CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. WATHELET
van 11 april 2018 [1]

Gevoegde zaken C-622/16 P tot en met C-624/16 P

Scuola Elementare Maria Montessori Srl
tegen
Europese Commissie (C-622/16 P)
en
Europese Commissie
tegen
Scuola Elementare Maria Montessori Srl (C-623/16 P)
en
Europese Commissie
tegen

Pietro Ferracci (C-624/16 P)

„Hogere voorziening – Artikel 263, vierde alinea, VWEU – Ontvankelijkheid – Regelgevingshandeling die geen uitvoeringsmaatregelen met zich brengt – Rechtstreekse geraaktheid – Staatssteun – Steunregeling verleend door de Italiaanse autoriteiten aan niet-commerciële organisaties die specifieke activiteiten uitoefenen op bepaalde gebieden – Vrijstelling van gemeentelijke onroerendezaakbelasting – Besluit waarbij is vastgesteld dat het terugvorderen van een met de interne markt onverenigbare staatssteun onmogelijk is – Besluit waarbij is vastgesteld dat de vrijstelling van gemeentelijke onroerendezaakbelasting ten gunste van ruimten waar niet-commerciële organisaties niet-economische activiteiten uitoefenen geen staatssteun is – Beroep tot nietigverklaring ingesteld door mogelijke concurrenten”

I. Inleiding

1. Met hun respectieve hogere voorzieningen in de zaken C-622/16 P en C-623/16 P vorderen Scuola Elementare Maria Montessori Srl en de Europese Commissie de vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 15 september 2016, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie (T-220/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:484), waarbij is verworpen het door Scuola Elementare Maria Montessori ingestelde beroep tot nietigverklaring van besluit 2013/284/EU van de Commissie van 19 december 2012 betreffende steunmaatregel S.A. 20829 [C 26/2010, ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)] Regeling betreffende de door Italië ten uitvoer gelegde vrijstelling van de gemeentelijke onroerendezaakbelasting voor bij niet-commerciële organisaties ten behoeve van specifieke doeleinden in gebruik zijnde onroerende zaken [2] (hierna: „litigieus besluit”). Met haar hogere voorziening in de zaak C-624/16 P vordert de Commissie tevens de vernietiging van het arrest van het Gerecht van 15 september 2016, Ferracci/Commissie (T-219/13, EU:T:2016:485), waarbij het door Pietro Ferracci ingestelde beroep tot nietigverklaring van hetzelfde besluit is verworpen.

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 PB 2013, L 166, blz. 24.

2. Bij het Verdrag van Lissabon is artikel 230 EG gewijzigd. Dit Verdrag heeft in artikel 263, vierde alinea, VWEU een derde onderdeel ingevoegd „dat de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een door natuurlijke of rechtspersonen ingesteld beroep tot nietigverklaring heeft versoepeld”.[3] Althans, dat was het doel.

3. Want hoewel het Hof heeft erkend dat „de wijziging van het in artikel 230, vierde alinea, EG bedoelde beroepsrecht van natuurlijke en rechtspersonen [moet] worden geacht tot doel te hebben gehad die personen in staat te stellen *onder minder strikte voorwaarden*, beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen handelingen van algemene strekking”[4], heeft het de afzonderlijke voorwaarden van artikel 263, vierde alinea, laatste zinsnede, VWEU zeer eng uitgelegd.

4. Zo heeft het Hof regelgevingshandelingen uitgelegd als handelingen van algemene strekking met uitsluiting van wetgevingshandelingen[5], heeft het onderscheid gemaakt tussen de voorwaarde van het ontbreken van uitvoeringsmaatregelen en de voorwaarde van rechtstreekse geraaktheid[6] en heeft het geoordeeld dat het „automatische karakter” van een maatregel die in het kader van een Uniehandeling op nationaal niveau zou kunnen worden vastgesteld, irrelevant is voor de vraag of er sprake is van een uitvoeringsmaatregel in de zin van artikel 263, vierde alinea, laatste zinsnede, VWEU.[7]

5. Na de arresten van 13 maart 2018, Industrias Químicas del Vallés/Commissie (C-244/16 P, EU:C:2018:177), en European Union Copper Task Force/Commissie (C-384/16 P, EU:C:2018:176), biedt de onderhavige hogere voorziening het Hof een laatste mogelijkheid om artikel 263, vierde alinea, laatste zinsnede, VWEU nog enige zin te geven. Mocht het Hof namelijk beslissen dat de beroepen die aan onderhavige hogere voorzieningen ten grondslag liggen, niet ontvankelijk zijn, dan zou het hiermee tevens bevestigen dat de wijziging die bij het Verdrag van Lissabon is aangebracht in artikel 263 VWEU (of ex artikel 230 EG) een minimale strekking heeft.[8]

II. Toepasselijke bepalingen

6. Artikel 14, lid 1, van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [108 VWEU] luidt als volgt[9]:

„Indien negatieve beschikkingen worden gegeven in gevallen van onrechtmatige steun beschikt de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen […]. De Commissie verlangt geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht.”

3 Arrest van 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 57).

4 Arrest van 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 60); cursivering van mij.

5 Zie in dit verband arrest van 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punten 60 en 61).

6 Zie in dit verband beschikking van 14 juli 2015, Forgital Italy/Raad (C-84/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2015:517, punt 43).

7 Zie in dit verband arresten van 28 april 2015, T & L Sugars en Sidul Açúcares/Commissie (C-456/13 P, EU:C:2015:284, punt 41); 10 december 2015, Canon Europa/Commissie (C-552/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2015:804, punt 47), en Kyocera Mita Europe/Commissie (C-553/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2015:805, punt 46).

8 Onverminderd de uitlegging van het Gerecht dat voor de vaststelling dat een regelgevingshandeling uitvoeringsmaatregelen „met zich brengt” deze uitvoeringsmaatregelen „bij een normale gang van zaken” moeten zijn vastgesteld (arrest van 14 januari 2016, Tilly-Sabco/Commissie, T-397/13, EU:T:2016:8, punt 43; zie ook arrest van 14 januari 2016, Doux/Commissie, T-434/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:7, punt 44). Ofschoon deze ruimere uitlegging van artikel 263, vierde alinea, VWEU is gegeven in een arrest waartegen hogere voorziening is ingesteld (zie arrest van 20 september 2017, Tilly-Sabco/Commissie, C-183/16 P, EU:C:2017:704), is deze noch bekritiseerd door de Commissie noch afgekeurd door het Hof. En dat terwijl „het criterium dat de ontvankelijkheid van een beroep van een natuurlijke of rechtspersoon tegen een besluit dat niet aan hem is gericht, afhankelijk stelt van de in artikel 263, vierde alinea, VWEU gestelde ontvankelijkheidsvoorwaarden, een niet-ontvankelijkheidsgrond van openbare orde vormt die de rechterlijke instanties van de Unie op elk moment, ook ambtshalve, kunnen onderzoeken” (arrest van 27 februari 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commissie, C-132/12 P, EU:C:2014:100, punt 45).

9 PB 1999, L 83, blz. 1.

III. Voorgeschiedenis van het geding

7. Gelet op de punten 1 tot en met 20 van de arresten van het Gerecht van 15 september 2016, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie (T-220/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:484), en Ferracci/Commissie (T-219/13, EU:T:2016:485) (hierna: „bestreden arresten"), kan de voorgeschiedenis van het geding als volgt worden samengevat.

8. Ferracci is eigenaar van een logies-en-ontbijtaccommodatie „Bed & Breakfast" bestaande uit twee kamers; Scuola Elementare Maria Montessori is een particuliere onderwijsinstelling. In de loop van 2006 en 2007 hebben zij zich bij de Commissie beklaagd over het feit dat zowel de wijziging die de Italiaanse Republiek had aangebracht in de werkingssfeer van de nationale regeling betreffende de Imposta comunale sugli immobili (gemeentelijke onroerendezaakbelasting; hierna: „ICI"), als artikel 149, lid 4, van de Testo unico delle imposte sui redditi (geconsolideerde wet op de inkomstenbelasting; hierna: „TUIR") met de interne markt onverenigbare staatssteun vormde.

9. Deze wijziging van de ICI was in wezen erop gericht vast te stellen dat de vrijstelling van deze belasting die niet-commerciële organisaties die in hun betrokken onroerende zaken uitsluitend activiteiten op het gebied van sociale zekerheid, assistentie, zorg, onderwijs, logies, cultuur, recreatie, sport, religie en eredienst uitoefenen, sinds 1992 genoten, aldus moest worden begrepen dat zij ook gold voor die activiteiten „ongeacht of deze in voorkomend geval van commerciële aard zijn". In artikel 149, lid 4, TUIR werd, zakelijk weergegeven, bepaald dat, anders dan voor alle andere organisaties, de daarin genoemde criteria voor het verlies van de hoedanigheid van niet-commerciële organisatie niet golden voor als rechtspersonen naar civiel recht erkende kerkelijke organisaties en voor amateursportverenigingen.

10. Nadat de Italiaanse autoriteiten wijzigingen en aanvullingen hadden aangebracht in de ICI heeft de Commissie Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori bij brief van 15 februari 2010 laten weten dat zij naar aanleiding van een vooronderzoek tot de slotsom was gekomen dat de bestreden maatregelen geen staatssteun leken te zijn en dat voortzetting van het onderzoek derhalve niet nodig was. Op 26 april 2010 hebben Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori twee beroepen tot nietigverklaring van de brief van 15 februari 2010 ingesteld bij het Gerecht, welke beroepen zijn ingeschreven onder de nummers T-192/10 en T-193/10.

11. Op 12 oktober 2010 heeft de Commissie de formele onderzoeksprocedure in de zin van artikel 108, lid 2, VWEU ingeleid met betrekking tot zowel de vrijstelling van ICI voor niet-commerciële organisaties met een specifiek oogmerk, als tot artikel 149, lid 4, TUIR. Bij twee beschikkingen van 18 november 2010 heeft het Gerecht op verzoek van Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori gelast om de zaken T-192/10 en T-193/10 door te halen in het register.[10]

12. Op 15 februari 2012 hebben de Italiaanse autoriteiten de Commissie laten weten dat zij van plan waren een nieuwe regeling inzake de gemeentelijke onroerendezaakbelasting vast te stellen, en hebben zij aangekondigd dat de vrijstelling van de ICI per 1 januari 2012 zou worden vervangen door de vrijstelling waarin de nieuwe regeling inzake de Imposta municipale unica (eenmalige gemeentelijke belasting; hierna: „IMU") voorziet. Deze nieuwe regeling is aangenomen op 19 november 2012.

13. Op 19 december 2012 heeft de Commissie het litigieuze besluit vastgesteld. In dit besluit heeft de Commissie allereerst bepaald dat de vrijstelling die in de ICI-regeling werd verleend aan niet-commerciële organisaties die in hun betrokken onroerende zaken specifieke activiteiten uitoefenden, met de interne markt onverenigbare staatssteun vormde die door de Italiaanse Republiek in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU ten uitvoer was gelegd. Voorts heeft de Commissie vastgesteld dat het, gelet op de specifieke kenmerken van de zaak, voor de Italiaanse Republiek volstrekt

10 Beschikkingen van het Gerecht van 18 november 2010, Ferracci/Commissie (T-192/10, niet gepubliceerd, EU:T:2010:474) en Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie (T-193/10, niet gepubliceerd, EU:T:2010:475).

onmogelijk zou zijn om de onrechtmatige steun terug te vorderen en heeft zij bijgevolg geen terugvordering gelast in het litigieuze besluit. Ten slotte heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat noch artikel 149, lid 4, TUIR, noch de vrijstelling waarin de nieuwe IMU-regeling voorziet staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormde.

IV. Procedures bij het Gerecht en bestreden arresten

14. Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 16 april 2013 hebben Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori elk een beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld, voor zover de Commissie daarbij had vastgesteld dat het ten eerste voor de Italiaanse autoriteiten onmogelijk was om de als onrechtmatig en onverenigbaar met de interne markt beschouwde steun terug te vorderen (eerste onderdeel van het litigieuze besluit), en dat ten tweede noch artikel 149, lid 4, TUIR noch de vrijstelling waarin de nieuwe IMU-regeling voorziet staatssteun vormde (respectievelijk tweede en derde onderdeel van het litigieuze besluit).

15. Bij op 17 juli 2013 ter griffie van het Gerecht neergelegde akten heeft de Commissie excepties van niet-ontvankelijkheid opgeworpen die bij beschikkingen van 29 oktober 2014 door het Gerecht met de zaak ten gronde zijn gevoegd.

16. In de bestreden arresten heeft het Gerecht beide beroepen ontvankelijk verklaard op grond van artikel 263, vierde alinea, laatste zinsnede, VWEU, aangezien het litigieuze besluit een regelgevingshandeling was die Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori rechtstreeks raakte en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich bracht. Het Gerecht heeft beide beroepen ten gronde verworpen door achtereenvolgens de vier door Ferracci en door Scuola Elementare Maria Montessori opgeworpen middelen af te wijzen die waren ontleend aan schending van artikel 14, lid 1, van verordening nr. 659/1999 en van artikel 107, lid 1, VWEU alsmede aan niet-nakoming van de motiveringsplicht.

