Universiteit Leiden
The Netherlands

Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie

Metselaar, A.J.

Citation

Metselaar, A. J. (2016, October 27). *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie*. *Meijers-reeks*. Wolters Kluwer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/43790

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/43790

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

Cover Page

Universiteit Leiden

Leiden University Repository

The handle http://hdl.handle.net/1887/43790 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Metselaar, A.J.
Title: Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie
Issue Date: 2016-10-27

2 Staatssteunrecht en de nationale rechter uit Europees perspectief

2.1 Inleiding en opzet

Wat is de rol van de Nederlandse rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht in het licht van het Unierecht? Daarover gaat dit hoofdstuk. Wil men namelijk het optreden van de Nederlandse rechter in staatssteungeschillen kunnen duiden, dan is een redelijk begrip van de staatssteunregels, de manier waarop zij kunnen worden gehandhaafd en de taken die in dat kader aan de rechter toekomen, onmisbaar. Daarvoor vallen in ieder geval drie concrete redenen aan te wijzen. Ten eerste volgt uit de staatssteunregels de norm die door de Nederlandse rechter moet worden toegepast.[1] Wil de rechter dat ook daadwerkelijk kunnen doen (en wil men kunnen onderzoeken hoe hij dat doet), dan moeten de inhoud en strekking van die norm duidelijk zijn. Ten tweede is in de Europese regelgeving en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU[2] uitgekristalliseerd hoe de nationale rechter moet optreden en welke taken op hem rusten wanneer een schending van die norm wordt aangevoerd of vastgesteld. Kortom: uit het Unierecht volgt niet alleen de toe te passen materiële norm, maar ook het normatief kader dat het handelen van de rechter bij de toepassing van die norm beheerst. Ten derde vervult de nationale rechter zijn rol bij de handhaving van de Europese staatssteunregels niet alleen. Ook de Europese Commissie heeft op dat gebied namelijk belangrijke taken. Het is zodoende belangrijk om op het netvlies te hebben waar die taken mogelijk overlappen en waar de rechter van de Commissie hulp mag verwachten of door het optreden van de Commissie kan worden gebonden.

In het vorige hoofdstuk is het beeld gebruikt van het nationale recht als gereedschapskist waarmee de nationale rechters hun rol op grond van het Unierecht moeten proberen te vervullen. Binnen die beeldspraak geeft dit hoofdstuk de bouwtekening weer – het resultaat dat vanuit het perspectief van het Unierecht met behulp van het nationale gereedschap moet worden bereikt. In de hiernavolgende hoofdstukken worden delen van die bouwtekening verder uitgediept, maar vooral wordt op basis van de Nederlandse

1 Wel kunnen de staatssteunregels, zoals in de volgende hoofdstukken nog aan de orde komt, met name in procedures voor de Nederlandse bestuursrechter worden 'gegoten' in een nationale norm, zoals het motiveringsbeginsel of het formele zorgvuldigheidsbeginsel. Zie bijvoorbeeld in hoofdstuk 5 § 5.5.3.

2 Bestaande uit het Hof van Justitie (hierna: het Hof) en het Gerecht.

jurisprudentie onderzocht wat voor een bouwwerk daadwerkelijk tot stand komt en hoe dat kan worden verklaard. Om de zojuist genoemde 'bouwtekening' te kunnen schetsen, staat in dit hoofdstuk de volgende vraag centraal: welke rol kan, dan wel moet, de Nederlandse rechter bezien vanuit het Unierecht bij de handhaving van het staatssteunrecht vervullen? Dat is de eerste deelvraag waarmee de centrale vraagstelling van dit onderzoek is aangescherpt.

2.1.1 Afbakening en opbouw van het hoofdstuk

Over de inhoud en handhaving van de staatssteunregels op grond van het Unierecht en de rol van de nationale rechter daarbij valt veel te schrijven. Het voert te ver om in dit hoofdstuk te proberen om alle daarbij behorende onderwerpen uitputtend te onderzoeken. Dat ook niet nodig, want over de (handhaving van) de staatssteunregels bestaat inmiddels een uitgebreide literatuur.[3] Zeker waar het gaat om de inhoud van het staatssteunbegrip, de op steunmaatregelen van toepassing zijnde regels en de handhavingstaak van de Europese Commissie, beperkt dit hoofdstuk zich daarom tot het schetsen van de belangrijkste hoofdlijnen die nodig zijn om de rol van de Nederlandse rechter in staatssteungeschillen in perspectief te kunnen plaatsen. Voor een uitgebreidere en gedetailleerdere bespreking van deze onderwerpen kan worden verwezen naar de literatuur. Het ligt wel voor de hand om wat uitgebreider stil te staan bij de rol van de nationale rechter – per slot van rekening de sleutelfiguur van dit onderzoek in het algemeen en dit hoofdstuk in het bijzonder. Sommige aspecten van die rol zijn in het bijzonder relevant voor de in de hierna volgende hoofdstukken onderzochte kernthema's en worden in die hoofdstukken verder uitgediept. Waar dat het geval is, wordt dit ook in de tekst vermeld.

Voor de beantwoording van de in dit hoofdstuk centraal gestelde vraag wordt, na een kort algemeen overzicht van de staatssteunregels (§ 2.2) weergegeven wanneer sprake is van staatssteun (§ 2.3) en welke ge- en verboden gelden wanneer een maatregel als staatssteun kwalificeert (§ 2.4). De volgende paragrafen gaan in op de manieren waarop krachtens Unierecht de naleving van deze ge- en verboden wordt gewaarborgd. Daarbij komt eerst de rol van de Commissie aan bod (§ 2.5) om vervolgens te kunnen toekomen aan de rol van de spil van dit onderzoek, de nationale rechter (§ 2.6). Afgesloten wordt met een slotbeschouwing (§ 2.7).

3 Zie met name: Quigley 2015; Biondi 2013; Hancher, Ottervanger en Slot 2012; Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010; Nicolaides 2008; Jestaedt, Derenne en Ottervanger 2006. Meer in het bijzonder in relatie tot het Nederlands recht: Adriaanse 2006; Den Ouden 2005; Joris 1994; Winter 1981.

2.2 HET STAATSSTEUNRECHT IN VOGELVLUCHT

De Europese staatssteunregels zijn al in 1957 in het leven geroepen, destijds in de artikelen 92 tot en met 94 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap.[4] Inmiddels zijn zij te vinden in de artikelen 107 tot en met 109 VWEU, en nader uitgewerkt in verschillende verordeningen, besluiten, *soft law*-instrumenten en uitspraken van het Hof van Justitie van de EU, zoals hierna nog aan de orde komt. Kort samengevat houden de staatssteunregels in dat lidstaten van de EU slechts financiële steun aan ondernemingen mogen verlenen wanneer zij daarvoor toestemming van de Commissie hebben. Het uitgangspunt is dat het verlenen van dergelijke steun in de weg kan staan aan een aantal wezenlijke doelstellingen van de EU. De staatssteunregels vormen, op zijn minst in de visie van de Commissie, een belangrijke voorwaarde voor het totstandbrengen van een échte interne markt, wat op zijn beurt 'Europa's grootste troef' is om van Europa een slimme, duurzame en inclusieve economie te maken – de doelstelling van de zogenaamde Europa 2020-strategie.[5] In 2005 heeft de Europese Commissie een Staatssteun Actieplan[6] opgesteld waarin zij deze context nader toelicht. In 2012 heeft de Commissie de achtergrond van het staatssteuntoezicht uit haar perspectief nog eens nader aangescherpt in het kader van de zogenaamde staatssteunmodernisering.[7]

Volgens de Commissie waarborgen de staatssteunregels ten eerste een goed functionerende markteconomie. Deze maakt mogelijk dat consumenten tegen lage prijzen toegang hebben tot de producten die zij willen kopen en dat het concurrentievermogen van de EU in haar geheel wordt versterkt door ruimte te geven aan innoverende ondernemingen. Ten tweede beoogt het staatssteuntoezicht een gelijk speelveld voor alle ondernemingen te bewerkstelligen. Het verlenen van steun kan immers de marktpositie van bepaalde ondernemingen onterecht doen toenemen terwijl andere ondernemingen juist worden belemmerd of er zelfs niet in slagen om tot de markt toe te treden. Tot slot benadrukt de Commissie dat steun niet gratis is en ten koste gaat van andere belangrijke taken van de overheid.[8] Aan deze op zich vrij beleidsneutrale aspecten[9] heeft

4 Een vergelijkbare bepaling viel, uiteraard met een beperktere reikwijdte, zelfs al in 1951 te vinden in art. 67 van het Verdrag tot de oprichting van een Europese Gemeenschap van Kolen en Staal.

5 Mededeling van de Commissie van 8 mei 2012 aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, De modernisering van het EU staatssteunbeleid, COM(2012) 209 def. (hierna: Moderniseringsmededeling), randnr. 1 en 2.

6 Actieplan staatssteun 'Minder en beter gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009)', COM(2005)795 (hierna: Actieplan staatssteun).

7 Moderniseringsmededeling. Voor een mooi overzicht van de nieuwe regels onder de staatssteunmodernisering, zie Huurnink en Van den Tweel 2014 (formeel recht) en Huurnink en Van den Tweel 2015 (materieel recht).

8 Actieplan staatssteun, randnrs. 6-8.

de Commissie in het kader van de staatssteunmodernisering toegevoegd dat het wenselijk is dat overheidsbestedingen doelmatiger en doeltreffender worden en meer inzetten op groeibevorderende beleidsinitiatieven die voldoen aan gemeenschappelijke Europese doelstellingen. Ook hiermee zou moeten worden bijgedragen aan de tenuitvoerlegging van de Europa 2020-strategie voor duurzame groei en voor begrotingsconsolidatie.[10]

Dat er redenen bestaan om steunverlening door overheden aan banden te leggen, sluit niet uit dat overheidssteun een belangrijk instrument kan zijn om doelstellingen in het algemene belang te verwezenlijken. De Commissie noemt het corrigeren van marktfalen, sociale en regionale cohesie, duurzame ontwikkeling en culturele diversiteit. In een specifiek geval moet dan ook worden nagegaan hoe de positieve effecten voor het algemene belang zich verhouden tot de negatieve effecten van de steun op de mededinging.[11] Wanneer sprake is van overheidssteun is het dan ook zaak dat de Commissie – of de steunverlenende overheid op basis van door de Commissie uitgevaardigde regelgeving – nagaat of deze met de interne markt verenigbaar is.

