



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Adriaanse, P.C.

Citation

Adriaanse, P. C. (2008). 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. *Nederlands Tijdschrift Voor Europees Recht*, (11), 308-317. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13763>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13763>

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

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

Mr. P.C. Adriaanse

In de CELF-zaak deed het Hof van Justitie een voor de rechtspraak belangrijke uitspraak: onrechtmatig verleende staatssteun die door de Commissie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard, hoeft op grond van het gemeenschapsrecht niet te worden teruggevorderd. Wel moet over de gehele periode van onrechtmatigheid rente worden gevorderd. Met deze uitspraak komt het Hof terug van eerdere jurisprudentie. De vraag rijst of daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan de effectieve handhaving van het staatssteunrecht.¹ *HvJ EG (Grote Kamer) 12 februari 2008, zaak C-199/06, CELF/SIDE, n.n.g., zie tevens www.curia.eu, NJ 2008/185, m.nt. M.R. Mok, Ars Aequi 2008, p. 452-458, m.nt. P.J. Slot*

Inleiding

Hoe het begon: staatssteun voor CELF en klachten van SIDE
Émile Zola, Victor Hugo, Charles Baudelaire en Jean-Paul Sartre, het zijn namen van Franse schrijvers die wereldwijd bekendheid genieten en tot ware Franse exportproducten zijn geworden. Voor zover de bekendheid van Franse auteurs al niet op eigen literaire kracht ontstaat, wordt daar in Frankrijk wel werk van gemaakt. Zo ook door het *Centre d'exportation du livre français*, afgekort CELF, dat vanuit een faciliterende doelstelling kleine bestellingen van buitenlandse boekhandels samenvoegt en rechtstreeks verwerkt, zelfs als die bestellingen niet rendabel zijn. In algemene zin stelt deze coöperatieve naamloze vennootschap naar Frans recht zich ook ten doel de verbreiding van de Franse cultuur over de wereld te bevorderen. Op de website van CELF valt te lezen: 'Le CELF exporte 700 000 volumes par an vers 6000 libraires du monde entier. Le CELF, avec son équipe de 40 personnes, prend en charge le suivi des commandes des libraires et assume entièrement le risque commercial lié à son activité.'² Bij deze ogenschijnlijk nobele garantie wordt echter niet vermeld dat CELF vanaf 1980 gedurende vele jaren exploitatiesubsidies ontving van de Franse staat ter compensatie van de uitvoering van de genoemde kleine bestellingen van boeken en andere dragers van informatie.

Mr. P.C. Adriaanse is als universitair docent verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

Het begrip boekensteun, door Van Dale nog onschuldig omschreven als 'gestel van twee haaks op elkaar staande kleine vlakken, al of niet versierd, dienende om een rij boeken staande te houden', krijgt zo een heel andere betekenis. Een concurrent van CELF, de *Société internationale de diffusion et d'édition*, afgekort SIDE, klaagde in 1992 over deze staatssteun bij de Europese Commissie. Dit vormde het begin van een langlopende zaak die een fraaie illustratie vormt van het rijke scala aan juridische procesmogelijkheden dat het staatssteunrecht zowel op communautair als op nationaal niveau biedt en die aantoonde hoe verfijnd beide niveaus in dit rechtsgebied met elkaar zijn vervlochten. Er is echter ook een keerzijde: er werd veelvuldig geprocedeerd, diverse nationale rechters deden inmiddels een uitspraak, zo ook het Hof van Justitie en diverse keren het Gerecht van Eerste Aanleg, maar na zestien jaar procederen is het pleit nog steeds niet beslecht.

De essentie en opbouw van deze bespreking

In deze bijdrage zal ik nader op de zaak CELF ingaan naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie van 12 april 2008 waarin twee prejudiciële vragen van de Franse Conseil d'État zijn beantwoord.³ Zoals kernachtig geformuleerd door advocaat-generaal Mazák in zijn conclusie van 24 mei 2007, wenste de hoogste Franse bestuursrechter te vernemen 'wat de omvang is van de verplichting van nationale autoriteiten om krachtens artikel 88, lid 3, EG-Verdrag, staatssteun terug te vorderen, die in strijd met de aanmeldings- en standstillverplichting waarin die bepaling voorziet, is verleend, wanneer de Commissie de betrokken steun later verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart'.⁴

¹ Deze bijdrage werd mede geschreven in het kader van het onderzoeksprogramma 'Securing the rule of law in a world of multi-level jurisdiction' van het E.M. Meijers Instituut voor rechtswetenschappelijk onderzoek.

² Zie: <http://www.celf.fr/atouts.htm>.

³ HvJ EG 12 februari 2008, CELF/SIDE, zaak C-199/06, n.n.g., zie tevens www.curia.eu, NJ 2008/185, m.nt. M.R. Mok, *Ars Aequi* 2008, p. 452-458, m.nt. P.J. Slot (hierna: CELF-uitspraak).

⁴ Conclusie van Advocaat-Generaal Mazák van 24 mei 2007 in zaak C-199/06, CELF/SIDE, n.n.g., ov. 1 (hierna: CELF-conclusie).

In afwijking van wat de advocaat-generaal concludeerde, komt het Hof terug van zijn vaste jurisprudentie en kiest het in de gegeven situatie voor een benadering die door andere annotatoren al als praktisch of bevredigend is aangemerkt, zij het ook wel met diverse kanttekeningen.⁵ Naar mijn mening roept de uitspraak vooral de vraag op of in de door het Hof gekozen benadering niet het gevaar schuilt dat de effectieve handhaving van het staatssteunrecht wordt ondermijnd, zowel gelet op de mogelijkheden tot publieke als tot private handhaving.⁶ Na een korte weergave van het procesverloop en de prejudiciële vragen, gevolgd door een contextuele bespreking van de CELF-uitspraak, zal, aansluitend bij relevante overwegingen uit de conclusie van de advocaat-generaal en de uitspraak van het Hof van Justitie, nader op deze fundamentele vraag worden ingegaan.

Ter relativering

De condities waaronder deze prejudiciële verwijzing en de uitspraak van het Hof werden gedaan zijn inmiddels gewijzigd. Bij uitspraak van 15 april 2008 heeft het Gerecht van Eerste Aanleg de positieve beschikking van de Commissie, voor zover de Franse steun daarin verenigbaar met de gemeenschappelijke markt was verklaard, ten derden male (!) vernietigd. Dat maakt de praktische betekenis van 's Hof's op zichzelf genomen belangrijke uitspraak over onrechtmatige maar verenigbare staatssteun in de onderliggende zaak vooralsnog zeer betrekkelijk.⁷

Procesverloop en prejudiciële vragen in de zaak CELF

Nadat SIDE zich bij de Commissie had beklagd over de vermeende staatssteun aan concurrent CELF, startte de Commissie in de loop van 1992 een voorlopig onderzoek. Er bleek inderdaad sprake te zijn van staatssteun die bovendien niet was aangemeld conform de geldende verplichting, zoals tegenwoordig neergelegd in artikel 88, lid 3, EG-Verdrag. De Commissie beschouwde de Franse steun echter als een steunmaatregel om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen en verklaarde deze op grond van wat nu artikel 87, lid 3, sub d, EG-Verdrag is bij beschikking verenigbaar met de gemeenschappelijke markt. Die beschikking werd enige jaren later, in 1995, gedeeltelijk vernietigd door het Gerecht van Eerste Aanleg, naar aanleiding van beroep ingesteld door SIDE.⁸ De Commissie had volgens het Gerecht ten onrechte verzuimd de formele onderzoeksprocedure in te leiden. Nadat de Commissie dit alsnog had gedaan, volgde in 1998 de tweede positieve beschikking waarin de steun op dezelfde grondslag verenigbaar met de gemeenschappelijke markt werd verklaard. Ook daartegen stelde SIDE succesvol beroep in. De positieve beschikking van de Commissie werd in 2002 door het Gerecht van Eerste Aanleg voor de tweede keer gedeeltelijk vernietigd.⁹ De Commissie had volgens het Gerecht een beoordelingsfout gemaakt bij de omschrijving van de relevante markt. Het werd een herhaling van zetten, want enkele jaren later volgde de derde positieve beschikking, waartegen SIDE weer beroep instelde. Inmiddels heeft het Gerecht in de eerder genoemde uitspraak van 15 april 2008 ook die beschikking gedeeltelijk vernietigd. De Commissie is nu weer aan zet.

