

COVID-19-steun aan de luchtvaartsector

Een beschrijving van de COVID-19-steunmaatregelen voor de geliberaliseerde luchtvaartsector

Centrale en regionale overheden hebben belang bij een optimale bereikbaarheid van hun grondgebied. Goed functionerende luchthavens en (nationale of regionale) luchtvaartmaatschappijen zijn essentieel voor de bereikbaarheid van dat grondgebied, stimuleren de (nationale of regionale) economische ontwikkeling en genereren werkgelegenheid. Sinds jaar en dag steunen overheden 'hun' luchthavens en stimuleren ze 'hun' luchtvaartmaatschappijen en andere om deze luchthavens aan te doen. Ook nu, in een periode waarin het COVID-19-virus de luchtvaartsector op zijn grondvesten doet schudden, willen deze overheden de infrastructuur van de luchtvaart en de bijbehorende economische ontwikkeling behouden en steunen ze de sector.

1. Achtergrond staatssteunregelgeving luchtvaartsector

1.1. Liberalisering

Het beleid van de Europese Unie voor de luchthavensector heeft een lange geschiedenis. We volstaan hier met enkele hoofdlijnen. Van oudsher waren luchthavens en nationale luchtvaartmaatschappijen (*flag carriers*) in overheidshanden. Er was een tijd waarin de Europese Commissie (Commissie) ervan uitging dat overheidsfinanciering van luchthavens en nationale luchtvaartmaatschappijen geen staatssteun¹ in de zin van artikel 107 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) was, omdat de luchthavens niet met elkaar concurreerden. In 1994 publiceerde de Commissie richtsnoeren voor de luchtvaart, die voornamelijk voorschrijf-

ten inhielden voor herstructurering van nationale luchtvaartmaatschappijen (*flag carriers*).² Deze richtsnoeren waren opgesteld tegen de achtergrond van de liberalisering in de luchthavensector, die reeds in 1987 was ingezet³ en diende te leiden tot een open 'binnenlandse' luchtvaartmarkt in de Europese Unie. In een dergelijke interne markt met toenemende concurrentie paste het om de mogelijkheden voor overheden om steun te verlenen aan luchthavens en luchtvaartmaatschappijen aan banden te leggen, aldus de richtsnoeren uit 1994.⁴

1.2. Open skies-verdragen

Daarnaast gebeurde er nog veel meer op de markt voor burgerluchtvaart, in het bijzonder in relatie tot derde landen.⁵ Traditioneel sloten lidstaten bilaterale *open skies*-verdragen met derde landen, waarin onder meer afspraken werden gemaakt over landingsrechten en vluchtverbindingen voor luchtvaartmaatschappijen van de betreffende landen.⁶ Het *Open Skies*-verdrag tussen Nederland en de VS (1992) kende – voor het eerst – een veel liberaler regime dan voorheen in dergelijke verdragen. In de tweede helft van de jaren 90 begon de Europese Commissie een reeks van inbreukprocedures tegen een aantal lidstaten (Verenigd Koninkrijk (C-466/98), Denemarken (C-467/98), Zweden (C-469/98), Finland (C-469/98), België (C-471/68), Luxemburg (C-472/98), Oostenrijk (C-475/98) en Duitsland (C-476/98)) over de door die lidstaten gesloten *open skies*-verdragen. Die procedures leidden tot evenzoveel arresten, waarin het Hof van Justitie oordeelde dat de betreffende lidstaten in strijd hadden gehandeld met hun verdragsverplichtingen en Unierechtelijke

* Gerard van der Wal en Doortje Ninck Blok zijn werkzaam als advocaat Europees en mededingingsrecht bij Windt Le Grand Leeuwenburgh te Rotterdam. Met dank aan Viner Martikjan (student Tilburg University) voor haar research en assistentie.

1. Er is alleen sprake van (verboden) staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU als wordt voldaan aan alle toepassingsvoorwaarden van die bepaling. Allereerst moet de maatregel aan de staat kunnen worden toegerekend en met staatsmiddelen worden bekostigd. Ten tweede moet de maatregel aan de begunstigde onderneming een voordeel verlenen. Vervolgens dient dat voordeel selectief van aard te zijn. Ten slotte moet de maatregel de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig (kunnen) beïnvloeden.
2. Toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EG-verdrag en van artikel 61 van de EER-overeenkomst op steunmaatregelen van de Staten in de luchtvaartsector, *PbEG* 1994, C 350/07.
3. De liberalisering werd tot stand gebracht door middel van het eerste tot en met het derde liberalisatiepakket (1987-1993). Het derde pakket bestond uit Verordening (EEG) nr. 2407/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de verlening van exploitatievergunningen aan luchtvaartmaatschappijen (*PbEG* 1992, L 240/1, 24 augustus 1992); Verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes (*PbEG* 1992, L 240/8, 24 augustus 1992), en Verordening (EEG) nr. 2409/92 van de Raad van 23 juli 1992 inzake tarieven voor luchtdiensten (*PbEG* 1992, L 240/15, 24 augustus 1992). Het derde pakket is in 2008 geïntegreerd in één verordening: Verordening (EG) nr. 1008/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Gemeenschap (Herziening), *PbEU* 2008, L 293/3. Zie voor een beschrijving van de ontwikkelingen in de EU: Vergunningennota Luchtvaart (2014), bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 31936, nr. 197, met name par. 2.3.
4. De richtsnoeren uit 2005 voor financiering van luchthavens en aanloopsteun van de overheid voor luchtvaartmaatschappijen met een regionale luchthaven als thuishaven waren hierop een aanvulling (Richtsnoeren voor financiering van luchthavens en aanloopsteun van de overheid voor luchtvaartmaatschappijen met een regionale luchthaven als thuishaven, *PbEU* 2005, C 312/1).
5. G. Middeldorp & R.H. van Ooik, 'Van verdeelde *Open Skies* naar een uniform Europees extern luchtvaartbeleid', *NtER* 2003, p. 1-10.
6. Niet te verwarren met het *Open Skies*-verdrag tussen de NAVO- en Warschaupactlanden d.d. 24 maart 1992 over 'wederzijdse luchtverkenning' (in 2020 opgezegd door de VS).

luchtvaartverordeningen door deze *open skies*-verdragen met derde landen aan te gaan. Pas in 2007 oordeelde het Hof van Justitie op dezelfde wijze over het Nederlandse *Open Skies*-verdrag met de VS.⁷ Het Hof van Justitie oordeelde dat de bevoegdheid om dergelijke verdragen met derde landen aan te gaan aan de Europese Unie toekomt en niet (meer) aan de individuele lidstaten.⁸ De Commissie heeft vervolgens deze verantwoordelijkheid opgenomen.⁹ Dat heeft geleid tot een lange lijst van luchtvaartovereenkomsten of lopende onderhandelingen tussen de Europese Unie en derde landen.¹⁰

1.3. Staatssteunbeleid en -regelgeving in de luchtvaart

Ondanks de liberalisering en eenwording van de interne markt duurde het nog tot het jaar 2000 voordat overheden er met zekerheid van uit dienden te gaan dat financieringssteun voor de exploitatie van luchthavenactiviteiten aan te merken was als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. In het arrest *Aéroport de Paris/Commissie*¹¹ (ADP) bepaalde het Hof dat 'wanneer luchthaveninstallaties ter beschikking worden gesteld van luchtvaartmaatschappijen en verschillende dienstverrichters, tegen betaling van een vergoeding waarvan het tarief door ADP vrij is vastgesteld, dit een activiteit van economische aard is'. Met de vervulling van het criterium 'onderneming', is in beginsel vast komen te staan dat een exploitant van een luchthaven economische activiteiten uitoefent en daarmee een onderneming is in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.¹²

