



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Afzien van terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht verleende financiële steun vanwege het rechtszekerheidsbeginsel?

Adriaanse, P.C.

Citation

Adriaanse, P. C. (2008). Afzien van terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht verleende financiële steun vanwege het rechtszekerheidsbeginsel? *Nederlands Tijdschrift Voor Europees Recht*, 1/2, 40-45. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12971>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12971>

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

Afzien van terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht verleende financiële steun vanwege het rechtszekerheidsbeginsel?

Mr. P.C. Adriaanse

Op 21 juni 2007 besliste het Hof van Justitie dat terugvordering van communautaire steun bij de begunstigde in de zaak *Stichting ROM-projecten* in strijd zou komen met het rechtszekerheidsbeginsel. In relatie tot terugvordering van staatssteun besliste het Hof van Justitie nog geen maand later, op 18 juli 2007, dat toepassing van een op het rechtszekerheidsbeginsel geënte bepaling van nationaal recht in de zaak *Lucchini* niet verenigbaar was met het gemeenschapsrecht. In deze bijdrage worden beide zaken besproken en worden overeenkomsten en verschillen, geplaatst tegen de achterliggende juridische kaders voor beide zaken, in kaart gebracht.

*HvJ EG 21 juni 2007, zaak C-158/06, Stichting ROM-projecten/ Staatssecretaris van Economische Zaken, n.n.g.*¹ en *HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-119/05, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato/Lucchini SpA, n.n.g.*²

Inleiding

De zaak *Stichting ROM-projecten* draait om verlening van communautaire steun in het kader van de Europese Structuurfondsen ESF en EFRO door de Nederlandse staatssecretaris van Economische Zaken aan *Stichting ROM-projecten*.³ In de nationale procedure naar aanleiding van een terugvorderingsbesluit van de staatssecretaris stelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven enkele prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.⁴ De zaak *Lucchini* draait om verlening van staatssteun door het Italiaanse ministerie van Industrie, Handel en Ambacht (hierna MICA of de bevoegde Italiaanse autoriteiten) aan ijzer- en staalproducent *Lucchini*. Ook in deze – in de woorden van advocaat-generaal Geelhoed – ‘hoogst uitzonderlijke’ zaak stelde een nationale rechter, namelijk de Italiaanse Consiglio di Stato, in een nationale procedure naar aanleiding van een terugvorderingsbesluit prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Hoewel deze zaken, nog afgezien van de feitelijke verschillen, juridisch niet in alle opzichten vergelijkbaar zijn – terugvordering van communautaire steun kent een andere ratio en bijgevolg (deels) ook een ander

juridisch relevant kader dan terugvordering van staatssteun – vertonen zij in ieder geval één duidelijke overeenkomst. Ervan uitgaande dat de terugvordering bij gebreke van communautaire bepalingen ter zake in beginsel volgens het nationale recht zal moeten verlopen, zien de verzoekende rechters zich in deze zaken in de kern namelijk geplaatst voor hetzelfde dilemma. Kan in het kader van terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht verleende financiële steun toepassing worden gegeven aan op het rechtszekerheidsbeginsel geënte bepalingen van nationaal recht, waardoor die terugvordering rehtens onmogelijk wordt? Of moeten dergelijke bepalingen krachtens het gemeenschapsrecht zo worden geïnterpreteerd, dan wel buiten toepassing worden gelaten, dat zij die terugvordering toch mogelijk maken? Gelet op dit gemeenschappelijke rechterlijke dilemma, worden beide zaken in deze bijdrage in onderlinge samenhang besproken. Eerst volgt per zaak een overzicht van de feiten en het procesverloop, alsook, voor zover relevant voor deze bijdrage, het antwoord van het Hof van Justitie op de gestelde prejudiciële vragen.⁵

Feiten en procesverloop in de zaak *Stichting ROM-projecten*

Op 29 december 1999 heeft de Nederlandse staatssecretaris van Economische Zaken een subsidie verleend aan *Stichting ROM-projecten* in het kader van het operationeel programma MKB initiatief Nederland. De subsidie was bedoeld voor het project ‘Kenniskaart Medische Technologie en Life Sciences’. Aan subsidiëring in het kader van genoemd programma bleek echter de voorwaarde te zijn verbonden dat voor het project uiterlijk op 31 december 1999 (twee dagen later dus!) juridisch verbindende maatregelen dienden te zijn genomen en de benodigde financiële middelen specifiek dienden te zijn vastgelegd. Anders zou Nederland voor het desbetreffende pro-

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.

¹ AB 2007, 239, m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden, *JB* 2007, 142, m.nt. NV, *NJ* 2007, 537, m.nt. M.R. Mok.