Ondertussen had de eerste uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg SIDE ertoe aangezet de bevoegde Franse minister te verzoeken de betaling van de aan CELF toegekende steun te beëindigen en de reeds betaalde steunbedragen terug te vorderen. Dit verzoek werd in 1996 afgewezen, waarna SIDE tegen het desbetreffende besluit beroep instelde bij het Tribunal de Paris. Dit beroep slaagde. In 2001

werd het besluit, weliswaar vijf jaar later, nietig verklaard. In hoger beroep, ingesteld door de minister en CELF, hield deze uitspraak stand. De Franse staat werd in 2004 door de Cour administrative d'appel de Paris gelast om de reeds verleende steun terug te vorderen. Hoewel de steunverlening in 2002 was stopgezet, werd geen gehoor gegeven aan de terugvordering. De minister en CELF vorderden bij de Conseil d'État juist de vernietiging van de uitspraken van de lagere rechters. Zij stelden daarbij dat de verenigbaarverklaring van de Commissie in de weg stond aan de terugvordering van de op zichzelf wel onrechtmatig verleende staatssteun. Daarbij gesteld voor vragen over de uitlegging van het gemeenschapsrecht wendde de Conseil d'État zich tot het Hof van Justitie met de volgende twee prejudiciële vragen:

- 'Mag een staat die onrechtmatig steun heeft verleend aan een onderneming – welke onrechtmatigheid door diens nationale rechterlijke instanties is vastgesteld omdat deze steun niet bij de [...] Commissie is aangemeld overeenkomstig de in artikel 88, lid 3, [EG] genoemde voorwaarden – volgens artikel 88 [EG] ervan afzien deze steun terug te vorderen van de begunstigde marktdeelnemer, omdat de Commissie naar aanleiding van een klacht van een derde de steun verenigbaar met de regels van de gemeenschappelijke markt heeft verklaard en zo daadwerkelijk controle op de verenigbaarheid heeft uitgeoefend die haar exclusieve bevoegdheid is?'
- 'Indien de verplichting tot teruggave wordt bevestigd, moet dan bij de berekening van de terug te betalen bedragen rekening worden gehouden met de tijdvakken waarvoor de [...] Commissie de betrokken steun verenigbaar heeft verklaard met de regels van de gemeenschappelijke markt, vóór de nietigverklaring van de desbetreffende beschikkingen door het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen?'

Bespreking van antwoord en overwegingen van het Hof van Justitie in context

Voor een goed begrip van de prejudiciële vragen en de uitspraak van het Hof in de zaak CELF is het van belang te weten dat binnen het communautaire staatssteunregime aan een en dezelfde steunmaatregel verschillende kwalificaties kunnen worden toegekend (zoals in casu 'verenigbaar' en 'onrechtmatig'). Deze kwalificaties hangen samen met verschillende toetsingskaders zoals die binnen het communautaire staatssteunregime worden onderscheiden. Elke combinatie van kwalificaties kent zo haar eigen consequenties en roept, zoals blijkt uit de prejudiciële verwijzing van de Conseil d'État, haar eigen vragen op. Met name voor de niet ingewijde lezer, zal ik als aanloop naar de bespreking van de specifieke vragen in de onderhavige zaak, daarom eerst in algemene zin kort ingaan op de karakteristieken van het communautaire staatssteunregime, de daarmee samen-

⁵ Zie M.R. Mok in *NJ* 2008, 185 (hierna: Mok 2008); P.J. Slot, 'Terugvordering van staatssteun voordat de steun definitief is goedgekeurd', *Ars Aequi* 2008, p. 457 (hierna: Slot 2008).

⁶ Zie ook Th. Jaeger, 'The CELF-Judgement: A Precarious Conception of the Standstill Obligation', *EstAL* 2008, p. 279-289 (hierna: Jaeger 2008).

⁷ GvEA EG 15 april 2008, zaak T-348/04, SIDE/Commissie, n.n.g.

⁸ GvEA EG 18 september 1995, zaak T-49/93, SIDE/Commissie, *Jur.* 1995, p. II-2501.

⁹ GvEA EG 28 februari 2002, zaak T-155/98, SIDE/Commissie, *Jur.* 2002, p. II-1179.

hangende kwalificaties zoals die aan een steunmaatregel kunnen worden toegekend en de consequenties van de verschillende combinaties van kwalificaties.

Verenigbaarheidstoets

In essentie is de communautaire staatssteuncontrole erop gericht alleen die overheidsmaatregelen van de lidstaten toe te staan, die hoewel zij concurrentievervalsend zijn, toch bijdragen aan een doelstelling van gemeenschappelijk belang. Het is de exclusieve taak van de Commissie om, onder toezicht van de Europese gemeenschapsrechtshof (Hof van Justitie en Gerecht van Eerste Aanleg), deze inhoudelijke schifting van als staatssteun aangemerkte maatregelen te maken. Deze verenigbaarheidstoets vindt plaats aan de hand van de bepalingen van artikel 87, leden 2 en 3, EG-Verdrag. Slechts voor bepaalde categorieën staatssteun is – voor zover aan bepaalde voorwaarden is voldaan – bij verordening een uitzondering gemaakt op deze gecentraliseerde verenigbaarheidstoets.¹⁰ Wanneer de beoordeling van de Commissie positief uitvalt, is sprake van met de gemeenschappelijke markt verenigbare staatssteun. Wanneer een negatieve beslissing wordt genomen, wordt de steun als onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt aangemerkt. Daarbij moet in beide gevallen uiteraard rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de onderliggende beschikking van de Commissie in rechte wordt vernietigd (zoals ook in de zaak *CELF* tot drie keer toe het geval was), waardoor de kwalificatie van de desbetreffende steun uiteindelijk anders kan komen te luiden. Pas als de beschikking van de Commissie in rechte onaantastbaar is geworden, kan worden uitgegaan van de definitieve kwalificatie.¹¹

Procedurele aspecten

Om de Europese toezichtstaak van de Commissie mogelijk te maken en effectief te doen zijn, bevat het staatssteunrecht ook procedurele bepalingen. Daarin zijn de onderzoeksbevoegdheden en de besluitvorming van de Commissie geregeld, maar ook de verplichtingen voor de lidstaten ten aanzien van steunverlening.¹² In de zaak *CELF* ging het vooral over laatstgenoemde verplichtingen, in het bijzonder de aanmeldingsverplichting en de opschortingsverplichting (ofwel standstill-verplichting) met betrekking tot nieuwe steunmaatregelen, zoals geregeld in artikel 88, lid 3, EG-Verdrag en ook in de bepalingen 2 en 3 van procedureverordening 659/1999. Door middel van de aanmeldingsverplichting wordt de Commissie op de hoogte gesteld van mogelijke steunmaatregelen om vervolgens een onderzoek te kunnen starten. De opschortingsverplichting beoogt, in de woorden van het Hof, 'te waarborgen, dat een steunmaatregel geen gevolgen heeft voordat de Commissie een redelijke tijd heeft gehad om het ontwerp nauwkeurig te onderzoeken en, in voorkomend geval, de procedure van lid 2 van ditzelfde artikel [d.w.z. de formele onderzoeksprocedure] in te leiden'.¹³ Het Hof maakt met verwij-

zing naar eerdere jurisprudentie duidelijk dat bij artikel 88, lid 3, EG-Verdrag dus een preventieve controle op voorgenomen nieuwe steunmaatregelen is ingesteld.¹⁴ Zolang deze procedurele verplichtingen worden nageleefd zal sprake zijn van rechtmatige staatssteun. Wanneer nieuwe staatssteun wordt verleend zonder deze vooraf bij de Commissie aan te melden, dan wel na aanmelding maar zonder inachtneming van de opschortingsverplichting, is sprake van onrechtmatige staatssteun.¹⁵

Verenigbaarheidstoets en procedurele aspecten: niet te scheiden, wel te onderscheiden

Binnen het communautaire staatssteunregime is wel gezien sprake van twee verschillende toetsingskaders met bijbehorende eigen kwalificaties: een inhoudelijk, ofwel materieelrechtelijk kader en een procedureel kader. De procedurele verplichtingen voor de lidstaten hebben duidelijk tot doel de inhoudelijke verenigbaarheidstoets door de Commissie te faciliteren. De administratieve rompslomp die hiermee gepaard gaat mag dan bureaucratisch aandoen, van een Kafkaïaanse situatie is nog geen sprake. Hoewel beide kaders nauw met elkaar zijn verbonden, moeten de materieelrechtelijke en procedurele aspecten van het staatssteunregime volgens bovengenoemde kwalificaties wel worden onderscheiden, met name ook met het oog op de verschillende bevoegdheden van de Commissie en nationale rechterlijke instanties in dit verband, waarover hierna meer. Uitgaande van de verschillende besproken materieelrechtelijke en procedurele kwalificaties zijn er in het kader van de communautaire staatssteuncontrole dan vier verschillende situaties mogelijk: a) rechtmatige verenigbare staatssteun; b) rechtmatige onverenigbare staatssteun; c) onrechtmatige onverenigbare staatssteun en d) onrechtmatige verenigbare staatssteun.

Onderscheiden kwalificaties en hun consequenties

In situatie a is alles 'volgens het boekje' verlopen en mag de steun worden verleend. In situatie b zijn de procedurele verplichtingen ook nageleefd, maar staat de onverenigbaarheidsverklaring in de weg aan de tenuitvoerlegging van de desbetreffende steunmaatregel. Zou de betrokken lidstaat de maatregel toch uitvoeren, dan wordt die steun alsnog onrechtmatig. In situatie c mag de staatssteun op inhoudelijke gronden niet worden verleend, maar is dat al wel gebeurd. Terugvordering van de desbetreffende steun, inclusief de daarover inmiddels genoten rente, wordt in die situatie gezien als een gepaste reactie. Dit volgt uit vaste rechtspraak, maar ook expliciet uit artikel 14 van Verordening 659/1999, dat de Commissie in die situatie voorschrijft een terugvorderingsbeschikking te nemen, voor zover dat niet in strijd is met een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. In situatie d mag de staatssteun inhoudelijk gezien wel worden toegekend, maar is dat feitelijk te vroeg gebeurd. Dit was de situatie van waaruit de Franse verwijzingsrechter in de *CELF*-zaak de genoemde prejudiciële vragen stelde. Verordening 659/1999 geeft in die situatie, anders dan in situatie c, geen bevoegdheid aan de Commissie om de terugvordering van de verleende steun te gelasten en daarmee op te treden tegen de betrokken lidstaat. Blijft de niet-naleving van de procedurele verplichtingen van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag daarmee ongesanctioneerd?