V. Conclusies van partijen en procedure bij het Hof

17. Met haar hogere voorziening in zaak C-622/16 P verzoekt Scuola Elementare Maria Montessori het Hof:

– het arrest van het Gerecht van 15 september 2016, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie (T-220/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:484), te vernietigen en, bijgevolg, het litigieuze besluit van de Commissie nietig te verklaren, voor zover daarin is vastgesteld dat de in de vorm van vrijstelling van de ICI toegekende steun niet hoefde te worden teruggevorderd en dat de maatregelen houdende vrijstelling van de IMU niet binnen de werkingssfeer van artikel 107, lid 1, VWEU vielen;

– in elk geval, het arrest te vernietigen voor zover het Hof deze hogere voorziening gegrond acht en toewijst, en

– de Commissie te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure en in die van de procedure in eerste aanleg.

18. De Commissie, ondersteund door de Italiaanse Republiek, verzoekt het Hof:

– de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen, en

– rekwirante te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure en in die van de procedure in eerste aanleg.

19. Met haar hogere voorzieningen in de zaken C-623/16 P en C-624/16 P verzoekt de Commissie, ondersteund door de Italiaanse Republiek, het Hof:

– de bestreden arresten te vernietigen voor zover daarbij de beroepen in eerste aanleg ontvankelijk zijn verklaard op grond van artikel 263, vierde alinea, laatste zinsnede, VWEU;

– de beroepen in eerste aanleg niet-ontvankelijk te verklaren op grond van artikel 263, vierde alinea, tweede en laatste zinsnede, VWEU en deze bijgevolg volledig te verwerpen;

– Ferracci respectievelijk Scuola Elementare Maria Montessori te verwijzen in de kosten die de Commissie zowel in de procedure bij het Gerecht als in de onderhavige procedure heeft gemaakt.

20. Scuola Elementare Maria Montessori verzoekt het Hof:

– de hogere voorziening die de Commissie heeft ingesteld in zaak C-623/16 P af te wijzen en het arrest van het Gerecht te bevestigen voor zover het door haar ingestelde beroep daarbij ontvankelijk is verklaard;

– de Commissie te verwijzen in de kosten van de onderhavige zaak.

21. Bij beschikking van 11 april 2017 heeft de president van het Hof de zaken C-622/16 P tot en met C-624/16 P gevoegd voor de eventuele mondelinge behandeling en het arrest. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk uiteengezet en mondeling toegelicht tijdens de terechtzitting van 6 februari 2018.

VI. Hogere voorzieningen

22. Aangezien de hogere voorzieningen van de Commissie betrekking hebben op het feit dat het Gerecht de beroepen in eerste aanleg ontvankelijk heeft verklaard, zal ik mij allereerst over dit vraagstuk buigen. Vervolgens zal ik de middelen onderzoeken die Scuola Elementare Maria Montessori ter ondersteuning van haar hogere voorziening heeft aangevoerd.

A. Ontvankelijkheid van de beroepen die door Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori bij het Gerecht zijn ingesteld

23. Om ontvankelijk te zijn, moet een beroep tot nietigverklaring dat wordt ingesteld op grond van artikel 263, vierde alinea, laatste zinsnede, VWEU gericht zijn tegen een regelgevingshandeling die de verzoeker rechtstreeks raakt en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich brengt. De Commissie voert ter ondersteuning van haar hogere voorzieningen een middel aan waarmee zij stelt dat het Gerecht elk van deze drie voorwaarden verkeerd zou hebben uitgelegd en toegepast.

1. Regelgevende aard van het litigieuze besluit

24. Het litigieuze besluit bestaat uit drie onderdelen. In het eerste onderdeel heeft de Commissie vastgesteld dat de vrijstelling die in de ICI-regeling werd verleend aan niet-commerciële organisaties die in hun betrokken onroerende zaken specifieke activiteiten uitoefenden, met de interne markt onverenigbare staatssteun vormde die door de Italiaanse Republiek in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU ten uitvoer was gelegd. De Commissie heeft evenwel geoordeeld dat het voor de Italiaanse Republiek onmogelijk was om deze steun terug te vorderen. In het tweede respectievelijk het derde onderdeel heeft de Commissie vastgesteld dat noch artikel 149, lid 4, TUIR, noch de vrijstelling waarin de nieuwe IMU-regeling voorziet, staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormde.

25. Door het litigieuze besluit in de bestreden arresten aan te merken als regelgevingshandeling heeft het Gerecht volgens de Commissie blijk gegeven van drie onjuiste rechtsopvattingen.[11] Ten eerste zou het Gerecht ten onrechte hebben vastgesteld dat iedere niet-wetgevingshandeling van algemene strekking per definitie een regelgevingshandeling is. Ten tweede zou het Gerecht blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de regelgevende aard van het litigieuze besluit af te leiden uit de algemene strekking van de nationale maatregelen waarop dit besluit betrekking heeft. Ten derde had het Gerecht überhaupt niet moeten vaststellen dat de drie onderdelen van het litigieuze besluit elk een algemene strekking hadden. Immers, voor zover het onderdeel betreffende de vrijstelling van de ICI betrekking heeft op de terugvordering van de uit hoofde van deze vrijstelling verleende steun, zou dit onderdeel een gesloten kring van personen betreffen.

a) Kwalificatie van een regelgevingshandeling in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU als niet-wetgevingshandeling van algemene strekking

26. De Commissie kan niet worden gevolgd in haar stelling dat in artikel 263, vierde alinea, laatste zinsnede, VWEU niet per definitie alle niet-wetgevingshandelingen van algemene strekking worden bedoeld.

27. Het staat immers vast dat bij het Verdrag van Lissabon in artikel 263, vierde alinea, VWEU een derde onderdeel is ingevoegd „dat de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een door natuurlijke of rechtspersonen ingesteld beroep tot nietigverklaring heeft *versoepeld*”.[12]

28. Desalniettemin heeft het Hof geoordeeld dat het in deze bepaling gebruikte begrip „regelgevingshandelingen” een beperktere draagwijdte had dan het begrip „handelingen” dat in artikel 263, vierde alinea, eerste en tweede onderdeel, VWEU voorkomt.[13]

29. Uitgaande van de overwegingen in de twee voorgaande punten heeft het Hof geoordeeld dat „de wijziging van het in artikel 230, vierde alinea, EG bedoelde beroepsrecht van natuurlijke en rechtspersonen [moet] worden geacht tot doel te hebben gehad die personen in staat te stellen onder minder strikte voorwaarden beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen handelingen van algemene strekking, met uitsluiting van wetgevingshandelingen”[14]. Het heeft hieruit afgeleid dat „het Gerecht terecht [had] geconcludeerd dat onder het begrip ‚regelgevingshandelingen’ in artikel 263, vierde alinea, VWEU geen wetgevingshandelingen vallen”.[15]

30. Ter rechtvaardiging van deze enge uitlegging heeft het Hof verwezen naar de voorbereidende werkzaamheden van artikel III-365, lid 4, van het ontwerpverdrag tot vaststelling van een grondwet voor Europa.[16] Uit deze voorbereidende werkzaamheden blijkt echter niet dat andere handelingen van algemene strekking zouden moeten worden uitgesloten van het begrip „regelgevingshandelingen”. De mogelijkheid van het handhaven van een restrictieve benadering van beroepen van particulieren wordt hierin uitdrukkelijk beperkt tot wetgevingshandelingen.[17] In tegenstelling tot hetgeen de Commissie tijdens de terechtzitting van 6 februari 2018 heeft aangevoerd, blijkt nergens uit de voorbereidende

11 Zie arresten van het Gerecht van 15 september 2016, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie (T-220/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:484, punten 50-52), en Ferracci/Commissie (T-219/13, EU:T:2016:485, punten 53-55).

12 Zie in dit verband arrest van 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 57); cursivering van mij.

13 Zie in dit verband arrest van 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 58).

14 Arrest van 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 60).

15 Arrest van 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 61).

16 Zie in dit verband arrest van 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 59).

17 Zie eindverslag van de studiegroep voor de werking van het Hof van Justitie, Secretariaat van de Europese Conventie, van 25 maart 2003 (CONV 636/03, punt 22), en de nota van het presidium van de Conventie van 12 mei 2003 (CONV 734/03, blz. 20).

werkzaamheden van artikel III-365, lid 4, van het Ontwerpverdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa dat besluiten inzake staatssteun „naar hun aard" een derde categorie handelingen van algemene strekking zouden vormen, naast wetgevingshandelingen en naast regelgevingshandelingen in de zin van artikel 263, vierde alinea, laatste zinsnede, VWEU.

31. Bovendien zou de uitsluiting van bepaalde niet-wetgevingshandelingen van algemene strekking van de werkingssfeer van artikel 263, vierde alinea, laatste zinsnede, VWEU niet kunnen worden gerechtvaardigd door een procedureel criterium [18], zoals dat waarop het onderscheid tussen wetgevingshandelingen en niet-wetgevingshandelingen gebaseerd is. En een casuïstische benadering zou in strijd zijn met het vereiste van rechtszekerheid, dat moet prevaleren bij het instellen van een beroep in rechte.

32. Naar analogie van de vaststelling door het Hof dat het beginsel van een effectieve rechterlijke bescherming inhoudt dat justitiabelen „de mogelijkheid hebben om met volledige kennis van zaken te beslissen, of zij er baat bij hebben om zich tot de rechter te wenden" [19], moeten justitiabelen immers ook kunnen bepalen of zij rechtstreeks bij de Unierechter kunnen opkomen tegen de betrokken handeling op grond van artikel 263, vierde alinea, VWEU. Hiertoe moeten de categorieën handelingen die door de justitiabelen kunnen worden bestreden noodzakelijkerwijs op duidelijke en ondubbelzinnige wijze zijn vastgesteld en gedefinieerd.

33. Bijgevolg heeft het Gerecht mijns inziens niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover het in de bestreden arresten heeft geoordeeld dat een niet-wetgevingshandeling van algemene strekking per definitie een regelgevingshandeling is.

b) Algemene strekking van het litigieuze besluit

34. In de bestreden arresten heeft het Gerecht vastgesteld dat „het bestreden besluit een handeling van algemene strekking is in de drie onderdelen". [20] Ik deel deze analyse, want een tegengestelde uitlegging zou de constante kwalificatie in gevaar brengen die op grond van artikel 263, vierde alinea, VWEU wordt gegeven aan besluiten van de Commissie inzake de verenigbaarheid van een *steunregeling*, welke worden onderscheiden van besluiten van de Commissie inzake de verenigbaarheid van *individuele steun*.

35. Het kan geen kwaad om erop te wijzen dat een handeling van algemene strekking altijd is gedefinieerd als een handeling die op objectief bepaalde situaties van toepassing is en rechtsgevolgen heeft voor algemeen en abstract omschreven categorieën van personen. [21]

18 Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is de kwalificatie van een wetgevingshandeling uitsluitend afhankelijk van de procedure die is bepaald in het verdragsartikel waarin de vaststelling van de handeling is geregeld. Immers „een rechtshandeling [kan] slechts als een wetgevingshandeling van de Unie […] worden aangemerkt indien zij is vastgesteld op grond van een Verdragsbepaling die uitdrukkelijk hetzij naar de gewone wetgevingsprocedure hetzij naar de bijzondere wetgevingsprocedure verwijst" (zie arrest van 6 september 2017, Slowakije en Hongarije/Raad, C-643/15 en C-647/15, EU:C:2017:631, punt 62).

19 Zie in dit verband arrest van 15 oktober 1987, Heylens e.a. (222/86, EU:C:1987:442, punt 15).

20 Arresten van het Gerecht van 15 september 2016, Ferracci/Commissie (T-219/13, EU:T:2016:485, punt 54), en Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie (T-220/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:484, punt 51).

21 Zie, impliciet (voor het onderscheid tussen een individueel besluit en een verordening), arrest van 14 december 1962, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a./Raad (16/62 en 17/62, niet gepubliceerd, EU:C:1962:47, punten 2 en 3), en, expliciet, arrest van 15 januari 2002, Libéros/Commissie (C-171/00 P, EU:C:2002:17, punt 28).

36. Het is juist dat de besluiten die de Commissie vaststelt op grond van artikel 108, lid 2, VWEU tot een bepaalde lidstaat gericht zijn. Zoals ik al eerder heb aangegeven, deel ik desalniettemin de zienswijze van advocaat-generaal Kokott dat besluiten die tot een bepaalde lidstaat zijn gericht, bijzonder zijn voor zover ze „gevolgen hebben voor de inrichting van een nationale rechtsorde en aldus een algemene strekking krijgen”. [22]

37. Bovendien moet worden opgemerkt dat de Raad van de Europese Unie in verordening nr. 659/1999 een „steunregeling” definieert als „elke regeling op grond waarvan aan ondernemingen *die in de regeling op algemene en abstracte wijze zijn omschreven*, individuele steun kan worden toegekend zonder dat hiervoor nog uitvoeringsmaatregelen vereist zijn, alsmede elke regeling op grond waarvan steun die niet gebonden is aan een specifiek project voor onbepaalde tijd en/of voor een onbepaald bedrag aan een of meer ondernemingen kan worden toegekend”. [23]

38. Deze definitie van „steunregeling”, die verwijst naar de algemene en abstracte wijze waarop de betrokken ondernemingen zijn omschreven, speelt ook een belangrijke rol in de vaste rechtspraak van het Hof die een algemene strekking toekent aan besluiten van de Commissie die steunregelingen goedkeuren of verbieden.