De meest recente richtsnoeren uit 2014¹³ vervangen de richtsnoeren uit 1994 en 2005. De Commissie stelde de nieuwe richtsnoeren (2014) vast in het kader van de modernisering van het EU-staatssteunbeleid, waarin het uitgangspunt is dat de toepassing van de staatssteunregels op luchthavens en luchtvervoer het concurrentievermogen en het groeipotentieel van luchthavens en luchtvaartmaatschappijen beogen te versterken. Deze richtsnoeren zijn daarmee een verdere stap in de liberalisering van de markt. Met deze meest recente richtsnoeren kondigt de Commissie een overgangperiode aan van 10 jaar. Na deze overgangperiode, te rekenen vanaf 4 april 2014, is geen exploitatiesteun meer toegestaan. De huidige richtsnoeren staan nu nog een steunintensiteit van 50% van de financieringskloof voor exploitatiekosten van (alleen) luchthavens toe. Daarnaast aan-

vaarden de richtsnoeren de mogelijkheid van aanloopsteun gedurende maximaal drie jaar aan luchtvaartmaatschappijen om nieuwe routes te openen vanaf luchthavens met maximaal drie miljoen passagiers per jaar, onder voorwaarden (zoals een ondernemingsplan waaruit de levensvatbaarheid van de route blijkt en de toezegging om de verbinding te blijven exploiteren na de periode die door de steun werd gedekt). De exploitatiekosten zien op de kosten voor de dagelijkse activiteiten die behoren tot de exploitatie van een luchthaven of luchtvaartmaatschappij. Exploitatiesteun wordt als een van de meest concurrentievervalsende vormen van steun gezien nu het ondernemingen overeind houdt die zonder deze steun niet of onvoldoende rendabel zouden zijn. Exploitatiesteun zal over het algemeen niet worden gekwalificeerd als toelaatbare of verenigbare steun.¹⁴

Het beleidsdoel van de richtsnoeren van 2014 was de luchtvaartsector te voorzien van duidelijke bepalingen omtrent staatssteunbeleid in het licht van een veranderende markt, die wordt gekarakteriseerd door een toename van marktaandeel van *low-cost carriers* en het toenemende belang van regionale luchthavens, die door de *low-cost carriers* veelal als luchthavens worden gebruikt.¹⁵ De Nederlandse regering steunde, zij het met een enkele kanttekening, dit beleid.¹⁶

In 2017 heeft de Commissie de vrijstellingscategorie 'Steun voor regionale luchthavens' (categorie nr. 56 bis) toegevoegd aan de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (AGVV).¹⁷ Zowel investeringssteun als exploitatiesteun is toegestaan, maar flink aan banden gelegd. Zo mag er geen investeringssteun gaan naar luchthavens met een gemiddelde passagiersstroom van meer dan drie miljoen passagiers en een gemiddelde vrachtstroom van 200 000 ton (in de twee boekjaren voorafgaand en de twee verwachte jaren na het jaar waarin de steun daadwerkelijk is toegekend). Ter voorkoming van overcapaciteit mag er tevens geen investeringssteun gaan naar luchthavens die binnen een afstand van 100 kilometer gelegen zijn of een reistijd hebben van 60 minuten met de auto, bus, trein, of hogesnelheidstrein vanaf een bestaande luchthaven, tenzij het gaat om een luchthaven met een jaarlijkse passagiersstroom van maximaal 200 000 passagiers. Uitsluitend deze laatste categorie luchthavens mag tevens exploitatiesteun ontvangen. Echter, deze mag niet indirect steun aan luchtvaartmaatschappijen behelzen.

7. HvJ EG 24 april 2007, C-523/04 (*Commissie/Nederland*).

8. Het Hof van Justitie paste hier de zogenoemde AETR-doctrine toe (HvJ EG 31 maart 1971, 22/70 (*Commissie/Raad*): de Europese Unie is exclusief bevoegd internationale overeenkomsten te sluiten indien dat noodzakelijk is om de Unie in staat te stellen haar interne bevoegdheden ten volle uit te oefenen. Dat is nu uitdrukkelijk bepaald in artikel 3 lid 2 VWEU.

9. Persbericht (IP/03/281), *Open skies: de Commissie zet haar internationaal luchtvervoerbeleid uiteen*, 26 februari 2003.

10. Zie website van DG Mobility and Transport Transport van de Europese Commissie: ec.europa.eu/transport/modes/air/international_aviation/country_index_en.

11. HvJ EG 24 oktober 2002, C-82/01 P, r.o. 79 (*Aéroport de Paris/Commissie*), waarin het Hof het arrest Gerecht EU 12 december 2000, T-128/98 bevestigde; andere voorbeelden zijn HvJ EU 19 december 2012, C-288/11 P (*Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Commissie*). Zie ook HvJ EU 4 april 2014, C-27/13 (*Flughafen Lübeck/Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG*).

12. Om na te gaan of steunmaatregelen in strijd zijn met het staatssteunverbod van artikel 107 VWEU dient de Commissie de steunmaatregel aan de cumulatieve criteria uit dit artikel te toetsen. Als aan een of meer van de toepassingsvoorwaarden van een criterium niet is voldaan, is er geen sprake van staatssteun en zijn de staatssteunregels in het geheel niet van toepassing.

13. Richtsnoeren voor staatssteun aan luchthavens en luchtvaartmaatschappijen, *PbEU* 2014, C 99/3.

14. Zie ook: Richtsnoeren 2014, randnummer 13.

15. Zie ook: A. Lykotrafiti, 'Low Cost Carriers and State Aids: a paradox? Reflections on the Ryanair/Charleroi case', (2008) 2 *EstAL*, 1.

16. ec.europa.eu/competition/consultations/2013_aviation_guidelines/netherlands_nl.pdf: Reactie van het Nederlandse interdepartementale staatssteun overleg (ISO) op de consultatie over de ontwerp EU-richtsnoeren betreffende staatssteun voor luchthavens en luchtvaartmaatschappijen.

17. Verordening (EU) 651/2014, zoals gewijzigd bij Verordening (EU) 2017/1084.

1.4. Ontwikkeling low-cost carriers

Van oudsher waren luchthavens en nationale luchtvaartmaatschappijen (*flag carriers*) in overheidshanden. Voor 1987 werden de meeste Europese luchthavens gezien als natuurlijke monopolisten die niet aan concurrentie onderhevig waren. De Europese markt voor luchtvervoer was gefragmenteerd in een groot aantal (nationale of deel)markten die sterk door nationale overheden waren gereguleerd. Zo hadden luchthavens weinig ruimte om te concurreren met luchthavens in andere lidstaten. Met het oog op het creëren van één interne Europese markt, vond de liberalisering van de luchtvaartmarkt door de EU plaats in drie golven van deregulering, namelijk in 1987, 1990 en 1993, welke in 1997 hun volle werking kregen. Als gevolg van deze liberalisering en deregulering waren luchtvaartmaatschappijen plotseling vrij hun eigen routes uit te zetten, het aantal vluchten te bepalen, eigen prijzen te bepalen en te kiezen vanaf welke luchthavens zij vluchten willen uitvoeren.