Bij schending van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag wende men zich tot de nationale rechter

Met verwijzing naar eerdere rechtspraak overweegt het Hof in de *CELF*-uitspraak als volgt: 'Terwijl de Commissie gehouden is te onderzoeken of de voorgenomen steunmaatregel verenigbaar is met

¹⁰ Zie de algemene groepsrijstellingsverordening van 6 augustus 2008, *Pb. EU* 2008, L 214/3.

¹¹ Zie hierover ook Slot 2008, p. 456-458.

¹² Zie met name Verordening (EG) nr. 659/1999, *Pb. EG* 1999, L 83/1 en Verordening (EG) nr. 794/2004, *Pb. EU* 2004, L 140/1.

¹³ *CELF*-uitspraak, r.o. 36.

¹⁴ *CELF*-uitspraak, r.o. 37.

¹⁵ Zie ook de *CELF*-conclusie, ov. 23. Zie ook art. 1 sub f van Verordening 659/1999.

de gemeenschappelijke markt, zelfs wanneer de lidstaat het verbod tot tenuitvoerlegging van de steunmaatregelen schendt, dienen de nationale rechterlijke instanties slechts, hangende de eindbeslissing van de Commissie, de rechten van de justitiabelen te beschermen tegenover een eventuele schending, door de nationale autoriteiten, van het in artikel 88, lid 3, EG-Verdrag neergelegde verbod (...). Het is namelijk van belang om de belangen te beschermen van de partijen die zijn geraakt door een verstoring van de concurrentie als gevolg van de toekenning van de onrechtmatige steun (...).¹⁶

Hoewel dus de Commissie in het kader van de communautaire staatssteuncontrole een centrale plaats inneemt, wordt ook aan nationale rechterlijke instanties een belangrijke taak toebedeeld.¹⁷ Deze taak is hoofdzakelijk gekoppeld aan de rechtstreekse werking van de laatste volzin van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag met daarin de opschortings- of standstillverplichting. In situaties van vermeende onrechtmatige staatssteun kunnen particulieren zich voor de nationale rechter rechtstreeks op deze bepaling beroepen.¹⁸ Wanneer particuliere partijen, bijvoorbeeld concurrenten van een steunontvanger, gebruik maken van deze juridische mogelijkheid, kunnen zij daarmee indirect bijdragen aan de handhaving van het in artikel 88, lid 3, EG-Verdrag neergelegde uitvoeringsverbod voor nieuwe, nog niet goedgekeurde, steunmaatregelen. De Commissie heeft zoals aangegeven namelijk niet de bevoegdheid om steunmaatregelen te verbieden op de enkele grond dat deze onrechtmatig is verleend.¹⁹ Zij kan alleen tegen onrechtmatige steunverlening optreden als zij de betrokken steunmaatregel onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt heeft verklaard.²⁰ De mogelijkheid van acties van particulieren bij de nationale rechter, die wel louter op een vermeende schending van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag, kunnen zijn gebaseerd, kan voor de lidstaten dan een extra stok achter de deur zijn om hun gemeenschapsrechtelijke verplichtingen na te leven.²¹ In algemene zin onderkende het Hof van Justitie al vroeg in de ontwikkeling van het Europese gemeenschapsrecht 'dat de waakzaamheid der belanghebbenden op de verzekering van hun rechten een doelmatige controle verschaft, die zich paart aan het toezicht dat de artikelen 169 en 170 [nu 226 en 227 EG-Verdrag, waarin de verdragsschendingsprocedure is geregeld] aan de Commissie en de lid-staten opdragen'.²² Deze vorm van private handhaving staat de laatste jaren, zeker ook op het terrein van het staatssteunrecht, sterk in de belangstelling, zowel in de literatuur als ook op beleidsniveau bij de Commissie.²³ Diverse studies hebben echter aangetoond dat de intensiteit en de succeschansen van mogelijke juridische acties door particulieren in de praktijk nog wel te wensen overlaten.²⁴ Louter afgaande op de rechtspraak van de Europese gemeenschapsrechters, zoals die zich in de loop der jaren heeft ontwikkeld, zou men anders verwachten. De consequenties die het Hof van Justitie in diverse uitspraken aan schending van de laatste volzin van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag heeft gekoppeld, zijn immers veelbelovend.

Consequenties van onrechtmatigheid: ongeldigheid en in beginsel terugvordering

Volgens vaste rechtspraak dient een nationale rechter die een schending van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag vaststelt, aan die schending met toepassing van zijn nationale recht – maar wel onder de communautaire voorwaarden van gelijkwaardigheid en effectiviteit – alle consequenties te verbinden om effectief rechtsherstel te bieden aan door die schending gedupeerde particulieren. Deze consequenties zien volgens het Hof zowel op de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen, als op de terugvor-

dering van in strijd met deze bepaling of met eventuele voorlopige maatregelen verleende financiële steun.²⁵ Op basis van algemene rechtspraak van de Europese gemeenschapsrechters, kan worden aangenomen dat door onrechtmatige staatssteun gedupeerde belanghebbenden met een beroep op het rechtstreeks werkende artikel 88, lid 3, laatste volzin EG-Verdrag tevens schadevergoeding kunnen vorderen van de steunverlenende overheid, al dan niet in combinatie met een verzoek om terugvordering.²⁶

Een miskenning van de laatste volzin van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag tast volgens het Hof de geldigheid van uitvoeringshandelingen van de desbetreffende steun aan.²⁷ In latere uitspraken heeft het Hof daaraan toegevoegd dat onrechtmatige steunverlening ook de ongeldigheid impliceert van handelingen waarmee heffingen of belastingen zijn opgelegd ter integrale financiering van een bepaalde steunmaatregel.²⁸ Aan deze ongeldigheid zal nader invulling moeten worden gegeven met toepassing van het nationale recht van de betrokken lidstaat. De juridische vorm waarin de desbetreffende steunmaatregel nationaalrechtelijk is gegoten en de uitspraakbevoegdheden waarover de aangezochte nationale rechter beschikt, kunnen daarbij een rol spelen.

¹⁶ CELF-uitspraak, r.o. 38.

¹⁷ Zie reeds de Bekendmaking van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de staten van 23 november 1995, *PbEG* 1995, C 312/8.

¹⁸ Zie voor het eerst expliciet HvJ EG 11 december 1973, zaak 120/73, *Lorenz*, *Jur.* 1973, p. 1471, r.o. 8.

¹⁹ Zie CELF-conclusie, ov. 24 en de verwijzingen daar. Eerder bevestigde het Hof in de SFEL-zaak al: 'De Commissie van haar kant kan, anders dan de nationale rechterlijke instanties, niet de teruggave van staatssteun gelasten op de enkele grond dat de maatregel niet overeenkomstig artikel 93, lid 3, van het Verdrag is aangemeld (...)'. Zie HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, *SFEI*, *Jur.* 1996, p. I-3547, r.o. 43.

²⁰ Gedurende haar onderzoek kan de Commissie wel de opschorting van steunverlening gelasten.

²¹ Zie uitgebreid PC. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun*, diss. VU Amsterdam, Deventer: Kluwer 2006, p. 224-225.

²² HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Van Gend en Loos*, *Jur.* 1963, p. 3.

²³ Zie het Actieplan Staatssteun, 'Minder en beter gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009)', COM(2005)107 def.

²⁴ Zie T. Jestaedt, J. Derenne & T. Ottervanger (coördinatoren), *Study on the Enforcement of State Aid at National Level*, Luxemburg: Office of Official Publications of the European Communities 2006; Adriaanse 2006, p. 333; P.F. Nemitz (ed.), *The Effective Application of EU State Aid Procedures. The Role of National Law and Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007.

²⁵ Zie HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, *SFEI*, *Jur.* 1996, p. I-3547, r.o. 40; HvJ EG 5 oktober 2006, zaak C-368/04, *Transalpine Olieleitung*, *Jur.* 2006, p. I-9957, r.o. 47.

²⁶ Zie voor een nadere onderbouwing Adriaanse 2006, p. 221-223.

²⁷ HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354/90, *FNCE*, *Jur.* 1991, p. I-5505, r.o. 12.

²⁸ HvJ EG 21 oktober 2003, gev. zaken C-261/01 en C-262/01, *Van Calster en Cleeren*, *Jur.* 2003, p. I-12249, r.o. 52; HvJ EG 27 november 2003, gev. zaken C-34/01 t/m C-38/01, *Enirisorce*, *Jur.* 2003, p. I-14243, r.o. 46; HvJ EG 13 januari 2005, zaak C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, *Jur.* 2005, p. I-85, r.o. 16.