39. Ten aanzien van besluiten die een steunregeling goedkeuren, heeft het Hof immers geoordeeld dat „*de algemene strekking van de litigieuze beschikking* […] voortvloeit uit het feit dat zij beoogt een belastingregeling goed te keuren die van toepassing is op een categorie marktdeelnemers die in algemene en abstracte termen is omschreven”. [24] En besluiten die een steunregeling verbieden, vormen volgens vaste rechtspraak van het Hof ten aanzien van de ondernemingen die tot de betrokken sector behoren en die potentiële begunstigden van de betrokken steunregeling zijn, „*maatregel[en] van algemene strekking* die in objectief bepaalde situaties van toepassing [zijn] en rechtsgevolgen [hebben] voor een algemeen en in abstracto omschreven categorie van personen”. [25]

40. Deze rechtspraak, die is ontwikkeld in het kader van de voorwaarde van individuele geraaktheid die reeds was opgenomen in artikel 230 EG, is na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon niet ter discussie gesteld.

41. Zo heeft het Hof met name in het arrest van 19 december 2013, Telefónica/Commissie (C-274/12 P, EU:C:2013:852), geoordeeld dat artikel 1, lid 1, van beschikking 2011/5/EG van de Commissie van 28 oktober 2009 inzake de belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast [26] een bepaling is die „van toepassing [is] op objectief bepaalde situaties en […] rechtsgevolgen [heeft] voor algemeen en in abstracto omschreven categorieën van personen” [27].

22 Conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Telefónica/Commissie (C-274/12 P, EU:C:2013:204, punt 25) en in die zin mijn conclusie in de zaak Stichting Woonpunt e.a./Commissie (C-132/12 P, EU:C:2013:335, punt 85).

23 Artikel 1, onder d), van verordening nr. 659/1999; cursivering van mij. Deze definitie is overgenomen in artikel 1, onder d), van verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB 2015, L 248, blz. 9).

24 Arrest van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punt 31); cursivering van mij.

25 Arrest van 29 april 2004, Italië/Commissie (C-298/00 P, EU:C:2004:240, punt 37); cursivering van mij.

26 PB 2011, L 7, blz. 48.

27 Arrest van 19 december 2013, Telefónica/Commissie (C-274/12 P, EU:C:2013:852, punt 48). In artikel 1, lid 1, van beschikking 2011/5 was bepaald dat de betrokken regeling in strijd met artikel 88, lid 3, EG ten uitvoer was gelegd, en onverenigbaar was met de interne markt.

42. Tevens merk ik op dat het Hof geen gehoor heeft gegeven aan het verzoek van de Commissie om de rechtsoverwegingen in de zaak die heeft geleid tot de beschikking van 10 oktober 2017, Greenpeace Energy/Commissie (C-640/16 P, niet gepubliceerd, EU:C:2017:752), te vervangen, op grond dat het Gerecht blijk zou hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting „door zich voor de vaststelling dat het litigieuze besluit geen handeling van algemene strekking was, niet uitsluitend te baseren op de aard van het besluit, maar tevens te verwijzen naar het feit dat het besluit individuele steun betrof”. [28]

43. Door dit verzoek tot vervanging niet in te willigen en door de redenering van het Gerecht overeind te laten, heeft het Hof impliciet, doch stellig bevestigd dat het Gerecht zich voor de vaststelling dat het litigieuze besluit geen handeling van algemene strekking was, terecht niet heeft beperkt tot het feit dat de litigieuze handeling een tot een lidstaat gericht besluit was.

44. Ter rechtvaardiging van haar standpunt heeft de Commissie punt 92 aangehaald van het arrest van 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609). In dit punt had het Hof geoordeeld dat „[h]et litigieuze besluit, dat aan de Franse Republiek is gericht, […] geen regelgevingshandeling [is] in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU, aangezien zij geen handeling van algemene strekking is […]. Bijgevolg moet worden nagegaan of rekwirantes overeenkomstig deze bepaling rechtstreeks en individueel worden geraakt door dit besluit.”

45. In tegenstelling tot hetgeen de Commissie suggereerde, kon deze analyse niet worden gegeneraliseerd. Het betrof hier immers een bijzonder besluit, voor zover de Commissie hierin antwoord gaf op een specifieke vraag van de Franse Republiek over de verplichting tot terugvordering van individuele staatssteun waarvan was vast komen te staan dat deze onrechtmatig was en onverenigbaar met de interne markt. Maar zelfs al moest dit besluit worden gelijkgesteld aan een besluit van de Commissie over de rechtmatigheid van staatssteun, zou het hoe dan ook als een handeling van individuele strekking zijn aangemerkt, aangezien het „[samenhing] met en aanvullend [was] ten opzichte van” [29] het oorspronkelijke besluit van de Commissie inzake het verlenen van steun aan een specifieke onderneming.

46. Hieruit volgt dat Commissiebesluiten waarbij wordt vastgesteld dat een steunregeling al dan niet verenigbaar is met de interne markt op grond van artikel 108, lid 2, VWEU, regelgevingshandelingen zijn in de zin van artikel 263, vierde alinea, laatste zinsnede, VWEU, aangezien zij als maatregelen van algemene strekking worden beschouwd. [30]

47. Overigens doet het feit dat het eerste onderdeel van het litigieuze besluit betrekking heeft op staatssteun die niet meer van kracht is en waarvan de begunstigden bijgevolg een gesloten kring van personen zouden vormen, in tegenstelling tot hetgeen de Commissie tijdens de terechtzitting van 6 februari 2018 heeft aangevoerd, niets af aan de algemene strekking van het besluit. De algemene en abstracte aard van een norm hangt immers niet af van de mogelijkheid om in het kader van de werkingssfeer een bepaald aantal adressaten vast te stellen, maar van de manier waarop de auteur de adressaten heeft omschreven. [31] De *doelstelling* van de handeling is hierbij doorslaggevend: een norm heeft een individuele of algemene strekking al naargelang zij is vastgesteld om individuele gevallen of

28 Punt 22 van deze beschikking.

29 Volgens de bewoordingen van het Hof in punt 104 van het arrest van 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609).

30 Zie in dit verband Lenaerts, K., Maselis, I., Gutman, K., *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, nr. 7.120.

31 Het Hof heeft geoordeeld dat „een handeling haar verordenend karakter niet kan verliezen door het enkele feit, dat het aantal *of zelfs de identiteit* der rechtssubjecten op wie zij op een gegeven ogenblik van toepassing is, min of meer nauwkeurig kan worden bepaald, zolang maar vaststaat, dat die toepassing voortvloeit uit de aanwezigheid van een objectieve feitelijke of rechtstoestand als in de handeling, gezien haar objectieve doelstelling, bedoeld” (arrest van 11 juli 1968, Zuckerfabrik Watenstedt/Raad, 6/68, EU:C:1968:43; cursivering van mij). Zie ook arresten van 17 juni 1980, Calpak en Società Emiliana Lavorazione Frutta/Commissie (789/79 en 790/79, niet gepubliceerd, EU:C:1980:159, punt 9); 30 september 1982, Roquette Frères/Raad (242/81, EU:C:1982:325, punt 7), en 29 juni 1993, Gibraltar/Raad (C-298/89, EU:C:1993:267, punt 17).

objectieve situaties te regelen.[32] Wat besluiten inzake steunregelingen betreft, staat vast dat deze bedoeld zijn om objectieve, in abstracte termen omschreven situaties te regelen, en in beginsel geen individuele gevallen, ongeacht of de steunregeling reeds is ingetrokken of vervangen op het moment dat de Commissie het besluit vaststelt.

48. Het is dus op grond van de nationale maatregel waarop het besluit van de Commissie betrekking heeft, dat de algemene strekking van het besluit kan en moet worden vastgesteld. Een tegengestelde uitlegging zou overigens tot een fundamentele tegenstrijdigheid in de toepassing van de verschillende onderdelen van artikel 263, vierde alinea, VWEU leiden. De vaststelling of een Commissiebesluit inzake staatssteun een individuele of algemene strekking heeft, zou dan immers voor één en dezelfde verzoeker kunnen verschillen al naargelang de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring wordt beoordeeld op grond van het tweede of het derde onderdeel van artikel 263, vierde alinea, VWEU, wat indruist tegen de rechtspraak over de kwalificatie van Commissiebesluiten inzake staatssteun die is ontwikkeld in het kader van het onderzoek van de individuele geraaktheid.[33] In geval van het derde onderdeel zou het besluit van de Commissie immers een handeling van individuele strekking zijn, terwijl in geval van het tweede onderdeel, waarop een verzoeker zich altijd subsidiair kan beroepen, hetzelfde besluit van algemene strekking zou zijn.

49. Bovendien zou dit onderscheid in de draagwijdte van de handeling op zijn minst paradoxaal zijn. Het derde onderdeel van artikel 263, vierde alinea, VWEU, dat nu de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring beoogde te versoepelen, zou dan immers niet van toepassing zijn op Commissiebesluiten inzake staatssteun omdat het Hof zou weigeren om deze besluiten als besluiten van algemene strekking aan te merken, terwijl het deze besluiten vóór het Verdrag van Lissabon wel als zodanig erkende.

50. Gezien de redenen die ik in deze conclusie heb uiteengezet, ben ik dan ook van mening dat het Gerecht niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de regelgevende aard van het litigieuze besluit af te leiden uit de algemene strekking van de nationale maatregelen waarop dit besluit betrekking heeft.

2. Rechtstreekse geraaktheid

51. De voorwaarde van rechtstreekse geraaktheid was reeds opgenomen in artikel 230 EG. De draagwijdte van deze voorwaarde is niet gewijzigd sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Ter vervulling van deze voorwaarde „[moet] aan twee cumulatieve criteria […] zijn voldaan. In de eerste plaats moet de bestreden maatregel rechtstreeks gevolgen hebben voor de rechtspositie van de particulier, en in de tweede plaats moet hij aan degenen tot wie hij is gericht en die met de uitvoering ervan zijn belast, geen enkele beoordelingsbevoegdheid laten, omdat de uitvoering zuiver automatisch geschiedt en alleen uit de regelgeving van de Unie voortvloeit zonder de toepassing van andere uitvoeringsbepalingen”.[34]

52. De tweede voorwaarde die bepalend is voor rechtstreekse geraaktheid, wordt niet betwist. Zoals het Gerecht juist heeft vastgesteld „[sorteert] dat besluit zijn rechtsgevolgen zuiver automatisch en uitsluitend op grond van de regeling van de Europese Unie zonder toepassing van andere, intermediaire regels”.[35]

32 Zie in dit verband Kovar, R., „L'identification des actes normatifs en droit communautaire”, *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Brussel, 1999, deel 1 blz. 387-422, met name blz. 390.

33 Zie, behalve de voorbeelden die worden aangehaald in punt 39 van deze conclusie, arresten van 2 februari 1988, Van der Kooy e.a./Commissie (67/85, 68/85 en 70/85, EU:C:1988:38, punt 15), en 17 september 2009, Commissie/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, EU:C:2009:556, punt 53).

34 Arrest van 13 oktober 2011, Deutsche Post en Duitsland/Commissie (C-463/10 P en C-475/10 P, EU:C:2011:656, punt 66).

35 Zie arresten van het Gerecht van 15 september 2016, Ferracci/Commissie (T-219/13, EU:T:2016:485, punt 48), en Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie (T-220/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:484, punt 45).

53. Daarentegen stelt de Commissie dat het Gerecht abusievelijk heeft vastgesteld dat sprake is van rechtstreekse geraaktheid van Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori, aangezien zij niet hebben aangetoond dat het litigieuze besluit „concrete en tastbare gevolgen" had voor hun situatie. Teneinde „rechtstreekse geraaktheid" vast te stellen in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU volstaat het haars inziens niet om aan te tonen dat de litigieuze handeling „theoretische en potentiële gevolgen" heeft voor de markt van de concurrent van de betrokken steunbegunstigde.

54. Een dergelijke uitlegging leidt mijns inziens tot verwarring tussen de twee voorwaarden van artikel 263, vierde alinea, tweede zinsnede, VWEU, te weten rechtstreekse geraaktheid en individuele geraaktheid.

55. Om individueel te worden geraakt door een handeling van algemene strekking of door een besluit dat niet aan hen is gericht, moeten personen die een beroep tot nietigverklaring instellen, immers aantonen dat de litigieuze handeling „hen betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert". [36]

56. Wat staatssteun betreft, moet deze voorwaarde aldus worden begrepen dat het aan de verzoeker is om aan te tonen dat zijn positie op de betreffende markt „merkbaar wordt aangetast door de steun waarop de betrokken beschikking betrekking heeft". [37] Het volstaat dan ook niet dat een onderneming zich uitsluitend beroept op zijn hoedanigheid als concurrent van de begunstigde onderneming om als individueel geraakt te worden beschouwd. [38] Het is dus aan de hand van deze voorwaarde dat het Hof de „concrete en tastbare gevolgen" onderzoekt die de litigieuze norm voor de situatie van de verzoeker heeft.

57. Als ik het verschil tussen de twee voorwaarden van artikel 263, vierde alinea, tweede zinsnede, VWEU zou moeten samenvatten, zou ik zeggen dat rechtstreekse geraaktheid betrekking heeft op de *rechtspositie* van de verzoeker, dat wil zeggen dat de litigieuze maatregel rechtstreekse gevolgen moet hebben „voor de *rechtspositie* [van de particulier]" [39], terwijl individuele geraaktheid betrekking heeft op de *feitelijke situatie* van de verzoeker: het besluit moet hem treffen uit hoofde van „een *feitelijke situatie* die [hem] ten opzichte van ieder ander karakteriseert" [40].

