



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Schending van de hoekstenen van het staatssteunrecht. Europese en Nederlandse rechtspraak over acties en rechtsgevolgen 'when the red line has been crossed'

Adriaanse, P.C.

Citation

Adriaanse, P. C. (2009). Schending van de hoekstenen van het staatssteunrecht. Europese en Nederlandse rechtspraak over acties en rechtsgevolgen 'when the red line has been crossed', 57(3), 88-102. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13785>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13785>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Schending van de hoekstenen van het staatssteunrecht

Europese en Nederlandse rechtspraak over acties en rechtsgevolgen 'when the red line has been crossed'

4I

Mr. P.C. Adriaanse¹

Geanalyseerd wordt welke acties en rechtsgevolgen volgens Europese en Nederlandse rechtspraak kunnen voortvloeien uit schending van het staatssteunrecht bij onrechtmatige steunverlening. Achtereenvolgens wordt ingegaan op rechtspraak over tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie en rechtspraak over acties bij de nationale rechter. De analyse vindt plaats tegen een achtergrond van vervlechting van het communautaire recht en de Nederlandse rechtsorde.

1. Inleiding

Het Europese staatssteunrecht is actueler dan ooit. Onder invloed van de financiële crisis staan de staatssteunregels niet alleen volop in de belangstelling, maar ook sterk onder druk.² De Europese Commissie heeft de toepassing van deze regels met het oog op de actuele economische omstandigheden in Europa al diverse malen versoepeld. Wel wordt vooralsnog vastgehouden aan de voor de lidstaten geldende aanmeldingsverplichting en opschortings- of standstill-verplichting bij nieuwe voorgenomen steunmaatregelen. Deze hoekstenen van het staatssteunrecht, zoals onlangs nog aangeduid door advocaat-generaal Mazák,³ zijn van essentieel belang om de door het EG-Verdrag beoogde preventieve communautaire controle op staatssteun in de lidstaten uit te kunnen voeren. Bij de naleving van deze hoekstenen gaat het in de praktijk echter nogal eens mis. Niettemin zei Europees commissaris Neelie Kroes in juli 2008, aan de vooravond van de financiële crisis: 'The last State Aid Scoreboard shows we are heading in the right direction' – *changing the balance of what aid is available and taking determined action when the red line has been crossed*.⁴ Dat State Aid Scoreboard van voorjaar 2008 wijst uit dat Kroes met de woorden 'determined action' vooral heeft gedoeld op de inspanningen van de Commissie om te komen tot een effectievere en snellere tenuitvoerlegging van haar eigen terugvorderingsbeschikkingen.⁵ Dergelijke terugvorderingsbeschikkingen vormen echter niet de enige mogelijke reactie op onrechtmatige steunverle-

ning. Zonder dat dit expliciet valt te lezen in de Europese staatssteunregels, kan die onrechtmatigheid ook in het kader van procedures bij de nationale rechter aan de orde worden gesteld.

Bij de nadere effectuering van zowel terugvorderingsbeschikkingen als acties bij de nationale rechter in reactie op onrechtmatige steunverlening moet rekening worden gehouden met een sterke juridische vervlechting van communautaire en nationaalrechtelijke aspecten. De wijze van vervlechting en de rechtsgevolgen die daaruit kunnen voortvloeien, moeten bij gebrek aan geschreven regels hoofdzakelijk worden afgeleid uit de rechtspraak van de Europese rechters (het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg van de EG) en betrokken nationale rechters. Deze bijdrage beoogt op basis van die rechtspraak een actueel beeld te schetsen van de acties en rechtsgevolgen die kunnen voortvloeien uit schending van het staatssteunrecht in geval van onrechtmatige steunverlening, ofwel 'when the red line has been crossed'.⁶

- 1 Mr. P.C. Adriaanse is als universitair docent verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en is fellow van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek. Deze bijdrage is mede geschreven in het kader van het onderzoeksprogramma 'Securing the rule of law in a world of multi-level jurisdiction'.
- 2 Zie hierover P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Staatssteun en kredietcrisis. Staats(steen)rechtelijk noodrecht gewenst?', *NJB* 2008, 2053, p. 2622-2625.
- 3 Conclusie van advocaat-generaal J. Mazák van 24 mei 2007 in zaak C-199/06, *CELF/SIDE*, r.o. 30.
- 4 N. Kroes, 'New developments in EU State Aid Policy', *SPEECH/08/386*, Joint Conference BDI/Berliner Gesprächskreis, Berlin, 11 July 2008.
- 5 State Aid Scoreboard Spring 2008 Update, COM(2008) 304 final. Uit het Scoreboard blijkt dat het aantal lopende terugvorderingszaken in 2007 is afgenomen ten opzichte van voorgaande jaren.
- 6 In dit artikel wordt alleen ingegaan op schendingen van het staatssteunrecht door de lidstatelijke autoriteiten, niet op schendingen begaan door de Commissie zelf of door particulieren. Zie over de consequenties van handelen van de Commissie in strijd met het staatssteunrecht HvJ EG 19 juli 2007, zaak T-344/04, *Denis Bouychou/Commissie*, *Jur.* 2007 en HvJ EG 19 juli 2007, zaak T-360/04, *FG Marine SA/Commissie*, *Jur.* 2007. Zie daarover C. Arhold, 'The 2007/2008 Case Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aid', *ESAL* 2008, p. 441-494, op p. 492-494; T.B. Bruyninckx, 'De voorwaarde van causaliteit als obstakel voor gemeenschapsaansprakelijkheid in staatssteunzaken', *NTER* 2007, p. 232-237; C. Koenig, 'Haftung der Europäischen Gemeinschaft gem. Art. 288 II EG wegen rechtswidriger Kommissionsentscheidungen in Beihilfensachen', *EuZW* 2005, p. 202-206.

Voor overheden, ondernemers, nationale rechters en juridisch adviseurs is het van toenemend belang kennis te nemen van deze Europese en nationale rechtspraak, nu het staatssteunrecht op tal van terreinen doordringt in het nationale recht en in Nederland zelfs een wetsvoorstel aanhangig is dat de effectuering van het staatssteunrecht beoogt te faciliteren.⁷ Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling in deze bijdrage een allesomvattende analyse te geven van de doorwerking van het staatssteunrecht in het Nederlandse recht en de mogelijke knelpunten die zich daarbij kunnen voordoen. Hierover is in de afgelopen jaren al het nodige geschreven.⁸

In paragraaf 2 wordt eerst een algemeen juridisch kader geschetst op basis van de relevante bepalingen van het EG-Verdrag (art. 87-89 EG) en van Verordening (EG) nr. 659/1999,⁹ alsook enkele mededelingen van de Commissie. Daarin worden de hoekstenen van het staatssteunrecht – de aanmeldingsverplichting en de opschortingsverplichting – nader toegelicht en wordt verduidelijkt onder welke voorwaarden terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie en acties bij de nationale rechter kunnen worden genomen. Vervolgens wordt in de paragrafen 3 en 4 de Europese, respectievelijk Nederlandse rechtspraak met betrekking tot tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie geanalyseerd. In de paragrafen 5 en 6 volgt een analyse van de Europese, respectievelijk Nederlandse rechtspraak over acties in verband met onrechtmatige staatssteun bij de nationale rechter. Deze bijdrage wordt in paragraaf 7 afgesloten met enkele slotopmerkingen.

2. Algemeen juridisch kader

2.1. De hoekstenen van het staatssteunrecht

In het stelsel van het communautaire toezicht op staatssteun is de Europese Commissie op basis van de geldende staatssteunregels exclusief bevoegd om steunmaatregelen van de lidstaten op hun verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt te beoordelen. Met het oog daarop voorziet art. 88 lid 3 EG in een preventieve controle¹⁰ in het kader waarvan voor de lidstaten¹¹ met betrekking tot voorgenomen nieuwe steunmaatregelen¹² een aanmeldingsverplichting (eerste zin),¹³ alsook een opschortings- of standstill-verplichting (derde zin) geldt. In de zaak *Boussac* heeft advocaat-generaal Jacobs met het oog op de goede werking van de gemeenschappelijke markt al gewezen op het grote belang van de strikte naleving van de aanmeldingsverplichting, zowel naar inhoud als naar vorm. Het Hof omschreef de standstill-verplichting in die zaak – en later overigens ook in de zaak *Adria-Wien Pipeline*¹⁴ – gelet op hetzelfde doel als de sluitsteen van de in het leven geroepen controleregeling.¹⁵ De in art. 88 lid 3 EG neergelegde verplichtingen gelden niet alleen voor voorgenomen nieuwe steunmaatregelen stricto sensu (daaronder begrepen voorgenomen wijzigingen in bestaande steun), maar onder omstandigheden ook voor de maatregelen waaruit die steun wordt gefinancierd. Uit de gevoegde zaken *Van Calster en Cleeren* en *Openbaar Slachthuis* blijkt dat wanneer de wijze van financiering van de steun integraal deel uitmaakt van de eigenlijke steunmaatregel, de aanmel-

dingsverplichting tevens op die financieringswijze betrekking heeft. Volgens het Hof van Justitie kan anders niet worden uitgesloten dat een steunmaatregel verenigbaar wordt verklaard die, indien de Commissie op de hoogte was geweest van de wijze van financiering ervan, niet verenigbaar had kunnen worden verklaard.¹⁶ In de zaak *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* heeft het Hof verduidelijkt dat de financieringswijze als een integreerend onderdeel van de eigenlijke steunmaatregel kan worden aangemerkt, wanneer er krachtens de relevante nationale regeling noodzakelijkerwijs een dwingend bestemmingsverband bestaat tussen de heffing en de steun, in de zin dat de opbrengst van de heffing noodzakelijkerwijs voor de financiering van de steun wordt bestemd.¹⁷

2.2. 'When the red line has been crossed'

Wanneer een nieuwe steunmaatregel in een lidstaat tot uitvoering wordt gebracht zonder dat daarbij de voornoemde procedurele verplichtingen van art. 88 lid 3 EG in acht worden genomen, wordt die steunmaatregel gemeenschapsrechtelijk als onrechtmatig aangemerkt.¹⁸ De aanduiding onrechtmatige (staats)steun ziet dus zowel op nieuwe steun die is verleend zonder voorafgaande aanmelding bij de Commissie, als op nieuwe steun die wel is aangemeld, maar is verleend zonder dat de Commissie daarvoor impliciet of expliciet haar goed-

⁷ Kamerstukken II 2007/08, 31 418.

⁸ Waar mogelijk wordt naar eerdere publicaties verwezen. Voor een algemeen theoretisch kader voor deze doorwerking, alsook voor nadere bespreking van het Europese staatssteunrecht, verwijs ik naar mijn dissertatie: P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss.), Deventer: Kluwer 2006.

⁹ Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van art. 93 (nu 88) van het EG-Verdrag, *PbEG* 1999, L 83/1.

¹⁰ HvJ EG 12 februari 2008, zaak C-199/06, *CELF/SIDE*, NJ 2008, 185 (m.nt. M.R. Mok), r.o. 37.

¹¹ De tekst van art. 88 lid 3 EG luidt als volgt: 'De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gesteld, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 87 onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken Lid-Staat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.' Art. 3 Verordening (EG) nr. 659/1999, waarin de standstill-verplichting ook is opgenomen, maakt duidelijk dat met 'eindbeslissing' in deze tekst is bedoeld een beschikking van de Commissie tot goedkeuring van de steun. Zie HvJ EG 1 juni 2006, gev. zaken C-442/03 P en C-471/03 P, *P&O European Ferries (Vizcaya)*, Jur. 2006, p. I-4845, r.o. 103.

¹² Nieuwe steun is 'alle steun, dat wil zeggen steunregelingen en individuele steun die geen bestaande steun is, met inbegrip van wijzigingen in bestaande steun'. Zie art. 1 sub c Verordening (EG) nr. 659/1999. Steun is elke maatregel die aan alle in art. 87 lid 1 EG vervatte criteria voldoet. Zie verder Adriaanse 2006, p. 16 e.v.

¹³ Zie ook art. 2 Verordening (EG) nr. 659/1999.

¹⁴ HvJ EG 8 november 2001, zaak C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Jur. 2001, p. I-8365, r.o. 25.

¹⁵ Conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 4 oktober 1989 in zaak C-301/87, *Boussac*, Jur. 1990, p. I-307, r.o. 19.

¹⁶ HvJ EG 21 oktober 2003, gev. zaken C-261/01 en C-262/01, *Van Calster en Cleeren en Openbaar Slachthuis*, Jur. 2003, p. I-12249, r.o. 50 en 51.

¹⁷ HvJ EG 13 januari 2005, zaak C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, Jur. 2005, p. I-85, r.o. 26.