Daarnaast heeft het Hof meermaals (ook weer in de *CELF*-zaak) uitgesproken dat een verzoek om teruggave van in strijd met artikel 88, lid 3, EG-Verdrag betaalde steun in beginsel door de nationale rechter moet worden toegewezen.²⁹ Ook heeft het Hof bepaald dat de nationale rechter in geval van onrechtmatige steunverlening in beginsel verplicht is de terugbetaling te gelasten van de specifiek ter financiering van de steunmaatregel geheven belastingen of bijdragen.³⁰ Tot de *CELF*-uitspraak werden de woorden 'in beginsel' in relatie tot terugvordering van staatssteun eigenlijk alleen gelezen in samenhang met de overweging in voornoemde vaste rechtspraak dat zich evenwel uitzonderlijke omstandigheden kunnen voordoen, waarin het niet aangewezen is de terugbetaling van onrechtmatig verleende steun te gelasten.³¹ Welke omstandigheden als uitzonderlijk kunnen worden aangemerkt, is echter niet gemakkelijk te zeggen. De rechtspraak van de Europese gemeenschapsrechtshof biedt daarvoor geen duidelijke positieve aanknopingspunten. Vermoedelijk betreft het alleen nog omstandigheden waarin de ontvanger van de onrechtmatige staatssteun – getoetst aan de strenge communautaire rechtspraak daaromtrent en dus als behoedzaam ondernemer – door handelen of nalaten van de Commissie gerechtvaardigde verwachtingen kan hebben gekregen in de rechtmatigheid van de steun.³²

Ratio van de genoemde consequenties

Waarom dienen deze vergaande consequenties die een nationale rechter wordt geacht te verbinden aan een schending van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag? In de zaak *SFEI* overwoog het Hof als volgt: 'Elke andere uitlegging zou de miskenning door de Lid-Staten van het verbod op de tenuitvoerlegging van voorgenomen steunmaatregelen in de hand werken. Nu de Commissie, zolang zij wat de grond van de zaak betreft geen eindbeslissing heeft genomen, slechts de opschorting van verdere steun kan gelasten, zou de nuttige werking van artikel 93, lid 3, van het Verdrag [nu artikel 88, lid 3, EG] worden uitgehold indien de voorlegging van de zaak aan de Commissie voor de nationale rechterlijke instanties een beletsel zou vormen om alle consequenties te trekken uit de schending van deze bepaling.'³³ Dat een verzoek om teruggave van in strijd met artikel 88, lid 3, EG-Verdrag betaalde steun in beginsel moet worden toegewezen, werd in de *SFEI*-zaak expliciet in verband gebracht met 'het belang voor de goede werking van de gemeenschappelijke markt van de eerbiediging van de procedure van voorafgaand toezicht op de voorgenomen steunmaatregelen van de staat'. In de zaak *Banks* legde het Hof daarbij de link naar zijn vaste rechtspraak over de terugvorderingsbevoegdheden van de Commissie, waarin doorgaans wordt aangenomen dat de ongedaanmaking van onrechtmatige steun door middel van terugvordering het logische gevolg is van de vaststelling dat de

steun onrechtmatig is. Het Hof concretiseerde dit vervolgens met de volgende overweging: 'Dienaangaande vormt het herstel van de situatie van vóór de betaling van een onwettige of met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun een noodzakelijk vereiste voor de handhaving van de nuttige werking van de verdragsbepalingen inzake staatssteun, en de nationale rechter moet met inachtneming van de omstandigheden nagaan, of de beroepen van de justitiabelen die tot het herstel van deze vroegere toestand kunnen bijdragen, kunnen worden toegewezen (...)'.³⁴

Op basis van het voorgaande moet dus worden geconcludeerd dat de taakstelling van nationale rechters in het kader van de staatssteuncontrole via de rechtstreekse werking van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag wordt gekoppeld aan de bescherming van de rechten van particulieren. Niettemin blijkt uit voorgaande overwegingen over de ratio van aan onrechtmatigheid te verbinden consequenties dat de private handhavingfunctie van dergelijke acties eigenlijk voorop staat. In essentie zijn dergelijke acties bedoeld om de effectieve handhaving van de nuttige werking van het toepasselijke gemeenschapsrecht te garanderen.³⁵ Dat kon althans worden afgeleid uit vaste rechtspraak tot aan de *CELF*-uitspraak.

Ook terugvordering als de onrechtmatige staatssteun verenigbaar is verklaard?

Met de eerste prejudiciële vraag in de *CELF*-zaak werd het Hof van Justitie gevraagd of de hiervoor genoemde consequentie van terugvordering nu ook aan onrechtmatige steunverlening moet worden verbonden wanneer die steun door de Commissie bij beschikking verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard. De lijn van de hiervoor aangehaalde vaste rechtspraak volgend, lag een positieve beantwoording van deze vraag voor de hand. Zo meende ook advocaat-generaal Mazák in zijn conclusie. Toch heeft het Hof de vraag in zijn uitspraak ontkennend beantwoord. Dat vraagt om een nadere toelichting.

Eerdere uitspraken: FNCE en Transalpine Olleitung

Het was dezelfde Conseil d'État die begin jaren negentig van de vorige eeuw in de bekende staatssteunzaak FNCE al aan het Hof had gevraagd welke invloed een eindbeslissing van de Commissie waarbij steunmaatregelen verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard eventueel heeft op de geldigheid van handelingen tot uitvoering van deze maatregelen.³⁶ Het Hof beantwoordde deze vraag toen als volgt: 'Dienaangaande moet worden vastgesteld dat, om te voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de rechtstreekse werking van artikel 93, lid 3, laatste volzin, EEG-Verdrag [nu artikel 88, lid 3, EG] en dat de belangen van de justitiabelen, die de nationale rechterlijke instanties zoals gezegd dienen te beschermen, worden geschonden, deze eindbeslissing van de Commissie niet tot gevolg heeft, dat de ongeldigheid van uitvoeringsmaatregelen die in strijd met het in dit artikel neergelegde verbod zijn vastgesteld, achteraf wordt gedekt. Iedere andere uitlegging zou in de hand werken dat de betrokken Lid-Staat artikel 93, lid 3, laatste volzin, niet in acht neemt en zou deze bepaling van haar nuttig effect beroven.'³⁷ Deze overweging past geheel bij de hiervoor weergegeven ratio voor de door het Hof overwogen consequenties in geval van onrechtmatige steunverlening.

Wat precies het effect van een dergelijke verenigbaarverklaring zou zijn op de eerder aangenomen consequentie van terugvordering, blijkt nog niet expliciet uit de uitspraak van het Hof in de FNCE-zaak. Toch speelde die vraag destijds in deze zaak ook al, zo blijkt uit de conclusie van advocaat-generaal Jacobs. De Commissie had, net als in de

²⁹ CELF-uitspraak, r.o. 39.

³⁰ HvJ EG 21 oktober 2003, gev. zaken C-261/01 en C-262/01, Van Calster en Cleeren, *Jur.* 2003, p. I-12249, r.o. 53 en 54.

³¹ Zie onder meer HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, SFEI, *Jur.* 1996, p. I-3547, r.o. 70.

³² Zie Adriaanse 2006, p. 109-117.

³³ HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, SFEI, *Jur.* 1996, p. I-3547, r.o. 45.

³⁴ HvJ EG 20 september 2001, zaak C-390/98, Banks, r.o. 74 en 75.

³⁵ Zie ook A. Ward, *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU-Law*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 160.

³⁶ HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354/90, FNCE, *Jur.* 1991, p. I-5505, r.o. 15.

³⁷ Idem, r.o. 16.

CELF-zaak, in relatie tot de in casu niet-aangemelde steun het standpunt ingenomen dat, als de steun alsnog zou worden aangemeld en snel zou worden goedgekeurd, de door de nationale rechter opgelegde terugvordering zinloos zou worden, omdat de ontvanger de steun alsnog zou kunnen krijgen. Advocaat-generaal Jacobs daarentegen was in deze zaak van mening dat, juist om de nuttige werking van het in artikel 88, lid 3, EG-Verdrag neergelegde verbod te handhaven, de nationale rechter ook in een dergelijke situatie in beginsel wel gehouden was terugvordering te gelasten. Het eventuele ongemak dat hierdoor voor de betrokken lidstaat kan ontstaan, zo meende Jacobs, heeft die lidstaat dan aan zichzelf te wijten.³⁸ Enkele jaren later sprak ook het Hof zich expliciet en in positieve zin uit over de vraag rond terugvordering. In de zaak *Transalpine Olleitung* overwoog het als volgt: 'Afhankelijk van de mogelijkheden en de rechtsvorderingen 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.'³⁹ Deze overweging volgde op een eerdere overweging dat als gevolg van de niet-aanmelding in casu nu eenmaal een onrechtmatige toestand was ontstaan.