Om de Commissie in staat te stellen deze afweging daadwerkelijk en op voorhand te maken, is een procedureel mechanisme in werking gezet. Een lidstaat die staatssteun wil verlenen, moet deze eerst aan de Commissie voorleggen (tenzij sprake is van zogenaamde bestaande steun)[12] en het uitvoeren van de steun uitstellen totdat de Commissie een uitspraak over de verenigbaarheid heeft gedaan. Omdat dit van de Commissie veel tijd en mankracht vraagt, kunnen bepaalde maatregelen van deze aanmeldingsplicht worden vrijgesteld en worden maatregelen die onder de vrijstelling vallen, geacht door de Commissie te zijn goedgekeurd.[13] Wanneer een steunverlenende overheid zich niet aan deze procedurele regels houdt, wordt de steun geacht onrechtmatig of onwettig te zijn. Op basis van deze algemene schets kan in de volgende paragrafen op de belangrijkste elementen van dit systeem worden ingegaan, te beginnen met de vraag wanneer eigenlijk van staatssteun sprake is.

2.3 'STAATSSTEUN'

De basis voor de beoordeling of een maatregel staatssteun vormt, is artikel 107 lid 1 VWEU. Hierin wordt bepaald:

9 Zie kritisch over 'policy-making and regulation by virtue of State aid law': Koenig 2014, p. 611.
10 Moderniseringsmededeling, randnr. 4 en 5.
11 Actieplan staatssteun, randnrs. 10-11.
12 Zie over bestaande steun nader in dit hoofdstuk § 2.4.5.
13 Deze vrijstellingen kunnen in het leven worden geroepen in verordeningen die hun grondslag vinden in art. 109 VWEU. Het belangrijkste voorbeeld is de hierna nog nader te bespreken Verordening 733/2013 (machtigingsverordening).

> 'Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt'.

Uit de tekst van artikel 107 lid 1 VWEU kunnen vier voorwaarden worden gedestilleerd. (1) Er is sprake van een maatregel die bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigt; (2) deze maatregel is door de Staat of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd; (3) de maatregel vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen; (4) de maatregel beïnvloedt het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig.[14] Het kan zuiverder zijn om de eerste voorwaarde op te splitsen in twee aparte criteria, namelijk dat enerzijds sprake moet zijn van begunstiging en dat anderzijds deze begunstiging geldt voor bepaalde ondernemingen of bepaalde producties (het selectiviteitscriterium).[15] De inhoudelijke toets blijft ongeacht de gekozen aanpak gelijk.

Bij de invulling van het begrip staatssteun gaat het Hof, zoals zal blijken, uit van een pragmatische benadering. Zo hebben het Gerecht alsook het Hof met enige regelmaat benadrukt dat de redenen of doeleinden van overheidsmaatregelen er bij de kwalificatie als steun niet toedoen; relevant voor de beoordeling of sprake is van staatssteun zijn enkel de gevolgen van de bestreden maatregel.[16] Daarnaast stond al vroeg vast dat zowel de steunmaatregel zelf als de wijze waarop deze wordt gefinancierd voor de toepasselijkheid van artikel 107 lid 1 VWEU relevant zijn.[17] Gebruikmakend van de (niet altijd even heldere of eenduidige)[18] jurisprudentie van de Europese rechters en, waar nodig, de besluitenpraktijk van de Commissie, worden hierna de vier voorwaarden nader toegelicht.

---

14 De verdeling in vier voorwaarden wordt ook als zodanig gebruikt door het Hof, in o.a. HvJ EU 21 maart 1990, nr. C-142/87 (*Tubemeuse*), r.o. 25; HvJ EU 1 juli 2008, nr. C-341/06 P en C-342/06 P (*Chronopost en La Poste*), r.o. 125; HvJ EU 17 juli 2008, nr. C-206/06 (*Essent Netwerk Noord*), r.o. 63; HvJ EU 10 juni 2010, nr. C-140/09 (*Fallimento Traghetti*), r.o. 31; HvJ EU 2 september 2010, nr. C-399/08 P (*Commissie/Deutsche Post*), r.o. 38. Ook de Commissie toetst vier voorwaarden. Vgl. Besluit van de Commissie van 29 oktober 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland, *PbEU* 2004, L 34/63, punt 41. Zie ook Craig en De Búrca 2015, p. 1133 e.v.

15 Zie voor deze benadering o.a. Adriaanse 2006, p. 19 en VerLoren van Themaat en Reuder 2008, p. 761.

16 HvJ EU 2 juli 1974, nr. 173/73 (*Italië/Commissie*), r.o. 13; HvJ EU 26 september 1996, nr. C-241/94 (*Frankrijk/Commissie*), r.o. 20; GvEA EU 29 september 2000, nr. T-55/99 (*CETM/Commissie*), r.o. 94.

17 HvJ EU 25 juni 1970, nr. 47/69 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 4.

18 Ondanks pogingen om toch duidelijkheid te verschaffen, bijv. door Biondi 2013.

2.3.1 Selectief voordeel voor een onderneming

Kernachtig samengevat kan een voordeel in de zin van artikel 107 VWEU worden gevonden in 'maatregelen die, in welke vorm ook, ondernemingen rechtstreeks of indirect kunnen bevoordelen, of die moeten worden beschouwd als een economisch voordeel dat de begunstigde onderneming onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen'.[19] Het begrip voordeel in deze zin verwijst niet enkel naar positieve prestaties zoals subsidies, maar ook naar maatregelen die een onderneming van een last bevrijden die zij anders zelf had moeten dragen.[20] Te denken valt bijvoorbeeld aan belastingverlagingen of de verkoop van grond tegen een lagere prijs dan gewoonlijk. Ook bijvoorbeeld de omstandigheid dat de gewone faillissements- en insolventieprocedures op een onderneming niet van toepassing zijn, kan tot gevolg hebben dat sprake is van een voordeel.[21] In feite gaat het bij een voordeel dus om een verbetering, op welke manier dan ook, van de financiële positie van een onderneming.[22]

Een voordeel kan onder omstandigheden ook via een omweg bij de begunstigde terechtkomen. Dat was het geval in de zaak *Mediaset*, over een Italiaanse wet die door middel van subsidies aan consumenten de koop of huur van een bepaalde technologie wilde bevorderen. Hoewel geen subsidie werd verleend aan de aanbieders van de technologie, waren zij volgens het Hof door de maatregel wel in staat om hun klantenbestand te behouden en zelfs uit te breiden.[23]

Van een voordeel is geen sprake wanneer een steunmaatregel een zuiver compensatoir karakter heeft, hoewel dit niet te gemakkelijk moet worden aangenomen. De Commissie zag geen voordeel in compenserende maatregelen voor een zeilvereniging die verliezen leed door de keuze van de overheid om een haven te verbouwen.[24] Ook een schadevergoeding die verplicht op grond

---

19 HvJ EU 23 maart 2006, nr. C-237/04 (*Enirisorse*), r.o. 30; HvJ EU 30 maart 2006, nr. C-451/03 (*Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*), r.o. 59; HvJ EU 2 september 2010, nr. C-399/08 P (*Commissie/Deutsche Post*), r.o. 40.

20 HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*), r.o. 38; HvJ EU 15 december 2005, nr. C-66/02 (*Italië/Commissie*), r.o. 77; GvEA EU 30 november 2009, nr. T-427/04 en T-17/05 (*France Télécom/Commissie*), r.o. 196.

21 HvJ EU 3 april 2014, nr. C-559/12 P (*Franse Republiek/Commissie*).

22 Zie GvEA EU 30 november 2009, nr. T-427/04 en T-17/05 (*France Télécom/Commissie*), r.o. 196; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-227/01 t/m T-229/01, T-265/01, T-226/01 en T-270/01 (*Territorio histórico de Álava*), r.o. 126. Let wel dat hiermee nog niet is gegeven dat aan de overige voorwaarden is voldaan.

23 HvJ EU 28 juli 2011, nr. C-403/10 P (*Mediaset*), r.o. 81; GvEA EU 15 juni 2010, nr. T-177/07 (*Mediaset*), r.o. 62 en 75. Zie ook GvEA EU 4 maart 2009, nr. T-424/05 (*Italië/Commissie*), r.o. 108.

24 Besluit van de Commissie van 29 oktober 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland, *PbEU* 2004, L 34/63.

van een wettelijke bepaling wordt verleend, levert over het algemeen geen staatssteun op.[25] Kern van de zaak is immers of de overheidsbemoeienis een verbetering in de financiële positie van de ontvanger heeft veroorzaakt.

2.3.1.1 De overheid als deelnemer in een markteconomie

De vraag of een overheid een voordeel verstrekt valt niet altijd even gemakkelijk te beantwoorden. Een belangrijk hulpmiddel vormt het beginsel van de overheid als marktdeelnemer in een markteconomie (hierna: MEOP, naar de Engelse benaming *market economy operator principle*. Ook wel bekend als het beginsel van de particuliere marktinvesteerder).[26] Dit beginsel, dat in verschillende contexten door het Hof van Justitie is gehanteerd, heeft een belangrijke plek ingenomen in de hierna in § 2.3.5 nog te bespreken Commissiemededeling over de definitie van staatssteun.[27] Uitgangspunt is dat de Staat zich kan gedragen als traditionele overheid, om algemene belangen te behartigen, maar ook als min of meer willekeurig marktdeelnemer.[28] Een onderneming die onderhandelt met de overheid in haar hoedanigheid van marktdeelnemer en een afspraak maakt die ook zo met een andere marktdeelnemer had kunnen worden gemaakt, zal niet snel een voordeel in de zin van het Verdrag hebben ontvangen. Dat deze hypothetische investeerder geen toegang heeft tot de middelen waarover de overheid kan beschikken, zoals middelen uit belastingheffing of zelfs wetgeving, sluit de toepassing van het MEOP niet uit.[29]

De Commissie hanteert in haar mededeling de volgende toetsingsmaatstaf: is het besluit van een lidstaat om op enig moment een transactie uit te voeren, genomen op grond van economische analyses die te vergelijken zijn met die welke een rationele particuliere marktdeelnemer (die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de betrokken overheidsinstantie benadert), zou hebben laten uitvoeren om de winstgevendheid of economische voordelen van de transactie te bepalen?[30] Bij die beoordeling kan het beginsel van *pari passu* uitkomst bieden. Dat wil zeggen: wanneer een transactie op

---

25 Den Ouden en Tjepkema 2007, m.n. p. 101. Vgl. HvJ EU 27 september 1988, nr. 120/87 (*Asteris*), r.o. 23-24. Zie ook Tjepkema 2013; Tjepkema 2010, p. 709 e.v.