58. Door van een verzoeker te eisen dat hij het bewijs levert van de „concrete en tastbare" gevolgen die de litigieuze handeling voor zijn situatie heeft, teneinde aan te tonen dat hij rechtstreeks door de litigieuze handeling wordt geraakt, houdt de Commissie zich bezig met de feitelijke beoordeling van de situatie. Hierdoor vat zij de voorwaarde van rechtstreekse geraaktheid verkeerd op. De Commissie voegt hiermee een voorwaarde toe aan artikel 263, vierde alinea, derde onderdeel, VWEU die de wetgever nu juist niet heeft willen opnemen teneinde de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring te versoepelen. [41] Een dergelijke onjuiste opvatting van de voorwaarde van rechtstreekse geraaktheid kan mijns inziens dan ook niet worden gevolgd.

59. De Commissie baseert haar betoog op de arresten van 28 april 2015, T & L Sugars en Sidul Açúcares/Commissie (C-456/13 P, EU:C:2015:284), en 17 september 2015, Confederazione Cooperative Italiane e.a./Anicav e.a. (C-455/13 P, C-457/13 P en C-460/13 P, niet gepubliceerd, EU:C:2015:616).

36 Arresten van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie (25/62, EU:C:1963:17), en 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 72).

37 Zie in dit verband arresten van 13 december 2005, Commissie/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (C-78/03 P, EU:C:2005:761, punt 37); 22 november 2007, Sniace/Commissie (C-260/05 P, EU:C:2007:700, punt 54), en 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punt 97).

38 Zie in dit verband arrest van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punt 47).

39 Arrest van 27 februari 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commissie (C-132/12 P, EU:C:2014:100, punt 74); cursivering van mij.

40 Arrest van 27 februari 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commissie (C-132/12 P, EU:C:2014:100, punt 57); cursivering van mij.

41 Zie ten aanzien van de doelstelling van de versoepeling van de voorwaarden voor een beroep tot nietigverklaring arrest van 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 57).

60. In de zaak T & L Sugars en Sidul Açúcares/Commissie (C-456/13 P, EU:C:2015:284) waren rekwirantes ondernemingen die geïmporteerde suikerbiet raffineerden. Het Hof oordeelde dat zij niet rechtstreeks werden geraakt door de litigieuze handelingen omdat de handelingen uitsluitend van toepassing waren op Europese *producenten* van suiker. In de zaak Confederazione Cooperative Italiane e.a./Anicav e.a. (C-455/13 P, C-457/13 P en C-460/13 P, niet gepubliceerd, EU:C:2015:616) waren rekwirantes industriële verwerkers van fruit. De litigieuze bepalingen waren echter uitsluitend van toepassing op groenten en fruit die werden verwerkt door *producentenorganisaties*. In deze omstandigheden oordeelde het Hof dat de enkele omstandigheid dat de concurrentiepositie van de verwerkers werd aangetast door de litigieuze bepalingen niet volstond om vast te stellen dat zij in hun rechtspositie werden geraakt.

61. Gelet op de redenen uiteengezet in de punten 54 tot en met 58 van deze conclusie, moeten deze zeer strikte toepassingen van de voorwaarde van rechtstreekse geraaktheid mijns inziens worden beperkt tot de specifieke omstandigheden van voornoemde zaken T & L Sugars en Sidul Açúcares/Commissie (C-456/13 P, EU:C:2015:284) en Confederazione Cooperative Italiane e.a./Anicav e.a. (C-455/13 P, C-457/13 P en C-460/13 P, niet gepubliceerd, EU:C:2015:616). Want hoewel het in tegenstelling tot het oordeel van het Gerecht in de bestreden arresten gekunsteld kan lijken om te stellen dat rekwirantes in de zaken T & L Sugars en Sidul Açúcares/Commissie en Confederazione Cooperative Italiane e.a./Anicav e.a. niet op dezelfde markten aanwezig waren als de „producenten" tot wie de litigieuze bepalingen waren gericht, neemt dit niet weg dat de litigieuze regels uitsluitend rechtstreekse gevolgen hadden voor de *rechtspositie* van die producenten, en rekwirantes geen producenten waren. Alleen de genoemde producenten vielen binnen de werkingssfeer van de litigieuze handelingen.

62. Maar in het kader van een beroep dat is ingesteld tegen een besluit van de Commissie inzake staatssteun zie ik geen reden voor afwijzing van de rechtspraak van het Gerecht die is gebaseerd op de arresten van het Hof van 17 januari 1985, Piraiki-Patraiki e.a./Commissie (11/82, EU:C:1985:18, punten 6-10), en 28 januari 1986, Cofaz e.a./Commissie (169/84, EU:C:1986:42, punt 30), op grond waarvan de concurrent van een begunstigde van staatssteun rechtstreeks wordt geraakt door een goedkeuringsbesluit van de Commissie wanneer de steun reeds is verleend of wanneer het geen twijfel lijdt dat de lidstaat deze steun wil verlenen.[42]

63. Gelet op deze omstandigheden ben ik van mening dat het Gerecht niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de maatregelen waarop het litigieuze besluit betrekking heeft, gevolgen hadden voor de rechtspositie van Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori en hen rechtstreeks raakten.

42 Zie met name arresten van 6 juli 1995, AITEC e.a./Commissie (T-447/93-T-449/93, EU:T:1995:130); 22 oktober 1996, Skibsværftsforeningen e.a./Commissie (T-266/94, EU:T:1996:153); 3 juni 1999, TF1/Commissie (T-17/96, EU:T:1999:119, punt 30); 12 februari 2008, BUPA e.a./Commissie (T-289/03, EU:T:2008:29, punt 81), en 18 november 2009, Scheucher-Fleisch e.a./Commissie (T-375/04, EU:T:2009:445, punt 36). Hoewel het geen besluit van de Commissie inzake staatssteun betrof, heeft het Hof tevens erkend dat een handeling van de Unie de rechtspositie van een particulier ook rechtstreeks kon raken „wanneer de mogelijkheid dat degenen tot wie de maatregel is gericht, geen gevolg zullen geven aan de [Unie]handeling, louter theoretisch is en het buiten twijfel staat dat zij vastbesloten zijn daaraan consequenties te verbinden" (arrest van 5 mei 1998, Dreyfus/Commissie, C-386/96 P, EU:C:1998:193, punt 44). Zie eveneens voor een herinnering van het beginsel arrest van 10 september 2009, Commissie/Ente per le Ville Vesuviane en Ente per le Ville Vesuviane/Commissie (C-445/07 P en C-455/07 P, EU:C:2009:529, punt 46).

3. Bestaan van uitvoeringsmaatregelen

64. Het litigieuze besluit bestaat zoals gezegd uit drie onderdelen. In het eerste onderdeel heeft de Commissie vastgesteld dat de vrijstelling die in de ICI-regeling werd verleend aan niet-commerciële organisaties die in hun betrokken onroerende zaken specifieke activiteiten uitoefenden, met de interne markt onverenigbare staatssteun vormde die onrechtmatig ten uitvoer was gelegd. De Commissie heeft echter niet de terugvordering van deze staatssteun gevorderd. In het tweede en derde onderdeel heeft de Commissie respectievelijk vastgesteld dat noch artikel 149, lid 4, TUIR noch de vrijstelling waarin de nieuwe IMU-regeling voorziet, staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormde.

65. Volgens de Commissie brengt dit besluit uitvoeringsmaatregelen mee in de zin van artikel 263, vierde alinea, laatste zinsnede, VWEU, aangezien rekwiranten bij de overheid een verzoek hadden kunnen indienen om in aanmerking te komen voor de fiscale behandeling die was voorbehouden aan hun vermeende concurrenten, en bij de nationale rechter hadden kunnen opkomen tegen een afwijzing van dit verzoek door de rechtmatigheid van het litigieuze besluit te betwisten. [43]

66. Ik stel vast dat deze gevolgtrekking de logica volgt van het arrest van 19 december 2013, Telefónica/Commissie (C-274/12 P, EU:C:2013:852).

67. In dit arrest had het Hof immers geoordeeld dat de bepaling van een Commissiebesluit die tot doel heeft om vast te stellen dat een steunregeling onverenigbaar is met de interne markt, niet de specifieke gevolgen bepaalt die deze vaststelling voor de afzonderlijke belastingplichtigen heeft. Volgens het Hof zouden deze gevolgen worden geconcretiseerd „in administratieve besluiten zoals belastingaanslagen, die als zodanig uitvoeringsmaatregelen zijn […] in de zin van artikel 263, vierde alinea, in fine, VWEU”. [44] Bijgevolg heeft het Hof vastgesteld dat het Gerecht „terecht [had] geoordeeld dat de maatregelen ter uitvoering van de onverenigbaarheidsbeschikking, *waaronder met name het besluit tot afwijzing van een verzoek om het betrokken belastingvoordeel toe te kennen*, dat rekwirante eveneens voor de nationale rechter kan betwisten, maatregelen ter uitvoering van de litigieuze beschikking zijn”. [45]

68. Een dergelijke redenering lijkt mij niet van toepassing op de onderhavige hogere voorzieningen, en wel om de volgende redenen.

69. Ten eerste hoeft de steun waarop het eerste onderdeel van het litigieuze besluit betrekking heeft, niet van de Italiaanse Republiek te worden teruggevorderd. Het eerste onderdeel van het litigieuze besluit brengt dus geen uitvoeringsmaatregelen met zich; het is een definitief onderdeel dat op zich volstaat.

70. Ten tweede zijn Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori, in tegenstelling tot rekwirante in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 19 december 2013, Telefónica/Commissie (C-274/12 P, EU:C:2013:852), zelf geen begunstigden van de betrokken steunregeling, maar potentiële concurrenten van de begunstigden van deze steunregeling. [46] En zoals het Hof heeft geoordeeld, moet „de vraag of een regelgevingshandeling uitvoeringsmaatregelen meebrengt, worden beschouwd vanuit het gezichtspunt van de persoon die aanspraak maakt op het recht om beroep in te stellen op grond van artikel 263, vierde alinea, in fine, VWEU”. [47]

43 Zie punt 75 van de hogere voorzieningen in de zaken C-623/16 P en C-624/16 P.

44 Arrest van 19 december 2013, Telefónica/Commissie (C-274/12 P, EU:C:2013:852, punt 35).

45 Arrest van 19 december 2013, Telefónica/Commissie (C-274/12 P, EU:C:2013:852, punt 36); cursivering van mij.

46 Het is juist dat het bevel tot terugvordering in de zaak die tot dit arrest heeft geleid niet tot rekwirante was gericht en dat zij voor de periode waarop de terugvorderingsverplichting betrekking had, had afgezien van de litigieuze steun. Haar situatie was dus feitelijk gezien vergelijkbaar met die van Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori.

47 Zie in dit verband arresten van 19 december 2013, Telefónica/Commissie (C-274/12 P, EU:C:2013:852, punt 30), en 28 april 2015, T & L Sugars en Sidul Açúcares/Commissie (C-456/13 P, EU:C:2015:284, punt 32).

71. In dit licht moet worden geconstateerd dat geen enkele handeling die „ter uitvoering" van het litigieuze besluit wordt vastgesteld van toepassing zal zijn op de situaties van Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori. De veronderstelling dat zij een verzoek hadden kunnen indienen om in aanmerking te komen voor steun waarvan bij voorbaat vaststaat dat deze niet aan hen kan worden verleend, met als enige doel om voor de rechter op te komen tegen het afwijzingsbesluit, lijkt mij volstrekt gekunsteld.

72. In dit verband zie ik overigens niet goed wat de consequenties zouden zijn van het verschil tussen onrechtmatige steun die niet hoeft te worden teruggevorderd (eerste onderdeel van het litigieuze besluit) en een rechtmatige steunregeling waarvan rekwiranten hoe dan ook geen begunstigden zijn (tweede en derde onderdeel van het litigieuze besluit). Zoals ik reeds heb opgemerkt, kan men zich in beide gevallen afvragen wat het praktisch nut is van een theoretische constructie die is gebaseerd op een handeling die uitsluitend in het leven zou zijn geroepen om voor de rechter te kunnen worden betwist. [48]

73. Het kan geen kwaad om hier nogmaals op te merken dat artikel 263, vierde alinea, laatste zinsnede, VWEU zijn bestaan ontleent aan de vaststelling door het Hof dat een effectieve rechterlijke bescherming niet wordt gewaarborgd, wanneer een particulier geen andere keus heeft dan het recht te schenden teneinde de bevoegde nationale autoriteit ertoe te brengen een uitvoeringshandeling te verrichten die ertoe zou leiden dat hij zich moet verdedigen voor de rechter, die dan een prejudiciële vraag zou kunnen stellen. [49]

74. Het Hof heeft overigens uitdrukkelijk erkend dat „het begrip 'regelgevingshandelingen […] die geen uitvoeringsmaatregelen met zich brengen' in de zin van artikel 263, vierde alinea, in fine, VWEU [moet] worden uitgelegd in het licht van het doel van deze bepaling, die, zoals uit de ontstaansgeschiedenis ervan blijkt, beoogt te vermijden dat een particulier wordt gedwongen om het recht te schenden om toegang tot de rechter te krijgen". [50]

75. Hoewel Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori formeel gezien geen strafbaar feit zouden begaan door om steun te verzoeken die niet voor hen is bestemd, zouden zij desalniettemin gedwongen zijn om, teneinde toegang te krijgen tot de rechter, voor een handelwijze te kiezen waarvan met zekerheid kan worden gesteld dat deze gedoemd is om te mislukken. De gedachtegang achter een dergelijke situatie zou niet haaks staan op de filosofie achter de wijziging van artikel 230 EG.