² AB 2007, 362, m.nt. R. Ortlep, *NJ* 2007, 477, m.nt. M.R. Mok.

³ Europees Sociaal Fonds respectievelijk Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling.

⁴ CBB 16 maart 2006, AB 2007, 22, m.nt. H. Griffioen en W. den Ouden.

⁵ Gegeven de beperkte omvang van deze bijdrage kan niet op alle overwegingen worden ingegaan.

ject geen geld uitgekeerd krijgen van de Commissie. Deze voorwaarde was alleen neergelegd in een communautair voorschrift, namelijk de beschikking van de Commissie uit 1995, waarbij het Nederlandse operationele programma in het kader van het communautair initiatief MKB was goedgekeurd. Deze beschikking was destijds niet gepubliceerd. De genoemde voorwaarde was echter ook niet doorvertaald naar het tot de Stichting ROM-projecten gerichte subsidieverleningsbesluit van de staatssecretaris, noch was deze neergelegd in de relevante regelgeving, toegestuurde handleidingen of het aanvraagformulier. Met andere woorden, de voorwaarde was niet vooraf aan de begunstigde van de subsidie kenbaar gemaakt. In de periode die volgde werd namens de stichting opdracht gegeven tot uitvoering van het project en werden diverse voortgangsrapportages ingediend. De staatssecretaris verleende diverse voorschotten op de subsidie. Desondanks besloot de staatssecretaris op 27 februari 2003, na daarover de Commissie te hebben geraadpleegd, de subsidie op nihil vast te stellen en de reeds uitbetaalde voorschotten van de Stichting ROM-projecten terug te vorderen. De reden hiervoor was dat de stichting niet zou hebben voldaan aan de hiervoor genoemde voorwaarde en de Commissie onverkort daaraan vasthield.

Nadat het bezwaar van de Stichting tegen het door de staatssecretaris genomen besluit is afgewezen, volgt een uitspraak van de Rechtbank Roermond op het tegen de beslissing op bezwaar ingestelde beroep. Na terugverwijzing naar de staatssecretaris, neemt deze op 16 augustus 2004 een nieuw besluit, waarbij de subsidie wederom op nihil wordt vastgesteld en wordt verzocht om terugstorting van een bedrag van 72.604,84 euro, op grond dáárvan dat de Stichting ROM-projecten de eerdergenoemde datum eis van 31 december 1999 niet in acht had genomen. Tegen dit besluit wordt door de Stichting beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) ingesteld, dat constateert dat op basis van het rechtszekerheidsbeginsel en daarop geënte wettelijke bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht, de genoemde voorwaarde niet aan de Stichting kan worden tegengeworpen, daar deze niet vooraf aan de Stichting is bekendgemaakt. Het CBB wendt zich vervolgens tot het Hof van Justitie met drie prejudiciële vragen. Het Hof acht het alleen noodzakelijk de derde vraag te beantwoorden, die na herformulering als volgt luidt: *‘Wanneer de voorwaarden voor toekenning van een door de Gemeenschap aan een lidstaat verleende financiële steun wél staan vermeld in de verleningsbeschikking, maar niet zijn gepubliceerd en door deze lidstaat niet aan de eindbegunstigde van de steun zijn meegedeeld, verzet het gemeenschapsrecht zich dan ertegen dat het rechtszekerheidsbeginsel wordt toegepast teneinde terugbetaling door deze begunstigde van de ten onrechte uitgekeerde bedragen uit te sluiten?’*⁶

Antwoord van het Hof van Justitie in de zaak Stichting ROM-projecten

Het Hof van Justitie stelt voorop dat *‘geschillen betreffende de terugvordering van ten onrechte uit hoofde van het gemeenschapsrecht betaalde bedragen bij ontbreken van communautaire voorschriften door de nationale rechter worden beslist overeenkomstig het nationale recht’*, met inachtneming van de bekende communautaire voorwaarden van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.⁷ Dat impliceert, aldus het Hof in algemene zin, dat het gemeenschapsrecht zich er niet tegen verzet *‘indien het nationale recht inzake de intrekking van bestuurshandelingen en de terugvordering van door de overheid ten onrechte betaalde financiële uitkeringen, naast het wettigheidsbeginsel rekening houdt met*