26 Zie over het MEOP nader: Rijke, Roks-Mauritz en Visser 2015; Aalbers en Jaarsma 2015; Saanen 2012.

27 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016, *C* 262/1 (hierna: Mededeling definitie staatssteun), vanaf randnr. 73.

28 HvJ EU 14 september 1994, nr. C-278/92 t/m C-280/92 (*Spanje/Commissie*), r.o. 22; GvEA EU 15 december 2009, nr. T-156/04 (*EDF/Commissie*), r.o. 223; HvJ EU 5 juni 2012, nr. C-124/10P (*EDF/Commissie*). Vgl. Van der Wal en Van Heezik 2012.

29 GvEA EU 15 december 2009, nr. T-156/04 (*EDF/Commissie*), r.o. 235-237. Het feit dat de overheid een wet of een andere enkel aan haar voorbehouden maatregel treft, sluit niet uit dat daaraan een economisch doel ten grondslag ligt dat ook door een particuliere investeerder had kunnen worden nagestreefd.

30 Mededeling definitie staatssteun, randnr. 79.

dezelfde voorwaarden plaatsvindt voor overheidsinstanties en particuliere marktdeelnemers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, mag worden verondersteld dat aan het MEOP is voldaan en er geen sprake is van een voordeel.[31]

2.3.1.2 Diensten van algemeen economisch belang

Uit het MEOP volgt onder meer dat het niet de bedoeling is om met staatsmiddelen onrendabele activiteiten kunstmatig in stand te houden.[32] Een op winst gerichte privé-investeerder zou dat ook niet doen. Er wordt een belangrijke uitzondering gemaakt voor activiteiten die in het algemeen belang worden uitgevoerd. Te denken valt aan het beschikbaar maken van ambulancediensten in een heel gebied zelfs wanneer dat door de lage bevolkingsdichtheid eigenlijk verliesgevend zou zijn.[33] Het gaat hierbij om diensten van algemeen economisch belang, of, zoals het Hof ze ook wel eens noemt, openbaredienstverplichtingen. Deze diensten dienen een publiek belang maar zijn vaak niet rendabel, waardoor ondernemingen ze niet zonder meer kunnen en willen uitvoeren. Er bestaat dan een inherent economisch probleem. Als de overheid wil dat deze diensten worden uitgevoerd met inachtneming van bepaalde kwaliteits- en toegangseisen maar de kosten voor de uitvoerder niet opwegen tegen de baten, zal zij financieel moeten bijspringen.[34]

In haar uitspraken in *Ferring* en *Altmark* heeft het Hof erkend dat een dergelijke tussenkomst van de Staat in principe geen voordeel oplevert.[35] Wel moet aan bepaalde voorwaarden zijn voldaan:[36]

1. De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van duidelijk omschreven openbaredienstverplichtingen. Deze moeten duidelijk blijken uit de nationale wetgeving en/of vergunningen.
2. De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld, zodat het bestaan van een voordeel kan worden voorkomen.

---

31 Deze bewoordingen zijn ontleend aan de Mededeling definitie staatssteun randnr. 86. Zie eerder: GvEA EU 12 december 2000, nr. T-296/97 (*Alitalia/Commissie*), r.o. 80-81; vgl. GvEA EU 24 september 2008, nr. T-20/03 (*Kahla/Commissie*), r.o. 254. Vgl. HvJ EU 24 januari 2013, nr. C-73/11 P (*Frucona Košice/Commissie*), r.o. 72.

32 Vgl. Actieplan staatssteun, randnr. 8.

33 Vgl. HvJ EU 25 oktober 2001, nr. C-475/99 (*Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz*), in het licht van de artt. 102 en 106 VWEU (mededinging).

34 Zie Rubini 2009, p. 320.

35 HvJ EU 22 november 2001, nr. 53/00 (*Ferring*), r.o. 30-3; HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark Trans*), r.o. 87. Daarmee wordt afgeweken van de benadering van het Gerecht, die de vraag naar de openbaredienstverplichting plaatste in het kader van het onderzoek naar de verenigbaarheid van de steun.

36 HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark Trans*), r.o. 88-94; HvJ EU 10 juni 2010, nr. C-140/09 (*Fallimento Traghetti*), r.o. 37-40.

3. De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten te dekken, waarbij rekening wordt gehouden met de opbrengsten van het uitvoeren van de verplichting en een redelijke winst.
4. De compensatie moet worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde en goedbeheerde onderneming, die zodanig met de noodzakelijke middelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om de verplichtingen uit te voeren – weer rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst. Aan deze voorwaarde wordt geacht te zijn voldaan wanneer de dienst openbaar is aanbesteed.[37]

Wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, is volgens het Hof geen sprake van een voordeel. Deze gevolgtrekking is in de literatuur bekritiseerd omdat daarmee een zeer gevoelig onderwerp is geplaatst binnen de vraag of sprake is van staatssteun en daardoor ook door nationale rechters moet worden beoordeeld.[38] De beoordeling is overigens ook alles behalve gemakkelijk.[39] Om die reden heeft de Commissie verschillende bindende en niet-bindende documenten opgesteld om rondom de diensten van algemeen economisch belang regels te stellen en deze te versimpelen en te verduidelijken.[40]

2.3.1.3 Begunstiging aan bepaalde ondernemingen of producties (selectiviteit)

Een voordeel moet aan een onderneming worden verleend om onder het staatssteunbegrip te vallen. Onder het begrip onderneming wordt verstaan 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.[41] 'Economische activiteiten' duidt op 'iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt'.[42]

Artikel 107 lid 1 VWEU beperkt zich daarnaast tot de begunstiging van *bepaalde* ondernemingen of *bepaalde* producties. Hierin besloten ligt de zogenaamde selectiviteitseis. De begunstiging is selectief wanneer deze niet geldt

37 Wanneer een activiteit openbaar is aanbesteed, kan namelijk de kandidaat worden geselecteerd 'die deze diensten tegen de laagste kosten voor de Gemeenschap kan leveren.' HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark Trans*), r.o. 93.

38 Meij 2005, p. 24-5.

39 EU-Commissaris Almunia erkende de complexiteit van deze beoordeling. J. Almunia, 'An integrated approach to state aid', toespraak voor de European State Aid Law Institute Conference, Brussel, 26 mei 2006 (SPEECH/11/385). Zie over de handhaving via vrijstellingsbesluiten uitgebreider: Adriaanse 2013.

40 Zie over het DAEB-pakket van de Commissie nader o.m.: Aalbers en Hessel 2012; Knook 2013; Saanen 2014.

41 Zie over dit begrip nader Mededeling definitie staatssteun, randnrs. 117 e.v., met verwijzingen naar vaste rechtspraak.

42 HvJ EU 12 september 2000, nr. C-180/98 t/m C-184/98 (*Pavlov*), r.o. 74 en 75; GvEA EU 16 december 2010, nr. T-231/06 en T-237/06 (*Nederlandse Omroep Stichting*), r.o. 92.

voor andere ondernemingen of producties die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, gelet op de doelstelling van de betrokken regeling.[43] Ook de selectiviteitseis is complex en veelomvattend.[44]

Alleen een maatregel die zonder onderscheid alle ondernemingen op het nationale grondgebied begunstigt is niet selectief en daarmee geen staatssteun.[45] Te denken valt aan algemeen economisch beleid, zoals het verlagen van de rente of een algemene belastingverlaging.[46] Niet veel maatregelen zullen daaraan voldoen. Een maatregel die de meeste maar niet alle ondernemingen of producties begunstigt, is toch selectief.[47] Dat geldt ook voor maatregelen die de gehele export,[48] een gehele sector van de economie of een regio[49] betreffen. Hetzelfde gaat op voor maatregelen die niet-selectief lijken maar die in de praktijk een minimuminvestering door de onderneming eisen. Daarmee wordt het voordeel namelijk voorbehouden aan ondernemingen die over de benodigde financiële middelen beschikken.[50] Op dezelfde manier krijgt een volstrekt neutrale maatregel een selectief karakter wanneer de hoogte en de voorwaarden voor de steun discretionair kunnen worden toegepast.[51] A-G Jacobs formuleerde dit principe nog scherper: 'Het bestaan van een discretionair element bij het verlenen van de tegemoetkomingen – zelfs in het kader van een algemeen stelsel – verandert iedere toepassing van het stelsel in een specifiek voorbeeld van steun'.[52]

Op deze strikte toepassing van de selectiviteitseis bestaat een aantal uitzonderingen. Vastgesteld werd dat een maatregel die zonder onderscheid alle ondernemingen op het nationale grondgebied begunstigt, niet selectief is. In sommige gevallen kan worden vastgesteld dat het relevante referentiekader niet wordt gevormd door het gehele nationale grondgebied maar door slechts

---

43 HvJ EU 30 juni 2016, nr. C-270/15 P, (*België/Commissie*), r.o. 48; HvJ EU 15 november 2011, gevoegde zaken C-106/09P en C-107/09P (*Commissie/Gibraltar*), r.o. 75; HvJ EU 29 april 2004, nr. C-308/01 (*GIL Insurance*), r.o. 68.