76. De zaken betreffende de Deense regeling inzake kansspelbelasting die de Commissie voor het Gerecht heeft aangevoerd ter ondersteuning van haar hogere voorzieningen, leiden niet tot een andere zienswijze. [51]

77. Volgens de Commissie was deze regeling verenigbaar met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 3, onder c), VWEU. In het kader van de beroepen die tegen dit Commissiebesluit waren ingesteld, heeft het Hof geoordeeld dat het besluit „ten aanzien van rekwirantes uitsluitend rechtsgevolgen sorteerde via de nationale wetgevingsmaatregel [welke de inwerkingtreding van de

48 Zie in dit verband mijn conclusie in de zaak Stichting Woonpunt e.a./Commissie (C-132/12 P, EU:C:2013:335, punt 62).

49 Zie in dit verband arrest van 13 maart 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, punt 64).

50 Arrest van 19 december 2013, Telefónica/Commissie (C-274/12 P, EU:C:2013:852, punt 27).

51 Het betreft hier de arresten van het Gerecht van 26 september 2014, Dansk Automat Brancheforening/Commissie (T-601/11, EU:T:2014:839), en Royal Scandinavian Casino Århus/Commissie (T-615/11, niet gepubliceerd, EU:T:2014:838), die door het Hof zijn bevestigd bij beschikkingen van 21 april 2016, Dansk Automat Brancheforening/Commissie (C-563/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2016:303), en Royal Scandinavian Casino Århus/Commissie (C-541/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2016:302).

litigieuze regeling had uitgesteld tot de definitieve vaststelling van het Commissiebesluit] en via belastingaanslagen die op basis van dit besluit zouden worden vastgesteld, en die de specifieke gevolgen van de in het besluit vastgestelde verenigbaarheid zouden concretiseren voor alle belastingplichtigen, waaronder rekwirantes". [52]

78. In de bestreden arresten heeft het Gerecht geoordeeld dat de situaties niet vergelijkbaar waren omdat het dictum van het litigieuze Commissiebesluit inzake de Deense kansspelbelasting voorzag in de vaststelling van bepalingen ter uitvoering van de aangemelde maatregel, in het bijzonder *na* de vaststelling van het besluit. [53]

79. Los van de relevantie van dit oordeel bestaat er een fundamenteel verschil tussen de Deense regeling inzake kansspelbelasting en de Italiaanse bepalingen die in de onderhavige hogere voorzieningen in geding zijn. De Deense belastingregeling voorzag namelijk in geen enkele belastingvrijstelling ten gunste van bepaalde dienstverleners. De nationale wet op de kansspelbelasting voorzag daarentegen in verschillende belastingtarieven, waarvan de hogere tarieven golden voor de ondernemingen die waren opgekomen tegen het besluit van de Commissie. [54]

80. In een dergelijke situatie zijn de belastingaanslagen die op grond van de nationale wet zouden worden vastgesteld, dan ook terecht aangemerkt als uitvoeringsmaatregelen die het besluit van de Commissie „met zich bracht". Deze belastingaanslagen zouden de gevolgen concretiseren van het Commissiebesluit en zouden zonder problemen en kunstgrepen voor de nationale rechter kunnen worden aangevochten.

81. Gezien alle voorgaande redenen, ben ik van mening dat het Gerecht niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het litigieuze besluit geen uitvoeringsmaatregelen meebracht ten aanzien van Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori.

4. Conclusie over de ontvankelijkheid van de beroepen die door Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori bij het Gerecht zijn ingesteld

82. Gelet op een en ander is het litigieuze besluit mijns inziens wel degelijk een regelgevingshandeling die ten aanzien van Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori geen uitvoeringsmaatregelen met zich brengt en hen rechtstreeks raakt.

83. Het enige middel dat de Commissie ter ondersteuning van haar hogere voorzieningen aanvoert is mijns inziens dan ook niet gegrond, hetgeen betekent dat de hogere voorzieningen van de Commissie moeten worden afgewezen.

84. Aangezien de ontvankelijkheid van de door Ferracci en Scuola Elementare Maria Montessori ingestelde beroepen zou moeten worden bevestigd, moet de door Scuola Elementare Maria Montessori ingestelde hogere voorziening ten aanzien van het beroep ten gronde worden onderzocht.

52 Beschikkingen van 21 april 2016, Royal Scandinavian Casino Århus/Commissie (C-541/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2016:302, punt 46) en Dansk Automat Brancheforening/Commissie (C-563/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2016:303, punt 58).

53 Zie arresten van het Gerecht van 15 september 2016, Ferracci/Commissie (T-219/13, EU:T:2016:485, punt 69), en Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie (T-220/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:484, punt 66).

54 Zie beschikkingen van 21 april 2016, Royal Scandinavian Casino Århus/Commissie (C-541/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2016:302, punt 45) en Dansk Automat Brancheforening/Commissie (C-563/14 P, niet gepubliceerd, EU:C:2016:303, punt 57).

B. Het door Scuola Elementare Maria Montessori bij het Gerecht ingestelde beroep ten gronde

85. Ter ondersteuning van haar hogere voorziening tegen het arrest van 15 september 2016, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie (T-220/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:484; hierna: „bestreden arrest"), voert Scuola Elementare Maria Montessori twee middelen aan. Het eerste middel betreft het oordeel van het Gerecht ten aanzien van het ontbreken van een bevel tot terugvordering van de als onrechtmatig en onverenigbaar met de interne markt aangemerkte steun (eerste onderdeel van het litigieuze besluit). Het tweede middel heeft betrekking op het oordeel van het Gerecht dat de IMU-vrijstelling geen staatssteun was in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (derde onderdeel van het litigieuze besluit).

1. Eerste middel: ontbreken van een bevel tot terugvordering

a) Argumenten van partijen

86. Het eerste middel valt uiteen in vier onderdelen.

87. Ten eerste stelt Scuola Elementare Maria Montessori dat het Gerecht artikel 108 VWEU, alsook artikel 14, lid 1, van verordening nr. 659/1999 en artikel 4, lid 3, VWEU zou hebben geschonden, door zijn goedkeuring te verlenen aan het feit dat de Commissie al in het stadium van de formele onderzoeksprocedure had vastgesteld dat het volstrekt onmogelijk was om de onrechtmatige steun terug te vorderen. De volstrekte onmogelijkheid om de onrechtmatige steun terug te vorderen zou geen algemeen rechtsbeginsel zijn in de zin van artikel 14, lid 1, van verordening nr. 659/1999.

88. Ten tweede betwist Scuola Elementare Maria Montessori de uitlegging die het Gerecht in het bestreden arrest geeft aan het begrip „volstrekte onmogelijkheid". Deze uitlegging zou uitsluitend gebaseerd zijn op het feit dat de gegevens die noodzakelijk waren voor de terugvordering, niet met terugwerkende kracht konden worden geëxtrapoleerd uit de Italiaanse kadastrale en fiscale databestanden. Deze elementen zouden echter onder de nationale rechtsorde vallen en zouden daarom niet kunnen worden aangevoerd ter rechtvaardiging van de volstrekte onmogelijkheid om de steun terug te vorderen.

89. Ten derde zou het bestreden arrest berusten op een verkeerde uitlegging van het begrip „volstrekte onmogelijkheid" voor zover het Gerecht Scuola Elementare Maria Montessori niet heeft gevolgd in haar stelling dat er alternatieven bestaan waarmee de Italiaanse Republiek de betreffende steun had kunnen terugvorderen, ongeacht de structuur van de kadastrale en fiscale databestanden. Het Gerecht zou bovendien de bewijslast hebben omgekeerd door van Scuola Elementare Maria Montessori te eisen dat zij aantoonde dat terugvordering van de steun mogelijk was.

90. Ten vierde verwijt Scuola Elementare Maria Montessori het Gerecht een onjuiste opvatting van het bewijsmateriaal, door te oordelen dat het onmogelijk was om uit de kadastrale en fiscale databestanden de informatie af te leiden die nodig was voor het terugvorderen van de betreffende steun.

91. De Commissie brengt hier ten eerste tegen in dat het ontbreken van een bevel tot terugvordering van de onrechtmatige steun in het litigieuze besluit in overeenstemming is met artikel 14, lid 1, van verordening nr. 659/1999, op grond waarvan de Commissie geen terugvordering mag gelasten indien dit in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel. Overeenkomstig het algemeen rechtsbeginsel dat niemand rechtens tot het onmogelijke gehouden is, zou de Commissie immers geen verplichting kunnen opleggen waarvan de uitvoering van meet af aan objectief en absoluut onmogelijk is.

92. Ten tweede voert de Commissie aan dat Scuola Elementare Maria Montessori de begrippen „overmacht" en „volstrekte onmogelijkheid" met elkaar verwart. Het tweede begrip zou ruimer zijn dan het eerste en zou ook situaties omvatten die geenszins onvoorspelbaar of abnormaal zijn, zoals de vereffening van de begunstigde onderneming.

93. Ten derde zouden de argumenten ten aanzien van het bestaan van alternatieven voor het terugvorderen van de betreffende steun op de onjuiste aanname berusten dat Scuola Elementare Maria Montessori het bestaan van dergelijke alternatieven heeft bewezen. Het Gerecht heeft de argumenten ten aanzien van het bewijs van deze alternatieven verworpen. Voor zover Scuola Elementare Maria Montessori deze verwerping betwist, stelt zij hiermee feitelijke beoordelingen ter discussie, die niet het voorwerp van een hogere voorziening kunnen zijn.

94. Ten vierde is het argument ontleend aan de onjuiste opvatting van het bewijsmateriaal niet-ontvankelijk, aangezien Scuola Elementare Maria Montessori het Hof hiermee slechts zou verzoeken om het bewijs anders te beoordelen dan het Gerecht.

b) Analyse

95. In feite nopen de eerste twee onderdelen die door Scuola Elementare Maria Montessori in het eerste middel zijn uiteengezet, tot de beantwoording van drie vragen die logischerwijs uit elkaar volgen, te weten:

– Kan de Commissie om te beginnen überhaupt afzien van een bevel tot terugvordering van steun waarvan zij heeft vastgesteld dat deze onrechtmatig en onverenigbaar is met de interne markt?

– Is het bij een bevestigend antwoord op de eerste vraag vervolgens mogelijk om in onderhavig geval een reden vast te stellen die het ontbreken van een bevel tot terugvordering rechtvaardigt?

– En heeft het Gerecht bij een bevestigend antwoord op de tweede vraag tot slot blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van de aldus vastgestelde reden?

1) Mogelijkheid voor de Commissie om geen terugvordering van onrechtmatige steun te gelasten

96. Wat de eerste vraag betreft, ben ik van mening dat de Commissie al in het stadium van de formele onderzoeksprocedure van een steunregeling kan besluiten om geen terugvordering te gelasten van steun die als onrechtmatig is aangemerkt.

97. Het Gerecht heeft er weliswaar op gewezen dat de intrekking van onrechtmatige steun door middel van terugvordering het logische gevolg is van de vaststelling dat de steun onrechtmatig is [55], maar zet in punt 75 van het bestreden arrest uiteen dat „het doel van de verdragsbepalingen inzake staatssteun het herstel van een daadwerkelijke mededinging is, zodat *in beginsel* [56] de betrokken lidstaat bij het besluit van de Commissie wordt verplicht, de betrokken steun daadwerkelijk en onverwijld terug te vorderen".

98. Hierin kan ik geen onjuiste rechtsopvatting zien. Het lijkt mij namelijk juist om in een bevel tot terugvordering van onrechtmatige steun een beginsel te zien waarop, per definitie, uitzonderingen bestaan.

55 Deze vaststelling van het Gerecht wordt bevestigd in de rechtspraak van het Hof. Zie in dit verband met name arresten van 21 maart 1990, België/Commissie (C-142/87, EU:C:1990:125, punt 66), en 21 december 2016, Commissie/Aer Lingus en Ryanair Designated Activity (C-164/15 P en C-165/15 P, EU:C:2016:990, punt 116).

56 Cursivering van mij.

99. Deze analyse wordt bevestigd door de rechtspraak van het Hof over de rol van de nationale rechterlijke instanties bij de uitvoering van een toezichtregeling voor staatssteun. Want hoewel het Hof heeft geoordeeld dat „[h]et hoofddoel van de terugvordering van onrechtmatig betaalde staatssteun [bestaat in de opheffing van] de verstoring van de mededinging […] die voortkomt uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft” [57], heeft het ook vastgesteld dat „[s]lechts wanneer zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen, […] *het niet aangewezen [kan] zijn de terugbetaling van de steun te gelasten*”. [58] Hiermee heeft het Hof reeds erkend dat het mogelijk is om af te wijken van het beginsel dat onrechtmatige staatssteun moet worden teruggevorderd, ook al komt dit maar zelden voor.

100. Dit uitgangspunt is overigens uitdrukkelijk overgenomen in artikel 14, lid 1, van verordening nr. 659/1999 waarin is bepaald dat „[d]e Commissie […] geen terugvordering [verlangt] van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht”.

101. Het Hof heeft dan ook geoordeeld dat „de Commissie altijd de terugvordering moet gelasten van steun waarvan zij heeft vastgesteld dat deze onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, *tenzij een dergelijke terugvordering in strijd is met een algemeen beginsel van Unierecht*”. [59]

102. Het lijdt mijns inziens dan ook geen twijfel dat het mogelijk is om al in het stadium van de formele onderzoeksprocedure geen terugvordering van onrechtmatige steun te gelasten, ook al is dit uitzonderlijk.