het rechtszekerheidsbeginsel, aangezien laatstgenoemd beginsel deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde’.⁸ Met verwijzing naar eerdere rechtspraak bevestigt het Hof dat het rechtszekerheidsbeginsel *‘vereist dat een gemeenschapsregeling de belanghebbenden met name in staat stelt de omvang van de verplichtingen die zij hun oplegt, nauwkeurig te kennen’*. Van belang is dat justitiabelen hun rechten en plichten ondubbelzinnig kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen.⁹ Het Hof voegt daaraan toe dat die rechtszekerheid in het bijzonder een dwingend vereiste is in het geval van een regeling die financiële consequenties kan hebben.¹⁰ Gelet op de aangereikte feiten in de onderhavige zaak (zie hiervoor) stelt het Hof van Justitie vast dat in dergelijke omstandigheden, de eindbegunstigde van communautaire steun niet conform het hiervoor genoemde criterium in staat is zijn rechten en plichten ondubbelzinnig te kennen en dienovereenkomstig zijn voorzieningen te treffen.¹¹ De conclusie van het Hof luidt dan ook dat het rechtszekerheidsbeginsel zich er in een dergelijke situatie tegen verzet dat de niet aan de begunstigde bekende voorwaarden aan deze worden tegengeworpen.¹² Daarmee oordeelt het Hof overeenkomstig de ingediende opmerkingen van de Stichting ROM-projecten, de Nederlandse regering en de Commissie, die opmerkelijk genoeg – zeker voor wat betreft de Nederlandse regering, gegeven de mogelijke nadelige financiële consequenties voor Nederland – alle drie het standpunt hadden ingenomen dat het rechtszekerheidsbeginsel in casu aan terugvordering bij de begunstigde in de weg zou staan.¹³ Wel voegt het Hof nog enkele overwegingen toe. De begunstigde kan de intrekking en de terugvordering van de financiële steun alleen aanvechten, *‘indien hij met betrekking tot de rechtmatigheid van het gebruik ervan te goeder trouw was’*. De nationale rechter zal moeten onderzoeken of aan deze voorwaarde is voldaan.¹⁴ Daarnaast moet *‘in omstandigheden waar het rechtszekerheidsbeginsel zich ertegen verzet dat de begunstigde van financiële steun van de Gemeenschap de steun dient terug te betalen, niettemin rekening [...] worden gehouden met het belang dat de Gemeenschap heeft bij de terugvordering van deze steun’*.¹⁵ Tot slot overweegt het Hof: *‘In een situatie als die in het hoofdgeding, waarin het niet-terugbetalen van de steun door de begunstigde te wijten is aan nalatigheid van de nationale autoriteiten, vloeit uit het samenwerkingsbeginsel van artikel 10 EG voort, dat de betrokken lidstaat financieel aansprakelijk kan worden gesteld voor de niet-teruggevorderde bedragen, teneinde het recht van de Gemeenschap op terugbetaling van het steunbedrag te effectueren’*.¹⁶

Feiten en procesverloop in de zaak Lucchini

Op 6 november 1985 heeft Lucchini bij de bevoegde autoriteiten steun aangevraagd voor de modernisering van bepaalde ijzer- en staalinstallaties, in de vorm van een subsidie en een lening tegen een

⁶ Zaak C-158/06, r.o. 19.

⁷ Idem, r.o. 23.

⁸ Idem, r.o. 24.

⁹ Idem, r.o. 25.

¹⁰ Idem, r.o. 26.

¹¹ Idem, r.o. 29.

¹² Idem, r.o. 30.

¹³ Idem, r.o. 20-23.

¹⁴ Idem, r.o. 31.

¹⁵ Idem, r.o. 32.

¹⁶ Idem, r.o. 34.

verlaagde rentevoet. Onder het regime van het toenmalige EGKS-Verdrag en de toen geldende derde steuncode, is het voornemen deze steun te verlenen door de bevoegde Italiaanse autoriteiten aangemeld bij de Commissie. Aangezien de geldigheidsperiode van de derde steuncode spoedig zou verlopen, hebben de autoriteiten besloten om Lucchini nog voor het oordeel van de Commissie op voorlopige basis een deel van de aangevraagde subsidie voor investeringskosten te verlenen en uit te keren voor 31 december 1988. De rentesubsidie werd echter geweigerd. De vaststelling van de definitieve steunmaatregel is niettemin afhankelijk gesteld van de goedkeuring door de Commissie en de autoriteiten zijn voorsnóg niet tot uitbetaling overgegaan. Na een correspondentie tussen de Commissie en de Italiaanse autoriteiten, neemt de Commissie op 20 juni 1990 een eindbeschikking (hierna beschikking 90/555) waarin alle ten gunste van Lucchini voorgenomen steunmaatregelen onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard. Tegen deze beschikking heeft Lucchini geen beroep ingesteld.