Deze nieuwe mogelijkheden maakten de weg vrij voor de opkomst van *low-cost carriers* (LCC's), die meestal worden gekarakteriseerd door korte, directe vluchten en lage overheadkosten. Het bedrijfsmodel was reeds in de VS een bestaande praktijk met Southwest Airlines als koploper. Door zo veel mogelijk extra luxe (*frills*) weg te halen en extra diensten uit de basisprijs te houden, zijn LCC's in staat de kosten laag te houden. Daarnaast maken deze LCC's gebruik van veel directe vluchten tussen verschillende en meer regionale luchthavens in plaats van een aantal vaste basislocaties te hebben zoals nationale vliegtuigmaatschappijen hadden voor 1987 (*flag carriers*).¹⁸ De relatieve korte afstanden tussen Europese steden en het grote aanbod van secundaire luchthavens maakten het businessmodel van de LCC's tot een groot succes in de EU.¹⁹

De periode van liberalisering in de Europese Unie viel samen met de opkomst van het internet als een commercieel middel om met consumenten in contact te komen.²⁰ Ook dit stelde LCC's in staat enorm in omvang toe te nemen. Deze ontwikkelingen in de markt voor luchtvaart hebben geleid tot een grote toename van het vliegverkeer en het aantal luchtreizigers. In 2012 overtrof het marktaandeel van LCC's (44,8%) voor het eerst dat van de gevestigde nationale luchtvaartmaatschappijen (42,4%), een trend die zich daarna doorzette met in 2013 al 45,94% marktaandeel voor LCC's tegenover 40,42% voor *flag carriers*.²¹

De richtsnoeren van de Commissie uit 1994 en de daaropvolgende richtsnoeren beoogden een eerlijk speelveld tot stand te brengen voor de *flag carriers* en hun concurrenten en stelden de luchtvaartmaatschappijen in staat zich aan te passen aan het nieuwe competitieve milieu van de luchtvaart, door de toepassing van de staatssteunregels in deze van

oorsprong publieke sector te verduidelijken. De richtsnoeren van 1994 hielden voornamelijk voorschriften in voor herstructurering van nationale luchtvaartmaatschappijen (*flag carriers*).²² De opkomst van de LCC's – de grootste twee LCC's in Europa, Ryanair en easyJet, zijn opgericht in 1991 en 1995 – werd meer opgevat als een competitie-element dan een daadwerkelijke bedreiging voor de *flag carriers* en speelde nog geen grote rol in deze richtsnoeren die het ontstaan van een 'egaal speelveld' beoogden voor concurrentie tussen luchtvaartmaatschappijen. Belangrijke uitgangspunten waren (1) de voltooiing van de interne markt voor het vervoer door de lucht, die tot grotere concurrentie zal leiden en (2) meer transparantie op verschillende niveaus.²³

Het is van belang deze achtergrond van de (doelstelling van de) liberalisering en ontwikkeling van de luchtvaartsector in het oog te houden, omdat de vraag kan rijzen wat de gevolgen voor de liberalisering en het *level playing field* in de luchtvaartsector kunnen zijn van de (onderling heel verschillende) steunmaatregelen van de lidstaten om gevolgen van de COVID-19-pandemie voor de luchtvaartsector te matigen of te voorkomen.

2. COVID-19-effect

Het COVID-19-virus heeft het personenvervoer door de lucht (aanvankelijk) nagenoeg geheel stilgelegd en mogelijk blijvend, structureel en drastisch verminderd. In de Europese Unie (en ook in Nederland) was het personenvervoer door de lucht aanvankelijk met 98% afgenomen. Ook luchtvrachtvervoer verminderde aanzienlijk, zij het in mindere mate dan het personenvervoer. Experts voorspellen dat, in het meest gunstige scenario, de luchtvaart in de tweede helft van 2021 kan herstellen en dat in een pessimistischer scenario herstel langdurig achterwege blijft, mede als gevolg van een wereldwijde recessie. Er zullen ook luchtvaartmaatschappijen en vliegvelden failliet gaan.²⁴ De vele COVID-19-steunmaatregelen van de overheden beogen faillissementen met het daarmee gepaard gaande verlies voor de economie en de werkgelegenheid, te voorkomen en te beperken. De Commissie heeft al een groot aantal van de steunmaatregelen van de lidstaten aan 'hun' *flag carriers* goedgekeurd. Dit is een doorn in het oog van LCC's zoals Ryanair, die zich hiertegen verzetten met onder meer juridische procedures. Hoe komen *flag* en *low-cost carriers* door deze moeilijke periode? Hoe dragen de steunmaatregelen van de lidstaten hieraan bij? In de volgende paragraaf wordt ingegaan op enkele besluiten van de Commissie waarin COVID-19-steunmaatregelen verenigbaar met de interne markt werden geacht te zijn.

Suau-Sanchez, Voltes-Dorta en Cugueró-Escofe hebben de effecten (op zowel middellange als lange termijn) van COVID-19 binnen de luchtvaartsector onderzocht. Dit hebben zij gedaan aan de hand van resultaten van een reeks interviews met senior managers uit de sector. Deze interviews

18. S. Varsamos, *Airport competition regulation in Europe*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2016, p. 117.

19. K. Mason, W.G. Morrison & I. Stockman, *Liberalization of air transport in Europe and the evolution of 'low-cost' airlines* (Liberalization in Aviation: Competition, Cooperation and Public Policy), Abington: Routledge 2013, p. 141-156.

20. Idem.

21. Zie noot 13, nummer 3.

22. Zie noot 2.

23. Persbericht van de Commissie, *De Commissie keurt richtsnoeren goed voor steunmaatregelen van de staten ten behoeve van de luchtvaartsector*, 16 november 1994, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/P_94_66.

24. SEO, *Effecten van COVID-19 op de Nederlandse luchtvaart* (in opdracht van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat), 6 augustus 2020.

werden afgenomen tijdens de eerste weken van de crisis, toen de regeringen over de hele wereld *lockdown*-maatregelen implementeerden.²⁵ De geïnterviewden hadden een aantal zorgen over de herstelfase, vooral op de Europese markt.

‘One of the major concerns expressed by the interviewees was related to ensuring a level playing-field after a foreseeable round of state aid to major carriers. For many of our interviewees, possible state aid to airlines creates some serious concerns. First, state aid could extend the life of airlines that even in a market context free of Covid-19 pressures could have disappeared. Second, state support is likely to take different forms in different countries, in the absence of a common European policy on the matter. Third, a few interviewees dreaded the implications of states becoming shareholders in airlines and so exerting influence on airline management that could take the industry back to the situation 20 or 30 years ago.’²⁶

De Commissie heeft weliswaar een Tijdelijke Kaderregeling ter ondersteuning van de economie bij de huidige uitbraak van COVID-19 opgesteld (zie de volgende paragraaf) maar dit is (slechts) een heel algemeen toetsingskader voor COVID-19-steunmaatregelen van de lidstaten, dat niet specifiek gericht is op een specifieke markt of sector. De Commissie lijkt de zorgen die hiervoor werden geuit niet te delen, en heeft in de hierna te bespreken besluiten steunvormen aanvaard waarover juist grote twijfels worden geuit.

2.1. Tijdelijke Kaderregeling COVID-19

De Commissie heeft de Tijdelijke Kaderregeling voor staatssteunmaatregelen ter ondersteuning van de economie bij de huidige uitbraak van COVID-19 (Tijdelijke Kaderregeling)²⁷ vastgesteld welke regeling het toetsingskader is voor de beoordeling van steunmaatregelen van de lidstaten die erop gericht zijn ondernemingen door deze crisis te helpen. Daarnaast heeft de Commissie een overzicht van de regels opgesteld met de mogelijke – reeds bestaande – grondslagen voor staatssteunverlening die van toepassing kunnen zijn op de luchtvervoerssector tijdens de uitbraak van COVID-19.²⁸ Dit overzicht biedt de lidstaten een leidraad voor de verschillende steunmaatregelen die mogelijk zijn in de uitzonderlijke context van de COVID-19-uitbraak.

De Tijdelijke Kaderregeling beoogt onder meer de kredietstroom te bevorderen in het belang van ondernemingen die geraakt worden door de gevolgen van de COVID-19-crisis. Indien de kredietstroom ernstig zou worden beperkt, zal de economische activiteit sterk vertragen, aangezien het voor ondernemingen moeilijk of onmogelijk wordt leveranciers en werknemers te betalen doordat omzetten en rendementen dalen of wegvallen. Op grond van artikel 107 lid 3 onder b VWEU kan de Commissie steun verenigbaar met de interne markt verklaren ‘om een ernstige verstoring van de economie van een lidstaat te verhelpen’. In de Tijdelijke Kaderregeling overweegt de Commissie dat ‘de uitbraak van COVID-19 alle lidstaten treft en dat de inperkingsmaatregelen van de lidstaten gevolgen hebben voor ondernemingen’. De Commissie concludeert dat ‘staatssteun gerechtvaardigd is en (...) op grond van artikel 107 lid 3 onder b VWEU voor een beperkte periode verenigbaar met de interne markt (kan) worden verklaard om het liquiditeitstekort te verhelpen waarmee ondernemingen te kampen hebben en ervoor te zorgen dat de verstoringen als gevolg van de COVID-19-uitbraak hun levensvatbaarheid niet ondermijnen, in het bijzonder voor MKB-ondernemingen’.