De CELF-uitspraak

In het licht van deze voorgeschiedenis had het, zoals reeds opgemerkt, voor de hand gelegen als het Hof ook in de CELF-zaak zou hebben overwogen dat de verenigbaarverklaring niet in de weg kan staan aan het gelasten van terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun door de nationale rechter. Het Hof overwoog echter als volgt: '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 omstandigheden, niet de verplichting op om de onrechtmatige steun volledig terug te vorderen.'⁴⁰

Overwegingen van het Hof in de CELF-uitspraak

Op grond van welke overwegingen kiest het Hof er nu voor om, geheel anders dan wat advocaat-generaal Mazák had geconcludeerd (zie hierna), terug te komen van zijn vaste rechtspraak tot dan toe? Bij een dergelijke switch mag men een overtuigende redenering verwachten. Bij lezing van de uitspraak blijken de relevante overwegingen echter pas te worden gegeven nadat de hiervoor aangehaalde switch ten opzichte van eerdere rechtspraak al is gemaakt. De overwegingen daaraan voorafgaand zetten de lezer alleen maar op een dwaalspoor. Eerst haakt het Hof namelijk wel aan bij zijn eerdere uitspraken in de zaken *FNCE*, *SFEI* en *Transalpine Olleitung* en lijkt het zijn eerdere rechtspraak juist te gaan bevestigen,⁴¹ maar al snel daarna blijkt dus het tegendeel het geval te zijn. Naar mijn mening ook misleidend is vervolgens een tweetal paragrafen waarin wordt verwezen naar de mogelijkheid dat zich in verband met gerechtvaardigde verwachtingen van de ontvanger in staatssteunzaken uitzonderlijke omstandigheden kunnen voordoen. Dit lijkt eerst bedoeld als een aanloop voor een overweging dat verenigbaarverklaring door de Commissie ook kan worden beschouwd als een uitzonderlijke omstandigheid waarin terugvordering van onrechtmatige staatssteun dan niet vereist is. Eerder merkte ik al op dat de bewoordingen 'in beginsel', zoals gebruikt in de standaardoverwegingen van het Hof, enige opening bieden om van terugvordering af te zien en doorgaans worden gekoppeld aan uitzonderlijke omstandigheden. Maar

dan blijkt, zoals hiervoor is aangehaald, in de gegeven situatie, ook los van eventuele uitzonderlijke omstandigheden, geen verplichting tot terugvordering te bestaan. De beweegredenen voor 's Hof's jurisprudentiële draai moeten dus blijkbaar niet in de sfeer van de uitzonderlijke omstandigheden worden gezocht. Niet terzake doend wordt daarna nog verwezen naar artikel 14 van Verordening 659/1999 en de daarin besloten liggende bepaling dat de Commissie in geval van negatieve beschikkingen geen terugvordering van onrechtmatige steun verlangt indien dat in strijd is met een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.⁴² Van een negatieve beschikking was in de zaak CELF nu juist geen sprake, zoals ook annotator Mok al opmerkte.⁴³

Waarop de keuze van het Hof om bij verenigbaarverklaring geen terugvorderingsverplichting aan te nemen wel is gebaseerd, moet worden afgeleid uit slechts een drietal overwegingen die samengenomen als volgt luiden: 'Artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG-Verdrag is namelijk bedoeld om er preventief voor te zorgen dat een onverenigbare steunmaatregel nooit tot uitvoering zal worden gebracht.'⁴⁴ Deze doelstelling wordt in eerste instantie voorlopig bereikt door middel van het verbod dat deze bepaling uitvaardigt, en in tweede instantie, definitief, door middel van de eindbeslissing van de Commissie, die, wanneer zij negatief is, eraan in de weg staat dat het aangemelde voornemen van steunmaatregelen nog tot uitvoering wordt gebracht. De aldus bij wege van voorzorg vastgestelde regeling is derhalve bedoeld om ervoor te zorgen dat enkel verenigbare steunmaatregelen tot uitvoering worden gebracht. Teneinde deze doelstelling te bereiken, wordt de uitvoering van een voorgenomen steunmaatregel opgeschort totdat de twijfel omtrent de verenigbaarheid ervan is weggenomen door de eindbeslissing van de Commissie.⁴⁵ Wanneer de Commissie een positieve beslissing neemt, blijkt dus dat de voorbarige uitbetaling van de steun niet in strijd was met de in de punten 47 en 48 van het onderhavige arrest genoemde doelstelling.'

Of met deze overwegingen voldoende is onderbouwd waarom, anders dan in eerdere uitspraken werd aangenomen, geen terugvordering is vereist in de onderhavige situatie, waag ik te betwijfelen. In deze overwegingen wordt vooral het preventieve karakter van de

³⁸ Conclusie van advocaat-generaal Jacobs in zaak C-354/90, *FNCE*, *Jur.* 1991, *Jur.* 1991, p. I-5505, ov. 32.

³⁹ HvJ EG 5 oktober 2006, zaak C-368/04, *Transalpine Olleitung*, *Jur.* 2006, p. I-9957, r.o. 56.

⁴⁰ CELF-uitspraak, r.o. 46. Zie de annotatie van P.J. Slot voor een kritische bespreking van de door het Hof gebruikte terminologie, in het bijzonder het woord 'eindbeslissing'. Slot stelt m.i. terecht dat het arrest 'door het onzorgvuldig gebruik van de term eindbeslissing geen helder onderscheid maakt tussen de situatie waarin er een finale positieve beschikking van de Commissie is met die waarin deze er nog niet is'. Slot 2008, p. 457.

⁴¹ In drie afzonderlijke paragrafen herhaalt het Hof dat de nationale rechterlijke instanties uit een schending van artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG alle consequenties moeten trekken (r.o. 41), dat de eindbeslissing van de Commissie niet tot gevolg heeft dat de ongeldigheid van uitvoeringshandelingen die in strijd met het in deze bepaling neergelegde verbod zijn vastgesteld, achteraf wordt gedekt (r.o. 40) en dat nationale rechterlijke instanties een verzoek om teruggave van in strijd met artikel 88, lid 3, EG betaalde steun in beginsel moeten toewijzen (r.o. 39).

⁴² CELF-uitspraak, r.o. 44.

⁴³ Mok 2008, punt 3.

⁴⁴ CELF-uitspraak, r.o. 47.

⁴⁵ CELF-uitspraak, r.o. 48.

opschortingverplichting in artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG-Verdrag benadrukt. Deze verplichting geldt opdat alleen verenigbare steunmaatregelen tot uitvoering worden gebracht. De daaraan gekoppelde overweging van het Hof dat wanneer de Commissie een positieve beslissing neemt, dan dus blijkt dat de voorbarige uitbetaling van de steun niet in strijd was met deze doelstelling, neemt niet weg dat in casu procedureel gezien wel sprake was van steunverlening in strijd met artikel 88, lid 3, EG-Verdrag. Eerder merkte ik al op dat de verenigbaarheidstoets en de procedurele aspecten niet zijn te scheiden, maar wel te onderscheiden. Iets eerder in de uitspraak bevestigt het Hof zelf ook dat de eindbeslissing van de Commissie niet tot gevolg heeft dat de ongeldigheid van uitvoeringshandelingen die in strijd met de standstillverplichting zijn vastgesteld, achteraf wordt gedekt. Daarbij verwijst het Hof expliciet naar de eerder al besproken ratio van het 'nuttig effect' van artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG-Verdrag.⁴⁶ Het is dan opmerkelijk dat hierop in de eigenlijke overwegingen voor de koerswijziging in het geheel niet wordt teruggekomen. Nu lijkt het erop dat de procedurele schending in de aangehaalde overwegingen door het Hof wat wordt weggepoetst om niet meer op een terugvorderingsverplichting te hoeven uitkomen. Het is bekend dat van diverse kanten (Frankrijk, Denemarken, Duitsland, de Commissie) bij het Hof was aangedrongen op een koerswijziging, althans differentiëring, ten opzichte van eerdere uitspraken in de zaken *FNCE*, *Van Calster* en *Transalpine Ölleitung*.⁴⁷ Zeker nu het Hof hieraan gehoor heeft gegeven, was een overtuigende motivering naar mijn mening wel op zijn plaats geweest. Dit gezegd hebbend, rijst de vraag welke maatregelen het Hof in geval van onrechtmatige, maar verenigbare staatssteun dan wel passend acht.

Passende maatregelen in geval van onrechtmatige maar verenigbare staatssteun

Uit het gemeenschapsrecht mag dan geen verplichting voortvloeien om in de gegeven situatie tot terugvordering over te gaan, het Hof ziet wel de noodzaak om in reactie op de onrechtmatigheid van de steunverlening 'passende' maatregelen te laten nemen. Het Hof overweegt als volgt: 'In een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, is de nationale rechter (...) op grond van het gemeenschapsrecht verplicht om de ontvanger van dergelijke steun te gelasten rente te betalen ter zake van het tijdvak van onrechtmatigheid.'⁴⁸ Binnen het kader van zijn nationale rechtsorde kan hij in voorkomend geval bovendien de terugvordering gelasten van de onrechtmatige steun, onverminderd het recht van de lidstaat om deze later opnieuw te verlenen. Hij kan tevens genoot zijn verzoeken tot vergoeding van de schade die is ontstaan wegens de onrechtmatigheid van de steunmaatregel, toe te wijzen (...)'⁴⁹.