103. Bijgevolg moet de tweede vraag worden onderzocht die het eerste middel van Scuola Elementare Maria Montessori oproept, en moet het algemene rechtsbeginsel worden vastgesteld dat het ontbreken van een bevel tot terugvordering in het litigieuze besluit zou hebben kunnen gerechtvaardigd.

2) Bestaan van een algemeen beginsel van Unierecht dat in casu het ontbreken van een bevel tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun zou rechtvaardigen

104. In het bestreden arrest heeft het Gerecht vastgesteld dat „de Commissie geen blijk h[ad] gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door al in de fase van de formele onderzoeksprocedure en vóór een bevel tot terugvordering vast te stellen dat het voor de Italiaanse Republiek *volstrekt onmogelijk* zou zijn, de in het litigieuze besluit als onrechtmatig aangemerkte steun terug te vorderen”. [60]

105. Volgens de Commissie kunnen de argumenten die de Italiaanse Republiek heeft aangevoerd om tot die vaststelling te komen, worden teruggevoerd op het beginsel dat niemand rechtens tot het onmogelijke gehouden is („impossibilium nulla obligatio est”). [61] De Commissie ziet hierin een algemeen beginsel van het Unierecht.

57 Arrest van 8 december 2011, Residex Capital IV (C-275/10, EU:C:2011:814, punt 34). Zie ook het meer recente arrest van 1 oktober 2015, Electrabel en Dunamenti Erőmű/Commissie (C-357/14 P, EU:C:2015:642, punt 111).

58 Arrest van 8 december 2011, Residex Capital IV (C-275/10, EU:C:2011:814, punt 35); cursivering van mij.

59 Arrest van 28 juli 2011, Mediaset/Commissie (C-403/10 P, niet gepubliceerd, EU:C:2011:533, punt 124); cursivering van mij.

60 Arrest van 15 september 2016, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie (T-220/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:484, punt 87); cursivering van mij.

61 Zie punt 12 van de memorie van antwoord van de Commissie (C-622/16 P). Dit beginsel is ontleend aan het Romeins recht (*Digeste*, blz. 50, 17 en 185, *Celsus libro octavo digestorum*) en is ook bekend als „nemo potest ad impossibile obligari”.

106. Om te beginnen stel ik vast dat deze uitdrukking, die door enkele van mijn voorgangers weliswaar een „maxime”[62] of niet meer dan een „adagium”[63] is genoemd, door het Hof recentelijk is gekwalificeerd als „beginsel”.[64] Nog recenter heeft het Hof de uitdrukking overigens gebruikt om de uitlegging van een bepaling van Unierecht te rechtvaardigen.[65]

107. Indien de algemene Unierechtelijke beginselen kunnen worden aangemerkt als „fundamentele bepalingen van het ongeschreven primaire recht die inherent zijn aan de rechtsorde van de [Unie]”[66], kan het beginsel „impossibilium nulla obligatio est” mijns inziens als zodanig worden aangemerkt wanneer het wordt toegepast op het gebied van staatssteun.

108. Deze vaststelling zou in overeenstemming zijn met het feit dat de *geldigheid* van een besluit van de Commissie inzake de terugvordering van onrechtmatige staatssteun afhankelijk is van de mogelijkheid om de betreffende staatssteun terug te vorderen. Het Hof heeft immers geoordeeld dat „de gestelde absolute onmogelijkheid [om onwettige staatssteun terug te vorderen] geen afbreuk doet aan de geldigheid van de bestreden beschikking, daar de onmogelijkheid slechts bestaat in de fase van de uitvoering. […] *De Commissie mag daarentegen bij een beschikking zoals de bestreden beschikking, geen verplichting opleggen waarvan de uitvoering van meet af aan objectief en absoluut onmogelijk is, op straffe van ongeldigheid van die verplichting.*”[67]

109. De erkenning van dit algemeen beginsel zou tevens in overeenstemming zijn met de rechtspraak van het Hof dat een lidstaat die zich bij de uitvoering van een Commissiebesluit inzake staatssteun „ *bewust wordt van gevolgen die de Commissie niet voor ogen heeft gehad*, deze problemen aan laatstgenoemde voorlegt en daarbij passende wijzigingen van de betrokken beschikking voorstelt”.[68] Deze verplichting die op de lidstaat rust, betekent noodzakelijkerwijs dat indien de Commissie zich bewust was geweest van de gevolgen van haar besluit, zoals de onmogelijkheid om onrechtmatige staatssteun terug te vorderen, zij bij de vaststelling ervan met deze gevolgen rekening had kunnen en moeten houden. Anders zou er geen reden zijn om de lidstaat die zich hiervan bewust wordt, te verplichten om de Commissie hiervan in kennis te stellen opdat laatstgenoemde haar besluit indien nodig kan wijzigen.

110. Gelet op het voorgaande komt het beginsel „impossibilium nulla obligatio est” in de zin van de volstrekte onmogelijkheid om staatssteun terug te vorderen overeen met een fundamentele ongeschreven bepaling die inherent is aan het Unierecht inzake staatssteun. Dit beginsel kan mijns inziens dan ook worden aangemerkt als algemeen Unierechtelijk beginsel in de zin van artikel 14, lid 1, van verordening nr. 659/1999.

62 Zie de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak Budějovický Budvar (C-482/09, EU:C:2011:46, voetnoot 44).

63 Zie de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de gevoegde zaken Commissie/Duitsland (C-20/01 en C-28/01, EU:C:2002:717, punt 30) bij het weergeven van een argument van de Bondsrepubliek Duitsland.

64 Zie arrest van 3 maart 2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, punt 42).

65 Zie arrest van 20 december 2017, Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation (C-664/15, EU:C:2017:987, punt 96).

66 Zie in dit verband conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak Audiolux e.a. (C-101/08, EU:C:2009:410, punt 69).

67 Arrest van 17 juni 1999, België/Commissie (C-75/97, EU:C:1999:311, punt 86); cursivering van mij.

68 Arrest van 12 februari 2015, Commissie/Frankrijk (C-37/14, niet gepubliceerd, EU:C:2015:90, punt 67); cursivering van mij. Zie ook arrest van 10 juni 1993, Commissie/Griekenland (C-183/91, EU:C:1993:233, punt 19), of arrest van 17 juni 1999, België/Commissie (C-75/97, EU:C:1999:311, punt 88).

3) Toepassing door het Gerecht van het beginsel „impossibilium nulla obligatio est”

111. Aangezien het beginsel „impossibilium nulla obligatio est” als algemeen Unierechtelijk beginsel kan worden beschouwd in de zin van artikel 14, lid 1, van verordening nr. 659/1999, moet worden nagegaan of het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door vast te stellen dat de Commissie zelf niet blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te stellen dat het niet mogelijk was om in de kadastrale en fiscale databestanden de gegevens van de begunstigden van de betrokken steun te achterhalen, en dat het bijgevolg onmogelijk was om de onrechtmatige steun terug te vorderen. [69]

112. In het tweede onderdeel van het eerste middel dat Scuola Elementare Maria Montessori aanvoert ter ondersteuning van haar hogere voorziening betwist zij deze vaststelling van het Gerecht. De elementen waarop de Italiaanse regering zich beroept, zouden onder de nationale rechtsorde vallen en zouden daarom niet kunnen worden aangevoerd ter rechtvaardiging van de volstrekte onmogelijkheid om de steun terug te vorderen.

113. Het begrip „volstrekte onmogelijkheid” is door het Hof uitgewerkt in het kader van het toezicht op de uitvoering van Commissiebesluiten inzake staatssteun. Het is vaste rechtspraak „dat het enige verweer dat een lidstaat kan aanvoeren tegen een door de Commissie krachtens artikel 108, lid 2, VWEU ingesteld beroep wegens niet-nakoming, de volstrekte onmogelijkheid is om de beschikking van deze instelling waarbij de terugvordering van de betrokken steun wordt gelast, naar behoren uit te voeren”. [70]

114. Maar hoewel dit verweermiddel in theorie bestaat, is het tot op heden slechts in één specifiek geval gegrond verklaard. Het betreft het geval waarin de ondernemingen aan wie de betrokken steun was verleend, waren vereffend zonder activa achter te laten die konden worden teruggevorderd. [71] Overigens werd vastgesteld dat de loutere bewering dat de onderneming in financiële moeilijkheden verkeerde, evenals algemene en abstracte beweringen over het staken van de activiteiten van bepaalde ondernemingen niet volstonden om de volstrekte onmogelijkheid van terugvordering te rechtvaardigen. [72] Ten aanzien van ondernemingen die hun activiteiten hebben gestaakt, is zelfs geoordeeld dat „een volstrekte onmogelijkheid van uitvoering alleen eventueel mag worden aangenomen naar aanleiding van voor hen kenmerkende omstandigheden”. [73]

115. Voorts staat eveneens vast dat aan de voorwaarde van een volstrekte onmogelijkheid van uitvoering niet is voldaan wanneer de verwerende lidstaat zich ertoe beperkt, de Commissie in kennis te stellen van de juridische, politieke of praktische moeilijkheden die de uitvoering van het besluit met zich brengt, zonder daadwerkelijke actie tegen de betrokken ondernemingen te ondernemen om de steun terug te vorderen en zonder de Commissie alternatieven voor de uitvoering van het besluit voor te stellen waardoor de moeilijkheden hadden kunnen worden overwonnen. Het belang en de stabiliteit van deze verwerping staan buiten kijf. [74]

69 Zie arrest van 15 september 2016, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie (T-220/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:484, punten 85 en 87).

70 Arrest van 24 januari 2013, Commissie/Spanje (C-529/09, EU:C:2013:31, punt 99). Deze mogelijkheid zou voor het eerst zijn genoemd in het arrest van 15 januari 1986, Commissie/België (52/84, EU:C:1986:3, punt 14). Zie ook het meer recente arrest van 9 november 2017, Commissie/Griekenland (C-481/16, niet gepubliceerd, EU:C:2017:845, punt 28).

71 Zie arrest van 2 juli 2002, Commissie/Spanje (C-499/99, EU:C:2002:408, punt 37). Zie in die zin Karpenschif, M., *Droit européen des aides d'État*, Bruylant, Brussel, 2e druk, 2017, nr. 612.

72 Zie arresten van 2 juli 2002, Commissie/Spanje (C-499/99, EU:C:2002:408, punten 38-40), en 13 november 2008, Commissie/Frankrijk (C-214/07, EU:C:2008:619, punt 63).

73 Arrest van 13 november 2008, Commissie/Frankrijk (C-214/07, EU:C:2008:619, punt 64).

74 Sinds de eerste formulering ervan in het arrest van 2 februari 1989, Commissie/Duitsland (94/87, EU:C:1989:46, punt 10), heb ik ten minste 31 herinneringen aan deze rechtspraak geteld.

116. Meer in het bijzonder wijs ik erop dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat de moeilijkheden bij het achterhalen van de begunstigden vanwege een leemte in de toepasselijke wet, alsook bij de berekening van het bedrag van de terug te vorderen steun en bij de keuze en de uitvoering van de terugvorderingsprocedures, voortkomen uit interne moeilijkheden die aan de lidstaat zelf of aan de nalatigheid van de nationale autoriteiten zijn toe te schrijven.[75] Ook de grote omvang van het aantal betrokken ondernemingen kan niet rechtvaardigen dat het technisch onmogelijk is om een terugvordering uit te voeren.[76]

117. In casu moet ik vaststellen dat de argumenten die door de Italiaanse regering worden aangevoerd en die door de Commissie worden bevestigd, van deze orde zijn.

118. Zoals het Gerecht in punt 76 van het bestreden arrest immers heeft opgemerkt, „heeft de Commissie in de overwegingen 191 tot en met 198 van het litigieuze besluit vastgesteld dat het gelet op de specifieke kenmerken van onderhavige zaak voor de Italiaanse Republiek volstrekt onmogelijk zou zijn om de in het kader van de ICI-bepalingen onrechtmatig verleende steun terug te vorderen. De Commissie heeft in hoofdzaak uitgelegd dat noch aan de hand van de kadastrale databestanden, noch aan de hand van de fiscale databestanden kon worden vastgesteld welke soort activiteit (economische activiteit of niet-economische activiteit) werd uitgeoefend in de onroerende zaken van de niet-commerciële organisaties, en dat aan de hand van deze databestanden niet objectief kon worden berekend wat het bedrag van de in te vorderen belasting was”.

119. In punt 85 van het bestreden arrest herhaalt het Gerecht dat „de Italiaanse Republiek heeft uiteengezet dat het, vanwege de structuur van het kadaster en het ontbreken van relevante fiscale informatie, onmogelijk was om met terugwerkende kracht uit de kadastrale en fiscale databestanden het type gegevens te extrapoleren dat noodzakelijk was om de betreffende steun terug te vorderen. Gelet op deze uitleg heeft de Commissie geoordeeld dat het inderdaad onmogelijk was om de begunstigden van de betrokken steun te achterhalen, en dat deze steun bij gebrek aan beschikbare gegevens niet objectief kon worden berekend, wat zij in het [litigieuze] besluit heeft uitgelegd”.