De Commissie heeft vijf vormen van steun benoemd die op grond van de Tijdelijke Kaderregeling kunnen worden verleend.²⁹ Deze bijdrage focust op twee vormen van steun, te weten de garanties en leningen via banken of andere financiële instellingen en steun in de vorm van garanties voor leningen.³⁰ Zo heeft de Commissie in haar besluiten *KLM*³¹ en *SAS*³² getoetst aan de Tijdelijke Kaderregeling en onder andere geoordeeld dat de garantie niet meer mag bedragen dan 90% van de hoofdsom van de lening en de looptijd van de garanties maximaal zes jaar omvat. Naast het hanteren van de Tijdelijke Kaderregeling toetst de Commissie in haar besluiten ook of de maatregelen voldoen aan de elementen van artikel 107 lid 2 onder b VWEU, namelijk of er sprake is van een uitzonderlijke gebeurtenis, een causaal verband en of de steunmaatregel voldoet aan het proportionaliteitsvereiste.

De COVID-19-uitbraak en -pandemie kan worden beschouwd als een uitzonderlijke gebeurtenis in de zin van artikel 107 lid 2 onder b VWEU.³³ Het risico voor de volksgezondheid dat voortvloeit uit de afwezigheid van therapieën of vaccins voor het nieuwe COVID-19-virus, de snelheid

-
25. P. Suau-Sanchez, A. Voltes-Dorta & N. Cugueró-Escofeta, ‘An early assessment of the impact of COVID-19 on air transport: Just another crisis or the end of aviation as we know it?’, *Journal of Transport Geography*, Volume 86, June 2020, p. 1.
 26. P. Suau-Sanchez, A. Voltes-Dorta & N. Cugueró-Escofeta, ‘An early assessment of the impact of COVID-19 on air transport: Just another crisis or the end of aviation as we know it?’, *Journal of Transport Geography*, Volume 86, June 2020, p. 3.
 27. Mededeling van de Commissie van 19 maart 2020, Tijdelijke kaderregeling inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19-uitbraak (2020/C 91 I/01). Deze Tijdelijke Kaderregeling is op 3 april 2020, 8 mei 2020 en 29 juni 2020 door de Commissie aangepast (ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_amended_3_april_8_may_and_29_june_2020_nl.pdf).
 28. ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/air_transport_overview_sa_rules_during_coronavirus.pdf. Dit is geen standpunt van DG Mededinging maar van DG Transport, waarmee DG Mededinging geen rekening zal houden.
 29. De vijf mogelijke vormen van steun zijn: steun in de vorm van rechtstreekse subsidies, terugbetaalbare voorschotten of belastingvoordelen, steun in de vorm van garanties voor leningen, steun in de vorm van rentesubsidie voor leningen, steun in de vorm van garanties en leningen die via kredietinstellingen of andere financiële instellingen worden verleend en kortlopende exportkredietverzekering.
 30. Zie de paragrafen 3.2 en 3.3 van de Tijdelijke kaderregeling inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19-uitbraak (2020/C 91 I/01).
 31. Besluit van de Commissie SA.57116 (2020/N) – The Netherlands COVID-19: State loan guarantee and State loan for KLM, 13 juli 2020.
 32. Besluit van de Commissie SA.56795 (2020/N) – Denmark: Compensation for the damage caused by the COVID-19 outbreak Scandinavian Airlines, 15 april 2020; Besluit van de Commissie SA.57061 (2020/N) – Sweden: Compensation for the damage caused by the COVID-19 outbreak to Scandinavian Airlines, 24 april 2020.
 33. Besluit van de Commissie SA.57061 (2020/N) – Sweden: Compensation for the damage caused by the COVID-19 outbreak to Scandinavian Airlines, 24 april 2020, p. 8-10.

van verspreiding en de enorme maatschappelijk en economische gevolgen bepalen de uitzonderlijkheid van de omstandigheden. Aangezien het virus niet te voorzien was en duidelijk te onderscheiden is van gewone gebeurtenissen door de aard van de crisis en de gevolgen voor de getroffen ondernemingen en de economie in het algemeen, is sprake van een uitzonderlijke gebeurtenis die buiten de normale werking van de (interne) markt valt.³⁴

Volgens de Commissie dient de aangemelde steunmaatregel rechtstreeks verband te houden met het virus. De uitbraak van COVID-19 heeft geleid tot reisbeperkingen en heeft de overgrote meerderheid van het passagiersvervoer door de lucht stopgezet.³⁵

Krachtens artikel 107 lid 2 onder b VWEU moet de steun in verhouding staan tot de schade³⁶ die door de buitengewone gebeurtenis is veroorzaakt en mag de steun niet leiden tot overcompensatie van schade: alleen de schade die is veroorzaakt door de uitzonderlijke gebeurtenis mag worden vergoed. Dit is in lijn met eerdere besluiten van de Commissie ten aanzien van de overcompensatie van schade.³⁷

2.2. Commissiebesluiten COVID-steun luchtvaart

Ook al is de Tijdelijke Kaderregeling vooral bedoeld voor regelingen van de lidstaten en in strikte zin niet voor individuele ad-hocsteunverleningen, sluit de Commissie goedkeuring voor individuele besluiten niet uit (randnummer 16). Ook het feit dat luchtvaartmaatschappijen niet kwalificeren als mkb-onderneming, staat (kennelijk) niet in de weg aan goedkeurende besluiten van de Commissie voor (heel) grote luchtvaartondernemingen en *flag carriers*. We gaan hierna in op enkele Commissiebesluiten.

2.2.1. KLM³⁸

Nederland heeft op 26 juni 2020 staatssteun ten behoeve van de KLM aangemeld bij de Commissie conform de aanmeldingsverplichting van artikel 108 lid 3 VWEU. De basis van het voornemen tot steunverlening is artikel 107 lid 3 onder b VWEU, in het licht van de paragrafen 3.2 (steun in de vorm van garanties voor leningen) en 3.3 (steun in de vorm van rentesubsidie voor leningen) van de Tijdelijke Kaderregeling. Zoals reeds eerder benoemd worden in die twee paragrafen criteria gesteld waaraan de lidstaten moeten voldoen; deze vereisten zullen hierna aan bod komen.

Het totale budget van de maatregel bedraagt maximaal € 3,4 miljard in de vorm van een staatsgarantie voor 90% van een door een bankenconsortium verstrekte lening, die maximaal € 2,4 miljard zal bedragen (met een looptijd van zes jaar) en een (achtergestelde) staatslening van maximaal € 1 miljard (met een looptijd van 5,5 jaar). De steun dient uiterlijk op 31 december 2020 te worden verleend. De Neder-

landse autoriteiten verlenen die steun omdat een faillissement van KLM de ernstige verstoring van de Nederlandse economie als gevolg van COVID-19 verder zou verergeren.

De Commissie heeft de voorgenomen steunmaatregel goedgekeurd ('decision not to raise objections') nu deze naar het oordeel van de Commissie voldoet aan de voorwaarden van de Tijdelijke Kaderregeling voor resp. overheids garanties en (achtergestelde) leningen (paragrafen 3.2 en 3.3). De door KLM verschuldigde garantiepremie stemt overeen met de voorwaarden van de Tijdelijke Kaderregeling; het garantiëbedrag is duidelijk bepaald en is niet meer dan 90% van de onderliggende lening; de garantiëpremie wordt jaarlijks hoger waarmee vervroegde aflossing van de gegarandeerde lening wordt gestimuleerd; het maximumbedrag van de hoofdsom van de gegarandeerde lening is minder dan het dubbele – niet meer dan twee derde – van de jaarlijkse loonsom van KLM in 2019; de looptijd van de garantie is niet meer dan zes jaar; de verliezen die (kunnen) voortvloeiën uit de lening en de garantie worden evenredig en onder dezelfde voorwaarden gedragen door de kredietinstellingen en de staat. KLM voldoet ook aan de voorwaarde, dat de onderneming op 31 december 2019 niet reeds in moeilijkheden verkeerde. De Nederlandse autoriteiten hebben bevestigd dat zij de monitoring- en rapportageregels van paragraaf 4 van de Kaderregeling zullen naleven.