Nog voordat de voornoemde beschikking van de Commissie werd genomen had Lucchini op 6 april 1989 de bevoegde autoriteiten gedaagd voor het Tribunale civile e penale di Roma, om haar aanspraak op uitbetaling van de volledige steun die aanvankelijk was aangevraagd te doen gelden. Dit gerecht doet hierover echter pas op 24 juli 1991, dus na beschikking 90/555 van de Commissie, uitspraak. Het Tribunale oordeelt dat Lucchini recht had op de steun in kwestie en veroordeelt de bevoegde autoriteiten tot betaling van de gevorderde bedragen. Het Tribunale baseert zich voor dit oordeel louter op de onderliggende Italiaanse wet nr. 183/1976. Noch het EGKS-Verdrag noch de derde of de vierde steuncode, noch beschikking 90/555 is voor het Tribunale civile e penale di Roma door partijen genoemd en deze rechter heeft evenmin ambtshalve daarnaar verwezen. De tweede steuncode was door de bevoegde autoriteiten genoemd, maar genoemde rechter heeft de verwijzing daarnaar van de hand gewezen omdat die code ten tijde van de feiten niet langer van kracht was. De autoriteiten stellen tegen deze uitspraak hoger beroep in bij de Corte d'appello di Roma. Deze verworpt het hoger beroep en bevestigt de uitspraak van het Tribunale civile e penale di Roma. De bevoegde autoriteiten gaan niet in cassatie, met als gevolg dat het arrest van de Corte d'appello di Roma op 28 februari 1995 in kracht van gewijsde gaat.

Lucchini beschikt dan echter nog steeds niet over de gevraagde steun en stelt daarom beroep in bij de president van het Tribunale civile di Roma. Deze gelast de bevoegde autoriteiten de aan Lucchini verschuldigde bedragen te betalen. Dit dwangbevel wordt uitvoerbaar bij voorraad verklaard en omdat niet aan het dwangbevel wordt voldaan, laat Lucchini in februari 1996 beslag leggen op bepaalde zaken van de bevoegde autoriteiten (het MICA), in het bijzonder op dienstauto's. Daarop volgt een decreet van de directeur-generaal van het MICA, waarbij ter uitvoering van de uitspraak van het Corte d'appello di Roma – maar let wel: in strijd met beschikking 90/555 van de Commissie – aan Lucchini steun wordt verleend in de vorm van een kapitaalinjectie en een rentesubsidie. Dit decreet bevatte overigens wel de clausule dat de steun geheel of gedeeltelijk zou worden ingetrokken met name 'in het geval van afwijzende communautaire

beschikkingen over de geldigheid van de verlening en de uitbetaling van die steun'. Op 22 maart 1996 wordt de steun plus wettelijke rente uitgekeerd.

De Commissie stelt dan vast dat de Italiaanse autoriteiten '[...] na een arrest van de [Corte d'appello di Roma] van 6 mei 1994, waarin, in strijd met de meest fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht, zou zijn vastgesteld dat [Lucchini] recht heeft op steun die door de Commissie reeds onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt was verklaard, nu zij het niet opportuun achtten om cassatieberoep in te stellen, bovengenoemde steun, die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, in april van dat jaar hebben toegelast'. Op 16 september 1996 gelast de Commissie de Italiaanse autoriteiten daarom binnen twee weken de betrokken steun terug te vorderen. Vier dagen later al voldoet het MICA aan dit bevel, door bij nieuw decreet het eerdere steunverleningsdecreet in te trekken en de uitbetaalde gelden van Lucchini terug te vorderen. Dan krijgt deze juridische saga een vervolg bij de administratieve rechter. Lucchini stelt op 16 november 1996 namelijk beroep in tegen voornoemd decreet van het MICA bij het Tribunale amministrativo regionale del Lazio. Dit gerecht wijst het beroep van Lucchini bij uitspraak van 1 april 1999 (!) toe, met de overweging 'dat de prerogatieven op grond waarvan de overheid haar eigen handelingen die ongeldig zijn wegens onwettigheid of inhoudelijke gebreken, mag intrekken, in casu beperkt waren door het recht op steun dat was vastgesteld bij een in kracht van gewijsde gegaan arrest van de Corte d'appello di Roma'. Er volgt hoger beroep bij de Consiglio di Stato, waarin namens het MICA wordt aangevoerd dat het rechtstreeks toepasselijke gemeenschapsrecht, waartoe de derde steuncode en beschikking 90/555 behoren, voorrang moet krijgen boven het gezag van gewijsde van het arrest van de Corte d'appello di Roma. Naar aanleiding hiervan stelt de Consiglio di Stato twee prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Na herformulering en samenvoeging stelt het Hof van Justitie vast dat de verwijzende rechter in wezen wil vernemen 'of het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de toepassing van een bepaling van nationaal recht waarin het beginsel van het gezag van gewijsde is neergelegd, zoals artikel 2909 van het Italiaanse burgerlijk wetboek, indien de 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'.¹⁷