¹⁸ Art. 1 sub f Verordening (EG) nr. 659/1999.

keuring heeft gegeven.¹⁹ Onder laatstgenoemde variant wordt ook begrepen in eerste instantie wel rechtmatig aangemelde steun die wordt uitgevoerd nadat de Commissie deze steun bij beschikking onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt heeft verklaard, hetgeen ook wil zeggen zonder goedkeuring van de Commissie.²⁰

2.3. Terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie

Indien onrechtmatige staatssteun, bijvoorbeeld na klachten van belanghebbenden,²¹ bij de Commissie in onderzoek komt, kan de Commissie de betrokken lidstaat bij beschikking eventueel een opschortingsbevel of een terugvorderingsbevel (tot voorlopige terugvordering van de steun) geven.²² Wanneer de Commissie na afloop van een formele onderzoeksprocedure vaststelt dat onrechtmatig verleende staatssteun onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is, dient zij de betrokken lidstaat bij terugvorderingsbeschikking definitief te gelasten de desbetreffende steun, inclusief de genoten rente, van de begunstigde terug te vorderen.²³ Terugvordering wordt in deze omstandigheden slechts dan niet verlangd, wanneer dat in strijd zou zijn met een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. De bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen verjaren na een termijn van tien jaar.²⁴ Wanneer de Commissie na onderzoek daarentegen constateert dat onrechtmatig verleende steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, is zij niet bevoegd de terugvordering te gelasten.

Op grond van art. 249 EG is een beschikking van de Commissie verbindend in al haar onderdelen voor degenen tot wie zij uitdrukkelijk is gericht. In deze context is dat de betrokken lidstaat waarin de steun op onrechtmatige wijze is verleend. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat de verplichting om uitvoering te geven aan een dergelijke beschikking dan in beginsel rust op alle organen van die staat, daaronder begrepen decentrale overheden binnen die staat en ook de rechterlijke instanties.²⁵ In de praktijk zal het orgaan dat de steun daadwerkelijk heeft verleend, eerst aangewezen zijn om uitvoering te geven aan de beschikking, zoals ook wordt erkend in de Bekendmaking van de Commissie inzake de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen van 15 november 2007.²⁶ Een door de Commissie opgelegde verplichting tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun impliceert dat in de lidstaat alle nodige maatregelen zullen moeten worden genomen om de steun, inclusief daarover genoten rente, van de begunstigde terug te vorderen.²⁷ De terugvordering op grond van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie dient bij gebreke van terugvorderingsprocedures in het gemeenschapsrecht 'onverwijld en in overeenstemming met de nationaal-rechtelijke procedures van de betrokken lidstaat te geschieden, voor zover die procedures een onverwijld en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie toelaten', zo bepaalt art. 14 lid 3 Verordening (EG) nr. 659/1999.

Wanneer een lidstaat zijn verplichtingen uit een terugvorderingsbeschikking van de Commissie niet binnen de voorgeschreven termijn is nagekomen, kan de Commis-

sie ter handhaving van het EG-recht de zaak op grond van art. 88 lid 2 tweede alinea EG en art. 23 lid 1 Verordening (EG) nr. 659/1999 rechtstreeks bij het Hof van Justitie aanhangig maken in de vorm van een procedure wegens niet-nakoming. Wanneer het Hof van Justitie vaststelt dat de betrokken lidstaat zijn verplichtingen uit een terugvorderingsbeschikking niet binnen de gestelde termijn is nagekomen, is de lidstaat op grond van art. 228 EG gehouden die maatregelen te nemen, welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie. Naar moet worden aangenomen betreft het dan maatregelen waardoor de terugvordering alsnog wordt uitgevoerd. Pas nadat de in art. 228 lid 2 EG beschreven procedure is gevolgd en het Hof in een nieuwe – nogmaals door de Commissie aanhangig gemaakte – procedure vaststelt dat de lidstaat zijn verplichtingen uit het eerdere arrest niet is nagekomen, kan het Hof de betrokken lidstaat eventueel veroordelen tot betaling van een forfaitaire som of een dwangsom. Anders dan de tekst van art. 228 lid 2 EG doet vermoeden, blijkt uit de zaak *Commissie/Frankrijk* dat het hierbij niet gaat om alternatieve maar om complementaire financiële sancties.²⁸

Om te komen tot een snellere en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van haar terugvorderingsbeschikkingen, heeft de Commissie in 2005 in haar Actieplan Staatssteun aangekondigd dat zij nauwer toezicht zal houden op de tenuitvoerlegging door de lidstaten van de terugvorderingsbeschikkingen en dat zij actiever gebruik zal maken van de hiervoor genoemde handhavingsmogelijkheden.²⁹ Dit beleid heeft zij bevestigd in de al genoemde Bekendmaking van 15 november 2007, waarin wordt gesteld dat de Commissie niet zal aarzelen om van deze mogelijkheden gebruik te maken indien dat nodig is om ervoor te zorgen dat de staatssteunregels in acht worden genomen, aangezien de concurrentievervalsing die het gevolg is van de verlening van onrechtmatige en

¹⁹ Zie voor nadere toelichting *Adriaanse* 2006, p. 61-62.

²⁰ Deze kwalificatie kan echter anders komen te liggen, indien de Commissiebeschikking in rechte wordt vernietigd. Zolang de Commissiebeschikking in rechte nog aantastbaar is, wordt wel gesproken van een verlengde standstill-verplichting; zodra de negatieve beschikking in rechte onaantastbaar is geworden, spreekt men van een definitieve standstill-verplichting ofwel van een definitief uitvoeringsverbod.

²¹ Art. 10 lid 1 Verordening (EG) nr. 659/1999 bepaalt: 'Indien de Commissie, uit welke bron ook, over informatie beschikt met betrekking tot beweerdelijk onrechtmatige steun, onderwerpt zij die informatie onverwijld aan een onderzoek.'

²² Art. 11 Verordening (EG) nr. 659/1999 bepaalt de voorwaarden waaronder deze bevelen kunnen worden gegeven.

²³ Art. 14 Verordening (EG) nr. 659/1999.

²⁴ Art. 15 Verordening (EG) nr. 659/1999.

²⁵ HvJ EG 21 mei 1987, zaak 249/85, *Albako Margarinefabrik Maria van der Linde*, Jur. 1987, p. 2345, r.o. 16.

²⁶ Bekendmaking van de Commissie van 15 november 2007, 'Naar een doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen van de Commissie waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen', *PbEU* 2007, zaak C-272/4, nr. 46.

²⁷ Art. 14 lid 1 Verordening (EG) nr. 659/1999.

²⁸ HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-304/02, *Commissie/Frankrijk*, Jur. 2005, p. I-6263, r.o. 98-116.

²⁹ Actieplan Staatssteun 'Minder en beter gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009)', COM(2005)107def., nr. 53. Zie daarover R.J.M. van den Tweel, 'Het Actieplan Staatssteun van Commissaris Kroes. Een routekaart voor hervorming van het staatssteunbeleid', *Gst.* 2005, 137.

onverenigbare steun door de niet-uitvoering van de terugvorderingsbeschikking van de Commissie wordt verlengd.³⁰ Uit het in de inleiding al genoemde *State Aid Scoreboard* van voorjaar 2008 blijkt overigens dat het aantal hangende terugvorderingszaken in 2007 aanzienlijk is afgenomen ten opzichte van voorgaande jaren. Op 31 december 2007 waren er 49 terugvorderingszaken aanhangig, ten opzichte van 93 op dezelfde datum in 2004 en 60 in 2006.³¹ In het midden latend of deze afname het effect is van inspanningen van de Commissie of vooral van de betrokken lidstaten, past het resultaat in ieder geval geheel bij het door de Commissie gevoerde beleid.

2.4. Acties tegen onrechtmatige staatssteun bij de nationale rechter

Aan de laatste volzin van art. 88 lid 3 EG, waarin het uitvoeringsverbod voor voorgenomen nieuwe steunmaatregelen (de standstill-verplichting) is neergelegd, is in de communautaire rechtspraak rechtstreekse werking toegekend.³² Op grond daarvan kunnen particulieren met een beroep op het gemeenschapsrecht ook bij de nationale rechter opkomen tegen iedere steunmaatregel die (beweerdelijk) tot uitvoering is gebracht zonder kennisgeving bij de Commissie of – wanneer zodanige kennisgeving wel heeft plaatsgevonden – tot uitvoering is gebracht voordat de Commissie daarvoor impliciet of expliciet haar goedkeuring heeft gegeven. Deze beroepsmogelijkheid voor particulieren in procedures bij nationale rechters staat in beginsel los van de inhoudelijke beoordeling van de verenigbaarheid van de desbetreffende steunmaatregelen door de Commissie. Dit hangt samen met het feit dat nationale rechters en de Commissie in het kader van het toezicht op de naleving van het staatssteunrecht aanvullende, maar onderscheiden taken hebben. Terwijl de Commissie exclusief bevoegd is de verenigbaarheid van steunmaatregelen te beoordelen, wordt van nationale rechters verwacht dat zij toezien op de juiste naleving van het voorgenomen uitvoeringsverbod, zoals neergelegd in de laatste volzin van art. 88 lid 3 EG en in dat verband de rechten van justitiabelen beschermen tegen een eventuele schending van dit verbod door de nationale autoriteiten.³³

Aangenomen wordt dat, wanneer de termijn voor tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking is verstreken, particulieren zich in procedures bij de nationale rechter ook rechtstreeks op de bepalingen van een dergelijke beschikking kunnen beroepen, aangezien daaruit een rechtstreeks werkende, onvoorwaardelijke verplichting voor de betrokken lidstaat voortvloeit.³⁴ Beschikkingen van de Commissie gericht tot een lidstaat worden immers geacht verbindend te zijn voor alle organen van die lidstaat, daaronder begrepen nationale rechters.³⁵ In de zaak *Lornoy* overwoog het Hof van Justitie dat, wanneer de Commissie bij beschikking de onverenigbaarheid van onrechtmatige staatssteun heeft vastgesteld, de nationale rechters daaruit overeenkomstig hun nationale recht alle consequenties zullen moeten trekken, 'zowel wat de geldigheid van de handelingen tot uitvoering van de betrokken steun, als wat de terugvordering van de verleende steun betreft'.³⁶ Ook kan niet (juiste) naleving van een terugvorderingsbeschikking

aanleiding geven tot schadevorderingen uit hoofde van het gemeenschapsrecht. Deze vorderingen kunnen een extra stok achter de deur vormen voor de betrokken lidstaat om tijdig en op de juiste wijze uitvoering te geven aan de verplichtingen voortvloeiend uit een terugvorderingsbeschikking van de Commissie.

In 1995 heeft de Commissie een bekendmaking uitgevaardigd over de samenwerking tussen de Commissie en nationale rechterlijke instanties in staatssteunzaken.³⁷ Ter vervanging van deze bekendmaking is inmiddels een conceptversie van een nieuwe Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechtbanken opgesteld en voor commentaar openbaar gemaakt.³⁸ Deze mededeling bevat een recent overzicht van de communautaire rechtspraak over de rol van nationale rechters in staatssteunzaken en de toepassing van het nationale recht daarin. Daarmee beoogt de Commissie nationale rechters en potentiële klagers in te lichten over de rechtsmiddelen die hun in het geval van een inbreuk op de staatssteunregels ter beschikking staan en aanwijzingen over de praktische toepassing van deze regels te verschaffen. Daarnaast wil de Commissie, zo blijkt uit de mededeling, haar samenwerking met de nationale rechters ontwikkelen 'door invoering van praktijkgerichte hulpmiddelen' om deze rechters in hun dagelijks werk te ondersteunen.³⁹

Zoals terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie in beginsel met toepassing van het nationale recht van de betrokken lidstaat ten uitvoer zullen moeten worden gelegd, zal ook bij een rechtstreeks beroep van particulieren op de laatste volzin van art. 88 lid 3 EG de rechtsbescherming via de nationale rechter moeten verlopen volgens de toepasselijke nationale procedures. Bij gebreke van communautair (proces)recht ter zake, dient op basis van het nationale recht te worden bepaald welke rechter bevoegd is, volgens welke procedures en procesrechtelijke regels de behandeling van een zaak dient te verlopen en welke remedies ofwel rechtsmidde-

30 Bekendmaking van de Commissie van 15 november 2007, nr. 74.

31 Overigens blijkt uit het Scoreboard dat de nog wel aanhangige zaken in 2007 slechts een klein aantal lidstaten betrof met aan top Spanje, gevolgd door Duitsland, Italië en Frankrijk. Voor Nederland waren eind 2007 nog drie terugvorderingszaken aanhangig. Voor België nul. Zie het State Aid Scoreboard Spring 2008 Update, p. 28-29.

32 HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, *Costa/ENEL*, Jur. 1964, p. 1141 en later bevestigd in diverse zaken. Zie o.m. HvJ EG 11 december 1973, zaak 120/73, *Gebr. Lorenz*, Jur. 1973, p. 1471, r.o. 4.

33 HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, *SFEL*, Jur. 1996, p. I-3547, r.o. 41.

34 Zie Adriaanse 2006, p. 184-186; B. Hessel & A. Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 317; N. Sasserath, *Schadenersatzansprüche von Konkurrenten zur Effektivierung der Beihilfenkontrolle?*, Berlin: Ducker & Humblot GmbH 2001, p. 227.