Het besluit van de Commissie bevat een korte samenvatting van de voorwaarden die de Nederlandse regering nog heeft gesteld (randnummers 45-49 van het besluit) die onder meer zien op duurzaamheid van de luchtvaart, zoals de reductie van CO₂-emissie van 50% per passagier per kilometer in 2030 in vergelijking met 2005, en samenwerken met Schiphol teneinde het aantal vluchten op Schiphol te verlagen tot maximaal 25 000. Ook zijn er aanvullende voorwaarden gesteld op het gebied van winstuitkering. Zo mogen er geen dividenduitkeringen plaatsvinden voor de duur van de steunmaatregel. Ten slotte zijn er sociale voorwaarden gesteld die inhouden dat de lonen van het hogere management worden verlaagd met 20% en er wordt een loonoffer gevraagd van het voltallige personeel.³⁹

De Commissie is van mening dat de maatregel noodzakelijk, passend en evenredig is om een ernstige verstoring van de economie van Nederland te verhelpen overeenkomstig artikel 107 lid 3 onder b VWEU, aangezien de steunmaatregelen aan alle relevante voorwaarden voldoen.

34. Besluit van de Commissie SA.57061 (2020/N) – Sweden: Compensation for the damage caused by the COVID-19 outbreak to Scandinavian Airlines, 24 april 2020, randnummer 55.

35. Besluit van de Commissie SA.57061 (2020/N) – Sweden: Compensation for the damage caused by the COVID-19 outbreak to Scandinavian Airlines, 24 april 2020, p. 10-11.

36. Besluit van de Commissie SA.57061 (2020/N) – Sweden: Compensation for the damage caused by the COVID-19 outbreak to Scandinavian Airlines, 24 april 2020, p. 11-12.

37. Zie bijvoorbeeld: Besluit van de Commissie SA.33472 Aid scheme to compensate for damages caused by the flooding of the Maas River in January 2011, 22 december 2011, randnummer 30, p. 6.

38. Besluit van de Commissie SA.57116 (2020/N) – The Netherlands COVID-19: State loan guarantee and State loan for KLM, 13 juli 2020.

39. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken I* 2019/20, 35505, B; *Kamerstukken II* 2019/20, 35505, nr. 2 met bijlage.

- *Naleving Richtlijn 2014/56/EU⁴⁰ en Verordening (EU) 806/2014⁴¹*

In de randnummers 5 en 6 van de Tijdelijke Kaderregeling licht de Commissie toe dat steun van lidstaten aan ondernemingen die verleend wordt via financiële instellingen niet (reeds daarom) (ook) kwalificeert als steun aan de betrokken financiële instellingen (zie de slotzin van randnummer 6, waarin wordt geconcludeerd dat Richtlijn 2014/59/EU betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en Verordening (EU) 806/2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds, in dat geval niet van toepassing zijn en dat steunmaatregelen als die in geval van KLM niet zullen worden getoetst aan de staatssteunregels die van toepassing zijn op de banksector, ook niet als die profiteert van steunmaatregelen ten gunste van ondernemingen die via die banken en andere financiële instellingen worden uitgevoerd). Wel toetst de Commissie in de randnummers 113-116 van het KLM-besluit of in het geval van de KLM-steun sprake is van steun die verder reikt en toch leidt tot steun aan de financiële sector. Met verwijzing naar Richtlijn 2014/59/EU en Verordening (EU) 806/2014 concludeert de Commissie dat de aangemelde maatregel niet onder het toepassingsbereik valt van Richtlijn 2014/59/EU. Het doel van de maatregel is het liquiditeitstekort te verhelpen waarmee ondernemingen die geen financiële instellingen zijn hebben te kampen en ervoor te zorgen dat de gevolgen van de uitbraak van COVID-19 voor deze ondernemingen hun levensvatbaarheid niet ondermijnen. Als gevolg hiervan kan steun die in het kader van de maatregel wordt verleend, niet worden aangemerkt als buitengewone openbare financiële steun in de zin van artikel 2 lid 1 jo. artikel 2 lid 28 Richtlijn 2014/59/EU en artikel 3 lid 1 jo. artikel 3 lid 29 Verordening (EU) 806/2014. In het geval van KLM bevatten de door de Nederlandse regering aan KLM gestelde voorwaarden bovendien waarborgen met

betrekking tot mogelijke indirecte steun ten behoeve van kredietinstellingen of andere financiële instellingen. Dergelijke waarborgen zorgen ervoor dat die instellingen de door de maatregel geboden voordelen zo veel mogelijk doorgeven aan de beoogde begunstigde.

Overigens heeft KLM ook gebruikgemaakt van de (nationale) Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud werkgelegenheid, ook wel NOW-regeling genoemd.⁴² De KLM heeft blijkens het register NOW 1.0-regeling een bedrag van € 300 miljoen (aan voorschotten) ontvangen.⁴³ Volgens de Nederlandse regering is de NOW-subsidie geen staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, omdat niet voldaan is aan het specificiteitsvereiste.⁴⁴ De NOW is een generieke⁴⁵ en tijdelijke subsidieregeling voor alle werkgevers (ondernemingen) die in hun omzet getroffen zijn door de gevolgen van, onder meer, het COVID-19-virus.⁴⁶

2.2.2. Air France

Op 4 mei 2020 heeft de Commissie een steunmaatregel van Frankrijk ten gunste van Air France goedgekeurd, bestaande uit een staatsgarantie en een aandeelhouderslening van in totaal € 7 miljard. Net als bij de andere besluiten was de basis van het voornemen tot steunverlening artikel 107 lid 3 onder b VWEU en waren de steunmaatregelen in overeenstemming met de Tijdelijke Kaderregeling.⁴⁷ Overwegingen die een rol hebben gespeeld bij de goedkeuring waren het feit dat Air France belangrijk is voor werkgelegenheid en mobiliteit. Daarnaast heeft Air France een essentiële rol gespeeld bij de repatriëring van burgers en voor het transport van medicijnen. Frankrijk heeft aangekondigd plannen te hebben als het gaat om milieumaatregelen voor Air France.⁴⁸

De Franse Minister van Financiën, Bruno Le Maire, heeft bekendgemaakt dat er aanvullende voorwaarden zijn gesteld aan de maatregel met betrekking tot de winst en milieufactoren. Zo dient Air France de meest milieuvriendelijke lucht-

40. Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (*PbEU* 2014, L 173/190) in Nederland geïmplementeerd door (een wijziging (*Stb.* 2014, 542) van) het Besluit uitvoering EU-Verordeningen financiële markten. Uit randnummers 5 en 6 van de Tijdelijke Kaderregeling blijkt dat de Richtlijn 2014/59/EU in het leven is geroepen om de autoriteiten te steunen met een samenstel van instrumenten tijdig en snel genoeg te kunnen ingrijpen in een zwakke of falende financiële instelling om het bestaan van de kritieke financiële en economische functies van de instelling te waarborgen en tegelijkertijd het effect op de economie te beperken tot een minimum.
41. Verordening 806/2014/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds (*PbEU* 2014, L 225/1). Het doel van de Verordening is om de EU op economisch en sociaal welzijn te versterken, evenals stabiliteit en duurzame welvaart te garanderen.
42. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 maart 2020, tot vaststelling van een tijdelijke subsidieregeling tot tegemoetkoming in de loonkosten teneinde de werkgelegenheid onder buitengewone omstandigheden te behouden, bijlage bij Kamerbrief d.d. 31 maart 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 35420, nr. 8. Nadien gewijzigd in NOW 2.0 en NOW 3.0.
43. UWV, *Register NOW: Met informatie over ontvangers NOW 1.0*, 11 augustus 2020. NB Na afloop van de NOW 2.0 zal het UWV ook een register publiceren.
44. Een beschouwing over het specificiteitsvereiste valt buiten het bestek van deze bijdrage.
45. Er is niet aan het criterium 'selectiviteit' voldaan wanneer de steunmaatregel geldt voor een beperkt aantal ondernemingen. Zie ook noot 1.
46. Toelichting bij de Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 maart 2020, tot vaststelling van een tijdelijke subsidieregeling tot tegemoetkoming in de loonkosten teneinde de werkgelegenheid onder buitengewone omstandigheden te behouden, bijlage bij Kamerbrief d.d. 31 maart 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 35420, nr. 8.
47. Net als bij andere luchtvaartbesluiten toetst de Commissie aan de voorwaarden zoals opgenomen in de Tijdelijke Kaderregeling, namelijk (i) de garantiëpremie neemt in de loop van de tijd toe om vervroegde terugbetaling aan te moedigen; (ii) de garantie wordt verleend vóór 31 december 2020; (iii) de garantie mag niet meer bedragen dan € 4 miljard; (iv) de maximale looptijd van de garantie is zes jaar en dekt niet meer dan 90% van de lening gedekt door een dergelijke garantie; en (v) Air France verkeerde niet in moeilijkheden op of vóór 31 december 2019.
48. Persbericht inzake besluit van de Commissie SA.57082 (COVID-19 – *Cadre temporaire 107(3)(b) – Garantie et prêt d'actionnaire au bénéfice d'Air France*). NB Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage was het besluit nog niet gepubliceerd.

vaartmaatschappij ter wereld te worden en moet zij een plan presenteren om de CO₂-uitstoot te verminderen.⁴⁹

2.2.3. SAS (staatsgarantie door Denemarken en Zweden)⁵⁰

In een tweetal besluiten heeft de Commissie steunmaatregelen ten gunste van de Scandinavische luchtvaartmaatschappij SAS goedgekeurd. SAS is een luchtvaartmaatschappij met activiteiten in Denemarken, Zweden en Noorwegen. De belangrijkste hub van SAS is de luchthaven van Kopenhagen. Zowel de Deense als de Zweedse autoriteiten hebben bij de Commissie steunmaatregelen aangemeld die bestaan uit een overheidsgarantie op een doorlopende kredietfaciliteit voor SAS AB (SAS), de in Zweden gevestigde holdingvennootschap van de SAS Groep, in overeenstemming met artikel 108 lid 3 VWEU. De maatregel is gebaseerd op artikel 107 lid 2 onder b VWEU met het doel de schade te vergoeden die SAS heeft geleden als gevolg van de annulering of noodzakelijke herplanning van haar vluchten door de reisbeperkingen in verband met de COVID-19-uitbraak.

In het kader van de steunmaatregel garanderen Zweden en Denemarken een kredietfaciliteit met een nominaal bedrag van maximaal SEK 1,5 miljard (omgerekend € 137 miljoen). De garantie zal worden verleend nadat goedkeuring door de Commissie is verleend en loopt uiterlijk op 20 april 2023 af voor wat betreft Denemarken en uiterlijk op 20 april 2026 voor wat betreft Zweden. Beide lidstaten stellen dat het steunbedrag niet hoger zal zijn dan de voorziene schade. De schade die bestaat uit de kosten en gevolgen voor SAS door de uitbraak van COVID-19, wordt gedefinieerd als het verlies van toegevoegde waarde en wordt berekend aan de hand van een aantal parameters, zoals de inkomstderving, extra en vermeden kosten en de winstderving.

De beide lidstaten hebben toegezegd uiterlijk op 30 juni 2021 een update van de aan COVID-19 gerelateerde verliezen van SAS te maken. Daarnaast hebben de nationale autoriteiten expliciet vermeld ervoor te zorgen dat SAS elke overcompensatie terugbetaalt, indien achteraf uit de beoordeling blijkt dat de totale steun die SAS heeft groter is dan het totale bedrag van de door SAS geleden schade.

– *Beoordeling Commissie*

De Commissie is in de eerste plaats van oordeel dat de maatregel staatssteun vormt in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. De maatregel valt toe te rekenen aan de staat: de uitvoering is opgedragen aan het Ministerie van Financiën in Denemarken en National Debt Office, een Zweedse overheidsinstelling (de steun verlenende autoriteiten). De maatregel wordt gefinancierd met staatsmiddelen, aangezien de

maatregel de vorm heeft van een staatsgarantie en aan SAS een voordeel verleent (de staatsgarantie stelt SAS in staat financiering (leningen) te verkrijgen die zij anders niet of op minder gunstige voorwaarden zou hebben kunnen krijgen). De maatregel ontlast de begunstigde van kosten die de onderneming onder normale marktvoorwaarden had moeten dragen. De maatregel is selectief, aangezien de garantie wordt verleend ten gunste van één enkele begunstigde, namelijk SAS. De maatregel kan de concurrentie vervalsen, aangezien deze de concurrentiepositie van SAS versterkt. Daarnaast beïnvloedt de steunmaatregel ook de handel tussen de lidstaten, aangezien SAS actief is in de grensoverschrijdende internationale luchtvaartsector. Vervolgens toetst de Commissie in het besluit de maatregel in het kader van artikel 107 lid 2 onder b VWEU met in aanmerkingneming van de rechtspraak van het Hof van Justitie, waaruit volgt dat de begrippen ‘natuurramp’ en ‘uitzonderlijke gebeurtenis’ zoals bedoeld in artikel 107 lid 2 onder b VWEU, restrictief en per geval moet worden uitgelegd.

Gezien de situatie op de financiële markten en de specifieke moeilijkheden van SAS om financiering te verkrijgen, kan de Commissie niet uitsluiten dat het steunbedrag moet bestaan uit het volledige bedrag van de leningen die zijn of worden verkregen dankzij de staatsgaranties (tot een maximum van SEK 1,5 miljard). De Commissie is echter van oordeel dat zelfs als het volledige bedrag van de garantie als steun zou worden aangemerkt, het steunbedrag ver beneden de schade zal blijven die SAS verwacht te lijden. Het bedrag van de maximale steun is daarom lager dan de schade die SAS heeft geleden en hoogstwaarschijnlijk zal lijden als gevolg van de COVID-19-pandemie. Als uit de analyse blijkt dat SAS overgecompenseerd is, verbinden de autoriteiten zich ertoe zorg te dragen dat SAS dergelijke overcompensatie terugbetaalt. Kortom, de Commissie concludeert dat de steunmaatregelen proportioneel en in overeenstemming zijn met artikel 107 lid 2 onder b VWEU.⁵¹

2.2.4. Lufthansa

Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage is de volledige tekst van het besluit van de Commissie inzake het steunpakket voor Lufthansa nog niet gepubliceerd. Uit berichtgeving in de media en persberichten van de Commissie⁵² blijkt dat het steunpakket van de Duitse autoriteiten voor € 9 miljard is goedgekeurd door de Commissie. De Duitse autoriteiten trekken een bedrag uit van € 6 miljard om Deutsche Lufthansa AG (DLH), de moedermaatschappij van Lufthansa Group, te herkapitaliseren en staan voor een bedrag van € 3 miljard garant om DLH in staat te stellen kapi-

49. French government announces ‘historic’ € 7 billion aid package for Air France-KLM, 24 april 2020, france24.com/en/20200424-french-government-announces-historic-%E2%82%AC7-billion-aid-package-for-air-france-klm.

50. Besluit van de Commissie SA.56795 (2020/N) – Denmark: Compensation for the damage caused by the COVID-19 outbreak Scandinavian Airlines, 15 april 2020; Besluit van de Commissie SA.57061 (2020/N) – Sweden: Compensation for the damage caused by the COVID-19 outbreak to Scandinavian Airlines, 24 april 2020.

