht niet aangegeven waarom de selectiviteit van de steun niet op zijn minst voortvloeit uit het kortingenstelsel waarin het besluit van 2006 voorziet. Tot slot is in het bestreden arrest niet aangegeven waarom het besluit van 2006 zo duidelijk niet-selectief is dat de Commissie de formele onderzoeksprocedure niet mocht inleiden.

123. Ten tweede stelt de Commissie dat de redenering van het Gerecht tegenstrijdigheden bevat, aangezien het Gerecht eerst de rechtspraak inzake de selectiviteit van fiscale maatregelen heeft toegepast (punten 51 en 53 van het bestreden arrest) en deze rechtspraak vervolgens irrelevant heeft verklaard (punt 57 van het bestreden arrest).

124. De Stad Lübeck, ondersteund door de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk Spanje, stelt dat het bestreden arrest naar behoren gemotiveerd is en concludeert tot afwijzing van het middel.

2. Beoordeling

125. Dit middel kan mijns inziens niet slagen.

126. Wat in de eerste plaats de vraag betreft of het Gerecht het bestreden arrest toereikend heeft gemotiveerd wat de beoordeling van de selectiviteit van het besluit van 2006 betreft, blijkt allereerst dat het Gerecht de doelstelling van het besluit van 2006 en de context waarin het is genomen impliciet heeft vastgesteld. Vervolgens herinner ik eraan dat het Gerecht niet hoefde uiteen te zetten waarom de selectiviteit van het besluit van 2006 niet voortvloeide uit het kortingenstelsel, aangezien die kwestie – zoals ik hierboven reeds heb vermeld – juist niet was besproken voor het Gerecht. Tot slot ben ik van mening dat het Gerecht evenmin hoefde toe te lichten waarom de vergissing die de Commissie bij de beoordeling van de selectiviteit van de litigieuze maatregel had begaan, dermate evident was dat zij aanleiding moest geven tot de nietigverklaring van het litigieuze besluit.

127. Wat in de tweede plaats de grief betreft dat het bestreden arrest tegenstrijdigheden bevat wat de relevantie van de rechtspraak inzake fiscale maatregelen betreft, zie ik helemaal geen incoherentie tussen de overwegingen van de punten 51 en 53 van het bestreden arrest en de vaststelling in punt 57 van dat arrest.

E – *Vijfde middel: het Gerecht heeft de regel dat op een besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure inzake steunmaatregelen slechts een beperkt toezicht mag worden uitgeoefend, niet in acht genomen*

1. Argumenten van partijen

128. De Commissie betoogt dat het Gerecht, dat in punt 42 van het bestreden arrest nochtans terecht in herinnering heeft geroepen dat slechts een beperkt rechterlijk toezicht kan worden uitgeoefend op een besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure, zelf de grenzen van dit toezicht heeft overschreden.

129. Zij stelt met name dat FL, die ten tijde van de vaststelling van het besluit van 2006 de luchthaven van Lübeck exploiteerde, dit besluit had voorgesteld teneinde, met betrekking tot haar prijsbeleid ten aanzien van lagekostenmaatschappijen, aan het staatssteuntoezicht te ontsnappen. De Commissie stelt dat zij geconfronteerd werd met een situatie waarin een voorlopige beoordeling van de feiten niet al haar twijfels over de selectiviteit van dit besluit had kunnen wegnemen. Bijgevolg was zij verplicht om de formele onderzoeksprocedure in te leiden. Het bestreden arrest licht op geen enkele manier toe waarom het besluit van 2006 zo duidelijk niet-selectief was dat de Commissie de formele onderzoeksprocedure niet mocht inleiden.

130. De stad Lübeck, ondersteund door de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk Spanje, concludeert tot afwijzing van het middel. Zij is van mening dat het overduidelijk is dat de litigieuze maatregel – te weten het besluit van 2006 – niet selectief is, en dat het Gerecht dus terecht heeft vastgesteld dat het litigieuze besluit berustte op een kennelijke beoordelingsfout.

2. Beoordeling

131. Ik ben er evenmin van overtuigd dat het Gerecht de grenzen van zijn rechterlijke toetsing betreffende de inleiding van een formele onderzoeksprocedure heeft overschreden.

132. Het is juist dat niet kan worden ontkend dat het besluit tot inleiding van een formele onderzoeksprocedure berust op een noodzakelijkerwijs voorlopige analyse van de gegevens die tijdens de inleidende onderzoeksfase ter kennis zijn gebracht van de Commissie. Aangezien deze gegevens per definitie „fragmentair" zijn, kan de Commissie na afloop van deze inleidende fase enkel en alleen vermoeden dat wel of juist geen sprake is van steun, en dat dus wel of juist niet is voldaan aan de cumulatieve voorwaarden van artikel 107, lid 1, VWEU.

133. Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, moet een onderscheid worden gemaakt tussen de bij artikel 108, lid 3, VWEU ingestelde procedure van inleidend onderzoek van een steunmaatregel, die er enkel toe strekt de Commissie in staat te stellen zich een eerste oordeel te vormen over de gehele of gedeeltelijke verenigbaarheid van de betrokken steun, en de in artikel 108, lid 2, VWEU bedoelde formele onderzoeksprocedure, die een grondig onderzoek van de overheidsmaatregelen toestaat – en mijns inziens zelfs vereist – en beantwoordt aan een dubbele doelstelling.[69]

134. Gelet op het noodzakelijke verschil tussen deze twee fasen van onderzoek van de maatregelen, kunnen voor de inleidende fase niet dezelfde juridische vereisten worden gesteld als die welke gelden in het kader van de formele procedure.

135. Bijgevolg mag de Commissie de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2, VWEU inleiden wanneer zij over voldoende gegevens beschikt om aan te nemen dat een maatregel beantwoordt aan alle voorwaarden om te kunnen worden aangemerkt als door artikel 107, lid 1, VWEU verboden „staatssteun".

136. Hieruit mag echter niet worden afgeleid dat de Commissie tot staving van haar besluit om de in artikel 108, lid 2, VWEU bedoelde procedure in te leiden, kan volstaan met algemene beweringen over de vervulling van de voorwaarden waaraan krachtens artikel 107, lid 1, VWEU moet zijn voldaan. Zoals volgt uit artikel 6 van verordening nr. 659/1999 behelst het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure een eerste beoordeling van de Commissie omtrent de steunverlenende aard van de voorgestelde maatregel, alsook een uiteenzetting van de redenen waarom getwijfeld wordt aan de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt.

137. Het toezicht door het Gerecht op het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure en in het bijzonder op de vraag of op het eerste gezicht was voldaan aan de voorwaarden die krachtens artikel 107, lid 1, VWEU moeten zijn vervuld, is dus weliswaar beperkt tot de vraag of de Commissie kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt door aan te nemen dat zij niet alle problemen in verband met de kwalificatie van de litigieuze maatregel als „staatssteun" heeft kunnen oplossen tijdens het eerste onderzoek van deze maatregel[70], maar het moet wel om een effectief onderzoek gaan. In het

69 — Zie met name arresten van 15 april 2008, Nuova Agricast (C-390/06, EU:C:2008:224, punt 57), en 21 juli 2011, Alcoa Trasformazioni/Commissie (C-194/09 P, EU:C:2011:497, punt 57). Zie, over het verschil tussen de inleidende onderzoeksfase en de formele fase, laatstelijk mijn conclusie in de zaak Club Hotel Loutraki e.a./Commissie (C-131/15 P, EU:C:2016:617, punten 25-27).

70 — Zie met name arrest van 21 juli 2011, Alcoa Trasformazioni/Commissie (C-194/09 P, EU:C:2011:497, punt 61).

verlengde van de overwegingen die in het kader van het tweede middel zijn geformuleerd, moet immers in herinnering worden geroepen dat de besluiten tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure specifieke en aanzienlijke rechtsgevolgen kunnen hebben voor de betrokken partijen.

138. Door in punt 279 van het litigieuze besluit enkel aan te geven dat „de [uit het besluit van 2006 voortvloeiende] voordelen uitsluitend worden toegekend aan de luchtvaartmaatschappijen die de luchthaven van Lübeck gebruiken [en dus] selectief zijn in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU", heeft de Commissie niet gepreciseerd van welke regeling van algemene strekking het besluit van 2006 afwijkt. Derhalve heeft zij nagelaten om het relevante referentiekader te definiëren en een kennelijke fout gemaakt bij de beoordeling van de litigieuze maatregel, die volgens mij geen verband houdt met het bestaan van complexe economische beoordelingen.

139. Dienaangaande kan niet op goede gronden worden betoogd dat het Gerecht zijn onderzoek niet had mogen beperken tot de in punt 279 van het litigieuze besluit geformuleerde beoordeling, maar ook rekening had moeten houden met de beschrijving van het kortingenstelsel die is opgenomen in de punten 268 tot en met 274 van dat besluit. Die laatste punten hebben immers betrekking op de vaststelling van een vermeend voordeel dat uit het besluit van 2006 voortvloeit en niet op de selectiviteit van dat besluit.

140. Bijgevolg ben ik van mening dat het Gerecht geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te concluderen dat de Commissie niet rechtens genoegzaam had uiteengezet waarom zij in de fase van het inleidend onderzoek niet kon aangeven om welke redenen het besluit van 2006 selectief was en dus verplicht – of minstens gerechtigd – was de formele onderzoeksprocedure in te leiden.

V – **Conclusie**

141. Gelet op de bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging de hogere voorziening af te wijzen en de Europese Commissie te verwijzen in haar eigen kosten en in die van Hansestadt Lübeck. De Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk Spanje zullen hun eigen kosten dragen.