35 Zie HvJ EG 21 mei 1987, zaak 249/85, *Albako Margarinefabrik Maria von der Linde*, Jur. 1987, p. 2345, r.o. 16.

36 HvJ EG 16 december 1992, zaak C-17/91, *Lornoy*, Jur. 1992, p. I-6523, r.o. 31.

37 Bekendmaking van de Commissie uit 1995, *PbEG* 1995, C312/8.

38 Te raadplegen op de website van DG Competition van de Europese Commissie.

39 De concept-Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechtbanken, par. 6. Zie over de rol van nationale rechters in staatssteunzaken in de praktijk ook Th. Jestaedt, J. Derenne & T. Ottervanger (coördinatoren), *Study on the enforcement of state aid at national level*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2006.

len de bevoegde rechter aan een succesvol beroep op art. 88 lid 3 EG kan verbinden.⁴⁰ Deze toepassing van het nationale recht in procedures bij de nationale rechter is echter wel onderhevig aan de communautaire randvoorwaarden van gelijkwaardigheid en effectiviteit.⁴¹ Het zal dan geen verbazing wekken dat het Hof van Justitie zich ook in dergelijke procedures – naar aanleiding van prejudiciële vragen van nationale rechters – heeft uitgelaten over de rechtsgevolgen van schending van art. 88 lid 3 EG en daarbij de marges voor toepassing van het nationale recht in staatssteunzaken nader heeft bepaald. In paragraaf 5 wordt deze rechtspraak besproken.

3. Europese rechtspraak over de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen

Hoewel het gemeenschapsrecht niet concreet kan voorschrijven aan de lidstaten welke bepalingen van nationaal recht moeten worden toegepast in een voorliggende zaak, kunnen uit de rechtspraak van het Hof van Justitie inmiddels diverse nadere aanwijzingen worden afgeleid over de toepassing van nationaal recht in het kader van de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen. Deze aanwijzingen vloeien alle voort uit interpretatie van de communautaire randvoorwaarden van gelijkwaardigheid en met name effectiviteit, zoals die aan toepassing van nationaal recht ter effectuering van gemeenschapsrecht in de communautaire rechtspraak worden gesteld. Sinnaeve stelt terecht dat uit deze rechtspraak steun blijkt voor een streng en effectief terugvorderingsbeleid, althans voor zover de rechten van betrokken partijen zijn gewaarborgd.⁴² Wie meent in art. 14 lid 3 Verordening (EG) 659/1999 nog een duidelijke uiting van nationale procedurele autonomie te kunnen lezen, komt dan ook bedrogen uit.⁴³ De jurisprudentie van het Hof van Justitie maakt duidelijk dat de nadruk binnen deze bepaling vooral op de laatste zinsnede moet worden gelegd: een lidstaat mag zich ter rechtvaardiging van niet-nakoming van een terugvorderingsbeschikking niet beroepen op nationale bepalingen of op de afwezigheid van bepalingen inzake terugvordering van staatssteun in zijn nationale wetgeving.⁴⁴ Het is vaste rechtspraak dat de betrokken lidstaat in een niet-nakomingsprocedure ter verweer alleen nog kan aanvoeren dat de correcte uitvoering van de beschikking van de Commissie volstrekt of absoluut onmogelijk is. Dit verweer wordt zeer restrictief uitgelegd, zeker als de lidstaat in het geheel niet heeft geprobeerd de terugvordering te realiseren, eventuele moeilijkheden niet aan de Commissie heeft voorgelegd en hij geen voorstellen heeft gedaan om die problemen op te lossen.⁴⁵ In laatstgenoemd geval kan de betrokken lidstaat vanwege gebrek aan loyale samenwerking zelfs worden veroordeeld voor schending van art. 10 EG.⁴⁶

De eerst te noemen relevante uitspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie is die in de zaak *Land Rheinland-Pfalz/Alcan*.⁴⁷ Het Hof overwoog daarin om te beginnen dat in het bijzonder bij de toepassing van een nationaalrechtelijke bepaling die de intrekking van een onrechtmatige bestuurshandeling

afhankelijk maakt van de beoordeling van de verschillende in geding zijnde belangen, het belang van de Gemeenschap ten volle in aanmerking moet worden genomen.⁴⁸ Tevens bepaalde het Hof dat de betrokken autoriteiten in de lidstaat waaraan een terugvorderingsbeschikking is gericht zich niet kunnen verschuilen achter nationaalrechtelijke bepalingen waarin in het belang van de rechtszekerheid termijnen worden gesteld voor intrekking van bestuursbesluiten.⁴⁹ Omtrent de toepassing van nationaalrechtelijke beginselen of bepalingen die uiting geven aan bescherming van gerechtvaardigde verwachtingen of gewettigd vertrouwen, overwoog het Hof met verwijzing naar vaste rechtspraak, dat ondernemingen die steun genieten, in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun hebben, wanneer de steun met inachtneming van de procedure van art. 88 lid 3 EG is toegekend. Een behoedzame ondernemer wordt normaliter in staat geacht, zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd.⁵⁰ Volgens deze strenge rechtspraak blijkt inmiddels alleen nog in uitzonderlijke omstandigheden het handelen van de Commissie aanleiding te kunnen geven tot gerechtvaardigde verwachtingen in de rechtmatigheid van de verkregen steun.⁵¹ In de uitspraak in de zaak *Fleuren Compost* werd dit door het Gerecht van eerste aanleg onderstreept met de overweging dat eventuele verwachtingen die de Nederlandse autoriteiten ten onrechte zouden hebben gewekt zonder de Commissie

⁴⁰ Zie HvJ EG 7 september 2006, zaak C-526/04, *Laboratoires Boiron*, Jur. 2006, p. I-7529, r.o. 51.

⁴¹ Zie HvJ EG 5 oktober 2006, zaak C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, Jur. 2006, p. I-9957, r.o. 45. Zie over het perspectief van private handhaving van het staatssteunrecht verder Adriaanse 2006, p. 175 e.v.

⁴² A. Sinnaeve, 'State aid procedures: developments since the entry into force of the procedural regulation', *CML Rev.* 2007, p. 965-1033, op p. 1002.

⁴³ Zie ook A. Metaxas, 'Recovery Obligation and the Limits of National Procedural Autonomy. Note on Case C-232/05, Commission of the European Communities v. French Republic', *ESAL* 2/2007, p. 407-415.

⁴⁴ O.m. HvJ EG 23 februari 1995, zaak C-349/93, *Commissie/Italië*, Jur. 1995, p. I-343, r.o. II. Zie voor andere verweren die door het Hof van Justitie zijn afgewezen verder Adriaanse 2006, p. 171-172.

⁴⁵ Zie o.m. HvJ EG 1 juni 2006, zaak C-207/05, *Commissie/Italië*, Jur. 2006, p. I-70, r.o. 45 e.v.; HvJ EG 20 september 2007, zaak C-177/06, *Commissie/Spanje*, Jur. 2007, p. I-7689, r.o. 46; HvJ EG 13 november 2008, zaak C-214/07, n.n.g. Zie verder ook de Bekendmaking van de Commissie van 15 november 2007, 'Naar een doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen van de Commissie waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen', *PbEU* 2007, zaak C 272/4, nr. 18-20.

⁴⁶ HvJ EG 18 oktober 2007, zaak C-441/06, *Commissie/Frankrijk*, Jur. 2007, p. I-8887, r.o. 51-52.

⁴⁷ HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz/Alcan*, Jur. 1997, p. I-1591.

⁴⁸ Zaak C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz/Alcan*, r.o. 24. Eerder al had het Hof een dergelijke verplichting aangenomen met betrekking tot al het toepasselijke nationale recht. Zie HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89, *Commissie/Duitsland (Alcan)*, Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 19.

⁴⁹ Zaak C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz/Alcan*, r.o. 38.

⁵⁰ Zaak C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz/Alcan*, r.o. 25 en 43. Zie ook zaak C-5/89, *Commissie/Duitsland (Alcan)*, r.o. 14.

⁵¹ Zie voor nadere analyse van deze rechtspraak Adriaanse 2006, p. 109-117.

daarvan op de hoogte te stellen, in geen geval de rechtmatigheid van de bestreden beschikking kunnen aantasten.⁵² Tot slot bepaalde het Hof in de zaak *Land Rheinland-Pfalz/Alcan* dat de terugvordering op grond van een Commissiebeschikking in steunzaken moet worden uitgevoerd, ook als dit naar nationaal recht wegens het ontbreken van verrijking in verband met de afwezigheid van kwade trouw bij de steunontvanger uitgesloten is.⁵³ In de zaak *Spanje/Commissie* stond een bepaling van Spaans recht ter discussie op grond waarvan schulden van ondernemingen die failliet zijn verklaard, met ingang van de datum van faillietverklaring geen rente meer opbrengen.⁵⁴ Deze bepaling belemmerde de uitvoering van een tot Spanje gerichte terugvorderingsbeschikking, omdat geen rente zou kunnen worden gevorderd bovenop het terug te vorderen bedrag van de eigenlijke steun. Toch achtte het Hof van Justitie de Spaanse bepaling in casu toelaatbaar, daar zij niet kon worden aangemerkt als een bepaling die de door het gemeenschapsrecht verlangde terugvordering in de praktijk onmogelijk maakt.⁵⁵ Anders verging het een bepaling van Frans recht in de zaak *Commissie/Frankrijk*.⁵⁶ De bepaling in kwestie voorzag in de opschortende werking van beroepen tegen betalingsbevelen die voor de terugvordering van toegekende steun worden gegeven. Het Hof van Justitie overwoog dat deze bepaling een onverwijld en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de terugvorderingsbeschikking in casu in de weg stond. Door het verlenen van opschortende werking kan de bepaling van Frans recht de terugvordering van de steun juist aanzienlijk vertragen, waardoor het uit de steun voortvloeiende ongerechtvaardigde mededingingsvoordeel langer zou voortduren, zo overwoog het Hof van Justitie. Daarmee voldeed de bepaling van Frans recht niet aan de voorwaarden van art. 14 lid 3 Verordening (EG) nr. 659/1999 en had zij volgens het Hof van Justitie buiten toepassing moeten worden gelaten.⁵⁷ Hetzelfde lot trof art. 2909 Italiaans Burgerlijk Wetboek in de zaak *Lucchini*.⁵⁸ Deze bepaling voorziet in bescherming van gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken. Procedureel gezien sluit deze bepaling uit dat beroep wordt ingesteld over geschillen waarover een andere rechterlijke instantie reeds definitief uitspraak heeft gedaan. Volgens de verwijzende rechter in deze zaak geldt deze bepaling eveneens voor middelen die in het kader van het eerdere geding aan de orde hadden kunnen worden gesteld, maar niet aan de orde zijn gesteld. In casu waren dat nu juist middelen die verband hielden met schending van het staatssteunrecht. Sterker, hoewel de Commissie in casu al een negatieve beschikking had genomen met betrekking tot een voorgenomen steunmaatregel ten gunste van *Lucchini*, werd deze beschikking zowel in eerste als in tweede rechterlijke instantie geheel buiten beschouwing gelaten en werd *Lucchini*, louter op grond van het nationale recht, toch een recht op uitbetaling van de steun toegekend. Tegen deze – opmerkelijke⁵⁹ – achtergrond overwoog het Hof van Justitie dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de toepassing van een bepaling van nationaal recht waarin het beginsel van gezag van gewijsde is neergelegd, voor zover toepassing daarvan in de weg staat aan de terugvordering van staatssteun die in strijd met het gemeenschapsrecht is verleend en waarvan de onverenigbaarheid

met de gemeenschappelijke markt bij een definitief geworden beschikking van de Commissie is vastgesteld.⁶⁰

4. Nederlandse rechtspraak over de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen

Noemenswaardige uitspraken van nationale rechters die in de afgelopen jaren naar aanleiding van de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie zijn geweest, hebben eigenlijk maar op twee staatssteundossiers betrekking. Het eerste dossier betreft steun aan pomphouders in de grensstreek met Duitsland. Het tweede dossier betreft steun aan mestverwerkende bedrijven op basis van de Bijdrageregeling proefprojecten mestverwerking (hierna BPM). In vogelvlucht wordt hierna op in beide dossiers gewezen uitspraken van nationale rechters ingegaan.⁶¹

4.1. Steun aan pomphouders in de grensstreek met Duitsland

Uit de gepubliceerde uitspraken in dit dossier lijkt geen eenduidige lijn. Enerzijds kan worden gewezen op een uitspraak van de president van de Rechtbank Assen van 2 oktober 2000 naar aanleiding van een verzoek om een voorlopige voorziening in de zin van art. 8:81 Awb.⁶² Dit verzoek werd ingewilligd: het terugvorderingsbesluit werd geschorst voor zover dat betrekking had op de verplichting tot terugbetaling van het gehele bedrag binnen een termijn van vier weken. Volgens de president

52 GVEA EG 14 januari 2004, zaak T-109/01, *Fleuren Compost BV, Jur.* 2004, p. II-127, AB 2004, 411 (m.nt. AdMvV), r.o. 143.