51. Anders dan het KLM-besluit van 13 juli 2020 is het SAS-besluit inzake Deense steun beperkt tot de toetsing aan deze verdragsbepaling en niet (mede) gebaseerd op de Tijdelijke Kaderregeling, hoewel die al werd vastgesteld op 19 maart 2020 en daarna werd gewijzigd op 8 mei en 29 juni 2020. De Tijdelijke Kaderregeling wordt in het geval van de Deense steun wel genoemd in het persbericht van de Commissie: mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1215904&siteid=190&rd=1.

52. Persbericht van de Commissie, *State aid: Commission approves German measures to support economy in Coronavirus outbreak*, 22 maart 2020 en *State aid: Commission approves EUR 6 Billion German measure to recapitalize Lufthansa*, 25 juni 2020, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1179.

taal op de markt aan te trekken.⁵³ Een van de voorwaarden die de Duitse autoriteiten en de Commissie stellen, is het beschikbaar stellen van landings- en take-off slots op de luchthavens Frankfurt en München (waar de vraag naar slots groter was dan het aanbod) teneinde concurrerende luchtvaartmaatschappijen de gelegenheid te bieden aldaar voet aan de grond te krijgen. Dit is ook in lijn met de Tijdelijke Kaderregeling die in randnummer 10 erop wijst dat ervoor moet worden gewaakt dat de interne markt niet wordt gefragmenteerd door de COVID-19-steunmaatregelen en dat het *level playing field* wordt gewaarborgd.⁵⁴ Een dergelijke voorwaarde zoals die aan DLH wordt gesteld, maakt geen onderdeel uit van de voorwaarden die de Commissie in aanmerking neemt bij de goedkeuring van het steunpakket voor KLM.

2.2.5. Ryanair

Ryanair heeft tegen een aantal recente besluiten van de Commissie waarin staatssteun aan de luchtvaart werd goedgekeurd beroep ingesteld bij het Gerecht van de Europese Unie. Dit betreft de goedkeuringsbesluiten voor staatssteun aan Air France (T-259/20), SAS (T-378/20 en T-379/20), TAP (Portugal) (T-465/20) en Finnair (Finland) (T-388/20). De gronden van beroep die in de verschillende zaken door Ryanair worden aangevoerd zijn (inhoudelijk) (vrijwel) identiek.⁵⁵ Naast een beroep op het motiveringsbeginsel, de afwegingstoets (proportionaliteitsbeginsel), de klacht dat de Commissie ten onrechte niet de onderzoeksprocedure van artikel 108 lid 2 VWEU heeft ingeleid en (in enkele zaken) een beroep op de onjuistheid van feitelijke beoordelingen door de Commissie, is de belangrijkste en meest principiële klacht van Ryanair dat met de goedgekeurde steunmaatregelen voor *flag carriers*, de liberalisering van de luchtvaart weer 'in de achteruit wordt gezet'. Meer specifiek betoogt Ryanair dat door de goedkeuring door de Commissie van de steunmaatregelen het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit (artikel 18 VWEU) en het vrij verkeer van diensten, die ten grondslag liggen aan de liberalisering van het luchtvervoer in de EU, worden geschonden. Uitzonderlijke omstandigheden waarop artikel 107 lid 2 onder b VWEU doelt, en die een uitzondering op het verbod op staatssteun van artikel 107 lid 1 VWEU kunnen rechtvaardigen, kunnen geen grond zijn voor een uitzondering op andere regels en beginselen van het VWEU, aldus Ryanair. In het geval van de steunmaatregel 'COVID Corporate Financing Facility'⁵⁶ van het Verenigd Koninkrijk (VK), die openstaat voor alle ondernemingen in het VK, was het oordeel van Ryanair positief en heeft Ryanair daar dan ook gretig gebruik van ge-

maakt.⁵⁷ We moeten afwachten hoe de Unierechter deze beroepen zal beoordelen. Wij menen dat hiervoor geen 'verzwaarde' staatssteuntoets geldt, omdat het zou gaan om een geliberaliseerde sector. Juist daarom geldt het 'normale' staatssteunrecht ook hier, op grond waarvan steun overeenkomstig artikel 107 lid 3 onder b VWEU en de Tijdelijke Kaderregeling mogelijk is, onder de randvoorwaarden die steeds gelden bij de toepassing van uitzonderingen in het Unierecht: de maatregel moet beantwoorden aan zijn doel, niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is en voldoen aan het proportionaliteitscriterium. Gelet op de wijze waarop de Commissie en de Unierechter in eerdere zaken hebben geoordeeld over steunmaatregelen onder maatschappelijk en economische dreigende omstandigheden waardoor de economie van de lidstaten en de Unie ernstig werd geraakt, lijkt ook hier een categorisch beroep op de onverenigbaarheid van de steunmaatregelen met het verbod op staatssteun en andere verdragsbepalingen niet kansrijk.⁵⁸ Een voorbeeld is het arrest van het Hof van Justitie in de prejudiciële procedure *Portugal/Banco Privado*.⁵⁹ Het Hof van Justitie laat aan de Commissie – in lijn met vaste rechtspraak⁶⁰ – een ruime beoordelingsvrijheid bij de toepassing van artikel 107 lid 3 onder b VWEU, die – zoals in het geval van de Tijdelijke Kaderregeling – wordt genormeerd door een beleidsmededeling die de Commissie voor een specifieke crisis heeft vastgesteld.⁶¹ *Bottomline* is dat de steunmaatregel niet verder mag gaan dan noodzakelijk is om een ernstige verstoring van de nationale economie te voorkomen, waarbij de Commissie een ruime beoordelingsvrijheid heeft en de Europese rechter de rechtmatigheid toetst van de uitoefening van die bevoegdheid, maar zijn eigen oordeel niet in de plaats stelt van dat van de Commissie.⁶²

3. Toekomst/conclusie

Opvallend is dat het bij de COVID-19-staatssteun in de luchtvaart om individuele steunmaatregelen van evenzovele lidstaten gaat, waarbij iedere lidstaat zich het lot van zijn *flag carrier* aantrekt. Iedere lidstaat tuigt zijn eigen steunpakket op voor de *flag carrier* en laat dit door de Commissie goedkeuren. Er is geen sprake van Uniebrede aanpak voor de gehele luchtvaartsector, bestaande uit luchtvaartmaatschappijen, luchthavens en andere met de luchtvaart verbonden bedrijven. Ongelijkheid tussen de hulp die de luchtvaartondernemingen per lidstaat krijgen en verstoring van de interne markt en het *level playing field*, ligt door die heel verschillende individuele en nationale steunmaatregelen op de loer. De

53. Het staatssteunbesluit inzake Lufthansa (SA.57153 COVID-19 – Aid to Lufthansa) zal t.z.t. in het staatssteunregister van de Commissie gepubliceerd worden: ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57153.

54. Zie ook randnummer 16 van de Tijdelijke Kaderregeling.

55. Zie bijvoorbeeld het beroep in Gerecht EU 8 mei 2020, T-259/20 (*Air France*), *PbEU* 2020, C 215/59.

56. N. Hirst, 'Ryanair to appeal SAS's billion-euro Covid-19 handout, airline's legal chief Komorek says', 24 augustus 2020, Mlex.

57. J. Komorek, legal counsel Ryanair: 'It's interesting that the one country that has left the EU is the one that is most respecting of its [EU] rules.' Ryanair heeft voor £ 600 miljoen een beroep gedaan op deze regeling.

58. Philip Lowe, 'Stae aid policy in the context of the financial crisis', *Competition Policy Newsletter* 2009 (2), p. 3-8; R.E. van Lambalgen, *State aid to banks. An analysis of the Commission's decisional practice*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018. De haast die tijdens de kredietcrisis geboden was om de banken te redden, deed de vraag rijzen of het gelijkheids- en transparantiebeginsel en de staatssteunrechtelijke beginselen wel in voldoende mate werden gerespecteerd. De besluiten van de Commissie over staatssteun aan banken zijn grotendeels zonder kleerscheuren door de rechterlijke toetsing van het Hof van Justitie gekomen.