44 De complexiteit van de selectiviteitseis wordt mooi weergegeven door Bartosch 2010.

45 HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*), r.o. 35.

46 HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*), r.o. 35; HvJ EU 29 april 2004, nr. C-308/01 (*GIL Insurance*), r.o. 78.

47 HvJ EU 17 juni 1999, nr. C-75/97 (*Maribel*), r.o. 32; HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*), r.o. 48.

48 HvJ EU 10 december 1969, nr. 6/69 en 11/69 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 20-1; HvJ EU 7 juni 1988, nr. 57/86 (*Griekenland/Commissie*), r.o. 8.

49 HvJ EU 14 oktober 1987, nr. 248/84 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 18.

50 GvEA EU 9 september 2009, nr. T-227/01 t/m T-229/01, T-265/01, T-226/01 en T-270/01 (*Territorio histórico de Álava*), r.o. 159 en 162.

51 HvJ EU 26 september 1996, nr. C-241/94 (*Frankrijk/Commissie – "Kimberly Clark"*), r.o. 22-23.

52 Conclusie A-G Jacobs in HvJ EU 7 mei 1996, nr. C-241/94 (*Frankrijk/Commissie – "Kimberly Clark"*), ov. 28. Er hoeft dan ook niet te worden aangetoond dat het steunverlenende orgaan willekeurig heeft gehandeld; het bestaan van een discretionaire bevoegdheid volstaat. GvEA EU 6 maart 2002, nr. T-127/99, T-129/99 en T-148/99 (*Demesa*), r.o. 154; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-227/01 t/m T-229/01, T-265/01, T-226/01 en T-270/01 (*Territorio histórico de Álava*), r.o. 171.

een deel daarvan. Te denken valt aan een regionale entiteit die door haar status rechtens en feitelijk zo autonoom is dat niet het centrale bestuur maar de regionale entiteit bepalend is voor de politieke en economische omgeving waarin de ondernemingen opereren.[53] Of haar maatregelen selectief zijn, wordt getoetst aan de hand van het regionale en niet het gehele nationale grondgebied.

Daarnaast moet worden opgemerkt dat de toepassing van het selectiviteitsvereiste op belastingmaatregelen bijzonder complex is en nog steeds volop in ontwikkeling is.[54] In principe wordt een onderzoek in drie stappen gevolgd.[55] Ten eerste moet worden bepaald wat de referentieregeling is. Vervolgens moet worden nagegaan of de maatregel daarvan afwijkt, voor zover hij differentiaties invoert tussen marktdeelnemers die zich, gelet op de aan de regeling inherente doelstellingen, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.[56] Wanneer sprake is van een afwijking, moet ten derde worden beoordeeld of de afwijking gerechtvaardigd wordt door de aard of de opzet van de referentieregeling. De materie is te complex om deze hier uitputtend te kunnen behandelen. Hoofdregel blijft hoe dan ook dat van selectiviteit eerder wel dan niet sprake is.[57]

2.3.2 Door de Staat of met staatsmiddelen bekostigd

Niet elk voordeel voor een onderneming wordt door de Staat of door staatsmiddelen gefinancierd. Van een steunmaatregel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU is slechts sprake wanneer deze rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen is bekostigd[58] en aan de Staat kan worden toegerekend.[59] Het lijkt

53 HvJ EU 6 september 2006, nr. C-88/03 (*Portugal/Commissie*), r.o. 58. In deze zaak ging het over de eilandengroep van de Azoren en Madeira, die ten opzichte van Portugal autonome regio's zijn, met een eigen politiekadministratieve status, eigen overheidsorganen en eigen belastinginkomsten (r.o. 8-9).

54 Zie bijv. Douma 2014; Quigley 2012.

55 Staviczky 2015, p. 333. Hij stelt naar aanleiding van twee arresten uit 2014 verfijningen voor van dit stappenplan. De Commissie acht dit onderzoek ook toepasselijk op andere dan fiscale mogelijke steunmaatregelen. Mededeling definitie staatssteun, randnr. 128.

56 Mededeling definitie staatssteun, randnr. 128.

57 Rubini 2009, p. 372 ziet achter deze ruime uitleg geen pragmatische of politieke rechtvaardiging, maar veeleer de wil van het Hof om maatregelen onder de staatssteunregels te scharen.

58 HvJ EU 17 maart 1993, nr. C-72/91 en C-73/91 (*Sloman Neptun*), r.o. 19; HvJ EU 30 november 1993, nr. C-189/91 (*Kirsammer-Hack*), r.o. 16; HvJ EU 7 mei 1998, nr. C-52/97 t/m C-54/97 (*Viscido*), r.o. 13; HvJ EU 1 december 1998, nr. C-200/97 (*Ecotrade*), r.o. 35; HvJ EU 17 juni 1999, nr. C-295/97 (*Piaggio*), r.o. 35; HvJ EU 13 maart 2001, nr. C-379/98 (*PreussenElektra*), r.o. 58. In overeenstemming met de op gevolgen gerichte benadering van het staatssteunbegrip gaat het erom of steunmaatregelen met overheidsmiddelen worden gefinancierd: HvJ EU 14 oktober 1987, nr. 248/84 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 17.

erop dat de jurisprudentie van het Hof over dit element van het begrip staatssteun, die met de jaren steeds verder is ontwikkeld, nog niet helemaal is uitgekristalliseerd. Volledige duidelijkheid daarover bestaat (nog) niet,[60] maar toch loont het de moeite om kort stil te staan bij de twee in dit kader belangrijkste vragen, namelijk of sprake is van staatsmiddelen (of de maatregel drukt op de staatskas) en of sprake is van toerekenbaarheid aan de Staat. Kort gezegd gaat het erom of de Staat invloed had op het invoeren van een maatregel, en of zij deze invloed daadwerkelijk heeft uitgeoefend.[61]

2.3.2.1 Staatsmiddelen

Ten eerste moet worden vastgesteld of het de Staat is, in welke vorm dan ook, die invloed kan uitoefenen op de betreffende maatregel. Niet alleen de centrale of decentrale overheid kan steun verlenen,[62] maar ook een ander lichaam dat met de verdeling van steun belast is of door de overheid wordt gestuurd.[63] Het begrip 'Staat' in deze context kan dan ook als verwarrend worden ervaren, zodat in dit onderzoek doorgaans de term 'overheid' wordt gebruikt. Zelfs dat een mogelijke steunmaatregel afkomstig is van een privaatrechtelijke rechtspersoon biedt zeker geen garantie dat van staatsmiddelen geen sprake zou zijn, nu het altijd nog relevant blijft of de Staat door haar dominerende invloed op de onderneming het gebruik van diens middelen heeft kunnen sturen.[64]

Ten tweede is relevant of de betreffende *middelen* kunnen worden geacht afkomstig te zijn van de Staat.[65] Daarbij geldt in ieder geval dat 'staatsmiddelen' de geldelijke middelen omvat die de overheid daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen. Deze middelen hoeven niet permanent deel uit te maken van het vermogen van de Staat, zolang zij wel constant onder staatscontrole zijn en daarmee ter beschikking van de nationale autoriteiten

59 HvJ EU 30 mei 2010, nr. C-677/11 (*Doux Élevage*), r.o. 27; HvJ EU 2 februari 1998, nr. 67/85, 68/85 en 70/85 (*Van der Kooy/Commissie*), r.o. 35; HvJ EU 21 maart 1991, nr. C-303/88 (*Italië/Commissie*), r.o. 11; HvJ EU 21 maart 1991, nr. C-305/89 (*Italië/Commissie*), r.o. 13.

60 Clayton en Segura Catalon 2015, m.n., p. 269; Biondi 2013, p. 1724-1729.

61 Clayton en Segura Catalan 2015, p. 260, merken op dat de grens tussen de elementen '*State resources*' en '*imputability*' is vervaagd.

62 HvJ EU 14 oktober 1987, nr. 248/84 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 17; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-227/01 t/m T-229/01, T-265/01, T-266/01 en T-270/01 (*Territorio histórico de Álava*), r.o. 178.

63 Te denken valt dus ook aan steunverlening door van overheidswege ingestelde of aangewezen publiek- of privaatrechtelijke lichamen of beheersorganen. HvJ EU 19 juni 1973, nr. 77/72 (*Capalongo*); HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike & Weinling*), r.o. 21-22; HvJ EU 17 maart 1993, nr. C-72/91 en C-73/91 (*Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*), r.o. 19.

64 HvJ EU16 mei 2002, nr. C-482/99 (*Stardust Marine*), r.o. 38.

65 Over de discussie of hier sprake is van cumulatieve of alternatieve criteria, zie Winter 2004, p. 502; Meij 2005.

staan.[66] Subsidies bekostigd met Europese middelen kunnen onder omstandigheden kwalificeren als staatssteun.[67] Het Hof heeft ook geoordeeld dat van staatsmiddelen geen sprake is wanneer een sectorale of beroepsorganisatie aan haar leden heffingen of bijdragen heeft opgelegd die worden gebruikt om bepaalde door die organisatie zelf vastgestelde doelen te bereiken. Dat een nationale overheidsinstantie bij besluit de betaling van de bijdrage verbindend heeft gemaakt, doet daaraan niet af wanneer deze de middelen niet daadwerkelijk kan gebruiken om bepaalde ondernemingen te steunen, en in wezen niet meer doet dan de autonome plannen van de organisatie te faciliteren.[68]

Dat de middelen afkomstig moeten zijn van de Staat betekent niet dat er een daadwerkelijke overdracht van middelen moet hebben plaatsgevonden.[69] Dit sluit logisch aan bij het ruime voordeelbegrip dat zich ook uitstrekt tot situaties waarbij geen daadwerkelijke middelen worden overgedragen maar er wel een verbetering in de financiële positie van de begunstigde onderneming te zien is. Van belang is vooral dat de maatregel een extra last voor de overheid creëert. Deze last kan er in bestaan dat de overheid afziet van belastinginkomsten,[70] of dat zij een bepaald risico draagt zonder daar een tegenprestatie voor te vragen – bijvoorbeeld door het verstrekken van een gratis staatsgarantie.[71] Een minister die in een praatprogramma op televisie opmerkt dat een bepaalde bank er bijzonder goed voorstaat, heeft daarmee dus nog geen staatssteun verleend. Zelfs al levert deze uitspraak de bank extra klanten en daardoor voordeel op, de (financiële) staatsmiddelen ontbreken.[72] Ook hier is echter weer voorzichtigheid geboden. In een geval waarin de Franse over-

---

66 HvJ EU 16 mei 2000, nr. C-83/98 P (*Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie*), r.o. 50.

67 HvJ EU 13 oktober 1982, nr. 213/81 t/m 215/81 (*Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*), r.o. 24. Zie over de ingewikkelde verhouding tussen het staatssteunrecht en Europese subsidies nader Van den Brink 2012, p. 42-45, p. 368 en p. 480-1.