Antwoord van het Hof van Justitie in de zaak Lucchini

Het Hof van Justitie stelt voorop dat de bevoegdheden van de nationale rechter, zowel op het gebied van staatssteun, als met betrekking tot het ongeldig verklaren van gemeenschapshandelingen, in de communautaire rechtsorde beperkt zijn.¹⁸ Vervolgens licht het Hof deze bevoegdheden, met verwijzing naar eerdere rechtspraak, nog eens toe.¹⁹ Op basis daarvan en gelet op het feit dat Lucchini geen beroep tegen beschikking 90/555 had ingesteld, overweegt het Hof dat noch het Tribunale civile e penale di Roma, noch de Corte d'appello di Roma 'bevoegd was om uitspraak te doen over de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt van de door Lucchini aangevraagde staatssteun en kon geen van deze beide rechterlijke instanties de geldigheid van beschikking 90/555, waarbij deze steunmaatregelen onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt werden verklaard, opzij zetten'.²⁰ Wat betreft de toepassing van artikel 2909 van het Italiaanse burgerlijk wetboek, waarin het beginsel van het gezag van gewijsde is neergelegd, overweegt het Hof dan dat, zoals de verwijzende rech-

¹⁷ Zaak C-119/05, r.o. 48.

¹⁸ Idem, r.o. 49.

¹⁹ Idem, r.o. 50-56.

²⁰ Idem, r.o. 57.

ter deze bepaling heeft uitgelegd, dit tot gevolg kan hebben *'dat aan een beslissing van een nationale rechter gevolgen worden verbonden die de grenzen van de bevoegdheid van de betrokken rechter, zoals deze uit het gemeenschapsrecht voortvloeien, overschrijden'*.²¹ De beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen of van een steunregeling met de gemeenschappelijke markt valt onder de exclusieve bevoegdheid van de Commissie, die daarbij onder toezicht van de gemeenschapsrechter staat.²² Met verwijzing naar de voor nationale rechters algemeen geldende verplichtingen van gemeenschapsconforme interpretatie en zo nodig buiten toepassing laten van met het gemeenschapsrecht strijdig nationaal recht²³ oordeelt het Hof van Justitie: *'dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de toepassing van een bepaling van nationaal recht waarin het beginsel van het gezag van gewijsde is neergelegd, zoals artikel 2909 van het Italiaanse burgerlijk wetboek, 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'*.

Van bestuurlijk geklungel tot horrorscenario

Zowel het Nederlandse College van Beroep voor het bedrijfsleven als de Italiaanse Consiglio di Stato worstelde met de vraag of in het kader van terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht verleende financiële steun toepassing kan worden gegeven aan op het rechtszekerheidsbeginsel geënte bepalingen van nationaal recht waardoor die terugvordering rechtens onmogelijk wordt. In de zaak Stichting ROM-projecten achtte het Hof de desbetreffende bepalingen van nationaal recht wel verenigbaar met het gemeenschapsrecht, in de zaak Lucchini juist niet. 'Terecht', zo was mijn eerste reactie in beide gevallen na lezing van de feiten in deze zaken. Uiteraard gaat het uiteindelijk ook om de juridische redenering (zie hierna), maar het zijn toch vooral de opmerkelijke feiten in deze zaken die het rechtsgevoel duidelijk in een bepaalde richting sturen.

In de zaak Stichting ROM-projecten zou nog kunnen worden gesproken van bestuurlijke slordigheid of zo men wil bestuurlijk geklungel.²⁴ De staatssecretaris (lees zijn ambtenaren) was gewoon vergeten de datumis uit de niet bekendgemaakte beschikking van de Commissie door te vertalen naar de nationale subsidiepraktijk. Bovendien, zo merkt het Hof van Justitie subtiel op, *'heeft de staatssecretaris, door in het kader van de verleningsbeschikking subsidie aan de Stichting ROM-projecten toe te kennen op 29 december 1999, dat wil zeggen slechts twee dagen vóór het verstrijken van de (...) gestelde termijn, een situatie gecreëerd die bijna noodzakelijkerwijs tot niet-inachtneming van de steunvoorwaarden moest leiden'*.²⁵ De staatssecretaris zou overigens hebben toegegeven dat hij op het moment van het geven van de subsidiebeschikking zelf ook niet wist dat de datumis gold.²⁶ In de gegeven omstandigheden van deze zaak delen de Stichting, de Nederlandse regering, de Commissie, de advocaat-generaal en het Hof van Justitie de conclusie dat deze bestuurlijke slordigheid niet voor rekening van de begunstigde mag komen.