59. HvJ EU 5 maart 2015, C-667/13, ECLI:EU:C:2015:151.

60. Zie noot 59, HvJ EU, C-667/13, r.o. 67, met verwijzing naar de rechtspraak aldaar.

61. In de kredietcrisis was dat de 'bankenmededeling', Mededeling van de Commissie – De toepassing van de staatssteunregels op maatregelen in het kader van de huidige wereldwijde financiële crisis genomen met betrekking tot financiële instellingen, *PbEU* 2008, C 270/8.

62. Zie noot 59, HvJ EU, C-667/13, r.o. 67, met verwijzing naar de rechtspraak aldaar.

aandacht gaat ook vooral uit naar luchtvervoer, hoewel ook andere vervoerssectoren (langzaam) in beeld komen.⁶³

De Tijdelijke Kaderregeling (randnummer 10) wijst op die risico's en in essentie is de belangrijkste beroepsgrond van Ryanair in de verschillende zaken bij het Gerecht EU ook daarop gericht. Het lijkt onwaarschijnlijk dat de Commissie zou aanvaarden dat thans (belangrijke en blijvende) concessies zouden moeten worden gedaan aan de bereikte liberalisering en het *level playing field* in de luchtvaartsector dat de Commissie nastreeft en voor een groot deel gerealiseerd had door haar beleid en regelgeving. De nationale steunmaatregelen zijn in veel gevallen heel verschillend, zowel wat betreft omvang maar ook wat betreft de aard van de maatregelen. Uit de besluiten van de Commissie volgt echter niet dat de Commissie gezocht of gestuurd heeft op onderlinge vergelijkbaarheid onder een gemeenschappelijke noemer voor steunmaatregelen anders dan artikel 107 lid 2 onder b VWEU. Vroeg of laat kan zich dat gaan wreken.

Het is de vraag hoe de onderlinge concurrentiepositie van de *flag carriers* en de concurrentie tussen *flag carriers* en andere luchtvaartmaatschappijen (zoals de LCC's) zich gaan ontwikkelen na de steunmaatregelen, die voor de begunstigen niet alleen een redding kunnen zijn maar soms ook (concurrentie) beperkende maatregelen opleggen, denk aan de hierboven genoemde maatregelen op het gebied van duurzaamheid, overnameverboden, opgeven van slots en dergelijke. Economen voorspellen dat de LCC's sterker uit de crisis zullen komen, omdat LCC's minder kosten hebben en hun schuldenpositie gunstiger is.⁶⁴ *Low-cost carriers* zullen

zich niet alleen, zoals hierboven juridisch verzetten tegen de steunpakketten van de lidstaten voor hun *flag carriers*, maar zullen ook proberen de COVID-19-crisis te benutten om een positie te verwerven en/of uit te breiden op belangrijke hubs.

Ook de concurrentie tussen luchthavens zal door de COVID-19-crisis worden beïnvloed. Regionale luchthavens zullen het onderspit delven vanwege teruglopende vliegbewegingen voor personen en goederenvervoer. De concurrentiestrijd om behoud van markt en bescherming van marktpositie van luchtvaartmaatschappijen, wordt in eerste instantie uitgevochten op de (grote) hubs en niet op de regionale luchthavens.⁶⁵ Niet in alle steunmaatregelen die de Commissie heeft goedgekeurd komen verplichtingen voor *flag carriers* voor zoals die gelden voor KLM⁶⁶ of Lufthansa die effecten (kunnen) hebben op de concurrentieposities van de betrokken *flag carrier* en zijn concurrenten. Het gaat daarbij niet (steeds) om door de Commissie opgelegde eisen en beperkingen. Een Uniebrede aanpak ontbreekt, ook omdat simpelweg de tijd ontbrak om een specifiek tijdelijk kader voor de luchtvaartsector te formuleren toen we met de COVID-19-crisis werden geconfronteerd. Desalniettemin wordt een dergelijk specifieke kader node gemist. Het ontbreken daarvan stelt hoge eisen aan de vaardigheden van de Commissie om middels individuele besluiten binnen het raamwerk van artikel 107 lid 3 onder b VWEU en de Tijdelijke Kaderregeling toch zo veel mogelijk te voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan bereikte liberalisering, en doelstellingen van de interne markt.

Bijlage

Lijst van COVID-19-staatssteunbesluiten in de luchtvaartsector (stand: 28 oktober 2020)

Lidstaat	Besluit Commissie
België (Brussels Airlines)	SA.57544 – COVID-19 Aid to Brussels Airlines 21 augustus 2020
Denemarken (SAS)	SA.57209 State Aid (2020/N) – Denmark 18 mei 2020
Duitsland (Lufthansa)	SA.57153 COVID-19 – Aid to Lufthansa 25 juni 2020
Finland (Finnair)	SA.56809 State Aid (2020/N) – Finland 18 mei 2020
Frankrijk (Air France)	SA.57082 COVID-19 – Cadre temporaire 107(3)(b) – Garantie et prêt d'actionnaire au bénéfice d'Air France 4 mei 2020

63. Verordening (EU) 2020/1429 van het Europees Parlement en de Raad van 7 oktober 2020 tot vaststelling van maatregelen voor een duurzame spoorwegmarkt naar aanleiding van de COVID-19-uitbraak, *PbEU* 2020, L 333/1 verleent lidstaten de mogelijkheid aan spoorvervoerders kortingen te geven op de verschuldigde vergoeding voor het spoorweganetwerk. Deze verordening geeft de lidstaten en de infrastructuurbeheerders de instructie te handelen op transparante, objectieve en niet-discriminerende wijze. De sector van het openbaar personenvervoer per bus heeft gewezen op de financiële gevolgen en aangedrongen op passende steunmaatregelen (ovpro.nl/bus/2020/03/22/snel-financiele-steun-nodig-voor-ov-bedrijven/?gdpr=accept).

64. Zie eerder aangehaald rapport van SEO.

65. P. Suau-Sanchez, A. Voltes-Dorta & N. Cugueró-Escofeta, 'An early assessment of the impact of COVID-19 on air transport: Just another crisis or the end of aviation as we know it?', *Journal of Transport Geography*, Volume 86, June 2020; S. Albers & V. Rundshagen, 'European Airlines' Strategic Responses to the COVID-19 Pandemic (January-May 2020)', *Journal of Air Transport Management*, Volume 87, July 2020.

66. State Aid SA.57116 (2020/N) – The Netherlands COVID-19: State loan guarantee and State loan for KLM, randnr. 46.

COVID-19-steun aan de luchtvaartsector

Italië (Alitalia)	SA.58114 Alitalia damage COVID 19 4 september 2020
Nederland (KLM)	SA.57116 COVID-19: State loan guarantee and State loan for KLM 13 juli 2020
Noorwegen	Case number 84976: COVID-19 Guarantee scheme for airlines 30 maart 2020
Oostenrijk (Austrian Airlines)	SA.57539 (2020/N) – State Aid Austria 6 juli 2020
Portugal (TAP Air Portugal)	SA.57369 COVID 19 – Aid to TAP 10 juni 2020
Zweden (SAS)	SA.58342 Sweden – COVID19 recapitalisation of SAS 17 augustus 2020
Zweden (Scandinavian Airlines)	SA.57061 Sweden – Compensation for the damage caused by the COVID-19 outbreak to Scandinavian Airlines 24 april 2020
Flemish airports	SA.58299 Covid-19: Aid to the Flemish airports 29 september 2020
Duits vliegveld	SA.57644 COVID 19: Airport Scheme Germany 11 augustus 2020
Roemenië (Oradea Airport)	SA.57817 Romania – COVID-19 – Oradea airport support scheme to airlines 27 juli 2020