Gemeenschapsrechtelijke verplichting tot vorderen van rente

De gemeenschapsrechtelijke verplichting tot het vorderen van rente leidt het Hof af uit een afweging van de posities van de andere marktdeelnemers dan de ontvanger en de steunontvanger zelf in een

situatie van onrechtmatige steunverlening. Vanuit het oogpunt van andere marktdeelnemers dan de ontvanger, zo overweegt het Hof, zou 'de onrechtmatigheid van deze steun enerzijds tot gevolg hebben gehad dat zij werden blootgesteld aan het, uiteindelijk niet gerealiseerde, risico van uitvoering van een onverenigbare steunmaatregel, en anderzijds dat zij eventueel, op het vlak van de mededinging, de gevolgen van een verenigbare steunmaatregel eerder zouden hebben ondervonden dan het geval had moeten zijn.'⁵⁰ Vanuit het oogpunt van de steunontvanger zou het ongerechtvaardigde voordeel er enerzijds in hebben bestaan dat hij niet de rente betaalt die hij over het betrokken bedrag van de verenigbare steun zou hebben moeten betalen indien hij dit bedrag, in afwachting van de beslissing van de Commissie, op de markt had moeten lenen, en anderzijds dat zijn concurrentiepositie ten opzichte van andere marktdeelnemers tijdens de duur van de onrechtmatigheid verbeterd.⁵¹ Of en hoe de eerstgenoemde blootstelling aan het, uiteindelijk niet gerealiseerde, risico van uitvoering van een onverenigbare steunmaatregel kan worden uitgedrukt in een geldelijke waarde, is mij nog niet geheel duidelijk. Gelet op de andere genoemde punten, staat wel buiten kijf dat louter door de onrechtmatige steunverlening al een onevenwichtigheid tussen de concurrerende marktdeelnemers kan ontstaan. Ik betwijfel echter of die onevenwichtigheid wel geheel zal worden gecorrigeerd door aan de ontvanger alleen de verplichting tot rentebetaling op te leggen. Zoals het Hof zelf in de hiervoor aangehaalde passage overweegt, krijgt de ontvanger van onrechtmatige steun immers niet alleen een rentevoordeel, maar verbetert ook zijn concurrentiepositie ten opzichte van andere marktdeelnemers tijdens de duur van de onrechtmatigheid. Denk bijvoorbeeld aan het vergroten van naamsbekendheid door middel van een groot reclame-offensief. Daaraan verbindt het Hof echter geen consequentie. Was het gelasten van terugvordering van de onrechtmatig genoten steun daarvoor niet een passende maatregel geweest? Ik vermoed dat terugvordering in combinatie met een rentevordering de verstoorde concurrentieverhoudingen op zijn minst meer zou kunnen herstellen in de status quo ante dan louter met een rentevordering kan worden gedaan. Maar de verplichte terugvordering is door het Hof bij verenigbaarverklaring van onrechtmatige steun nu juist afgewezen. Overigens blijft de vraag open tegen welk percentage rente moet worden gevorderd. Het ligt voor de hand aansluiting te zoeken bij het door de Commissie vastgestelde rentepercentage zoals bedoeld in artikel 14, lid 2, van Verordening 659/1999 en nader uitgewerkt in hoofdstuk 5 van Verordening 794/2004.⁵²

Terugvordering op grond van het nationale recht en toewijzen van schadeclaims

We wisten al dat een nationale rechter die een schending van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag vaststelt, aan die schending met toepassing van zijn nationale recht – maar wel onder de communautaire voorwaarden van gelijkwaardigheid en effectiviteit – alle consequenties moet verbinden om effectief rechtsherstel te bieden aan die schending gedupeerde particulieren. Als het nationale recht verplicht tot terugvordering, dan zal die consequentie dus door de nationale rechter moeten worden toegepast. Maar juist nadat het Hof heeft ontkracht dat op grond van het gemeenschapsrecht een verplichting tot terugvordering bestaat, komt de expliciete toevoeging dat een nationale rechter in voorkomend geval binnen het kader van zijn nationale rechtsorde toch de terugvordering van onrechtmatige maar verenigbare steun kan gelasten, op mij toch wat vreemd over. Het lijkt op een of andere manier nog verder afbreuk te doen aan

⁴⁶ CELF-uitspraak, r.o. 40.

⁴⁷ CELF-conclusie, ov. 28 en 29.

⁴⁸ CELF-uitspraak, r.o. 52.

⁴⁹ CELF-uitspraak, r.o. 53.

⁵⁰ CELF-uitspraak, r.o. 50.

⁵¹ CELF-uitspraak, r.o. 51.

⁵² Zie supra, noot 12.

de, naar mijn mening althans, toch al niet zo sterke motivering van het Hof bij de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag. Suggesteert het Hof daarmee nu enigszins dat terugvordering in de gegeven situatie eigenlijk wel een passende maatregel is? Waarschijnlijk toch niet, gelet op de toevoeging dat de lidstaat bij uitvoering van een op grond van het nationale recht geldende terugvorderingsverplichting het recht houdt om deze steun later opnieuw te verlenen. Naar ik vermoed bedoelt het Hof hiermee duidelijk te maken dat dit recht tot uitkering van de steun voor de lidstaat bestaat op grond van het gemeenschapsrecht. Het gaat dan immers om verenigbaar verklaarde steun die gemeenschapsrechtelijk is goedgekeurd. Het maakt de overtuigingskracht van dit alles echter niet veel sterker. Als het daarbij een kwestie zou zijn van terugvorderen en direct weer uitbetalen van dezelfde bedragen, wordt de terugvordering, ook op grond van het nationale recht, namelijk wel een erg zinloze aangelegenheid. Ik vraag me dan nog sterker af waarom het Hof deze overweging in zijn uitspraak heeft opgenomen.

Begrijpelijker is de overweging van het Hof in dezelfde paragraaf, dat, zoals hiervoor aangegeven, de aangezochte nationale rechter ook 'genoopt' kan zijn verzoeken tot vergoeding van schade, ontstaan uit de onrechtmatige verlening, toe te wijzen. Louter afgaande op de overwegingen uit de zaken *SFEI* en *Transalpine Ölleitung*, waarnaar het Hof verwijst, zou daarbij de verkeerde indruk kunnen ontstaan dat dergelijke claims alleen kunnen voortvloeien uit het nationale recht.⁵³ In de zaak *SFEI* heeft het Hof immers 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. Hiervoor kwam echter al ter sprake dat, gelet op de algemene rechtspraak van de Europese gemeenschapsrechters inzake communautaire aansprakelijkheid, kan worden aangenomen dat de steunverlenende overheid wel kan worden aangesproken uit kracht van het gemeenschapsrecht. Door onrechtmatige staatssteun gedupeerde belanghebbenden kunnen zo met een beroep op het rechtstreeks werkende artikel 88, lid 3, laatste volzin EG-Verdrag schadevergoeding proberen te verkrijgen. Niet ondenkbaar is dat in een situatie van onrechtmatig verleende, maar verenigbaar verklaarde steun zowel de steunontvanger als andere marktdeelnemers dan de ontvanger van deze mogelijkheid gebruik zullen maken. Hoewel dergelijke schadevergoeding nooit de omvang van de eigenlijke steunverlening kan aannemen (wat immers een verkapt vorm van steunverlening zou zijn), wordt in de literatuur wel ruimte gezien voor schadeclaims.⁵⁴

De ongedaanmakingsverplichting geldt voor de gehele periode van onrechtmatigheid

Waaruit de ongedaanmakingsverplichting in situaties van onrechtmatige, maar verenigbare steun ook bestaat – alleen vordering van rente op grond van het gemeenschapsrecht of ook terugvordering op grond van het nationale recht – met de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag maakt het Hof duidelijk dat deze verplichting geldt voor de gehele periode van onrechtmatigheid. De tweede prejudiciële vraag van de Franse Conseil d'État was ingegeven door het feit dat op dat moment al twee keer sprake was geweest van een verenigbaarverklaring die later in rechte was vernietigd. Het Hof antwoordde als volgt: 'Op de tweede vraag dient (...) te worden geantwoord dat in een procedurele situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, de uit artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG-Verdrag voortvloeiende ver-

plichting om de gevolgen van de onrechtmatigheid van een steunmaatregel op te heffen zich, voor de berekening van de door de ontvanger te betalen bedragen, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, ook uitstrekt tot het tijdvak dat is verstreken tussen een beschikking van de Commissie waarbij de verenigbaarheid van deze steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt is vastgesteld en de nietigverklaring van deze beschikking door de gemeenschapsrechter.'⁵⁵

De periode van onrechtmatigheid begint in ieder geval te lopen op het moment van de onrechtmatige steunverlening. Wanneer zij eindigt, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Zolang nog beroep mogelijk is tegen een Commissiebeschikking (positief of negatief) bestaat daarover in ieder geval nog geen definitieve zekerheid, zo blijkt uit de overwegingen van het Hof in de onderhavige zaak. In geval van een positieve beschikking van de Commissie, geldt het volgende: 'De steun die is verleend na de positieve beschikking van de Commissie, wordt vermoed rechtmatig te zijn tot aan de beslissing van de gemeenschapsrechter tot nietigverklaring. Vervolgens wordt de betrokken steunmaatregel op de datum van laatstgenoemde beschikking overeenkomstig artikel 231, eerste alinea, EG-Verdrag geacht niet verenigbaar te zijn verklaard bij de nietig verklaarde beschikking, zodat de uitvoering ervan als onrechtmatig moet worden aangemerkt.'⁵⁶ Dergelijke tijdelijke fasen van verenigbaarheid leveren volgens het Hof geen uitzonderlijke omstandigheden op die vertrouwen in de rechtmatigheid van de verleende steun kunnen rechtvaardigen bij de ontvangers. Zolang de termijn voor beroep tegen een beschikking niet is verstreken en zolang de gemeenschapsrechter zich niet definitief heeft uitgesproken, mag de ontvanger van staatssteun als behoedzaam ondernemer dus niet uitgaan van de zekerheid van rechtmatigheid.⁵⁷ Nu het Gerecht van Eerste Aanleg bij uitspraak van 15 april 2008 ook de derde verenigbaarheidsbeschikking van de Commissie in de *CELF*-zaak heeft vernietigd, zal de onzekerheid in casu nog wel even voortduren.