Dan de zaak Lucchini, die toch wel een ernstiger beeld dan 'louter' slordigheid of geklungel oproept, om maar niet te spreken van Italiaanse toestanden. Verweij spreek zelfs van een horrorscenario.²⁷ Het begint met Italiaanse autoriteiten die verzuimen om ten overstaan van de Tribunale civile e penale di Roma en ook voor de Corte d'appello di Roma de relevante juridische informatie aan te dragen, in het bijzonder beschikking 90/555 van de Commissie, waarin de voorgenomen steun uitdrukkelijk onverenigbaar met de gemeen-

schappelijke markt was verklaard. Vervolgens worden, in de woorden van advocaat-generaal Geelhoed, *'hetzij uit onwetendheid, hetzij uit onachtzaamheid door de betrokken Italiaanse burgerlijke rechters, zowel in eerste instantie als in hoger beroep, ernstige misslagen'* gemaakt.²⁸ Op de hem typerende wijze (die we helaas moeten missen) merkt Geelhoed daarbij op: *'Ik ga niet in op de motivering waarmee laatstgenoemde rechterlijke instantie heeft gemeend het Gemeenschapsrecht buiten toepassing te moeten laten. Bij een zo flagrante inbreuk lijkt het mij niet passend gevolg te geven aan de pedagogische aanvechting om uit te leggen waarom die motivering juridisch onhoudbaar is.'*²⁹ Overigens laat de Italiaanse regering na in cassatie te gaan, hetgeen Mok ertoe brengt de regering in deze zaak de zwartepiet toe te schuiven.³⁰ Lucchini zelf haalt werkelijk alle juridische middelen uit de kast, althans op nationaal niveau, om de gevraagde staatssteun toch te verkrijgen, ondanks het feit dat zij wist (zeker na de negatieve beschikking van de Commissie) of in ieder geval behoorde te weten dat staatssteun alleen rechtmatig kan worden verkregen na goedkeuring van de Commissie volgens de daarvoor geëigende procedure. Het gaat wat ver om Lucchini daarvoor verwijten te maken, het is immers haar goed recht om de beschikbare juridische middelen te benutten. Niettemin merkt advocaat-generaal Geelhoed in dit verband op: *'Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat Lucchini hier op zoek is geweest naar de zwakste schakel in de jurisdictionele keten die geroepen kan worden te oordelen over de rechtmatigheid van de verlening van staatssteun.'*³¹

Terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht verleende financiële steun

Terug nu naar het rechterlijk dilemma dat in beide zaken centraal staat. Uitgangspunt is in beide zaken een uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende terugvorderingsverplichting, zij het dat de ratio voor deze verplichting bij communautaire steun verschilt van die bij staatssteun. Terugvordering van communautaire steun is een reactie op geconstateerde onregelmatigheden, terwijl terugvordering van staatssteun samenhangt met het feit dat door de steunverlening een concurrentievoordeel aan de begunstigde is verschaft.³² Het doel van terugvordering van staatssteun is volgens vaste rechtspraak dan ook het herstel van de daadwerkelijke mededinging, dat wil zeggen

²¹ Idem, r.o. 59.

²² Idem, r.o. 62.

²³ Idem, r.o. 60 en 61.

²⁴ Zie voor een nadere uitwerking van en vooral kritiek n.a.v. laatstgenoemd scenario M.R. Mok in NJ 2007, 537.

²⁵ Zaak C-158/06, r.o. 28.

²⁶ Zie H. Griffioen & W. den Ouden in AB 2007, 22.

²⁷ Zie bijvoorbeeld N. Verheij in JB 2006, 65, die spreekt van een 'horrorscenario'.

²⁸ Conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 14 september 2006 in zaak C-119/05, ov. 65.

²⁹ Conclusie in zaak C-119/05, ov. 66.

³⁰ Zie M.R. Mok in NJ 2007, 477.

³¹ Conclusie in zaak C-119/05, ov. 68.