68 HvJ EU 30 mei 2010, nr. C-677/11 (*Doux Élevage*), r.o. 36. Vgl. HvJ EU 15 juli 2004, nr. C-345/02 (*Pearle*), dictum. Kritisch daarover: Sinnaeve 2004.

69 HvJ EU 15 maart 1994, nr. C-387/92 (*Banco Exterior de España*), r.o. 14; HvJ EU 19 mei 1999, nr. C-6/97 (*Italië/Commissie*), r.o. 16; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-227/01 t/m T-229/01, T-265/01, T-266/01 en T-270/01 (*Territorio histórico de Álava*), r.o. 125.

70 Expliciet: GvEA EU 17 december 2008, nr. T-196/04 (*Ryanair/Commissie*), r.o. 38; GvEA EU 10 april 2008, nr. T-233/04 (*Nederland/Commissie*), r.o. 66; HvJ EU 17 juni 1999, nr. C-295/97 (*Piaggio*), r.o. 42.

71 Aan de voorwaarde van bekostiging door staatsmiddelen is dan al voldaan voordat het door de garantie gedekte bedrag is uitgekeerd. Mededeling van de Commissie van 20 juni 2008 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van garanties, *PbEU* 2008, C 155/10, randnr. 2.1.

72 Dit is een hypothetisch voorbeeld. Een ander voorbeeld komt uit het mededingingsrecht: HvJ EU 25 oktober 2001, nr. C-475/99 (*Ambulanz Glöckner*), r.o. 43. In deze zaak werd een vergunning verleend aan een bedrijf met uitsluiting van andere bedrijven. Hoewel dit als voordeel werd gekwalificeerd, kwamen de staatssteunregels niet aan de orde, terwijl dit wel had gekund (HvJ EU 27 november 2003, nr. C-34/01 t/m C-38/01 (*Enirisorse SpA/ Ministero delle Finanze*), r.o. 50). Mogelijk ligt dit eraan dat het verlenen van een vergunning niet leidde tot een verlies van inkomsten voor de staat. Deze kwestie werd echter niet expliciet behandeld.

heid aankondigde een onderneming financieel te ondersteunen, met een positieve herwaardering van de onderneming door een kredietbeoordelaar tot gevolg, oordeelde het Hof dat wel degelijk van een steunmaatregel sprake was omdat de Franse overheid op dezelfde dag aan de onderneming een kredietlijn in de vorm van een aandeelhoudersvoorschot van € 9 miljard aanbood. Dat de onderneming van de kredietlijn nooit gebruik heeft gemaakt, maakte voor de beoordeling van het Hof geen verschil omdat toch een voldoende concreet economisch risico ontstond dat de begroting zou worden belast.[73]

2.3.2.2 Toerekenbaarheid aan de Staat

Door het ruime staatsbegrip is het mogelijk dat staatssteun wordt verleend door een (privaatrechtelijke) onderneming onder de daadwerkelijke dominerende invloed van de overheid. Voordat een handeling van een onderneming als staatssteun wordt aangemerkt, is dus relevant of die handeling aan de overheid kan worden toegerekend.[74] Dat is niet gemakkelijk. Een nationale rechter zal dan ook genoegen moeten nemen met een samenstel van aanwijzingen uit de context van de zaak en de context waarin de bestreden maatregel is genomen.[75] Een aanknopingspunt biedt bijvoorbeeld dat het bedrijf de bestreden beslissing niet kon nemen zonder rekening te houden met de eisen van de overheid of een daardoor speciaal opgericht comité.[76] In de uitspraak *Commerz* heeft het Hof geoordeeld dat de omstandigheid dat de enige bestuurder van een bedrijf onwettig heeft gehandeld, zijn handelen bewust geheim heeft gehouden en de statuten van het bedrijf heeft genegeerd, relevant kan zijn voor de toerekenbaarheid van zijn handelen aan de overheidsinstantie die dat bedrijf controleert. Echter: als zodanig sluiten deze omstandigheden volgens het Hof de toerekenbaarheid nog niet uit. Dat geldt volgens het Hof zelfs wanneer duidelijk is dat de overheidsinstantie zich tegen het handelen zou hebben verzet indien zij daarvan in kennis was gesteld.[77] In zijn uitspraak *Stardust* geeft het Hof nog meer aanwijzingen. Genoemd worden:

> '… het feit dat het bedrijf deel uitmaakt van de structuur van de openbare administratie, de aard van zijn activiteiten en het feit dat het bedrijf bij het verrichten van

73 HvJEU 19 maart 2013, nr. C-303/13 (*Bouygues*), m.n. r.o. 109 en 137. Zie over deze controversiële zaak onder meer: Hancher en Sauter 2014. Het Hof is hiermee afgeweken van de uitspraak van het Gerecht in dezelfde zaak. Zie nader Slotboom 2010.

74 HvJ EU 16 mei 2002, nr. C-482/99 (*Stardust Marine*), r.o. 52.

75 Idem, r.o. 53 en 55; HvJ EU 17 september 2014, nr. C-242/13 (*Commerz*), r.o. 34.

76 HvJ EU 21 maart 1991, nr. C-303/88 (*Italië/Commissie*), r.o. 11-12; HvJ EU 2 februari 1998, nr. 67/85, 68/85 en 70/85 (*Van der Kooy/Commissie*), r.o. 37. Dat moet breder worden opgevat dan enkel de noodzaak om goedkeuring aan de overheid te vragen voor een maatregel, zie: GvEA EU 12 december 1996, nr. T-358/94 (*Air France II*), r.o. 68.

77 HvJ EU 17 september 2014, nr. C-242/13 (*Commerz*), *dictum* (zoals gerectificeerd bij de beschikking van het Hof, van 23 oktober 2014).

deze activiteiten op de markt normaal concurreert met particuliere marktdeelnemers, het juridische statuut van het bedrijf – of het publiekrecht van toepassing is dan wel het algemene vennootschapsrecht –, de mate waarin de overheid toezicht op het beheer van het bedrijf uitoefent, of elke andere aanwijzing waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid bij de vaststelling van een maatregel is betrokken of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van deze maatregel, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden'.[78]

Omdat deze beoordeling zal neerkomen op de omstandigheden van het geval, is het moeilijk om concreter houvast te geven dan deze opsomming. In ieder geval heeft het Hof met kracht het argument verworpen dat het enkel onder staatscontrole staan betekent dat een steunmaatregel aan de Staat moet worden toegerekend.[79] Evenmin hoeft een handeling aan de Staat te worden toegerekend die slechts de uitvoering van uit de Europese verdragen voortvloeiende verplichtingen inhoudt en de Staat geen enkele discretionaire ruimte biedt, omdat de handeling dan in werkelijkheid voortvloeit uit een handeling van de Europese wetgever.[80]

2.3.3 Mededingingsvervalsing of dreiging daarvan

2.3.3.1 Algemeen

Als derde voorwaarde geldt dat de betreffende maatregel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen.[81] Het Hof heeft dan ook benadrukt dat de daadwerkelijke gevolgen van de toegekende steun niet hoeven te worden aangetoond, aangezien het gevaar voor vervalsing of de dreiging daarvan al volstaat.[82] Sterker nog, er wordt in beginsel van uitgegaan dat de mededinging al wordt vervalst door 'steun waardoor een onderneming wordt bevrijd van kosten die zij in het kader van haar gewone bedrijfsvoering of van haar normale werkzaamheden normaliter zelf zou moeten dragen'.[83] Dat lijkt verdacht veel op het bestaan van een voordeel,[84] zeker bij ondernemingen

78 HvJ EU 16 mei 2002, nr. C-482/99 (*Stardust Marine*), r.o. 56.
79 Idem, r.o. 58.
80 GvEA EU 5 april 2005, nr. T-351/02 (*Deutsche Bahn/Commissie*), r.o. 102.
81 Zie voor een interessante vergelijking van het begrip mededingingsbeperking in het staatssteun- en reguliere mededingingsrecht: Parret 2014.
82 HvJ EU 23 februari 2007, nr. C-346/03 en C-529/03 (*Atzeni*), r.o. 74; GvEA EU 16 december 2010, nr. T-231/06 en T-237/06 (*Nederlandse Omroep Stichting*), r.o. 118.
83 GvEA EU 1 juli 2009, nr. T-83/07 (*Kliq Reïntegratie/Commissie*), r.o. 75, met verwijzingen.
84 GvEA EU 16 december 2010, nr. T-231/06 en T-237/06 (*Nederlandse Omroep Stichting*), r.o. 119, met verwijzing naar: GvEA EU 8 juni 1995, nr. T-459/93 (*Siemens/Commissie*), r.o. 48 en 77; GvEA EU 30 april 1998, nr. T-214/95 (*Vlaams Gewest/Commissie*), r.o. 43; GvEA 23 november 2006, nr. T-217/02 (*Ter Lembeek/Commissie*), r.o. 177.

die actief zijn in een sector waar hevige concurrentie heerst.[85] In dat kader past ook dat in de Europese jurisprudentie wordt aangenomen dat de concurrentie niet alleen wordt vervalst door steun die de kosten van de gewone bedrijfsvoering of de normale werkzaamheden verlicht. Ook bijdragen aan bijzondere investeringen, zoals de ombouw van productie-installaties waardoor de productiecapaciteit kan worden verhoogd, vallen daaronder. Andere ondernemingen moeten deze kosten immers zelf dragen als zij een soortgelijke stijging in hun productiecapaciteit willen realiseren.[86]

Gezien deze ruime interpretatie zal het niet makkelijk zijn om aan te tonen dat er *geen* sprake is van (potentiële) vervalsing van de mededinging. Zo faalt het argument dat de steun enkel zou zijn gebruikt voor de doeleinden waarvoor zij is ontvangen en de mededinging dus niet door 'oneigenlijk gebruik' wordt beïnvloed.[87] Daarnaast legt ook de redenering dat de concurrentie in de betreffende sector al door andere omstandigheden wordt beperkt geen gewicht in de schaal. Dat bijvoorbeeld een bepaalde markt door een onderneming met een feitelijk monopolie wordt beheerst, neemt niet weg dat de steunmaatregel ook zelf de mededinging op die markt kan vervalsen of dreigen te vervalsen.[88] Evenmin kunnen argumenten worden geaccepteerd dat het voordeel tijdelijk van aard is of slechts een geringe invloed op de mededinging heeft,[89] tenzij sprake is van zogenaamde 'de-minimissteun'.