53 Zaak C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz/Alcan*, r.o. 54.

54 HvJ EG 12 oktober 2000, zaak C-480/98, *Spanje/Commissie, Jur.* 2000, p. I-8717.

55 Zaak C-480/98, *Spanje/Commissie*, r.o. 36-37.

56 HvJ EG 5 oktober 2006, zaak C-232/05, *Commissie/Frankrijk, Jur.* 2006, p. I-10071.

57 Zaak C-232/05, *Commissie/Frankrijk*, r.o. 49-53. Zie over deze zaak Dekker & Belhadij, 'Kroniek staatssteun 2006-2007', SEW 2008, 81, p. 179-190, op p. 186.

58 HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-119/05, *Lucchini, Jur.* 2007, p. I-6199.

59 Zie voor een uitgebreide bespreking P.C. Adriaanse, 'Afzien van terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht verleende financiële steun vanwege het rechtszekerheidsbeginsel?', NTER 2008, p. 40-45.

60 Zaak C-119/05, *Lucchini*, r.o. 63.

61 Aangezien over beide dossiers al het nodige is geschreven, wordt er op deze plaats niet meer uitvoerig op ingegaan. Zie naast de diverse annotaties (i.h.b. van W. den Ouden) bij de aangehaalde uitspraken ook P.C. Adriaanse, 'De rol van nationale rechters bij terugvordering van onrechtmatige staatssteun', in W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005, p. 65-73; H.C.E.P.J. Janssen, 'Terugvordering van onrechtmatige steun: een proces in drie fasen', *Gst.* 2008, 14, p. 57-64; R.J.M. van den Tweel, 'Beschouwingen over effectieve terugvordering van onrechtmatige staatssteun', SEW 2007, 174, p. 366-374.

62 Rb. Assen 2 oktober 2000, LJN AA7472. Dit verzoek werd door verzoeker gedaan in de fase van bezwaar tegen een terugvorderingsbesluit van de Minister van Financiën, waarbij uitvoering werd gegeven aan de terugvorderingsbeschikking van de Commissie in dit dossier. Beschikking van de Commissie van 20 juli 1999 betreffende staatssteun van Nederland ten behoeve van 633 Nederlandse tankstations in de grensstreek met Duitsland, PbEG 1999, L 280/87.

moest ernstig worden getwijfeld of deze verplichting de rechterlijke toets kan doorstaan. Volgens de president was het alleszins redelijk geweest, als verweerder (de Minister van Financiën) bij afweging van de belangen verzoekster de gelegenheid had geboden om een voorstel te doen voor een ruimere betalingsregeling dan die zoals genoemd. Dit oordeel werd onder meer gestoeld op de aanname dat bij verzoekster mogelijk gerechtvaardigd vertrouwen was opgewekt, met name omdat de minister zelf eerst ook in de veronderstelling verkeerde dat de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland niet in strijd met het gemeenschapsrecht was. Gelet op de communautaire verplichting de terugvordering onverwijld en doeltreffend uit te voeren, alsook op de strenge communautaire uitleg van het vertrouwensbeginsel in staatssteunzaken, moet echter worden betwijfeld of een dergelijke opstelling van de nationale rechter wel door de communautaire beugel kan.

Anderzijds kan worden gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Zutphen van 20 mei 2003.⁶³ Het betreft een uitspraak in beroep van appellant Demarol BV tegen een besluit van de Minister van Financiën waarin het eerder gemaakte bezwaar van Demarol BV tegen het primaire intrekkings-/terugvorderingsbesluit van de minister ongegrond was verklaard. Anders dan de president van de Rechtbank Assen koos de meervoudige kamer van de Rechtbank Zutphen voor een benadering die geheel in lijn is met de aanwijzingen in de communautaire rechtspraak.⁶⁴ De rechtbank overwoog eerst dat de Minister van Financiën in deze zaak niet alleen bevoegd, maar zelfs verplicht was over te gaan tot terugvordering. De bevoegdheid daartoe kon de minister volgens de rechtbank ontleenen aan art. 88 lid 2 EG in verbinding met de terugvorderingsbeschikking van de Commissie en daarnaast ook aan art. 4:49 lid 1 aanhef en onder b Awb en het gelijkduidende art. 13 lid 1 aanhef en onder b Tijdelijke regeling.⁶⁵ Verzoekster had rekening moeten houden met het onderzoek van de Commissie en de mogelijkheid van terugvordering. Het beroep op het vertrouwensbeginsel werd daarom met toepassing van de eerder genoemde strenge lijn in de communautaire rechtspraak afgewezen. De rechtbank gaat zelfs nog een stap verder dan strikt noodzakelijk is door de vraag op te werpen of het terugvorderen van slechts een gedeelte van de onrechtmatig verleende steun (zoals de minister had gedaan) wel verenigbaar is met de verplichtingen uit de terugvorderingsbeschikking van de Commissie.⁶⁶

4.2. Steun aan mestverwerkende bedrijven op basis van de BPM

Verskillende rechtbanken stelden in dit dossier vast dat met het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in de zaak *Fleuren Compost BV*⁶⁷ – waarin het beroep van Fleuren Compost BV tegen de terugvorderingsbeschikking van de Commissie⁶⁸ was afgewezen – in rechte vast was komen te staan dat de BPM-subsidies konden worden aangemerkt als onrechtmatige staatssteun en dat de minister derhalve tot intrekking en terugvordering, inclusief rente, verplicht was.⁶⁹ Hoewel de BPM geen geschreven grondslag voor een rentevordering bood (en er ook overigens in het Nederlandse recht geen geschreven publiekrechtelijke grondslag voor het vorderen van rente kon worden gevonden), leidden de rechtbanken een bevoegdheid daartoe af uit het communautaire recht.⁷⁰ De rechtbanken leken daarbij uit te gaan van de gedachte dat slechts op die manier kon worden voldaan aan de eis van gemeenschapstrouw en het effectiviteits- of doeltreffendheidsbeginsel.⁷¹ Bij de Afdeling bestuursrechtspraak hield deze gemeenschapsrecht-vriendelijke interpretatie echter geen stand. In andere subsidiegeschillen had de Afdeling bestuursrechtspraak al geoordeeld dat er geen ongeschreven publiekrechtelijke bevoegdheid tot het vorderen van wettelijke rente over onverschuldigd betaalde gelden werd aangenomen.⁷² In hoger beroep over terugvordering van de BPM-subsidie wees de Afdeling ook art. 87 EG en art. 14 Procedureverordening (EG) nr. 659/1999 af als grondslag voor de rentevordering. Deze bepalingen strekken volgens de Afdeling niet tot het scheppen van een bevoegdheid voor de Minister van LNV.⁷³ De minister werd voor zijn rentevordering verwezen naar het burgerlijke recht (zie hierna). Overigens moet worden opgemerkt dat de minister door de Afdeling bestuursrechtspraak in de BPM-zaak wel bevoegd werd geacht het bedrag van de subsidie zelf terug te vorderen. De ontvanger kon zich daartegen niet verzetten met een beroep op het vertrouwensbeginsel. De Afdeling stelde kort gezegd dat de ontvanger bij de Commissie zelf had kunnen nagaan of zij in de subsidieverstrekking was gekend en daarvoor goedkeuring had gegeven. Zo gaf ook de Afdeling een strenge invulling aan het vertrouwensbeginsel bij terugvordering van staatssteun die aansluit bij de Europese jurisprudentie. Naar aanleiding van deze uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de

ren van rente kon worden gevonden), leidden de rechtbanken een bevoegdheid daartoe af uit het communautaire recht.⁷⁰ De rechtbanken leken daarbij uit te gaan van de gedachte dat slechts op die manier kon worden voldaan aan de eis van gemeenschapstrouw en het effectiviteits- of doeltreffendheidsbeginsel.⁷¹ Bij de Afdeling bestuursrechtspraak hield deze gemeenschapsrecht-vriendelijke interpretatie echter geen stand. In andere subsidiegeschillen had de Afdeling bestuursrechtspraak al geoordeeld dat er geen ongeschreven publiekrechtelijke bevoegdheid tot het vorderen van wettelijke rente over onverschuldigd betaalde gelden werd aangenomen.⁷² In hoger beroep over terugvordering van de BPM-subsidie wees de Afdeling ook art. 87 EG en art. 14 Procedureverordening (EG) nr. 659/1999 af als grondslag voor de rentevordering. Deze bepalingen strekken volgens de Afdeling niet tot het scheppen van een bevoegdheid voor de Minister van LNV.⁷³ De minister werd voor zijn rentevordering verwezen naar het burgerlijke recht (zie hierna). Overigens moet worden opgemerkt dat de minister door de Afdeling bestuursrechtspraak in de BPM-zaak wel bevoegd werd geacht het bedrag van de subsidie zelf terug te vorderen. De ontvanger kon zich daartegen niet verzetten met een beroep op het vertrouwensbeginsel. De Afdeling stelde kort gezegd dat de ontvanger bij de Commissie zelf had kunnen nagaan of zij in de subsidieverstrekking was gekend en daarvoor goedkeuring had gegeven. Zo gaf ook de Afdeling een strenge invulling aan het vertrouwensbeginsel bij terugvordering van staatssteun die aansluit bij de Europese jurisprudentie. Naar aanleiding van deze uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de

63 Rb. Zutphen 20 mei 2003, *LJN AF9788*.

64 Nadat het beroep was ingesteld, maar nog voor de uitspraak van de rechtbank, had het Hof van Justitie het beroep van Nederland tegen de terugvorderingsbeschikking afgewezen.

65 Op grond van laatstgenoemde nationaalrechtelijke bepalingen kan een bestuursorgaan de subsidievestigstelling intrekken of ten nadele van de ontvanger wijzigen, indien de subsidievestigstelling onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten. Volgens de rechtbank was in casu aan deze voorwaarden voldaan.

66 Overigens is het bestreden besluit op bezwaar van de Minister van Financiën in deze zaak uiteindelijk op andere gronden toch vernietigd. De minister is opgedragen met inachtneming van de uitspraak een nieuw besluit op bezwaar te nemen.

67 Zaak T-109/01, *Fleuren Compost BV*.

68 Beschikking 2001/521/EG van 13 december 2000 betreffende de steunregeling die het Koninkrijk der Nederlanden ten uitvoer heeft gelegd ten gunste van zes mestverwerkende bedrijven, *PbEG* 2001, L 189/13.

69 Rb. Rotterdam 11 maart 2005 (n.g.); Rb. 's-Hertogenbosch 26 november 2004, *LJN AR6630*.

70 Rb. 's-Hertogenbosch baseerde de bevoegdheid op art. 14 lid 2 Verordening (EG) nr. 659/1999, aangezien er sprake zou zijn van een op Europees recht gebaseerde beschikking en Verordening (EG) nr. 659/1999 rechtstreeks werkend werd geacht.

71 Aparte vermelding verdient Vz. ABRvS 10 mei 2005, AB 2005, 361 (m.nt. WdO) waarin de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak na een belangenafweging tot de conclusie kwam dat verzoekster, hangende het hoger beroep in de bodemzaak, niet tot terugbetaling behoefde over te gaan. De voorzitter kwam tot deze conclusie omdat Ferm-O-Feed BV, verzoekster in casu, zich bereid had getoond t.b.v. de Staat een bankgarantie te stellen.

72 ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123 (m.nt. NV).

73 ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 (m.nt. Den Ouden), *M&M* 2006, p. 93 e.v. (m.nt. J.R. van Angeren), *Gst.* 2006, 98 (m.nt. Van den Tweel). Eerder al in die richting ABRvS 4 mei 2005, AB 2005, 362 (m.nt. WdO).

Raad van State heeft de Staat geprobeerd de rente van Fleuren Compost BV langs civielrechtelijke weg te vorderen. Hoewel de Rechtbank Rotterdam zich bewust toonde van haar verplichting het toepasselijke nationale recht zoveel mogelijk gemeenschapsrechtconform te interpreteren, was zij van oordeel dat zij de haar toegekende (nationale) bevoegdheden niet mag overschrijden en dat een dergelijke interpretatie niet tot contra legem uitleg van het nationale recht dient te leiden. Vanuit deze overwegingen kon met toepassing van de relevante bepaling in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek (art. 6:205 BW) de rentevordering in casu volgens de rechtbank maar gedeeltelijk worden toegewezen. Bovendien ging de rechtbank uit van de 'gewone' wettelijke rente, in plaats van de door de Commissie in het staatssteunrecht vastgestelde referentierente. Voor buiten toepassing laten van de relevante nationaalrechtelijke bepalingen vanwege strijd met rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht zag de rechtbank geen aanleiding.⁷⁴ Momenteel is het wetsvoorstel terugvordering staatssteun⁷⁵ ahangig dat voorziet in wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen. In dit wetsvoorstel wordt vrijwel geheel tegemoetgekomen aan de hiervoor geconstateerde tekortkomingen in het Nederlandse recht voor wat betreft de effectieve tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie.⁷⁶ De in het wetsvoorstel geregelde bevoegdheidsgrondslagen voor terugvordering van steun, inclusief de daarover genoten rente, zijn ook van toepassing in geval sprake is van een onherroepelijke uitspraak van een nationale rechter. Op de rol van nationale rechters in het kader van de staatssteuncontrole zal nu nader worden ingegaan.