³² Zie A. Jones, *Restitution and European Community Law*, Londen: Mansfield Press 2000, p. 128-132.

herstel van de toestand zoals die bestond voor de verlening van de betrokken staatssteun.³³ Het gevolg van deze verschillende ratio's is dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie en van het Gerecht van Eerste Aanleg andere (lees strengere) maatstaven worden aangelegd voor terugvordering van staatssteun dan voor terugvordering van communautaire steun, in het bijzonder voor wat betreft de toepassing van bepalingen van nationaal recht die aan terugvordering in de weg kunnen staan. De rechtspraak over terugvordering van staatssteun mag volgens het Hof van Justitie dan ook niet onverkort worden toegepast op terugvordering van communautaire steun.³⁴ Om die reden is het niet mogelijk de zaken Stichting ROM-projecten en Lucchini volledig op één lijn te stellen en de uitspraken van het Hof van Justitie als zodanig met elkaar te vergelijken. Dat laat onverlet dat naar aanleiding van beide zaken op het juridisch vlak nog wel een aantal opmerkingen kan worden gemaakt.

De terugvordering dient in beide zaken, bij gebreke van toepasselijke communautaire bepalingen, in beginsel te worden gerealiseerd volgens de daarvoor geschikte bepalingen van het nationale recht. Dit hangt samen met het uitgangspunt van procedurele autonomie in een geïntegreerde rechtsorde met gedeeld bestuur. Daarbij moeten uiteraard de communautaire randvoorwaarden van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid in acht worden genomen. Dat zich daarbij spanningen voordoen tussen de communautaire vereisten en het toepasselijke nationale recht is, zeker in relatie tot terugvordering van financiële steun, niet ongebruikelijk. Ook in Nederland zijn daarvan diverse voorbeelden bekend.³⁵

Afzien van terugvordering vanwege het rechtszekerheidsbeginsel?

In de onderhavige zaken spitst de spanning tussen de communautaire vereisten en het toepasselijke nationale recht inzake terugvordering zich toe op bepalingen die samenhangen met het rechtszekerheidsbeginsel. Relevant daarbij is dat het rechtszekerheidsbeginsel ook als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht geldt, dat met name verlangt dat een regeling duidelijk en nauwkeurig omschreven is, zodat justitiabelen ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen.³⁶ Dit beginsel kent verder verschillende uitingsvormen, zoals termijnen, bekendmakingsvereisten, het verbod van terugwerkende kracht van materiële rechtsregels en ook, zoals in de zaak Lucchini speelde, *res iudicata*, het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken.³⁷

In de zaak Stichting ROM-projecten bevestigt het Hof expliciet dat het rechtszekerheidsbeginsel een belangrijke rol speelt, zeker in relatie tot een regeling die financiële consequenties kan hebben. Ook in relatie tot staatssteun wordt het rechtszekerheidsbeginsel wel erkend, maar dan vooral in relatie tot handelen van de Commissie.³⁸ De kans op een succesvol beroep op het rechtszekerheidsbeginsel in relatie tot handelen van de lidstatelijke autoriteiten in het kader van terugvordering van staatssteun is door de strikte rechtspraak van het Hof van Justitie zeer klein.³⁹ Wat dat betreft zijn de uitspraken van het Hof van Justitie in de zaken Stichting ROM-projecten en Lucchini volledig in lijn met deze vaste rechtspraak op de onderscheiden gebieden. Met de uitspraak in de zaak Stichting ROM-projecten maakt het Hof duidelijk dat de eerder ingezette lijn ten aanzien van landbouwsubsidies⁴⁰ ook geldt ten aanzien van structuurfondssubsidies: begunstigden van communautaire steun kunnen met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel aanvoeren niet bekend te zijn geweest met geldende verplichtingen, mits zij te goeder trouw zijn, hetgeen door de nationale rechter zal moeten worden vastgesteld. Daarbij moet het gemeenschapsbelang ten volle in acht worden genomen.⁴¹ Met de zaak Lucchini wordt nog eens duidelijk dat aan de communautaire staatssteunbepalingen en in het bijzonder ook aan de terugvordering van onrechtmatig verleende en met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun een zeer groot belang wordt gehecht, dat zelfs ten koste gaat van bepalingen van nationaal recht die zijn geënt op het rechtszekerheidsbeginsel.

Nu is de uitkomst in beide zaken, zoals ik eerder opmerkte, mijns inziens terecht, maar in de zaak Lucchini redeneert het Hof nogal kort door de bocht richting die uitkomst. Het Hof verwijst niet, zoals gebruikelijk, naar de nationale procedurele autonomie voor de tenuitvoerlegging van terugvordering en de zogenoemde 'procedurele rule of reason'.⁴² Het spitst zijn overwegingen toe op de voorrang van het gemeenschapsrecht. Een overtuigender argumentatie van het Hof van Justitie in deze zaak had echter niet misstaan, zeker in het licht van eerdere jurisprudentie van het Hof, in het bijzonder zijn uitspraak in de zaak Kapferer. Daarin heeft het Hof van Justitie het belang van het beginsel van gezag van gewijsde namelijk in algemene zin benadrukt en in dat verband opgemerkt dat het gemeenschapsrecht een nationale rechter niet gebiedt, nationale procedureregels die een beslissing kracht van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een schending van het gemeenschapsrecht door deze beslissing kunnen worden opgeheven.⁴³ Daarvan uitgaande had dus mogen worden verondersteld dat het expliciet onverenigbaar met het gemeenschappelijke recht verklaren van een nationale bepaling waarin het gezag van gewijsde van een rechterlijke uitspraak tot uitdrukking komt, zeer helder zou zijn gemotiveerd.