Onderminning van de effectieve handhaving van het staatssteunrecht?

Nu de keuzen en overwegingen van het Hof in de *CELF*-uitspraak in de voorgaande paragrafen zijn weergegeven en contextueel zijn besproken, zal ik nader ingaan op de meer fundamentele vraag of in de door het Hof gekozen benadering niet het gevaar schuilt dat de effectieve handhaving van het staatssteunrecht wordt ondermijnd, zowel gelet op de mogelijkheden tot publieke als tot private handhaving. De beantwoording van deze vraag wordt gecompliceerd door de eerder al besproken samenloop binnen het communautaire staatssteunregime van enerzijds het materieelrechtelijk toetsingskader met betrekking tot de (on)verenigbaarheid van steunmaatregelen en anderzijds het procedurele kader.

Vanuit een materieelrechtelijke benadering bezien zal effectieve handhaving van het staatssteunrecht er vooral op zijn gericht

⁵³ HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, *SFEI*, *Jur.* 1996, p. I-3547, r.o. 75; HvJ EG 5 oktober 2006, zaak C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, *Jur.* 2006, p. I-9957, r.o. 56.

⁵⁴ Zie over staatssteun en schadevergoeding in het Nederlandse recht uitgebreid W. den Ouden & M. Tjepkema, 'Schadevergoeding van overheidswege en het verbod op staatssteun', *O&A* 2007, p. 79-114.

⁵⁵ *CELF*-uitspraak, r.o. 69.

⁵⁶ *CELF*-uitspraak, r.o. 63.

⁵⁷ *CELF*-uitspraak, r.o. 65-68.

te garanderen dat alleen met de gemeenschappelijke markt verenigbare steunmaatregelen ten uitvoer worden gelegd. Onverenigbare steun die wel is verleend zal in die benadering moeten worden teruggedraaid, maar wanneer steun eenmaal verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard, moet deze ook ten uitvoer kunnen worden gelegd door de betrokken lidstaat. In de *CELF*-zaak koos de Commissie voor deze benadering ten aanzien van de vraag of in de gegeven situatie terugvordering nog gepast was. 'Volgens de Commissie zou in casu een bevel van de nationale rechter om de onrechtmatige steun terug te vorderen iedere praktische werking aan haar beschikking inzake de verenigbaarheid ontnemen', zo blijkt uit de conclusie van advocaat-generaal Mazák.⁵⁸

Vanuit een procedurele benadering bezien houdt effectieve handhaving van het staatssteunrecht in het garanderen dat de procedurele verplichtingen door de lidstaten worden nageleefd en het zondig sanctioneren van overtredingen daarvan. Zoals aangegeven in voorgaande paragrafen, is deze benadering in vaste rechtspraak jarenlang leidend geweest met als ratio de nuttige werking van het in artikel 88, lid 3, EG-Verdrag besloten liggende controlestelsel voor steunmaatregelen en de daarmee samenhangende taakuitoefening door de Commissie tegen de achtergrond van een goede werking van de gemeenschappelijke markt. advocaat-generaal Mazák kiest in zijn conclusie in de *CELF*-zaak ook duidelijk voor deze benadering. Hij beschouwt de aanmeldings- en standstillverplichting van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag als hoekstenen van de in het EG-Verdrag neergelegde regeling inzake staatssteun.⁵⁹

Het Hof van Justitie kiest in de zaak *CELF*, waarin sprake is van onrechtmatig verleende, maar verenigbaar verklaarde steun – althans op het moment van de prejudiciële verwijzing⁶⁰ – uiteindelijk voor een gemengde benadering: als sanctie op de procedurele schending moet wel rente worden gevorderd, maar de steun hoeft niet te worden teruggevorderd. Op zich valt te prijzen dat het Hof probeert enerzijds voldoende prikkels te garanderen om de procedurele naleving van het gemeenschapsrecht te bevorderen en anderzijds zoekt naar een praktische oplossing voor weliswaar onrechtmatig verleende, maar verenigbaar verklaarde staatssteun. De door het Hof gemaakte keuze is door diverse annotatoren, vooral om praktische redenen al verwelkomd.⁶¹ Toch ben ik met advocaat-generaal Mazák van mening dat afbreuk wordt gedaan aan het in zijn woorden 'zorgvuldig opgebouwde controlestelsel op staatssteun' als

het verzuim van de vereisten van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag niet meer is dan 'een louter procedurele onregelmatigheid die achteraf kan worden hersteld door een beschikking van de Commissie waarbij de steun verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt'.⁶² Het risico bestaat immers dat de enkele mogelijkheid dat de steunontvanger rente zal moeten betalen bij verenigbaarverklaring, lidstaten niet meer voldoende afschrikt en dit derhalve geen effectieve prikkel is om de procedurele verplichtingen bij de verlening van nieuwe staatssteun na te leven.⁶³ Uiteraard bestaat ook de mogelijkheid dat de steun onverenigbaar wordt verklaard, in welk geval de steun wel zal moeten worden teruggevorderd, maar ik sluit niet uit dat na de *CELF*-uitspraak het wel of niet naleven van de procedurele voorschriften van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag nog meer dan voorheen een strategische afweging wordt. Dat kan vergaande consequenties hebben. De procedurele bepalingen staan, zoals eerder al opgemerkt, immers niet op zichzelf. Zij hebben tot doel de inhoudelijke verenigbaarheidstoets door de Commissie te faciliteren. Als lidstaten na de *CELF*-uitspraak nu eerder geneigd blijken te zijn steunmaatregelen tot uitvoering te brengen zonder de procedurele verplichtingen na te leven, dan zal dat ernstig afbreuk doen aan de mogelijkheid voor de Commissie om steunmaatregelen op hun verenigbaarheid te kunnen toetsen voordat zij in werking treden.⁶⁴ Door de teugels ten aanzien van de handhaving van de procedurele bepalingen wat te laten vieren, zou het Hof dan impliciet, ook vanuit een materieelrechtelijke benadering, de effectiviteit van de handhaving van het staatssteunrecht ondermijnen.

Dit effect wordt nog versterkt, doordat de uitspraak van het Hof vermoedelijk ook effect zal hebben op de eerder al genoemde private handhavingsmogelijkheden. Afgezien van het reeds opgemerkte feit dat de intensiteit en succeschansen van private handhavingsacties nu reeds te wensen overlaten, bestaat er, gelijk advocaat-generaal Mazák opmerkt, een reële kans dat particulieren na de *CELF*-uitspraak nog minder prikkels voelen om in rechte over vermeende onrechtmatige steunverlening te gaan procederen, althans wanneer de steun, zoals in de situatie van de *CELF*-zaak, verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard.⁶⁵ Het vorderen van terugvordering van beweerdelijk in strijd met artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG-Verdrag verleende steun is dan immers geen optie meer, althans niet op grond van het gemeenschapsrecht. Hoogstens kunnen particulieren dan nog vorderen dat rente zal worden betaald en eventueel ook schadevergoeding. Zeker in die situatie moet het sterk worden betwijfeld of particuliere marktdeelnemers, zoals concurrenten, nog bereid zijn om tijd en geld te steken in procedures met lastige bewijs-technische aspecten – denk bijvoorbeeld aan het causaal verband tussen onrechtmatige steunverlening en geleden schade – en daarmee een onzekere uitkomst.⁶⁶ Aangezien procedurele schendingen van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag in *CELF*-situaties alleen maar via private handhavingsacties kunnen worden gecorrigeerd – de Commissie kan bij de huidige stand van het recht immers niet optreden tegen onrechtmatige steunverlening die verenigbaar wordt verklaard – kan de *CELF*-uitspraak van het Hof van Justitie dus ook op deze manier de effectieve handhaving van het staatssteunrecht ondermijnen.

Advocaat-generaal Mazák concludeerde in de *CELF*-zaak als volgt: 'De nationale rechterlijke instanties zouden derhalve in beginsel volgens mij sancties moeten blijven opleggen, door overeenkomstig de nationale procedureregels terugvordering van onrechtmatige steun te gelasten ongeacht een latere beschikking van de Commissie waarbij de steun verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard. Deze aanpak leidt geenszins tot een verzwakking

⁵⁸ *CELF*-conclusie, ov. 29.

⁵⁹ *CELF*-conclusie, ov. 30.