120. Deze argumenten met betrekking tot de kadastrale en fiscale gegevens zijn vergelijkbaar met de argumenten die de Franse Republiek heeft aangevoerd in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 13 november 2008, Commissie/Frankrijk (C-214/07, EU:C:2008:619), waarbij het ook om een belastingvrijstelling ging.[77]

121. In weerwil van de stelling van de Franse regering dat het externe factoren betrof die verband hielden met de omvang en de complexiteit van de terugvorderingsactie, ging het volgens het Hof om interne moeilijkheden die aan de Franse Republiek zelf of aan de nalatigheid van de nationale autoriteiten waren toe te schrijven.[78] Onlangs nog heeft het Hof zelfs vastgesteld dat „de vrees voor –

75 Zie in dit verband arrest van 13 november 2008, Commissie/Frankrijk (C-214/07, EU:C:2008:619, punt 50).

76 Zie in dit verband arrest van 17 juni 1999, België/Commissie (C-75/97, EU:C:1999:311, punt 90).

77 De Franse Republiek beriep zich met name op het feit dat de litigieuze steunregeling niet noodzakelijkerwijs „een specifieke identificatie van de begunstigden in het kader van een meldingsstelsel” inhield, alsook op het feit dat in de nationale belastingaangiften bepaalde gegevens ontbraken die nodig waren voor het berekenen van de terug te vorderen steun (zie arrest van 13 november 2008, Commissie/Frankrijk, C-214/07, EU:C:2008:619, punten 23 en 28).

78 Vergelijk de punten 21 en 50 van het arrest van 13 november 2008, Commissie/Frankrijk, C-214/07, EU:C:2008:619). De Commissie heeft in het verleden onderscheid gemaakt tussen deze moeilijkheden en de onmogelijkheid om de begunstigden van een steunregeling te achterhalen, omdat de wettelijke termijn voor het bewaren van de boekhouding was verstreken (zie in dit verband het standpunt van de Commissie in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 13 november 2008, Commissie/Frankrijk, C-214/07, EU:C:2008:619, punten 13, 22 en 48). Mocht het Hof genoodzaakt zijn om zich uit te spreken over deze bijzondere omstandigheid, hetgeen het niet behoefde te doen in het voormelde arrest Commissie/Frankrijk, dan zou ik, gelet op de meest recente rechtspraak van het Hof, evenwel vraagtekens plaatsen bij de relevantie van dit onderscheid, aangezien het Hof onlangs heeft geoordeeld dat „de vrees voor – zelfs onoverkomelijke – moeilijkheden […] niet kan rechtvaardigen dat een lidstaat de krachtens het recht van de Unie op hem rustende verplichtingen niet nakomt” (arrest van 13 september 2017, Commissie/België, C-591/14, EU:C:2017:670, punt 44).

zelfs onoverkomelijke – moeilijkheden die met name voortvloeien uit de verificatie van de situatie van elke betrokken onderneming wat de terugvordering van de onrechtmatige steun betreft […] niet kan rechtvaardigen dat een lidstaat de krachtens het recht van de Unie op hem rustende verplichtingen niet nakomt”.[79]

122. Bijgevolg ben ik van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 87 van het bestreden arrest op basis van elementen die uitsluitend verband houden met ontbrekende kadastrale en fiscale gegevens, te oordelen dat „de Commissie niet blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door al in de fase van de formele onderzoeksprocedure, en vóór een bevel tot terugvordering, vast te stellen dat het voor de Italiaanse Republiek volstrekt onmogelijk zou zijn de in het [litigieuze] besluit als onrechtmatig aangemerkte steun terug te vorderen”.

123. Zoals ik hiervoor heb opgemerkt, is de intrekking van onrechtmatige steun door middel van terugvordering immers het logische gevolg van de vaststelling van de onrechtmatigheid ervan.[80] Hieruit heb ik afgeleid dat de verplichting om de terugvordering van onrechtmatige steun te gelasten een beginsel was waarop uitzonderingen mogelijk zijn.[81] Maar ook deze uitzonderingen moeten, zoals alle andere, eng worden uitgelegd.

124. In tegenstelling tot de vaststelling van het Gerecht in het bestreden arrest ben ik dan ook van mening dat, wanneer het om staatssteun gaat, aan het algemeen rechtsbeginsel „impossibilium nulla obligatio est” geen grotere draagwijdte mag worden toegekend dan aan het begrip „volstrekte onmogelijkheid” om onrechtmatige staatssteun terug te vorderen in de uitvoeringsfase van het besluit van de Commissie.

125. Indien de argumenten ontleend aan juridische, politieke of praktische moeilijkheden door het Hof niet zijn aanvaard in het kader van de uitvoering van een Commissiebesluit dat terugvordering van steun gelast, kunnen deze argumenten evenmin worden aanvaard in het stadium van de vaststelling van het besluit, na de formele onderzoeksprocedure.

c) Conclusie met betrekking tot het eerste middel

126. Gelet op een en ander kom ik tot de slotsom dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door in punt 87 van het bestreden arrest te oordelen dat de Commissie geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door al in de fase van de formele onderzoeksprocedure, en vóór een bevel tot terugvordering, vast te stellen dat het voor de Italiaanse Republiek volstrekt onmogelijk zou zijn om de in het litigieuze besluit als onrechtmatig aangemerkte steun terug te vorderen, voor zover de Commissie zich uitsluitend heeft gebaseerd op de onmogelijkheid om met terugwerkende kracht uit de kadastrale en fiscale databestanden de gegevens te extrapoleren die noodzakelijk waren om de betreffende steun terug te vorderen.

127. De argumenten die Scuola Elementare Maria Montessori aanvoert in het derde en vierde onderdeel van het eerste middel hebben eveneens betrekking op de toepassing door het Gerecht van de voorwaarde van „volstrekte onmogelijkheid” om de betreffende steun terug te vorderen. Aangezien deze argumenten niet kunnen leiden tot een verdere vernietiging van het arrest van het Gerecht ten aanzien van het eerste onderdeel van het litigieuze besluit, is het zinloos om deze argumenten te onderzoeken.

79 Arrest van 13 september 2017, Commissie/België (C-591/14, EU:C:2017:670, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak); cursivering van mij.

80 Zie aangehaalde rechtspraak in voetnoot 55.

81 Zie punt 98 van deze conclusie.

2. Tweede middel

128. Met haar tweede middel bekritiseert Scuola Elementare Maria Montessori het bestreden arrest voor zover het Gerecht heeft geoordeeld dat de IMU-vrijstelling geen staatssteun was in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (derde onderdeel van het litigieuze besluit), omdat de voorwaarden voor het verlenen van de vrijstelling waarborgen dat deze niet wordt verleend voor „economische activiteiten".

a) Argumenten van partijen

129. Om in aanmerking te komen voor een IMU-vrijstelling moeten de activiteiten die met de regeling worden beoogd „op niet-commerciële basis" worden uitgeoefend.[82] De definitie van dit begrip is opgenomen in artikel 1, lid 1, onder p), van ministerieel besluit nr. 200 van 19 november 2012 (hierna: „ministerieel besluit"). De activiteiten mogen geen winstoogmerk hebben en er mag geen concurrentieverhouding bestaan tussen de activiteiten van de begunstigde van de vrijstelling en die van de marktdeelnemers die winst nastreven.

130. Volgens Scuola Elementare Maria Montessori zou het begrip „economische activiteiten" die „op niet-commerciële basis" worden uitgeoefend, niet voorkomen in het mededingingsrecht van de Unie en zouden de algemene criteria die worden genoemd in artikel 1, lid 1, onder p), van het ministerieel besluit, afwijken van de criteria die door het Hof zijn uitgewerkt.

131. Voorts zouden activiteiten zoals die op het gebied van onderwijs en logies „typisch een aanbod van goederen en diensten op de markt omvatten en zouden zij *naar hun aard concurreren* met activiteiten die door andere marktdeelnemers worden uitgeoefend".[83] De voorwaarde van het ontbreken van concurrentie zou dus in zekere zin een louter formele voorwaarde zijn.

132. Overigens is Scuola Elementare Maria Montessori van mening dat het Gerecht nader onderzoek had moeten verrichten naar de „objectieve" voorwaarden die in het ministerieel besluit zijn opgenomen en die de specifieke kenmerken omschrijven waaraan iedere activiteit moet voldoen, met name activiteiten op het gebied van onderwijs en logies, om in aanmerking te komen voor de betreffende vrijstelling. Zo benadrukt rekwirante dat onderwijsactiviteiten, teneinde te worden beschouwd als activiteiten die op „niet-commerciële basis" worden uitgeoefend, gratis moeten worden aangeboden of tegen betaling van een symbolisch bedrag dat slechts een gedeelte van de reële kosten dekt die voor de dienst zijn gemaakt.[84] Met deze voorwaarde schept het ministerieel besluit volgens rekwirante de mogelijkheid dat de diensten die worden aangeboden door de begunstigden van de vrijstelling, door particulieren worden gefinancierd door betaling van een vergoeding die een belangrijk deel van de kosten dekt.[85] Voorts merkt rekwirante op dat activiteiten op het gebied van logies, teneinde te worden aangemerkt als activiteiten die op „niet-commerciële basis" worden uitgeoefend, ook „gratis moeten worden aangeboden of tegen betaling van een symbolisch bedrag, dat in ieder geval lager moet zijn dan de helft van de gemiddelde prijs voor soortgelijke activiteiten die in hetzelfde geografische gebied op basis van concurrentie worden uitgeoefend".[86] Door te verwijzen naar de helft van de gemiddelde prijs van soortgelijke activiteiten die op basis van concurrentie worden uitgeoefend, kent het ministerieel besluit volgens rekwirante een economisch karakter toe aan de dienst die voor een symbolische prijs wordt aangeboden.[87]

82 Zie artikel 91 bis, lid 1, van decreto-legge nr. 1 van 24 januari 2012 houdende noodmaatregelen ten aanzien van de mededinging, de ontwikkeling van de infrastructuur en de concurrentie, zoals gewijzigd en omgezet bij wet nr. 27 van 24 maart 2012.

83 Zie punt 57 van de hogere voorziening van Scuola Elementare Maria Montessori (cursivering door rekwirante).

84 Artikel 4, lid 3, onder c), van het ministerieel besluit.

85 Zie punt 59 van de hogere voorziening van Scuola Elementare Maria Montessori.

86 Artikel 4, lid 4, van het ministerieel besluit.

87 Zie punt 64 van de hogere voorziening van Scuola Elementare Maria Montessori.

133. De Commissie is daarentegen van mening dat de redenering van het Gerecht niet alleen logisch, maar ook juridisch kloppend is. Rekwirantes kritiek ten aanzien van de voorwaarde van een symbolische tegenprestatie die zou kunnen worden gevraagd voor de financiering van activiteiten op het gebied van onderwijs en logies (objectieve voorwaarde), zou bovendien op een verkeerd uitgangspunt berusten.

b) Analyse

134. Scuola Elementare Maria Montessori bekritiseert het gebruik in de Italiaanse wet van een begrip dat niet in het mededingingsrecht van de Unie voorkomt, namelijk het begrip economische activiteit die „op niet-commerciële basis" wordt uitgeoefend. De uitlegging van dit begrip door het Gerecht zou in strijd zijn met de begrippen „onderneming" en „economische activiteit" die zijn uitgewerkt in de rechtspraak van het Hof.

135. Ik deel deze lezing van het bestreden arrest niet. Zowel de Commissie (in het litigieuze besluit) als het Gerecht (in het bestreden arrest) heeft de voorwaarde die de Italiaanse wet aan de IMU-vrijstelling stelt, namelijk uitgelegd aan de hand van de begrippen „onderneming" en „economische activiteit" zoals deze in de vaste rechtspraak van het Hof zijn gedefinieerd.

136. Allereerst is vastgesteld dat „het mededingingsrecht van de Unie, in het bijzonder het in artikel 107, lid 1, VWEU geformuleerde verbod, […] overigens op de activiteiten van de ondernemingen [ziet]" [88], die in de context van het mededingingsrecht [van de Unie] „elke entiteit omvat[ten] die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm ervan en de wijze waarop zij wordt gefinancierd" [89]. Voorts staat eveneens vast dat „[o]nder een economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt". [90] In deze omstandigheden „[belet] het feit dat goederen en diensten zonder winstoogmerk worden aangeboden, niet […] dat de entiteit die deze transacties op de markt verricht, als een onderneming moet worden beschouwd, aangezien dit aanbod concurreert met dat van andere marktdeelnemers, die wel winst nastreven". [91]

137. Het is op basis van deze definities, waarnaar wordt verwezen in de punten 131 tot en met 133 van het bestreden arrest, dat het Gerecht de rechtmatigheid van de IMU-vrijstelling heeft onderzocht.

138. Zoals het Gerecht heeft vastgesteld, worden activiteiten op grond van het ministerieel besluit uitdrukkelijk uitgesloten van de werkingssfeer van de IMU-vrijstelling indien zij concurreren met de activiteiten van marktdeelnemers die winst nastreven. [92] Bijgevolg heeft het Gerecht niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 137 van het bestreden arrest te oordelen dat „de genoemde regeling alleen [gold] voor organisaties die op grond van het Unierecht niet als 'ondernemingen' konden worden aangemerkt".

88 Arrest van 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, punt 39). Zie ook arrest van 5 maart 2015, Commissie e.a./Versalis e.a. (C-93/13 P en C-123/13 P, EU:C:2015:150, punt 88).