2.3.3.2 De minimissteun

In beginsel is voor de kwalificatie als staatssteun niet relevant dat de mededingingsverstoring slechts van beperkte aard is. Op dezelfde manier, vooruitlopend op de volgende voorwaarde, heeft het Hof bepaald dat er geen drempel of percentage bestaat waaronder het handelsverkeer tussen de lidstaten kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed.[90] Uitzondering daarop vormt de zogenaamde 'de-minimisverordening'[91] Bij steun die aan de in deze verordening genoemde voorwaarden voldoet, wordt ervan uitgegaan dat het

85 GvEA EU 30 april 1998, nr. T-214/95 (*Vlaams Gewest/Commissie*), r.o. 43 en 46.
86 HvJ EU 17 september 1980, nr. 730/79 (*Philip Morris Holland/Commissie*), r.o. 11; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-369/06 (*Holland Malt/Commissie*), r.o. 48 en 55.
87 GvEA EU 16 december 2010, nr. T-231/06 en T-237/06 (*Nederlandse Omroep Stichting*), r.o. 118.
88 GvEA EU 15 juni 2010, nr. T-177/07 (*Mediaset*), r.o. 98 en 108.
89 GvEA EU 29 september 2000, nr. T-55/99 (*CETM/Commissie*), r.o. 94; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-227/01 t/m T-229/01, T-265/01, T-226/01 en T-270/01 (*Territorio histórico de Álava*), r.o. 148.
90 HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark Trans*), r.o. 77-78 en r.o. 81; HvJ EU 3 maart 2005, nr. C-172/03 (*Heiser*), r.o. 32; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-369/06 (*Holland Malt/Commissie*), r.o. 50.
91 Commissieverordening 1407/2013 (de-minimisverordening) (hierna: de-minimisverordening). Deze verordening vervangt Commissieverordening 1998/2006 (oude de-minimisverordening).

handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig wordt beïnvloed en/of de mededinging niet wordt of dreigt te worden vervalst.[92]

Het gaat daarbij om steun aan één onderneming die niet hoger is dan € 2 ton over een periode van drie belastingjaren, of niet hoger is dan € 1 ton over dezelfde periode in het geval van een onderneming die actief is in het vervoer van goederen over de weg. Dat ligt anders wanneer de steun wordt verstrekt ten behoeve van een dienst van algemeen economisch belang. In dat geval geldt op grond van de zogenaamde DAEB De-minimisverordening een plafond van € 5 ton over een periode van drie belastingjaren.[93] Op het gebied van landbouw en de visserij- en aquacultuursector gelden weer andere drempelbedragen.[94] Steun die onder deze bedragen blijft, voldoet niet aan alle voorwaarden voor staatssteun in artikel 107 VWEU en is gevrijwaard van de aanmeldingsverplichting in artikel 108 lid 3 VWEU. Wanneer het steunbedrag echter hoger uitvalt, levert het, als is voldaan aan alle voorwaarden van artikel 107 VWEU, in haar geheel staatssteun op – en niet slechts het bedrag dat boven de de-minimisdrempel uitkomt.[95] Daarnaast moet bij de-minimissteun serieus rekening worden gehouden met het risico van cumulatie.[96] Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat verschillende ondernemingen die afzonderlijk minder dan de de-minimisdrempel ontvangen, deel uitmaken van een groep, die als feitelijk begunstigde van de steun meer ontvangt dan de de-minimisverordening toelaat.[97]

2.3.4 Ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer

2.3.4.1 Algemeen

Voordat de EU mag ingrijpen in de voorwaarden waaronder haar lidstaten aan ondernemingen voordelen verstrekken, moet sprake zijn van enig grensoverschrijdend effect. Dat valt terug te vinden in de eis van de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer. Daarvoor is al voldoende dat de vermeende steunmaatregel het handelsverkeer ongunstig *kan* beïnvloeden.[98] Daarvan wordt uitgegaan wanneer de steun de positie van de begunstigde

92 Preambule bij de de-minimisverordening, randnr. 3.
93 Commissieverordening 360/2012 (DAEB de-minimisverordening), art. 2.
94 Commissieverordening 1408/2013 (landbouw de-minimisverordening); Commissieverordening 717/2014 (visserij de-minimisverordening).
95 De-minimisverordening, art. 3 lid 7.
96 Zie daarover nader, ook in de context van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening: Staviczky 2015.
97 Dit risico heeft zich in het geval van steun aan Nederlandse tankstations verwezenlijkt. HvJ EU 13 juni 2002, nr. C-382/99 (*Nederland/Commissie – Grenstankstations*), r.o. 37-38.
98 HvJ EU 29 april 2004, nr. C-327/97 (*Italië/Commissie*), r.o. 44; HvJ EU 15 december 2005, nr. C-66/022 (*Italië/Commissie*), r.o. 111; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-369/06 (*Holland Malt/Commissie*), r.o. 37.

ten opzichte van concurrerende ondernemingen in het interstatelijk handelsverkeer versterkt.[99] Gezien de toenemende interdependentie van de markten waarop ondernemingen functioneren, kunnen ook maatregelen die op het eerste oog geen invloed op het handelsverkeer hebben, toch staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU opleveren.

De omstandigheid dat een steunmaatregel ten goede komt van een niet aan het interstatelijk handelsverkeer deelnemende specifieke productie-eenheid van een onderneming, neemt niet weg dat het handelsverkeer kan worden beïnvloed doordat de onderneming zelf wel interstatelijke handel drijft.[100] Ook dat de handel met ondernemingen in de andere lidstaten beperkt is of maar een klein deel van de activiteiten van de begunstigde onderneming vormt, doet niet af aan het staatssteunrechtelijke karakter van een begunstigende maatregel – tenzij sprake is van de zojuist besproken de-minimissteun.[101] Zelfs niet doorslaggevend is het feit dat een onderneming in het geheel niet deelneemt aan het interstatelijk handelsverkeer, maar slechts regionale activiteiten uitvoert. De ondersteuning van de binnenlandse activiteiten van een dergelijke onderneming kan er namelijk voor zorgen dat ondernemingen uit andere lidstaten moeilijker tot de markt kunnen toetreden, of dat de begunstigde onderneming in staat wordt gesteld om zelf alsnog de markt van een andere lidstaat te betreden.[102]

2.3.4.2 Commissiepraktijk

De vraag of het handelsverkeer ongunstig kan worden beïnvloed valt moeilijk in zijn algemeenheid te beantwoorden omdat de beantwoording ervan sterk afhankelijk is van de feiten van elk geval.[103] Om die reden kan de rechtspraak van de Europese rechters betrekkelijk weinig houvast geven. Tot op bepaalde hoogte kan wel houvast worden gezocht bij de besluitenpraktijk van de Europese Commissie. Waar namelijk de indruk zou kunnen ontstaan dat de rechtspraak van het Hof zo streng is dat een steunmaatregel in beginsel moet worden geacht het handelsverkeer te kunnen vervalsen, blijkt de Commissie

99 HvJ EU 17 september 1980, nr. 730/79 (*Philip Morris Holland/Commissie*), r.o. 11; HvJ EU 22 november 2001, nr. C-53/00 (*Ferring*), r.o. 21.

100 GvEA EU 9 september 2009, nr. T-369/06 (*Holland Malt/Commissie*), r.o. 49.

101 Zie de De-minimisverordening. HvJ EU 3 maart 2005, nr. C-172/03 (*Heiser*), r.o. 32; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-369/06 (*Holland Malt/Commissie*), r.o. 49. Zelfs in het geval waarin de vermeende steunontvanger diensten uitvoerde gedurende een periode waarin beperkingen op het vrij verrichten van deze diensten nog niet waren afgeschaft, kon niet worden uitgesloten dat het handelsverkeer ongunstig werd beïnvloed. HvJ EU 10 juni 2010, nr. C-140/09 (*Fallimento Traghetti*).

102 HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark Trans*), r.o. 77; HvJ EU 15 december 2005, nr. C-66/02 (*Italië/Commissie*), r.o. 117; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-369/06 (*Holland Malt/Commissie*), r.o. 51; GvEA EU 15 december 2009, nr. T-156/04 (*EDF/Commissie*), r.o. 148.