⁶⁰ Zie de annotatie van P.J. Slot voor een kritische bespreking van de door het Hof gebruikte terminologie, in het bijzonder het woord 'eindbeslissing'. Slot 2008, p. 457.

⁶¹ Zie Mok 2008, Slot 2008, Jaeger 2008.

⁶² *CELF*-conclusie, ov. 31.

⁶³ Mok is van mening dat ook van terugvordering van rente een preventieve werking tot naleving van artikel 88, lid 3, EG kan uitgaan. Zie Mok 2008, punt 3.

⁶⁴ Zie ook de *CELF*-conclusie, ov. 31.

⁶⁵ Zie ook de *CELF*-conclusie, ov. 32.

⁶⁶ Zie uitgebreid Jaeger 2008, p. 288 e.v. In een kritische bespreking van de effecten van 's Hof uitspraak in de *CELF*-zaak op private handhaving van het staatssteunrecht stelt Jaeger ironisch: 'In fact, *CELF* may be the next-to-final blow to private enforcement. But since the patient is sick anyway, there will probably be few noticeable changes.'

van de positie van de Commissie doordat haar eindbeslissing waarbij een steunmaatregel verenigbaar wordt verklaard in sommige gevallen geen of minder gewicht zou hebben, maar beschermt haar positie in het door de artikelen 87 en 88 EG-Verdrag in het leven geroepen controlestelsel op staatssteun en verzekert dat daaraan geen afbreuk wordt gedaan.⁶⁷ Wil men de nuttige werking van het staatssteunrecht, zoals dat nu geldt (dus met een sterk gecentraliseerde controle door de Commissie) ook op lange termijn handhaven, dan had het Hof deze benadering van de advocaat-generaal mijns inziens beter kunnen volgen. Overigens betwijfel ik of dat in alle gevallen een onpraktische benadering zou zijn, zoals door andere annotatoren wel is gesteld. Wanneer het gaat om eenmalige steunverlening in strijd met de procedurele voorschriften van artikel 88, lid 3, EG-Verdrag, lijkt terugvordering na een verenigbaarverklaring inderdaad onpraktisch. Hetzelfde eenmalige bedrag mag dan na de verenigbaarverklaring immers direct weer worden uitbetaald. Wanneer het echter gaat om een vorm van doorlopende steunverlening die zonder te zijn aangemeld jarenlang op onrechtmatige wijze voortduurt, zie ik niet in waarom die in het verleden onrechtmatig betaalde steun niet zou kunnen worden teruggevorderd. De verenigbaarverklaring kan in die situatie van doorlopende steunverlening mijns inziens alleen betrekking hebben op de nog te verlenen steun voor de toekomst. Deze benadering zou ook beter passen bij de vaste overweging van het Hof, zoals ook opgenomen in de *CELF*-uitspraak, dat de eindbeslissing van de Commissie niet tot gevolg heeft dat de ongeldigheid van uitvoeringshandelingen die in strijd met het in artikel 88, lid 3, EG-Verdrag neergelegde verbod zijn vastgesteld, achteraf wordt gedekt.⁶⁸

Overige consequenties voor de Nederlandse rechtspraak

Naast de hiervoor reeds besproken implicaties van de *CELF*-uitspraak wil ik nog kort wijzen op enkele andere mogelijke consequenties voor de Nederlandse rechtspraak. Hoewel het Hof in laatstgenoemde overweging nogmaals wijst op de ongeldigheid van de uitvoeringshandelingen, zouden door de *CELF*-uitspraak vragen kunnen rijzen over de nationaalrechtelijke vertaling hiervan in Nederland. Vóór de *CELF*-uitspraak werd wel aangenomen dat schending van artikel 88, lid 3, laatste volzin EG-Verdrag kon worden vertaald naar nietigheid in de zin van artikel 3:40, lid 2, BW, vanwege strijd met een dwingende wetsbepaling die de strekking heeft daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.⁶⁹ Mok heeft er reeds op gewezen dat na de *CELF*-uitspraak wellicht niet meer onverkort van deze veronderstelling kan worden uitgegaan en dat hoogstens zou kunnen worden gesproken van een soort 'zwevende nietigheid'.⁷⁰ Ik kom hierop bij een andere gelegenheid nog terug.⁷¹ Een ander punt van aandacht betreft de relatie tussen de *CELF*-uitspraak en het ahangige Wetsvoorstel terugvordering staatssteun.⁷² In dit wetsvoorstel wordt een nieuwe bevoegdheidsgrondslag voor terugvordering van staatssteun geregeld in een nieuwe titel van de Algemene wet bestuursrecht. In de eerste plaats valt hierbij op dat deze nieuwe bevoegdheidsgrondslag in het toekomstige artikel 4:80b Awb facultatief is geformuleerd.⁷³ Daardoor zal ook na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel uit het Nederlandse recht in ieder geval geen verplichting tot terugvordering kunnen worden afgeleid. De door het Hof in de *CELF*-uitspraak opgehouden mogelijkheid dat het nationale recht in tegenstelling tot het gemeenschapsrecht wel kan verplichten tot terugvordering, geldt dan dus niet voor Nederland. In de tweede plaats valt op dat het wetsvoorstel weliswaar expliciet voorziet in een mogelijkheid om ook rente te kunnen vorderen, maar deze mogelijkheid is in het wetsvoorstel gekoppeld aan een beschik-

king tot terugvordering naar nationaal recht. Uitgaande van een situatie als in de zaak *CELF* zal van terugvordering, noch op grond van het gemeenschapsrecht, noch – zoals net opgemerkt – op grond van het Nederlandse recht, dan juist geen sprake zijn. Ook op dit punt zal ik bij een andere gelegenheid nog terugkomen.⁷⁴

Concluderende opmerkingen

Met de prejudiciële vragen in de zaak *CELF* plaatste de Franse Conseil d'État het Hof van Justitie voor de volgende afweging: hoe garandeer je enerzijds voldoende prikkels om de procedurele naleving van het gemeenschapsrecht te bevorderen en anderzijds een oplossing voor weliswaar onrechtmatig verleende, maar toch verenigbaar verklaarde staatssteun? In deze bijdrage is ingegaan op de beweegredenen voor het Hof om vooral te kiezen voor een praktische benadering en daarmee terug te komen op eerdere vaste rechtspraak gericht op de effectieve werking van het onderliggende staatssteunrecht. Geconcludeerd is dat de motivering voor deze jurisprudentiële draai duidelijker en overtuigender had kunnen zijn. Praktisch gezien lijkt de keuze van het Hof om aan onrechtmatige steunverlening die verenigbaar wordt verklaard alleen een verplichte rentevordering te verbinden bovendien niet in alle gevallen passend om het door de steunontvanger onrechtmatig verkregen voordeel geheel ongedaan te maken. Fundamenteler van aard is dat in de door het Hof gekozen benadering het gevaar schuilt dat de effectieve handhaving van het staatssteunrecht op termijn zal worden ondermijnd, zowel gelet op de mogelijkheden tot publieke als tot private handhaving. Of de door het Hof gekozen benadering, die op het eerste gezicht praktisch lijkt, daarom uiteindelijk zo gelukkig is gekozen, waag ik te betwijfelen. Uiteraard zal in de praktijk nog moeten blijken of lidstaten de staatssteunregels inderdaad sneller aan hun laars zullen lappen en of particulieren juist minder snel (nog minder dus dan nu reeds het geval is) naar de rechter zullen stappen om in rechte te procederen tegen onrechtmatige steunverlening. Tot slot is ingegaan op enkele specifieke consequenties van de uitspraak voor de Nederlandse rechtspraak.

Terugkomend op de zaak *CELF*, tot slot, zal moeten worden afgewacht of de besproken uitspraak van het Hof van Justitie nog wel van praktische waarde zal zijn voor de Franse autoriteiten. Mocht de Commissie na de uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg van 15 april 2008, waarin ook de derde verenigbaarheidsbeschikking van de Commissie werd vernietigd, namelijk tot een negatieve beschikking komen, dan zal die steun op grond van het gemeenschapsrecht in beginsel alsnog moeten worden teruggevorderd. Zover is het echter nog niet. Gelet op de voorgeschiedenis van het geschil, zal de definitieve uitkomst in de zaak *CELF* nog wel even op zich laten wachten.

⁶⁷ *CELF*-conclusie, ov. 33.

⁶⁸ *CELF*-uitspraak, r.o. 40.

⁶⁹ Zie Rechtbank Rotterdam 24 januari 2007, *LJN* AZ6902; bekrachtigd in Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, *LJN* BD6981.

⁷⁰ Mok 2008, punt 3. Zie in vergelijkbare zin Jaeger 2008, p. 287 die spreekt van 'pending nullity' en 'pending invalidity'.

⁷¹ Een uitgebreide bijdrage over de consequenties van schending van het staatssteunrecht in algemene zin zal binnenkort verschijnen in *SEW*.

⁷² *Kamerstukken II* 2007/08, 31418, nr. 2.

⁷³ Zie hierover *Kamerstukken II* 2007/08, 31418, nr. 4, p. 2.

⁷⁴ Een uitgebreide bespreking van het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun, geschreven met W. den Ouden, zal binnenkort verschijnen in *NTB*.