89 Arresten van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a. (C-222/04, EU:C:2006:8, punt 107); 19 december 2012, Mitteldeutsche Flughafen en Flughafen Leipzig-Halle/Commissie (C-288/11 P, EU:C:2012:821, punt 50), en 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, punt 41).

90 Arresten van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a. (C-222/04, EU:C:2006:8, punt 108); 19 december 2012, Mitteldeutsche Flughafen en Flughafen Leipzig-Halle/Commissie (C-288/11 P, EU:C:2012:821, punt 50), en 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, punt 45).

91 Arresten van 1 juli 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, punt 27), en 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, punt 46). Zie in dit verband ook arrest van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a. (C-222/04, EU:C:2006:8, punt 123).

92 Ik wijs er nogmaals op dat op grond van artikel 91 bis, lid 1, van decreto-legge nr. 1 de activiteiten die met de regeling worden beoogd „op niet-commerciële basis" moeten worden uitgeoefend om in aanmerking te komen voor de IMU-vrijstelling. Om aan dit vereiste te voldoen, mogen de activiteiten op grond van artikel 1, lid 1, onder p), van het ministerieel besluit geen winstoogmerk hebben *en* mag er geen concurrentieverhouding bestaan tussen de activiteiten van de begunstigde van de vrijstelling en die van de marktdeelnemers die winst nastreven.

139. In haar verweerschrift voert de Commissie terecht aan dat de eventuele omstandigheid dat niet aan deze voorwaarde wordt voldaan geen gevolgen heeft voor de rechtmatigheid van de onderzochte regeling, maar uitsluitend een schending van de nationale regelgeving is. [93]

140. Behalve deze algemene voorwaarde dat activiteiten op „niet-commerciële basis" moeten worden uitgeoefend om in aanmerking te komen voor de IMU-vrijstelling, zijn in het ministerieel besluit „objectieve" voorwaarden opgenomen die specifiek zijn voor bepaalde typen activiteiten. In tegenstelling tot rekwirantes stelling hebben de „objectieve voorwaarden" die worden gesteld aan activiteiten op het gebied van onderwijs en logies, geen gevolgen voor de beoordeling van de vrijstellingsregeling.

141. Wat activiteiten op het gebied van onderwijs betreft, brengt Scuola Elementare Maria Montessori in herinnering dat dit type activiteiten gratis moet worden uitgeoefend of tegen betaling van een symbolische tegenprestatie die uitsluitend een gedeelte van de reële kosten van de dienst dekt. Hiermee zou de Italiaanse wet volgens haar de mogelijkheid scheppen dat de aangeboden diensten *hoofdzakelijk* door particulieren middels betaling van een tegenprestatie kunnen worden gefinancierd. [94]

142. Het aldus door rekwirante geformuleerde argument kan aannemelijk lijken. Toch kan het de analyse niet doorstaan. Allereerst kan worden betwijfeld of met een tegenprestatie die slechts „*een deel* van de reële kosten van een dienst dekt", de activiteit hoofdzakelijk kan worden gefinancierd. Voorts moet worden vastgesteld dat rekwirante een gedeelte van artikel 4, lid 3, onder c), van het ministerieel besluit buiten beschouwing laat. „Vreemd genoeg" heeft zij namelijk de laatste voorwaarde weggelaten, die evenwel uitdrukkelijk in dit artikel is opgenomen. Hoewel het ministerieel besluit de betaling van een symbolisch bedrag toestaat, is in artikel 4, lid 3, onder c), van dit besluit immers bepaald dat er *geen verband* mag bestaan tussen het gevraagde bedrag en de reële kosten van de dienst.

143. Teneinde als dienstverrichting te worden beschouwd, moet onderwijs echter worden „verstrekt door onderwijsinstellingen die *hoofdzakelijk* worden gefinancierd uit particuliere middelen die niet van de dienstverrichter zelf afkomstig zijn". [95] Aangezien er geen verband mag bestaan tussen de bijdrage die van particulieren kan worden gevraagd en de reële kosten van de dienst, lijkt het mij onmogelijk dat de dienst hoofdzakelijk kan worden gefinancierd met deze particuliere bijdrage.

144. Aangezien de onderwijsactiviteit niet hoofdzakelijk kan worden gefinancierd met het symbolische bedrag dat op grond van het ministerieel besluit is toegestaan, kan dit bedrag niet worden gelijkgesteld met een economische tegenprestatie voor deze dienst. Het betreft hier dus geen vergoeding in de zin van het mededingingsrecht van de Unie. Artikel 4, lid 3, onder c), van het ministerieel besluit waarborgt met andere woorden dus dat organisaties die in aanmerking komen voor de IMU-vrijstelling voor onderwijsactiviteiten, geen „economische activiteiten" uitoefenen, omdat zij geen winstoogmerk nastreven met deze activiteit. [96]

93 Zie punt 69 van het verweerschrift van de Commissie.

94 Zie punt 59 van haar hogere voorziening. Een soortgelijke redenering wordt toegepast op activiteiten op het gebied van logies. Volgens rekwirante zou met de mogelijkheid om een symbolisch bedrag te vragen dat niet hoger mag zijn dan de helft van de gemiddelde prijs voor soortgelijke activiteiten, een economisch karakter worden toegekend aan de dienst die voor een symbolische prijs wordt aangeboden (zie punt 64 van die hogere voorziening).

95 Arrest van 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, punt 48); cursivering van mij. Zie in dit verband ook arrest van 11 september 2007, Schwarz en Gootjes-Schwarz (C-76/05, EU:C:2007:492, punt 40). In tegenstelling tot hetgeen rekwirante suggereert, is de rechtspraak die in punt 141 van het bestreden arrest door het Gerecht wordt aangehaald dus wel degelijk relevant.

96 Zie voor wat betreft het onderscheid tussen onderwijsinstellingen waarmee de staat zijn sociale, culturele en opvoedkundige taak vervult en onderwijsinstellingen „die hoofdzakelijk uit particuliere middelen worden gefinancierd, met name door de studenten of hun ouders, en een *winstoogmerk nastreven*", het arrest van 7 december 1993, Wirth (C-109/92, EU:C:1993:916, punt 17); cursivering van mij.

145. Ook wat activiteiten op het gebied van logies betreft, waarborgen de voorwaarden die in het ministerieel besluit zijn opgenomen, het ontbreken van een economisch karakter. Ten eerste is de IMU-vrijstelling op grond van artikel 1, lid 1, onder j), van dit besluit voorbehouden aan gevallen waarin het logies alleen openstaat voor bepaalde doelgroepen en slechts bij tussenpozen wordt aangeboden. Bovendien worden hotel- en soortgelijke accommodaties in deze bepaling uitdrukkelijk uitgesloten van de vrijstelling. Voorts is krachtens artikel 4, lid 4, van het ministerieel besluit, net als voor onderwijsactiviteiten, uitsluitend een symbolische tegenprestatie toegestaan voor activiteiten op het gebied van logies. Het bedrag van deze tegenprestatie moet „in ieder geval lager zijn dan de helft van de gemiddelde prijs voor soortgelijke activiteiten die op basis van concurrentie in hetzelfde geografische gebied worden uitgeoefend, *mede rekening houdend met het ontbreken van een verband met de reële kosten van die dienst*" [97] (deze laatste precisering was wederom weggelaten door rekwirante).

146. In deze omstandigheden ben ik dan ook van mening dat het Gerecht evenmin blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van de „objectieve voorwaarden" die betrekking hebben op activiteiten op het gebied van onderwijs en logies.

c) Conclusie met betrekking tot het tweede middel

147. Gelet op een en ander kom ik tot de slotsom dat het Gerecht niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij het onderzoek naar de verenigbaarheid van de IMU-vrijstelling. Het Gerecht heeft terecht geoordeeld dat rekwirante er niet in was geslaagd om aan te tonen dat de vrijstelling kan worden verleend voor activiteiten met een economisch karakter, noch dat de Commissie hiermee artikel 107, lid 1, VWEU had geschonden.

VII. Terugverwijzing van de zaken naar het Gerecht

148. Na mijn analyse van het tweede middel dat door Scuola Elementare Maria Montessori is aangevoerd ter ondersteuning van haar hogere voorziening, heb ik vastgesteld dat het Gerecht niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij het onderzoek van de verenigbaarheid van de IMU-vrijstelling. Indien het Hof mijn analyse deelt, wordt het arrest van het Gerecht definitief ten aanzien van het derde onderdeel van het litigieuze besluit.

149. Na mijn analyse van het eerste middel dat door Scuola Elementare Maria Montessori is aangevoerd ter ondersteuning van haar hogere voorziening, ben ik daartegen tot de slotsom gekomen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 87 van het bestreden arrest te oordelen dat de Commissie niet had gedwaald ten aanzien van het recht door al in de fase van de formele onderzoeksprocedure, en vóór de vaststelling van een bevel tot terugvordering, te bepalen dat het voor de Italiaanse Republiek volstrekt onmogelijk zou zijn om de in het litigieuze besluit als onrechtmatig aangemerkte steun terug te vorderen.

150. Indien het Hof mijn analyse deelt, moet het arrest van het Gerecht ten aanzien van dit punt worden vernietigd. Ingevolge artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof in dit geval de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is. Ik meen dat dit hier het geval is.

151. Uit de punten 118 tot en met 125 van deze conclusie komt immers naar voren dat de Commissie blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door al in de fase van de formele onderzoeksprocedure, en vóór de vaststelling van een bevel tot terugvordering, te bepalen dat het voor de Italiaanse Republiek volstrekt onmogelijk zou zijn om de als onrechtmatig aangemerkte steun terug

97 Cursivering van mij.

te vorderen, voor zover zij zich uitsluitend had gebaseerd op de onmogelijkheid om met terugwerkende kracht uit de beschikbare kadastrale en fiscale databestanden het type gegevens te extrapoleren dat noodzakelijk was om de betreffende steun terug te vorderen. Bijgevolg moet het eerste onderdeel van het litigieuze besluit nietig worden verklaard, voor zover de Commissie heeft vastgesteld dat het voor de Italiaanse autoriteiten onmogelijk was om de als onrechtmatig en onverenigbaar met de interne markt aangemerkte steun terug te vorderen.

VIII. Kosten

152. Krachtens artikel 138, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat krachtens artikel 184, lid 1, van datzelfde Reglement van overeenkomstige toepassing is op de procedure in hogere voorziening, draagt elk van de partijen haar eigen kosten indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Evenwel kan het Hof, indien dit gelet op de omstandigheden van de zaak gerechtvaardigd voorkomt, ook beslissen dat een partij naast haar eigen kosten ook in een deel van de kosten van de andere partij wordt verwezen.

153. Indien het Hof mijn analyse van de hogere voorzieningen deelt, lijkt deze uitzondering mij in casu van toepassing. De hogere voorzieningen van de Commissie zijn immers ongegrond, terwijl Scuola Elementare Maria Montessori slechts in één van de middelen die zij ter ondersteuning van haar hogere voorziening heeft aangevoerd, in het ongelijk wordt gesteld. Bovendien zal het litigieuze besluit dat voor het Gerecht is betwist uiteindelijk deels nietig worden verklaard.

154. Aangezien het eerste onderdeel van de drie onderdelen van het litigieuze besluit nietig wordt verklaard, ben ik van mening dat de Commissie in deze omstandigheden niet alleen in haar eigen kosten van de procedures voor het Gerecht en het Hof moet worden verwezen, maar ook in een derde van de kosten die Scuola Elementare Maria Montessori in eerste en tweede aanleg heeft gemaakt.

155. Overeenkomstig artikel 184, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof zal de Italiaanse Republiek haar eigen kosten dragen.

IX. Conclusie

156. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) Het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 15 september 2016, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie (T-220/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:484), wordt vernietigd, voor zover het Gerecht hierin heeft vastgesteld dat de Commissie niet blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door al in de fase van de formele onderzoeksprocedure, en vóór de vaststelling van een bevel tot terugvordering, te bepalen dat het voor de Italiaanse Republiek volstrekt onmogelijk zou zijn om de steun terug te vorderen waarvan de onrechtmatigheid was vastgesteld bij besluit 2013/284/EU van de Commissie van 19 december 2012, betreffende steunmaatregel S.A. 20829 [C 26/2010, ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)] Regeling betreffende de door Italië ten uitvoer gelegde vrijstelling van de gemeentelijke onroerendezaakbelasting voor bij niet-commerciële organisaties ten behoeve van specifieke doeleinden in gebruik zijnde onroerende zaken, voor zover de Commissie zich uitsluitend had gebaseerd op de onmogelijkheid om met terugwerkende kracht uit de beschikbare kadastrale en fiscale databestanden het type gegevens te extrapoleren dat noodzakelijk was om de betreffende steun terug te vorderen.

2) Het eerste onderdeel van besluit 2013/284 wordt nietig verklaard, voor zover de Commissie hierin heeft vastgesteld dat het voor de Italiaanse autoriteiten onmogelijk was om de als onrechtmatig en onverenigbaar met de interne markt aangemerkte steun terug te vorderen.

3) De hogere voorzieningen die de Commissie heeft ingesteld tegen de arresten van het Gerecht van 15 september 2016, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie (T-220/13, niet gepubliceerd, EU:T:2016:484), en Ferracci/Commissie (T-219/13, EU:T:2016:485), worden afgewezen.

4) De Commissie wordt verwezen in haar eigen kosten die zij in eerste aanleg en voor het Hof heeft gemaakt, alsmede in een derde van de kosten die Scuola Elementare Maria Montessori Srl in dezelfde procedures heeft gemaakt."