5. Europese rechtspraak over acties in verband met onrechtmatige staatssteun bij de nationale rechter

In de zaak *FNCE* heeft het Hof van Justitie bepaald dat de geldigheid van handelingen tot uitvoering van steunmaatregelen wordt aangetast door de miskenning, door de nationale autoriteiten, van art. 88 lid 3 laatste volzin EG.⁷⁷ Daaraan heeft het Hof de volgende rechtsgevolgen verbonden: 'De nationale rechterlijke instanties dienen de justitiabelen die zich op een dergelijke miskenning kunnen beroepen, te waarborgen dat daaruit, overeenkomstig hun nationale recht, alle consequenties zullen worden getrokken, zowel wat betreft de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen, als wat betreft de terugvordering van in strijd met deze bepaling of eventuele voorlopige maatregelen verleende financiële steun.'⁷⁸ In de zaak *SFEI* heeft het Hof van Justitie verduidelijkt dat nationale rechters in beginsel verplicht zijn een verzoek om teruggave van in strijd met art. 88 lid 3 laatste zin EG betaalde steun toe te wijzen.⁷⁹ Deze rechtspraak werd bevestigd in de zaak *Transalpine Ölleitung*, waarin het Hof toevoegde dat de nationale rechter bij zijn uitspraak de belangen van de justitiabelen moet vrijwaren. Daarbij moet hij echter ook het belang van de Gemeenschap ten volle in aanmerking nemen.⁸⁰ In casu betekende dit dat de vordering van

verzoeker tot gedeeltelijke restitutie van een heffing die een onrechtmatige steunmaatregel vormt niet kon worden toegewezen, omdat dit volgens het Hof tot gevolg zou hebben dat de kring van steunontvangers zou worden vergroot. Het effect van de steunmaatregel zou dan juist toenemen, in plaats van afnemen, wat niet in het belang van de Gemeenschap zou zijn.⁸¹ Eenzelfde redenering had het Hof een paar maanden eerder al gevolgd in de gevoegde zaken *Air Liquide Industries en Province de Liège* met betrekking tot het verzoek van een belastingplichtige die een heffing had betaald waarvan de vrijstelling ten gunste van andere ondernemingen een vorm van onrechtmatige staatssteun zou kunnen opleveren. Het Hof overwoog dat, zelfs al zou de belastingvrijstelling een steunmaatregel in de zin van art. 87 lid 1 EG zijn, de eventuele onrechtmatigheid van deze steun de rechtmatigheid van de heffing zelf niet kan aantasten, met als gevolg dat de ondernemingen die deze heffing in casu verschuldigd waren, zich voor de nationale rechter niet op de onrechtmatigheid van de vrijstelling konden beroepen om zich aan de betaling van deze heffing te onttrekken of om de terugbetaling ervan te verkrijgen.⁸² Daaraan voegt het Hof toe dat dit anders zou zijn, als de heffing en de vrijstelling integrerend deel zouden uitmaken van een steunmaatregel. Daarmee verwijst het Hof naar eerdere uitspraken, zoals gewezen in de zaken

74 Rb. Rotterdam 4 juli 2007, *LJN* BB0270.

75 Voluit gaat het om 'een voorstel van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen in verband met de tenuitvoerlegging van een beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen of een rechterlijke uitspraak inzake staatssteun, alsmede wijziging van het Burgerlijk Wetboek inzake staatssteun, alsmede wijziging van het Burgerlijk Wetboek om de procedure voor het vaststellen van de wettelijke rente aan te passen'. Bij Koninklijke Boodschap van 10 april 2008 werd dit wetsvoorstel, vergezeld van de memorie van toelichting, aangeboden aan de Tweede Kamer. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 1, 2 en 3. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is de oorspronkelijke tekst van het wetsvoorstel op diverse punten aangepast. Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 4.

76 Zie voor een algemeen overzicht van geconstateerde tekortkomingen P.C. Adriaanse, 'Terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Knelpunten en oplossingen in het Nederlandse recht', in T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 199-231. Zie over m.n. de bestuursrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel P.C. Adriaanse & W. den Ouden, 'Effectuering van staatssteunrecht in Nederland. Een bestuursrechtelijke blik op de uitvoeringspraktijk en het wetsvoorstel terugvordering staatssteun', *NTB* 2008, 40, p. 304-315. Zie over m.n. de fiscaalrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel G.J. van Slooten, 'Het wetsvoorstel terugvordering staatssteun: een te kleine pleister op een veel grotere wonde' (deel I en II), *TFB* 2008/6, p. 20-31 en *TFB* 2008/7, p. 24-32.

77 HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354/90, *FNCE*, *Jur.* 1991, p. I-5505, r.o. 12.

78 Idem.

79 Zaak C-39/94, *SFEI*, r.o. 70.

80 Zaak C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, r.o. 48.

81 Zaak C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, r.o. 49. Zie voor een nadere bespreking van deze uitspraak K. Retter & H. Bielez, 'Review of judgement in *Transalpine Ölleitung* in Österreich GmbH Others, Case C-368/04', *EstAL* 1/2007, p. 129-137.

82 HvJ EG 15 juni 2006, gev. zaken C-393/04 en C-41/05, *Air Liquide Industries en Province de Liège*, *Jur.* 2006, p. I-5293, r.o. 43 en 48. Zie voor een toepassing van deze jurisprudentie in het Nederlandse recht Rb. 's-Gravenhage 19 maart 2008, *LJN* BC7128, r.o. 5.14 en 5.15.

Van Calster en Cleeren en Openbaar Slachthuis,⁸³ Enirisorce,⁸⁴ en Casino France e.a.⁸⁵ Daarin is bepaald dat wanneer een steunmaatregel waarvan de wijze van financiering integraal deel uitmaakt – zie reeds hiervoor – met voorbijgaan aan de aanmeldingsplicht ten uitvoer is gelegd, de schending door de nationale autoriteiten van de verplichtingen uit art. 88 lid 3 EG niet alleen de wettigheid van de steunmaatregel aantast, maar ook die van de heffing die de wijze van financiering ervan vormt. Nationale rechterlijke instanties zijn dan in beginsel verplicht de terugbetaling te gelasten van de specifiek ter financiering van deze steun geheven belastingen of bijdragen. Analooq redenerend erkende het Hof van Justitie in de zaak *Laboratoires Boiron* met betrekking tot een heffing op de rechtstreekse verkoop dat, hoewel geen sprake was van een parafiscale heffing als in de hiervoor genoemde zaken, marktdeelnemer Boiron toch het recht toekwam zich te beroepen op de onwettigheid van de heffing op de rechtstreekse verkoop, om de teruggaaf te verkrijgen van uit hoofde daarvan betaalde bedragen.⁸⁶ De bijzonderheid van de heffing op de rechtstreekse verkoop schuilt volgens het Hof 'in het feit dat deze heffing en de vermeende steunmaatregel twee onlosmakelijk verbonden elementen vormen van een en dezelfde fiscale maatregel. In een dergelijk geval is de band tussen de heffing en de steun nog nauwer dan in het geval van een parafiscale heffing als die welke het voorwerp vormde van voormeld arrest Van Calster e.a.'⁸⁷ Wel bepaalde het Hof daarbij 'dat een dergelijke teruggaaf hoe dan ook enkel kan worden toegekend wanneer wordt aangetoond dat voormelde bedragen, of althans het deel ervan waarvan de teruggaaf wordt gevorderd, een overcompensatie ten gunste van de groothandelaars-distributeurs vormen en deze dus wat dit betreft een economisch voordeel verlenen, en wanneer daarnaast ook de overige in art. 87 lid 1 EG genoemde voorwaarden om een maatregel als staatssteun aan te kunnen merken, zijn vervuld'.⁸⁸

De uitspraak van het Hof in de zaak *Laboratoires Boiron* is ook om een andere reden interessant. Het Hof doet een uitspraak over de toepassing van nationaal bewijsrecht bij de effectuering van aan art. 88 lid 3 EG ontleende rechten in het licht van het communautaire doeltreffendheidsbeginsel. Een nationale bewijsregel die op degene die zich op art. 88 lid 3 EG beroept de bewijslast legt om, zoals in casu, aan te tonen dat sprake is van overcompensatie ten gunste van groothandelaars-distributeurs en dus dat de heffing op de rechtstreekse verkoop staatssteun vormt, om daarmee de teruggaaf van de betrokken heffing te krijgen, is op zich verenigbaar met het doeltreffendheidsbeginsel. Wel verlangt het Hof van de nationale rechter, wanneer hij vaststelt dat toepassing van deze bewijsregel het onmogelijk of uiterst moeilijk kan maken dit bewijs te leveren, met name omdat dit betrekking heeft op gegevens waarover de betrokken partij niet kan beschikken, gebruikmaakt van alle procedurele middelen die hem door het nationale recht ter beschikking worden gesteld, waaronder het bevelen van de noodzakelijke maatregelen van instructie, met inbegrip van de overlegging van een akte of een stuk door één der partijen of door een derde.⁸⁹

Hiervoor is al opgemerkt dat de Commissie en nationale rechters in het kader van het toezicht op steunmaat-

regelen aanvullende, maar onderscheiden taken hebben. Daarvan uitgaande is het vaste rechtspraak van het Hof van Justitie (*FNCE, Van Calster en Cleeren en Openbaar Slachthuis, Transalpine Ölleitung, CELF/SIDE*) 'dat een beschikking van de Commissie waarbij niet-aangemelde steun verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, niet tot gevolg heeft dat de ongeldigheid van uitvoeringsmaatregelen die in strijd met het in deze bepaling neergelegde verbod zijn vastgesteld, achteraf wordt gedekt'.⁹⁰ Volgens het Hof zou elke andere uitlegging in de hand werken dat de betrokken lidstaat deze bepaling niet in acht neemt en zou deze bepaling van haar nuttig effect beroven. In de zaak *Transalpine Ölleitung* verbond het Hof hieraan de volgende conclusie: 'Afhankelijk van de mogelijkheden en de rechtsvoorwaarden waarin de nationale rechtsorde voorziet, kan een nationale rechterlijke instantie dus naargelang van het geval ertoe worden gebracht, de teruggave van onrechtmatige steun door de steunontvangers te gelasten, ook al werd deze steun naderhand door de Commissie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard'.⁹¹ Door de Franse Conseil d'État expliciet gevraagd of terugvordering in een dergelijke situatie inderdaad de consequentie moest zijn, overwoog het Hof in de zaak *CELF/SIDE* echter anders: 'In een dergelijk geval verplicht het gemeenschapsrecht hem [de nationale rechter] passende maatregelen te nemen om de gevolgen van de onrechtmatigheid daadwerkelijk op te heffen. Het legt hem evenwel, ook wanneer geen sprake is van uitzonderlijke

83 Gev. zaken C-261/01 en C-262/01, *Van Calster en Cleeren en Openbaar Slachthuis*, r.o. 54 en 64.

84 HvJ EG 27 november 2003, gev. zaken C-34/01 t/m C-38/01, *Enirisorce*, Jur. 2003, p. I-14243, r.o. 45.

85 HvJ EG 27 oktober 2005, gev. zaken C-266/04 e.a., *Casino France e.a.*, Jur. 2005, p. I-9481, r.o. 35. Zie over deze uitspraak H. van Vliet, 'Steunmaatregel niet goed (gekeurd door de Commissie) maar toch geen geld terug: het Nazairdis (Distribution Casino France)-arrest', NTER 2006, p. 85-89.

86 Zaak C-526/04, *Laboratoires Boiron*, r.o. 46.

87 Zaak C-526/04, *Laboratoires Boiron*, r.o. 45.

88 Zaak C-526/04, *Laboratoires Boiron*, r.o. 47.

89 Zaak C-526/04, *Laboratoires Boiron*, r.o. 56-57. Volgens Mok maakt het Nederlandse recht het de rechter in dit geval niet moeilijk, noch het bestuursprocesrecht met zijn vrije bewijsstelsel, noch het civiele procesrecht dat genoeg mogelijkheden biedt om een passende bewijslastverdeling te kiezen. Zie M.R. Mok, NJ 2007, 289 in een annotatie bij zaak C-526/04. Steyger daarentegen ziet wel mogelijke obstakels in toepassing van art. 843a Rv wanneer bewijs moet worden gevorderd van de steunverlenende overheid als derde, waarmee de vorderende partij niet in een rechtsbetrekking staat. Terwijl in de aangehaalde overwegingen van het Hof wordt gesproken van 'alle procedurele middelen die hem door het nationale recht ter beschikking worden gesteld' betwijfelt Steyger of de Nederlandse rechter ambtshalve ook om andere stukken dan die genoemd in art. 843a Rv zou kunnen verzoeken, zonder daarmee buiten de wettelijke grenzen te treden. Zie E. Steyger, AB 2006, 355 in een annotatie bij de zaak C-526/04. Zie over deze uitspraak ook K.J. Defares & S.M. Goossens, 'Het arrest Boiron: de pil verguld?', NTER 2007, p. 8-13.