103 Dit kan ook voor de nationale rechter een complexe exercitie worden. Zie voor een sprekend voorbeeld HvJ EU 10 juni 2010, nr. C-140/09 (*Fallimento Traghetti*), r.o. 50-51.

in de praktijk al enige tijd een soepelere lijn te volgen.[104] Opvallend is een zevental besluiten van de Commissie uit april 2015, waarin werd geconcludeerd dat geen sprake is van staatssteun omdat de betrokken maatregelen 'het handelsverkeer tussen de lidstaten waarschijnlijk niet in significante mate ongunstig zullen beïnvloeden'.[105] In iets gewijzigde vorm is deze maatstaf ook terechtgekomen in de hierna in § 2.3.5 te bespreken Commissiemededeling over de definitie van staatssteun.[106] In de literatuur is wel geopperd dat deze soepelere benadering van de Commissie kan worden verklaard door de wens om de werkdruk als gevolg van aangemelde en betrekkelijk bescheiden steunmaatregelen te beperken.[107] Of zij namelijk beantwoordt aan de in de jurisprudentie van het Hof van Justitie gestelde eisen, kan worden betwijfeld.[108] De Commissie ziet daarin overigens zelf geen problemen. Volgens haar bieden deze besluiten namelijk een 'extra leidraad om te bepalen welke zaken niet door de Commissie hoeven te worden goedgekeurd op grond van de EU-staatssteunregels'.[109]

2.3.4.3 Invloed van de financieringswijze

Verder heeft het Hof expliciet de mogelijkheid benoemd dat een maatregel zelf het interstatelijk handelsverkeer niet beïnvloedt, maar dat de wijze van financiering daar wel voor zorgt. Wanneer de financieringswijze integraal deel uitmaakt van de maatregel, valt de steunmaatregel op die manier binnen het bereik van artikel 107 lid 1 VWEU. Een heffing is een integraal onderdeel van een steunmaatregel wanneer er op basis van de relevante nationale regeling een dwingend bestemmingsverband tussen de heffing en de steun bestaat, in die zin dat de opbrengst van de heffing noodzakelijkerwijs voor de financiering van de steun wordt bestemd. Wanneer een dergelijk verband bestaat, heeft de opbrengst van de heffing rechtstreekse invloed op de omvang van de steun en daarmee op de beoordeling van de verenigbaarheid van deze steun met de interne markt.[110] De omstandigheid dat een onderneming wordt vrijgesteld

---

104 Zie bijv. Besluit van de Commissie van 29 oktober 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland, *PbEU* 2004, L 34/63. Brief van de Commissie van 12 januari 2001 aan Duitsland inzake steunmaatregel Nr. N 258/2000 (Freizeitbad Dorsten) SG(2001) D/285046. Brief van de Commissie van 27 februari 2002 aan Ierland inzake steunmaatregel Nr. N 608/2002 (Capital Allowances for Hospitals), COM(2002)608fin.

105 Persbericht van de Europese Commissie van 29 april 2015 (IP/15/4889).

106 Mededeling definitie staatssteun, randnr. 196.

107 Met die strekking: Van Herwijnen 2015, p. 228; Dekker 2015, p. 117.

108 Vgl. Dekker 2015.

109 Persbericht van de Europese Commissie van 29 april 2015 (IP/15/4889).

110 HvJ EU 25 juni 1970, nr. 47/69 (*Frankrijk/Commissie*), r.o. 16. HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 47 en 49. HvJ EU 27 oktober 2005, nr. C-266/04–C-270/04, C-276/04 en C-321/04–C-325/04 (*Casino France*), r.o. 40 en daar aangehaalde rechtspraak.

van een heffing die door andere ondernemingen moet worden betaald, levert echter nog geen dwingend bestemmingsverband op. De reden daarvoor is dat de toepassing en omvang van de vrijstelling niet afhankelijk zijn van de opbrengst van de overige heffingen.[111]

2.3.4.4 Verhouding tot mededingingsvervalsing

In de rechtspraak van het Hof en het Gerecht lijkt er een nauwe band te bestaan tussen de beïnvloeding van het handelsverkeer en de mogelijke vervalsing van de mededinging. Dit blijkt al uit de aaneenschakeling van deze voorwaarden in 'de-minimisverordening', maar ook de Commissie en de Europese rechters noemen ze vaak in één adem.[112] In de zaak *EDF/Commissie* oordeelde het Gerecht onder verwijzing naar vaste jurisprudentie van het Hof: 'Wanneer steun van een lidstaat de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt, moet dit handelsverkeer worden geacht door de steun te worden beïnvloed.'[113] De nauwe band tussen deze twee criteria neemt hoe dan ook niet weg dat zij bij de beoordeling of sprake is van staatssteun beide moeten worden onderzocht.

2.3.5 Hulp bij de interpretatie van steunmaatregelen

Het mag zelfs op basis van deze vrij algemene weergave van het begrip staatssteun duidelijk zijn dat het moeilijk kan zijn om vast te stellen of daadwerkelijk van een steunmaatregel sprake is. De Commissie heeft om die reden geprobeerd om via *soft law* aan met name overheidsorganen aanknopingspunten te bieden om die beoordeling te vergemakkelijken. Zo bestaan er mededelingen over de toepassing van de artikelen 107 en 108 VWEU op steun verleend in de vorm van garanties,[114] of bijvoorbeeld ten behoeve van de luchtvaart,[115] scheepsbouw[116] en openbare omroepen.[117] Naar aanleiding van

111 HvJ EU 13 januari 2005, nr. C-174/02 (*Streekgewest Noord-Brabant*), r.o. 28; HvJ EU 27 oktober 2005, nr. C-266/04–C-270/04, C-276/04 en C-321/04–C-325/04 (*Casino France*), r.o. 41.

112 Zie bijv. Mededeling definitie staatssteun, randnrs. 185-6.

113 GvEA EU 15 december 2009, nr. T-156/04 *(EDF/Commissie*), r.o. 146, verwijzingen naar: HvJ EU 10 januari 2006, nr. C-222/04 (*Cassa di Risparmio di Firenze*), r.o. 141; HvJ EU 15 december 2005, nr. C-66/02 (*Italië/Commissie*), r.o. 115; HvJ EU 15 december 2005, nr. C-148/04 (*Unicredito Italiano*), r.o. 56. Ook: HvJ EU 17 december 1980, nr. 730/97 (*Philip Morris Holland/Commissie*), r.o. 11. Overigens kreeg EDF op inhoudelijke gronden geen gelijk.

114 Mededeling van de Europese Commissie van 20 juni 2008 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van garanties, *PbEU* 2008, *C* 155/08.

115 Mededeling van de Europese Commissie van 9 december 2005 inzake communautaire richtsnoeren voor financiering van luchthavens en aanloopsteun van de overheid voor luchtvaartmaatschappijen met een regionale luchthaven als thuishaven, *PbEU* 2005, *C* 312/1.

de in 2012 ingeleide moderniseringsslag heeft de Commissie ook een meer omvattende mededeling gepubliceerd over de definitie van staatssteun.[118] Een aantal van de op deelonderwerpen gerichte mededelingen (bijvoorbeeld op het gebied van grondverkoop en fiscale maatregelen) wordt hiermee ingetrokken.[119]

Met de mededeling over de definitie van staatssteun wil de Commissie verdere verduidelijking geven over de sleutelbegrippen met betrekking tot het begrip staatssteun, waarmee moet worden bijgedragen aan een eenvoudigere, transparantere en coherentere toepassing van het begrip in heel Europa.[120] De mededeling is weliswaar niet bindend, maar verwacht kan worden dat de mededeling van groot praktisch belang zal zijn voor ondernemingen, overheden, rechters en advocaten wanneer zij zich geconfronteerd zien met de vraag of een (voorgenomen) maatregel kwalificeert als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.[121] De belangrijkste elementen van het begrip staatssteun worden immers in één document bij elkaar gebracht zijn en hoeven niet te worden gedestilleerd uit de inmiddels zeer uitgebreide jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU. Toch is het belangrijk te onthouden dat het begrip staatssteun een objectief en juridisch begrip is, dat alleen bindend kan worden uitgelegd door het Hof van Justitie.[122] Er moet met andere woorden rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat een maatregel die in het licht van de mededeling wel of niet als steunmaatregel uit de bus komt, op grond van (recentere) rechtspraak van het Hof van Justitie toch anders moet worden gekwalificeerd.

---

116 Kaderregeling van de Commissie van 30 december 2003 inzake staatssteun aan de scheepsbouw, *PbEU* 2003, *C* 317/11.

117 Mededeling van de Europese Commissie van 27 oktober 2009 betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep, *PbEU* 2009, *C* 275/1.

118 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016, *C* 262/1 (hierna: 'mededeling definitie staatssteun').

119 Randnr. 229 van de mededeling definitie staatssteun vermeldt dat de volgende mededelingen worden ingetrokken: de mededeling 'Toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EEG-Verdrag en van artikel 5 van de Richtlijn 80/723/EEG op openbare bedrijven in de industriesector', de mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, en de mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen. Daarnaast vervangt de mededeling alle andersluidende verklaringen met betrekking tot het begrip 'staatssteun' in alle bestaande mededelingen, bekendmakingen, kaderregelingen en richtsnoeren (randnr. 230).

120 Mededeling definitie staatssteun, randnr. 1.

121 Idem, randnr. 3. Sandee 2016; Gunn 2014.

122 Vgl. art. 19 lid 1 VEU en art. 267 VWEU.

2.4 Procedurele en materiële vereisten bij staatssteun

Het verlenen van staatssteun is in principe onverenigbaar met de interne markt en dus verboden. Dat volgt uit het eerste lid van artikel 107 VWEU. Dit impliceert geen absoluut verbod om staatssteun uit te keren. Het is namelijk nog mogelijk dat wordt geoordeeld, of uit de relevante secundaire regelgeving blijkt, dat een steunmaatregel toch verenigbaar is met de interne markt en dus mag worden uitgevoerd. Dit is een logisch voortvloeisel van het uitgangspunt dat een steunverlenende maatregel ook belangrijke positieve gevolgen kan hebben.

Dit systeem vereist een mechanisme waardoor steunmaatregelen, voordat zij ten uitvoer worden gelegd, door de Commissie of anderszins[123] op hun verenigbaarheid met de interne markt worden beoordeeld. Dit mechanisme volgt uit het derde lid van artikel 108 VWEU:

> 'De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 107 onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbesluit heeft geleid.'

In deze bepaling liggen voor de lidstaten twee verplichtingen besloten. Ten eerste moeten zij, behoudens de hierna in § 2.4.3 te bespreken uitzonderingen, elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen bij de Commissie aanmelden (de aanmeldingsverplichting).[124] Daarnaast moeten lidstaten de uitvoering van deze maatregel opschorten totdat de Commissie heeft bepaald dat de steun met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is (de opschortings- of standstillverplichting). Doordat steun moet worden aangemeld, kan de Commissie de maatregel nauwkeurig onderzoeken en de noodzakelijke afweging maken tussen de nadelen van de concurrentieverstoring en het doel dat met de steun probeert te worden bereikt.[125] De standstillverplichting waarborgt onder meer dat er tijdens dit onderzoek geen maatregelen tot uitvoering worden gebracht waarvan de voordelige effecten volgens de Commissie niet tegen de nadelige opwegen.[126] Het hierboven beschreven mecha-

123 Op grond van art. 108 lid 2 VWEU kan ook de Raad met eenparigheid van stemmen besluiten dat een steunmaatregel als verenigbaar moet worden beschouwd, indien buitengewone omstandigheden een dergelijk besluit rechtvaardigen.