³³ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 15 december 2005, zaak C-148/04, *Unicredito Italiano*, *Jur.* 2005, p. I-1137, r.o. 113. Zie ook de recente 'Notice from the Commission: Towards an effective implementation of Commission decisions ordering Member States to recover unlawful and incompatible State aid' van 25 oktober 2007, te vinden op de website van DG Competition.

³⁴ Zie HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-298/96, *Oelmühle*, *Jur.* 1998, p. I-4767, r.o. 37.

³⁵ Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007, 241, m.nt. M.J. Jacobs & W. den Ouden; ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208, m.nt. W. den Ouden.

³⁶ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 september 1983, zaak 205/82 – 215/82, *Deutsche Milchkontor e.a.*, *Jur.* 1983, p. 2633, r.o. 30; HvJ EG 14 april 2005, zaak C-110/03, *België/Commissie*, *Jur.* 2005, p. I-2801.

³⁷ Zie in algemene zin over gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken HvJ EG 16 maart 2006, zaak C-234/04, *Kapferer*, *Jur.* 2006, p. I-21585, *NTER* 2006, p. 138, m.nt. R. Ortlep, AB 2006, 191, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2006, 89, m.nt. NV.

³⁸ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 29 april 2004, zaak C-372/97, *Italië/Commissie*, *Jur.* 2004, p. I-3679.

³⁹ Zie met name HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz*, *Jur.* 1997, p. I-1591. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in zaak C-119/05, ov. 85.

⁴⁰ Zie HvJ EG 19 september 2002, zaak C-336/00, *Huber*, *Jur.* 2002, p. I-7679.

⁴¹ Zie hierover verder M.J. Jacobs en W. den Ouden in een annotatie bij ABRvS 30 augustus 2006, AB 2007, 241.

⁴² Zie J.H. Jans e.a., *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 287.

⁴³ HvJ EG 16 maart 2006, zaak C-234/04, *Kapferer*, *Jur.* 2006, p. I-21585, *NTER* 2006, p. 138, m.nt. R. Ortlep, AB 2006, 191, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2006, 89, m.nt. NV, r.o. 20-21.

Naar mijn mening is daarvan in de uitspraak van het Hof in de zaak Lucchini echter geen sprake.

Advocaat-generaal Geelhoed formuleert wél kernachtig waarom de Italiaanse regel in Lucchini niet van toepassing kon zijn: *'[...] de kern zit hem in het feit dat de nationale rechter bij zijn interpretatie van het nationale recht geen uitspraken kan doen die de fundamentele bevoegdhedenconfiguratie tussen de Gemeenschap en de lidstaten, zoals deze uit de verdragen voortvloeien opzij zetten. Dat geldt ook indien die uitspraken gezag van gewijsde hebben gekregen. Dat geldt heel in het bijzonder wanneer het gaat om verdragsbepalingen en hun toepassing die de uitdrukking geven aan dragende beginselen van het materiële gemeenschapsrecht, zoals in casu de artikelen 87 EG en [88] EG. Dat geldt nog meer in het bijzonder in gevallen waarin de rechtsplicht voor de nationale rechter in het Verdrag zelf en de daarop van toepassing zijnde rechtspraak ondubbelzinnig zijn neergelegd, met andere woorden zoals het geval is in artikel 88, lid 3, EG en de hierboven vermelde vaste jurisprudentie van het Hof.'*⁴⁴

Als het Hof van Justitie deze overwegingen van de advocaat-generaal zou hebben overgenomen, was het primaire rechtsgevoel dat na lezing van de feiten opkomt, ook in de zaak Lucchini juridisch helder onderbouwd. De bevoegdheden die de Commissie in het kader van de staatssteuncontrole zijn toegekend vormen een realiteit waarmee alle nationale autoriteiten, daaronder begrepen nationale rechters, terdege rekening moeten houden. Beschikkingen, genomen in het kader van die bevoegdheden, kunnen niet eenvoudigweg worden genegeerd door maar te doen alsof ze er niet zijn.

⁴⁴ Conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in zaak C-119/05, ov. 72 en 73.