90 Zaak C-354/90, *FNCE*, r.o. 16; Gev. zaken C-261/01 en C-262/01, *Van Calster en Cleeren en Openbaar Slachthuis*, r.o. 62 en 73; Zaak C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, r.o. 41; zaak C-199/06, *CELF/SIDE*, r.o. 40.

91 Zaak C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, r.o. 56. Op basis van deze overweging stellen Retter en Bielez dan ook dat de zienswijze in casu van de Oostenrijkse belastingdienst, dat art. 88 lid 3 EG niet van toepassing zou zijn nadat de Commissie een positieve beschikking heeft genomen, onjuist was. Retter & Bielez 2007, p. 129-137, op p. 137.

omstandigheden, niet de verplichting op om de onrechtmatige steun volledig terug te vorderen.⁹² Wel is een nationale rechter bij geconstateerde schending van art. 88 lid 3 EG in een dergelijke situatie volgens het Hof op grond van het gemeenschapsrecht verplicht om de ontvanger van dergelijke steun te gelasten rente te betalen over het tijdvak van onrechtmatigheid.⁹³ 'In voorkomend geval' kan de nationale rechter volgens het Hof van Justitie echter wel op grond van het nationale recht terugvordering van de onrechtmatig verleende steun gelasten 'onverminderd het recht van de lidstaat om deze later opnieuw te verlenen'.⁹⁴ In de zaak *Wienstrom GmbH/Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit* heeft het Hof van Justitie deze uitgangspunten bevestigd. Het Hof overwoog: 'Wanneer het onrechtmatig tot uitvoering brengen van een steunmaatregel wordt gevolgd door een positieve beschikking van de Commissie, staat het gemeenschapsrecht dus niet eraan in de weg dat de begunstigde enerzijds betaling vordert van de steun die hem voor de toekomst verschuldigd is, en anderzijds de beschikking over de vóór de positieve beschikking ontvangen steun behoudt, onverminderd de gevolgen die overeenkomstig het arrest CELF aan de onrechtmatigheid van de te vroeg betaalde steun dienen te worden verbonden'.⁹⁵

De motieven van het Hof voor deze jurisprudentiële draai ten opzichte van eerdere uitspraken – geheel in afwijking van wat advocaat-generaal Mazák in de zaak *CELF/SIDE* had geconcludeerd – alsook het mogelijke negatieve effect van deze uitspraak op de effectiviteit van de publieke en private handhaving van het staatssteunrecht zullen hier verder onbesproken blijven.⁹⁶ Deze bijdrage beoogt vooral in kaart te brengen welke rechtsgevolgen in de Europese en nationale rechtspraak worden verbonden aan schending van het staatssteunrecht, in het bijzonder van art. 88 lid 3 EG. Bij de bespreking van de rechtsgevolgen die het nationale (lees Nederlandse) recht, mede in het licht van voornoemde Europese rechtspraak verbindt aan de schending van art. 88 lid 3 EG zal nog wel worden teruggekomen op de zaak *CELF/SIDE*. Op deze plaats moet 'slechts' nog worden vermeld dat het Hof in de zaak *CELF/SIDE* ook bepaalde dat een nationale rechter 'tevens genoopt [kan] zijn verzoeken tot vergoeding van schade die is ontstaan wegens de onrechtmatigheid van de steunmaatregel, toe te wijzen'.⁹⁷ Het Hof verwijst daarbij naar overwegingen uit de zaken *SFEI* en *Transalpine Ölleitung*.⁹⁸ Op basis hiervan kan de indruk ontstaan dat dergelijke claims alleen kunnen voortvloeien uit het nationale recht. In de zaak *SFEI* heeft het Hof namelijk overwogen dat het gemeenschapsrecht geen toereikende rechtsgrondslag biedt om de steunontvanger die niet heeft nagegaan of de steun naar behoren bij de Commissie is aangemeld, aansprakelijk te stellen, maar dat een dergelijke aansprakelijkstelling mogelijk wel uit het nationale recht kan voortvloeien. Gelet op de algemene rechtspraak van de Europese gemeenschapsrechtshouders inzake aansprakelijkheid uit kracht van het gemeenschapsrecht, zoals ontwikkeld in zaken als *Francovich* en *Brasserie du Pêcheur*,⁹⁹ kan echter worden aangenomen dat de steunverlenende lidstaat wel tot schadevergoeding kan worden aangesproken. In geval van onrechtmatige steunverlening is immers sprake van schending door de autoriteiten van de lidstaat van een

rechtstreeks werkende bepaling van gemeenschapsrecht. Ook aan de overige communautaire aansprakelijkheidsvoorwaarden zal in een situatie van onrechtmatige steunverlening zijn voldaan.¹⁰⁰ Dit wordt bevestigd in de concept-Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechtbanken.¹⁰¹ Belanghebbenden die door onrechtmatige staatssteun zijn gedupeerd (denk aan concurrenten van de steunontvanger) kunnen dan met een beroep op het rechtstreeks werkende art. 88 lid 3 laatste volzin EG schadevergoeding proberen te verkrijgen. Niet ondenkbaar is dat in een situatie van onrechtmatig verleende, maar verenigbaar verklaarde steun ook de ontvanger zelf van deze mogelijkheid gebruik zal maken. Laatstgenoemde dient immers rente te betalen over op zichzelf toegestane staatssteun als gevolg van procedurele fouten van de lidstatelijke autoriteiten.¹⁰²

6. Nederlandse rechtspraak n.a.v. acties in verband met onrechtmatige staatssteun

De tot op heden gedane uitspraken van Nederlandse rechters waarin art. 88 lid 3 EG een rol van betekenis speelde, zullen hierna, ingedeeld in vier categorieën zaken, op hoofdlijnen worden besproken. Als toetsingskader voor deze bespreking fungeert de hiervoor besproken, leidende rechtspraak van de Europese rechters.

⁹² Zaak C-199/06, *CELF/SIDE*, r.o. 46.

⁹³ Zaak C-199/06, *CELF/SIDE*, r.o. 52. Zie over de wijze van berekening van de rente de concept-Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechtbanken, par. 2.2.3.

⁹⁴ Zaak C-199/06, *CELF/SIDE*, r.o. 53.

⁹⁵ HvJ EG 18 december 2008, zaak C-384/07, *Wienstrom GmbH/Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit*, n.n.g., r.o. 30.

⁹⁶ Zie voor kritische besprekingen: P.C. Adriaanse, 'Effectieve handhaving van het staatssteunrecht ondermijnd? Een bespreking van de zaak CELF (C-199/06) over 'passende' maatregelen in geval van onrechtmatige maar verenigbare staatssteun', *NTER* 2008, p. 308-317; Arhold 2008, p. 441-494, op p. 479 en 480; Th. Jaeger, 'The CELF-Judgement: A Precarious Conception of the Standstill Obligation', *ESIAL* 2008, p. 279-289; P.J. Slot, 'Terugvordering van staatssteun voordat de steun definitief is goedgekeurd', *Ars Aequi* 2008, p. 452-458, op p. 457.

⁹⁷ Zaak C-199/06, *CELF/SIDE*, r.o. 53.

⁹⁸ Zaak C-39/94, *SFEI*, r.o. 75; Zaak C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, r.o. 56.

⁹⁹ HvJ EG 19 november 1991, gev. zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich en Bonifazi/Italië*, *Jur.* 1991, p. I-5357; HvJ EG 5 maart 1996, gev. zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, *Jur.* 1996, p. I-1029.

¹⁰⁰ Zie voor nadere onderbouwing Adriaanse 2006, p. 222-223. In de praktijk blijkt het aantonen van daadwerkelijk geleden schade en het causaal verband tussen deze schade en de onrechtmatige steunverlening vooral problematisch. Zie Jestaedt, Derenne & Ottivanger 2006, p. 49.

¹⁰¹ Par. 2.2.4.

¹⁰² Zie bijv. 'Cour Administrative d'Appel de Paris (Société Groupe Salmon Arc en Ciel)', *ESIAL* 2006, p. 813-818.

6.1. Beroep op art. 88 lid 3 EG door concurrenten

In 1995 deed de president van de Rechtbank Leeuwarden uitspraak in een zaak over beweerdelijk onrechtmatige staatssteun aan de zoutindustrie in Harlingen. Deze zaak was aanhangig gemaakt door de Franse nationale vereniging van zoutfabrikanten, het *Comité des Salines de France*, die stelde dat ter plaatse sprake was van concurrentievervalsing. De president kwam tot het voorlopige oordeel dat de betwiste maatregelen in casu niet als staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG konden worden aangemerkt en dus ook niet bij de Commissie hadden moeten worden aangemeld.¹⁰³ De vorderingen, waaronder die tot terugvordering van reeds verleende steun, werden daarom afgewezen. In hoger beroep en ook in cassatie hield dit oordeel stand.¹⁰⁴

In 2003 volgde een uitspraak die al menige pen in beweging heeft gezet.¹⁰⁵ De onderliggende zaak had betrekking op beweerdelijk onrechtmatige staatssteun in verband met de exploitatie van de Martinihal in Groningen.¹⁰⁶ De Stichting Prins Bernhardhoeve te Zuidlaren, een private onderneming die ook een evenementenhal exploiteerde, had hierover procedures aangespannen. In een bestuursrechtelijke procedure overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State omtrent de beweerdelijk onrechtmatige steunverlening dat het op de weg van het bestuursorgaan had gelegen na te gaan of de betwiste maatregel wellicht als staatssteun had moeten worden aangemeld bij de Commissie. De Afdeling volstond met het oordeel, dat het bestreden besluit op bezwaar niet met de vereiste zorgvuldigheid was genomen en dat daarom was gehandeld in strijd met art. 3:2 Awb. In een annotatie bij deze uitspraak hebben Jacobs en Den Ouden gesteld dat de Afdeling bestuursrechtspraak in deze zaak geen rechtstreeks oordeel geeft over de vraag of aan de communautaire verplichtingen was voldaan. De Afdeling heeft de schending van het gemeenschapsrecht daarentegen slechts, zoals Jacobs en Den Ouden dat noemen, in een '(vertrouwd) nationaal jasje' gehesen.¹⁰⁷

In diezelfde tijd speelde een zaak over beweerdelijk onrechtmatige staatssteun van de Gemeente Alkmaar rond de bouw van het nieuwe AZ-stadion. Na een wat twijfelachtige uitspraak van de president van de Rechtbank Alkmaar,¹⁰⁸ volgde op 1 april 2004 een uitspraak van het Hof Amsterdam.¹⁰⁹ Ten tijde van deze uitspraak had de Commissie inmiddels aangegeven een formele onderzoeksprocedure naar de betwiste transacties rond het AZ-stadion te zullen aanvangen. Het Hof oordeelde dat zolang de maatregel voorwerp van onderzoek bij de Commissie is, op grond van art. 88 lid 3 EG een opschortingsverplichting geldt op basis waarvan de gevraagde vordering moest worden toegewezen. De door de Gemeente Alkmaar en club AZ gesloten overeenkomsten mochten niet tot uitvoering worden gebracht voordat de formele onderzoeksprocedure tot een eindbeslissing van de Commissie had geleid. In cassatie oordeelde de Hoge Raad – terecht¹¹⁰ – dat het Hof aan zijn beslissing tot opschorting van de maatregelen een onjuiste opvatting ten grondslag had gelegd.¹¹¹ Voor het gelden van de opschortingsverplichting van art. 88 lid 3 EG dient volgens de Hoge Raad een zelfstandige uitleg en toepas-

sing van het begrip steun door de aangezochte rechter doorslaggevend te zijn – zie anders de voornoemde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak¹¹² – en dus niet het feit dat de Commissie een procedure op grond van art. 88 lid 2 EG naar een maatregel heeft aangevangen. Deze benadering is in lijn met vaste communautaire rechtspraak dat nationale rechters in zaken over beweerdelijk onrechtmatige staatssteun genoodzaakt kunnen zijn zelf het begrip staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG uit te leggen en toe te passen om uit te maken of een overheidsmaatregel al dan niet aan de procedure van art. 88 lid 3 EG had moeten worden onderworpen.¹¹³ In zijn uitspraak verwees de Hoge Raad nog naar de zaak *SFEI* waarin het Hof van Justitie duidelijk maakte dat de aangezochte nationale rechter in geval van twijfel de Commissie om opheldering kan verzoeken of een prejudiciële vraag kan voorleggen aan het Hof van Justitie. In dat geval zal de nationale rechter moeten onderzoeken of voorlopige maatregelen moeten worden gelast teneinde de belangen van partijen te beschermen in afwachting van zijn definitieve uitspraak. Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat een Nederlandse voorzieningenrechter 'een ordemaatregel in de vorm van een (voorlopig) verbod van uitvoering van beweerde niet-aangemelde steun kan baseren op zijn oordeel omtrent de kans dat de bodemrechter of een andere bij de toepassing van de communautaire staatssteunregels betrokken instantie, zoals met name de Europese Commissie, tot het oordeel zal komen dat de bestreden maatregel als steun in de zin van art. 87 EG moet worden beschouwd.' Naar aanleiding van deze uitspraak stelt Mok dat het arrest van de Hoge Raad een weg heeft gewezen, die ertoe kan leiden dat Nederlandse (civiele) voorzieningenrechters een belangrijke rol kunnen spelen

=====

¹⁰³ Pres. Rb. Leeuwarden 19 april 1995, KG 1995, 279.

¹⁰⁴ Zie HR 3 januari 1997, NJ 1997, 303 (m.nt. P.J. Slot).

¹⁰⁵ Zie o.m. M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'De toetsing getoetst. De bestuursrechter en het EG-recht inzake staatssteun', in W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1-18, op p. 8-10.

¹⁰⁶ In kort geding laat de president van de Rechtbank Groningen nog in het midden of in casu sprake is van (verboden) staatssteun. President Rb. Groningen 11 januari 2001, KG 2001, 58.

¹⁰⁷ ABRvS 17 december 2003, AB 2004, 262 (m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden). Hetzelfde kan in zekere zin worden gezegd over een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam over vermeende staatssteun aan Concertzender. Rb. Amsterdam 5 augustus 2004, LJN AQ6500. Zie voor een bespreking van deze uitspraak en verwante uitspraken van nationale rechters Den Ouden & Jacobs 2005, p. 10-13.

¹⁰⁸ President Rb. Alkmaar 5 december 2002, LJN AF1407.

¹⁰⁹ Hof Amsterdam 1 april 2004, BR 2004, 694.

¹¹⁰ Zie ook M.R. Mok, 'Regels betreffende de mededinging. Kartelrecht en bepalingen over staatssteun', in A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 561-600, op p. 595-596.

¹¹¹ HR 7 oktober 2005, NJ 2006, 131 (m.nt. M.R. Mok). Zie over deze zaak ook Rb. (vzr.) Alkmaar 29 november 2002, LJN AF1662; Rb. Alkmaar 10 oktober 2003, LJN AL8204; Rb. (vzr.) Amsterdam 29 januari 2004, NJF 2004, 151; ABRvS 21 april 2004, LJN AO7997.

¹¹² Wel dient rekening te worden gehouden met het stelsel van het Nederlandse bestuursprocesrecht waarin door het bestuur genomen besluiten worden getoetst. In geval van vernietiging van een besluit volgt doorgaans in eerste instantie terugverwijzing naar het bestuursorgaan om een nieuw besluit te nemen, zo nodig met inachtneming van aanwijzingen uit de rechterlijke uitspraak.

¹¹³ Zie o.m. HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-71/04, *Administración del Estado/Xunta de Galicia*, Jur. 2005, p. I-7419, r.o. 33.

bij de handhaving van de Europese staatssteunregels.¹¹⁴ Ook in relatie tot de aanleg van een breedbandglasvezelnet (het Damsternetproject) door de Gemeente Appingedam had het door kabelmaatschappij Essent Kabelkom BV ingestelde beroep op art. 88 lid 3 EG succes.¹¹⁵ De vordering van Essent in kort geding dat de gemeente zou worden veroordeeld tot stopzetting van alle werkzaamheden en activiteiten ter (verdere) uitvoering van de aanleg en exploitatie van het glasvezelnetwerk, totdat de Commissie zou hebben geoordeeld dat er in casu geen sprake was van staatssteun, dan wel haar goedkeuring voor deze aanleg zou hebben gegeven, werd toegewezen.¹¹⁶ De president van de Rechtbank Groningen ging zelf niet inhoudelijk in op de vraag of in casu sprake was van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG, maar kon niet uitsluiten dat dat niet het geval was en achtte bij een dergelijke twijfel aanmelding bij de Commissie aangewezen.¹¹⁷

Een vergelijkbaar verzoek om voorlopige maatregelen bij de aanleg van een door de gemeente gesubsidieerde aanleg en exploitatie van een breedbandnetwerk gedurende het onderzoek van de Commissie met een beroep op art. 88 lid 3 EG werd in een geschil tussen UPC Nederland BV en de Gemeente Amsterdam juist afgewezen. UPC had in kort geding gevorderd dat de Gemeente Amsterdam zou worden veroordeeld tot het opschorten van de werkzaamheden die voortvloeien uit het Citynetproject van Glasvezelnet, totdat de Commissie een beslissing zou hebben genomen op de melding van de gemeente van de deelname in Glasvezelnet. In het licht van wat de Hoge Raad in de hiervoor besproken uitspraak over vermeende steunverlening rond het AZ stadion had bepaald, ging zowel de president van de Rechtbank Amsterdam,¹¹⁸ als in hoger beroep het Hof Amsterdam,¹¹⁹ er vanuit dat de beslissing mede moest worden gebaseerd op de kans dat de Commissie tot het oordeel zou komen dat de bestreden maatregel steun in de zin van art. 87 lid 1, EG was. Tevens zou bij de beslissing een afweging van de wederzijdse belangen moeten plaatsvinden. Volgens een wel heel creatieve – m.i. onjuiste¹²⁰ – interpretatie van art. 88 lid 3 EG werd in casu in beide instanties aangenomen dat gelet op de omstandigheden de standstill-verplichting voor onderhavig project niet gold. Op grond daarvan en mede op grond van een belangenafweging werden de vorderingen van UPC Nederland BV afgewezen.

6.2. Beroep op art. 88 lid 3 EG in relatie tot heffingen

In een geding tussen de Vereniging van Exploitanten van Waterleidingbedrijven in Nederland, NV Waterleidingbedrijf 'Noord-West Brabant' en de Nederlandse Staat was de president van Rechtbank 's-Gravenhage bij uitspraak van 17 februari 1995 van oordeel dat de ingeroepen wijzigingswet in casu was uitgevoerd in strijd met art. 88 lid 3 EG en tijdelijk dan ook geen effect kon sorteren.¹²¹ Aangezien zonder deze wijzigingswet de door eisers betaalde afvalstoffenheffingen lager zouden uitvallen, viel volgens de president te verwachten dat de waterleidingbedrijven in ieder geval tot het tijdstip waarop de Commissie haar eindbeslissing zou geven, enigermate te hoge afvalstoffenheffingen moesten betalen. In die

situatie maakten eisers volgens de president aanspraak op restitutie en wettelijke rente. Ondanks deze constatering wees de president de gevraagde vordering toch niet toe, omdat hij van mening was dat dit zijn rechterlijke taak te buiten zou gaan.

Voor een illustratie van succesvol beroep op art. 88 lid 3 EG in relatie tot betaalde heffingen kan worden gewezen op een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 7 april 2004.¹²² In de onderliggende zaak had appellante beroep ingesteld tegen een door het Productschap Tuinbouw opgelegde heffing. De uit de heffing gefinancierde steunmaatregel zou volgens appellante niet bij de Commissie zijn aangemeld. Het College oordeelde dat wel aanmelding bij de Commissie had plaatsgevonden, maar dat er toch sprake was van onrechtmatige staatssteun, want er was steun verleend voordat de Commissie haar goedkeuring had gegeven. Er was met andere woorden in strijd met de standstill-verplichting gehandeld. Omdat het beroep gegrond was, werd de beslissing op bezwaar in casu vernietigd en op grond van art. 8:72 lid 4 Awb heeft het College zelf in de zaak voorzien door de nota's waarop de opgelegde heffingen waren gebaseerd (de primaire besluiten) te herroepen.

6.3. Beroep op art. 88 lid 3 EG door overheden

Gelet op de hiervoor besproken rechtspraak van het Hof van Justitie, waarin wordt aangenomen dat schending van art. 88 lid 3 EG leidt tot ongeldigheid van de handelingen waarmee de betrokken steun tot uitvoering is gebracht, verdienen zeker ook vermelding de uitspraken van Rechtbank Rotterdam en in hoger beroep Hof 's-Gravenhage over staatssteun in de vorm van een garantieovereenkomst.¹²³ Een dergelijke overeenkomst was gesloten tussen het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam en Residex, waarbij eerstgenoemde een garantie zou verstrekken aan Residex, voor een door Residex aan Aerospace te verstrekken lening. Er vanuit gaande dat in casu sprake was geweest van schending van art. 88 lid 3 EG, werd de garantieovereenkomst zowel door de rechtbank als door het hof naar nationaal recht nietig geacht. Deze nietigheid wordt gebaseerd op art. 3:40 lid 2 BW dat bepaalt dat strijd met een dwingende wetsbepaling die niet slechts strekt tot bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling,

114 Mok 2007, p. 597.

115 Pres. Rb. Groningen 3 september 2004, LJN AQ8920.

116 Opmerkelijk in deze uitspraak was dat Essent Kabelkom BV in het civiele kortgeding ontvankelijk werd verklaard, hoewel zij geen gebruik had gemaakt van een openstaande bestuursrechtelijke procedure tegen een gesteld subsidiebesluit in de zin van art. 1:3 Awb.

117 Zie over deze zaak verder N. Saanen & H.D. Stout, 'Breedband in Appingedam: verloren bij de Commissie, gewonnen door de inwoners', NTER 2006, p. 212-218; C.T. Dekker, 'Staatssteun voor breedbandprojecten', M&M 2006, p. 212-216.

118 Pres. Rb. Amsterdam 22 juni 2006, LJN AX9229.

119 Hof Amsterdam 18 januari 2007, LJN AZ6508.

120 Zie anders B.J. Drijber in een annotatie bij deze uitspraak in M&M 2007, p. 120-124, op p. 124.

121 Pres. Rb. 's-Gravenhage, 17 februari 1995, KG 1995, 122.

122 CBB 7 april 2004, LJN AO7843.

123 Rb. Rotterdam 24 januari 2007, LJN AZ6904. Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, LJN BD6981.

leidt tot nietigheid van de desbetreffende rechtshandeling. Deze nietigheid is volgens het Hof 's-Gravenhage bij uitstek een passende sanctie bij een garantie als die welke in casu is gegeven, aangezien de terugvordering van een garantie, gezien het contractuele karakter ervan, naar Nederlands recht op praktische en juridische problemen stuit. Dat de gemeentelijke overheid direct dan wel indirect zelf partij is bij een overeenkomst met een verboden strekking, maakt niet dat zij geen beroep op art. 3:40 lid 2 BW zou kunnen doen, aldus het gerechtshof. De nietigheid van deze bepaling geldt volgens het hof jegens eenieder. Het hof voegde daaraan wel toe dat het beroep op nietigheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn, maar dat was in casu niet aangevoerd. Overigens werd de strenge communautaire lijn inzake gewettigd vertrouwen in casu van overeenkomstige toepassing verklaard ten aanzien van professionele geldverstrekkers, waarvan volgens het Hof 's-Gravenhage juist mag worden verwacht dat zij erop toezien dat de procedure van art. 88 lid 3 EG wordt gevolgd voordat staatssteun wordt verleend.

De vergaande consequentie van nietigheid naar nationaal recht in geval van schending van art. 88 lid 3 EG was in de literatuur al geopperd.¹²⁴ Ook in andere lidstaten hebben nationale rechters deze consequentie al diverse keren verbonden aan schending van art. 88 lid 3 EG.¹²⁵ Niettemin is naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *CELFI/SIDE* de vraag gesteld of schending van art. 88 lid 3 EG deze vergaande consequentie in het nationale recht nog wel rechtvaardigt. Zowel Mok als Jaeger hebben in een annotatie gesteld dat als gevolg van deze uitspraak van het Hof van Justitie tot de beslissing van de Commissie veeleer sprake zou zijn van een soort zwevende of voorlopige nietigheid die zou ophouden als de Commissiebeschikking definitief wordt.¹²⁶ In geval van een negatieve beschikking van de Commissie zou dan moeten worden aangenomen dat de onderliggende rechtshandeling naar nationaal recht vanaf het begin af aan tot de uitvoering van de steun nietig is geweest. In geval van een positieve beschikking van de Commissie zou de overeenkomst, zo stelt Mok, dan met terugwerkende kracht, rechtsgeldig zijn. Ik betwijfel of dat laatste wel kan worden aangenomen. Ondanks zijn koerswijziging op het punt van terugvordering (zie hiervoor), bevestigt het Hof van Justitie ook in de zaak *CELFI/SIDE* zijn vaste rechtspraak dat een positieve beschikking van de Commissie niet tot gevolg heeft dat de ongeldigheid van uitvoeringsmaatregelen die in strijd met het in deze bepaling neergelegde verbod zijn vastgesteld, achteraf wordt gedekt.¹²⁷ De strekking van art. 88 lid 3 EG lijkt daarmee niet te zijn veranderd. Overigens lijkt de Nederlandse regering met het reeds genoemde wetsvoorstel terugvordering staatssteun, in het bijzonder met invoering van een nieuw art. 6:212a BW, aan deze discussie een einde te willen maken. In de memorie van toelichting wordt over de voorgestelde wijzigingen in het BW gesteld: 'Lid 1 van artikel 6:212a BW bevat een zelfstandige titel voor terugvordering of ongedaanmaking. Ongedaanmaking van de steunmaatregelen behoeft dus niet op grond van de regelingen voor onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking plaats te vinden. Hiermee kunnen voor de terugvordering gecompliceerde vragen over de juridische

kwalificatie van de rechtshandelingen op nationaal niveau worden vermeden, zoals de vraag of onrechtmatig verleende steun nietig is op grond artikel 3:40 BW'.¹²⁸

6.4. Beroep op art. 88 lid 3 EG in relatie tot RO-besluiten

Tot op heden heeft het Hof van Justitie art. 88 lid 3 EG nog niet in verband gebracht met zaken in de sfeer van de ruimtelijke ordening. Toch is in procedures over planologische besluitvorming bij Nederlandse rechters art. 88 lid 3 EG de afgelopen jaren veelvuldig ingeroepen als mogelijk juridisch breekijzer.¹²⁹ Kenmerkend voor dit soort zaken is dat de gestelde miskenning van het staatssteunrecht, in het bijzonder van art. 88 lid 3 EG, wordt aangevoerd in beroep tegen besluitvorming rond (de goedkeuring of vrijstelling van) bestemmingsplannen, 'slechts' met als doel de financiële uitvoerbaarheid daarvan in twijfel te trekken. Daarbij wordt doorgaans aangevoerd dat een bepaalde overheidsbijdrage ter financiering van het plan niet conform de Europese staatssteunregels is aangemeld, hetgeen de status van die bijdrage onzeker maakt, waardoor de financiële uitvoerbaarheid van het plan niet zou zijn gegarandeerd. Het zijn meestal geen concurrenten van de ontvanger van de (vermeende) staatssteun die zich in dit soort zaken op het staatssteunrecht beroepen, maar andere partijen, zoals omwonenden en milieuorganisaties. Kuypers en De Groot merken op dat voor deze partijen veelal geldt 'schieten op alles wat beweegt'.¹³⁰

Voor een succesvol beroep op art. 88 lid 3 EG in dit soort zaken blijkt gewoonlijk van belang te zijn hoe zorgvuldig het bestreden besluit is voorbereid en in hoeverre daarbij al rekening is gehouden met de mogelijkheid dat gelet op de financiële uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan of aanverwant RO-besluit sprake zou kunnen zijn van aanmeldingsplichtige staatssteun. Indien de Afdeling bestuursrechtspraak de financiële uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan onvoldoende onderzocht acht, volgt gewoonlijk vernietiging van het bestreden besluit vanwege strijd met art. 3:2 Awb. Een dergelijke uitspraak kan gelet op het voorwerp van geschil slechts directe consequenties hebben voor dat bestreden besluit zelf en

¹²⁴ Adriaanse 2006, p. 303-304; B.W.N. de Waard e.a., *Terugvordering van staatssteun. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, WODC 2005, p. 36-37.

¹²⁵ Zie bijv. BGH, Urt. 4.4.2003, - V ZR 314/02 (*Naumburg*) (*Duitsland*); Cour de Cassation 18 juni 1992, TRV 1993, p. 23; (*Tubemeuse*) (*België*); Tribunal Supremo in cassatieberoep nr. 7893/1999 arrest van 9 december 2004 (*Spanje*).

¹²⁶ M.R. Mok in een annotatie bij zaak C-199/08, *CELFI/SIDE*, NJ 2008, 185, punt 3; Jaeger 2008, p. 279-289, op p. 287.

¹²⁷ Zaak C-354/90, *FNCE*, r.o. 16; *Gev. zaken C-261/01 en C-262/01, Van Calster en Cleeren en Openbaar Slachthuis*, r.o. 62 en 73; Zaak C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, r.o. 41; Zaak C-199/06, *CELFI/SIDE*, r.o. 40.

¹²⁸ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 3, p. 16.

¹²⁹ Zie o.m. ABRvS 6 mei 2004, AB 2004, 225 (m.nt. F.A.G. Groothuijse); ABRvS 11 augustus 2004, AB 2004, 343 (m.nt. F.A.G. Groothuijse en R. Orlepp); ABRvS 26 juli 2006, AB 2006, 367 (m.nt. F.A.G. Groothuijse); ABRvS 6 september 2006, AB 2006, 336 (m.nt. A.G.A. Nijmeijer); ABRvS 26 september 2007, LJN BB4338; ABRvS 16 januari 2008, BR 2008, 418 (m.nt. P.H.L.M. Kuypers en E.W.J. de Groot).

¹³⁰ P.H.L.M. Kuypers en E.W.J. de Groot in een annotatie bij ABRvS 16 januari 2008, BR 2008, 418.

niet voor de financiering die in dat verband als (vermoedelijke) staatssteun wordt beschouwd. De miskenning van het staatssteunrecht wordt dan dus in een bekende nationaalrechtelijke vorm gegoten. Niettemin verbindt de Afdeling aan deze mogelijke miskenning gewoonlijk geen consequenties wanneer voldoende is aangetoond dat de financiële uitvoerbaarheid van het plan ook zonder de (als vermoedelijke staatssteun bestempelde) overheidsbijdrage kan worden gerealiseerd.¹³¹ Het meest recente voorbeeld van een succesvol beroep op art. 88 lid 3 EG in een zaak in de sfeer van de ruimtelijke ordening is op het moment van dit schrijven de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 11 juni 2008 over een baanverlenging op vliegveld Eelde.¹³² De daarvoor beschikbaar gestelde financiële bijdrage van de Staat werd door de Afdeling bestuursrechtspraak aangemerkt als staatssteun. Door deze steun niet aan te melden, dan wel zekerheid te vragen dat aanmelding volgens de Commissie niet nodig was, was volgens de Afdeling gehandeld in strijd met art. 88 lid 3 EG. De bestreden besluiten zijn daarom vernietigd. Het praktische gevolg van deze uitspraak is dat zolang geen nieuwe besluiten zijn genomen, de verlengde baan niet mag worden aangelegd. In vergelijking met voorgaande uitspraken komt de Afdeling bestuursrechtspraak in deze uitspraak tot een wat afwijkende toepassing van art. 88 lid 3 EG. Normaliter beperkt de Afdeling zich in dit soort zaken tot een lichte 'aannemelijkheidstoets', waarin louter wordt beoordeeld of sprake is van een vermoeden van staatssteun en zo ja, of sprake is van een 'mogelijke schending' van de aanmeldingsverplichting uit de eerste volzin van art. 88 lid 3 EG. In de uitspraak van 11 juni 2008 daarentegen kiest de Afdeling voor een directere toetsing aan art. 88 lid 3 EG. Geconcludeerd moet worden dat deze uitspraak ergens zweeft tussen de communautaire benadering van toepassing van art. 88 lid 3 EG (zoals ontwikkeld in relatie tot concurrentenklachten en heffingsklachten) en de gebruikelijke benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak in zaken op het terrein van ruimtelijke ordening. In een annotatie bij deze uitspraak heb ik gesteld dat dit niet zonder juridische haken en ogen is en dat de nationale rechter, vanwege het andersoortige voorwerp van geschil – in vergelijking met concurrentenzaken gericht tegen de eigenlijke steun – niet kan voldoen aan de vergaande eisen die het Hof van Justitie van de EG dan stelt.¹³³ Met het oog op deze juridische haken en ogen bij directere toepassing van en toetsing aan art. 88 lid 3 EG in procedures in de sfeer van de ruimtelijke ordening, moet gelet op de ratio van deze bepaling mijns inziens worden betwijfeld of belanghebbenden zonder concurrentiemotieven in procedures bij de nationale rechter eigenlijk wel een rechtstreeks beroep op deze bepaling zouden moeten kunnen doen.¹³⁴ Na eerdere kritiek op een te terughoudende toetsing van de Afdeling in staatssteunzaken¹³⁵ kan de wil van de Afdeling om intensiever en directer te toetsen aan art. 88 lid 3 EG op zichzelf wel prijzenswaardig worden genoemd, de keuze om dat juist in een zaak als de onderhavige te doen is wellicht wat ongelukkig geweest. In zaken als de onderhavige lijkt de 'veilige' toetsing via de band van art. 3:2 Awb gepaster. De verdergaande toetsing aan art. 88 lid 3 EG kan dan worden gereserveerd voor behandeling van

klachten van concurrenten in beroep tegen steunverlening als zodanig of – zij het minder voor de hand liggend in zaken bij de Afdeling bestuursrechtspraak – voor klachten inzake heffingen ter financiering daarvan.

7. Slotopmerkingen

Verwijzend naar het citaat van Kroes in de inleiding van deze bijdrage, mag de Commissie vanuit beleidsmatig perspectief dan menen dat '*we are heading in the right direction*', er zal – zo is gebleken – rekening moeten worden gehouden met een complexe juridische werkelijkheid die zich zowel op communautair niveau als op lidstatelijk niveau afspeelt en waarin niet alleen de Commissie, maar ook andere actoren een rol van betekenis spelen. De cijfers uit het *State Aid Scoreboard* van voorjaar 2008 geven dan ook maar een beperkt beeld van de naleving van het staatssteunrecht, eventuele schendingen en de mogelijke aanpak en consequenties daarvan, ofwel van '*determined action when the red line has been crossed*'.

In de eerste plaats kan worden opgemerkt dat de Commissie maar beperkt bevoegd is om terugvorderingsbeschikkingen te nemen bij geconstateerde schendingen van het staatssteunrecht door de lidstaten. Zij kan dat alleen doen als onrechtmatig verleende steun onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt blijkt te zijn. In de tweede plaats valt niet uit te sluiten dat veel schendingen van het gemeenschapsrecht nog aan het wakend oog van de Commissie ontsnappen. Aan het al dan niet nemen van terugvorderingsbeschikkingen komt de Commissie dan in het geheel niet toe. Maar ook als de Commissie dergelijke beschikkingen wel heeft kunnen nemen, heeft zij de zaak daarna niet meer geheel in eigen hand. De feitelijke tenuitvoerlegging van de terugvordering zal moeten plaatsvinden op lidstatelijk niveau. De bereidwilligheid van de lidstatelijke autoriteiten om onverwijld en op effectieve wijze tot terugvordering over te gaan, de opstelling van de steunontvangers en de voorzieningen die het nationale recht ter zake biedt, blijken van grote invloed te zijn op de afhandelingsnelheid van terugvorderingsbeschikkingen. Tevens is echter gebleken dat de Commissie niet de enige actor is die kan optreden tegen schendingen van het staatssteunrecht. Gegeven de rechtstreekse werking van het uitvoeringsverbod voor nieuwe steunmaatregelen, kunnen ook andere actoren (bijvoorbeeld concurrenten van de steunontvanger) bij de nationale rechter actie ondernemen tegen beweerdelijk onrechtmatige steunverlening, los van de vraag of de desbetreffende steun verenigbaar of onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is.

¹³¹ Zie bijv. ABRvS 9 augustus 2006, Gst. 2006, 51 (m.nt. J.M.H.F. Teunissen); ABRvS 26 juli 2006, AB 2006, 367 (m.nt. F.A.G. Groothuise); ABRvS 22 oktober 2008, L/JN BG1152.

¹³² ABRvS 11 juni 2008, AB 2008, 371 (m.nt. P.C. Adriaanse).

¹³³ Zie voor een uitvoerige argumentatie mijn annotatie in AB 2008, 371.

¹³⁴ Zie hierover ook N. Saanen, 'Vliegveld Eelde: een baanverlenging op de lange baan geschoven', NTER 2008, p. 356-362, op p. 359-361.

¹³⁵ Zie onder meer Jacobs en Den Ouden in een annotatie bij ABRvS 17 december 2003, AB 2004, 262.

Aan de nationale rechter wordt in dat kader een belangrijke taak toegekend.

Tegen een achtergrond van sterke vervlechting van het communautaire recht en de nationale rechtsorde, is in deze bijdrage in kaart gebracht hoe in de Europese rechtspraak en in de Nederlandse rechtspraak wordt aangekeken tegen deze verschillende acties en rechtsgevolgen bij schending van art. 88 lid 3 EG. In algemene zin blijkt dat het staatssteunrecht op tal van manieren het nationale recht en bijgevolg ook de rechtsposities van verschillende betrokken actoren in vergaande mate kan beïnvloeden. De effectiviteitsbenadering, zoals die in de Europese rechtspraak de boventoon voert, beperkt, mede via de rechtspraak van nationale rechters, steeds verder de marges voor 'vrije' toepassing van het nationale recht in

zaken waarin het staatssteunrecht een rol speelt. Deze communautaire beïnvloeding overstijgt soms de traditionele grenzen tussen het publiekrecht en het privaatrecht, hetgeen nationale rechters – gelet op de Europese 'druk' – soms voor dogmatische dilemma's plaatst. Zolang de effectuering van het staatssteunrecht, ook na schending, bij gebrek aan Europese regels ter zake in beginsel aan het nationale recht van de lidstaten moet worden overgelaten, zullen dergelijke dilemma's zich waarschijnlijk blijven voordoen. Voor Nederland zal de toekomst moeten uitwijzen of het wetsvoorstel gericht op aanpassing van het Nederlandse recht met betrekking tot terugvordering van staatssteun nationale rechters in dat opzicht behulpzaam zal zijn of dat juist weer nieuwe vragen zullen rijzen.