124 Deze verplichting kan zich ook uitstrekken tot de financieringswijze wanneer deze integraal deel uitmaakt van de maatregel. HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 49-51.

125 HvJ EU 14 februari 1990, nr. C-301/87 (*Frankrijk/Commissie*), r.o. 17.

126 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 48.

nisme is, naast de jurisprudentie van het Hof, uitgewerkt in Verordening 2015/1589, de zogenaamde Procedureverordening.[127]

2.4.1 Verenigbare en onverenigbare steun

De Commissie is exclusief bevoegd om te beoordelen of een steunmaatregel ondanks haar mogelijk concurrentieverstorende effecten verenigbaar is met de interne markt en dus mag worden uitgevoerd.[128] Die beoordeling vindt plaats op basis van het tweede en derde lid van artikel 107 VWEU. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan maatregelen om door natuurrampen geleden schade te herstellen, om de economische ontwikkeling van streken met een abnormaal lage levensstandaard te bevorderen of om de instandhouding van het culturele erfgoed mogelijk te maken. Deze beoordeling zal in veel gevallen een complexe aangelegenheid zijn, aangezien vaak sprake is van ingewikkelde economische feiten en omstandigheden in een snel veranderende context.[129] Omdat de nationale rechter, zoals nog aan de orde zal komen, zelf niet bevoegd is om zich over de verenigbaarheid van een steunmaatregel uit te laten,[130] wordt op dit veel omvattende onderwerp in dit hoofdstuk niet nader ingegaan, op twee opmerkingen na.

Ten eerste komt het verhoudingsgewijs steeds minder voor dat de Commissie ten aanzien van een specifieke steunmaatregel of steunregeling moet beoordelen of deze in het licht van artikel 107, lid 1 en 2 VWEU, met de interne markt verenigbaar is. In plaats daarvan zijn in de loop van de jaren steeds vaker categorieën steunmaatregelen aangewezen die op voorhand – en dus zonder voorafgaande beoordeling van de Commissie – worden geacht met de interne markt verenigbaar te zijn. Over deze categorieën, die voor de nationale rechter wel van belang zijn, wordt hierna in § 2.4.3 verder ingegaan in de context van de aanmeldingsplicht en daarop te maken uitzonderingen. In de gevallen waarin nog steeds wel een *ex ante* beoordeling van de Commissie plaatsvindt, geldt ten tweede dat de Commissie steeds vaker op basis van *soft law* is gaan aangeven hoe zij de verenigbaarheid van steunmaatregelen en steunregelingen met verschillende doelen en in verschillende sectoren zal beoordelen.[131] Dit heeft als voordeel dat lidstaten hun voorgenomen steun

127 Verordening 2015/1589 (Procedureverordening) (hierna: Procedureverordening of Pvo). Deze verordening vervangt sinds 2014 Verordening 659/1999 (Procedureverordening – oud).

128 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 36; HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike & Weinlig*), r.o. 9.

129 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 36.

130 Zie hierna § 2.6.4.

131 Bijvoorbeeld: Mededeling van de Commissie van 28 juni 2014, Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020, *PbEU* 2014, *C* 200/01; Mededeling van de Commissie van 27 juni 2014, Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek,

gerichter kunnen vormgeven op een manier die de kans vergroot dat de Commissie de steun vervolgens zal goedkeuren. De groeiende toepassing van *soft law* is in de literatuur echter bekritiseerd omdat de Commissie daarmee steeds meer mogelijkheden krijgt om te sturen hoe de lidstaten overheidsgelden in de nationale context inzetten.[132]

2.4.2 Aanmelding van steunmaatregelen bij de Europese Commissie

Om het daadwerkelijk mogelijk te maken dat de Commissie de verenigbaarheid van een steunmaatregel onderzoekt, moet de betrokken lidstaat die maatregel in beginsel bij de Commissie aanmelden en daarbij alle informatie verstrekken die de Commissie nodig heeft om de verenigbaarheid vast te stellen. Omdat de procedure die met de aanmelding wordt ingezet ook voor de nationale rechter van belang is, wordt deze hier wat verder uitgewerkt.

Desgewenst biedt de Commissie aan lidstaten de mogelijkheid om in een zogenaamde pre-notificatie op informele en vertrouwelijke basis al voorafgaand aan de aanmelding de staatssteunconformiteit van een beoogd project te bespreken.[133] Leidt dit tot een formele aanmelding, dan wordt een procedure in gang gezet die tot verschillende uitkomsten kan leiden, en begint met het eerste onderzoek van de Commissie.[134] Dit eerste onderzoek moet binnen een verlengbare termijn van twee maanden worden afgerond met één van drie mogelijke beslissingen op grond van de Procedureverordening. Ten eerste kan de Commissie bepalen dat de maatregel geen steun in de zin van het Verdrag vormt (artikel 4 lid 2). Wanneer over de verenigbaarheid van de maatregel geen twijfel bestaat, neemt de Commissie een besluit om geen bezwaar te maken (artikel 4 lid 3). In beide gevallen is de beslissing van de Commissie voldoende om de maatregel uit te mogen voeren. Als wel twijfels bestaan over de verenigbaarheid van de steun, neemt de Commissie een besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure, waarmee de tweede fase van het onderzoek begint (artikel 4 lid 4). Mocht de Commissie overigens verzuimen om binnen de gestelde termijn een van de drie beslissingen te nemen, dan wordt de steun geacht te zijn goedgekeurd en mag de lidstaat

---

ontwikkeling en innovatie, *PbEU* 2014 *C* 198/1; Mededeling van de Commissie van 5 juni 2012, Richtsnoeren betreffende bepaalde staatssteunmaatregelen in het kader van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten na 2012, *PbEU* 2012, *C* 158/4. Voor een overzicht van de nieuwe richtsnoeren in het kader van de modernisering van het staatssteunbeleid: Huurnink en Van den Tweel 2015.

132 Blauberger 2008; Koenig 2014, p. 611.

133 Mededeling van de Commissie van 16 juni 2009 'Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures', *PbEU* 2009, *C* 136/13, randnrs. 10-12.

134 Zie over de procedures rondom de aanmelding van staatssteun ook de Mededeling van de Commissie van 16 juni 2009 'Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures', *PbEU* 2009, *C* 136/13.

in principe de Commissie ervan in kennis stellen dat zij de steun gaat uitvoeren (artikel 4 lid 6).

Wanneer twijfels bestaan over de verenigbaarheid van een steunmaatregel, zet de Commissie de formele onderzoeksprocedure in gang. Dit deel van het onderzoek wordt ook wel de contradictoire procedure genoemd omdat de lidstaten en andere belanghebbenden in staat worden gesteld om hun opmerkingen te maken.[135] Hier kan de Commissie vier verschillende beslissingen nemen. Zij kan, eventueel nadat de lidstaat wijzigingen heeft aangebracht, alsnog vaststellen dat de maatregel geen steun vormt en dit oordeel in een besluit vastleggen (artikel 9 lid 2). Wanneer, ook eventueel na wijzigingen, de twijfel over de verenigbaarheid is weggenomen, verklaart de Commissie de steun middels een positief besluit verenigbaar met de interne markt (artikel 9 lid 3). Het is ook mogelijk om de steun slechts onder voorwaarden goed te keuren. In een voorwaardelijk besluit zal de Commissie dan aangeven aan welke eisen de steun moet voldoen om te kunnen worden toegepast (artikel 9 lid 4). Komt de Commissie tot de conclusie dat de steun niet met de interne markt verenigbaar is, neemt zij een negatief besluit (artikel 9 lid 5).

In sommige gevallen is het mogelijk om de aanmelding van een steunmaatregel onder een vereenvoudigde procedure af te doen. Dat blijkt uit de mededeling van de Commissie betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde soorten staatssteun.[136] De procedure is bedoeld om het toezicht van de Unie op staatssteun beter voorspelbaar en efficiënter te maken. De Commissie benadrukt daarbij dat de mededeling geen verplichting schept om maatregelen aan te melden die geen staatssteun zijn. Het staat de lidstaten wel vrij om zulke maatregelen om redenen van rechtszekerheid aan te melden. Die zekerheid kan niet worden verkregen door de ontvanger van mogelijk onverenigbare staatssteun. Artikel 2 lid 1 van de Procedureverordening voorziet alleen in aanmelding door de lidstaat zelf. Dit wordt door sommige auteurs als problematisch ervaren omdat mogelijke steunontvangers de kans wordt onthouden om over de staatssteunconformiteit van een ontvangen voordeel rechtszekerheid te krijgen in gevallen waarin de steunverlenende overheid voor aanmelding geen reden ziet.[137]

---

135 GvEA EU 9 september 2010, nr. T-359/04 (*British Aggregates Association*), r.o. 58; HvJ EU 11 maart 2010, nr. 1/09 (*CELF*), r.o. 7. Art. 6 lid 1 Pvo.

136 Het gaat dan om maatregelen die onder de standaardbeoordeling van bestaande kaderregelingen of richtsnoeren vallen of die met de vaste besluitenpraktijk van de Commissie overeenkomen, en om de verlenging of uitbreiding van bestaande regelingen. Mededeling van de Commissie van 16 juni 2009 betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde soorten staatssteun, *PbEU* 2009, *C* 136/3.

137 Temple Lang 2014, p. 452; Power 2005.

2.4.3 Uitzonderingen op de aanmeldingsplicht

Niet elke steunverlenende maatregel hoeft aan de Commissie te worden voorgelegd. Niet alleen moet aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU zijn voldaan, maar het moet ook gaan om *aanmeldingsplichtige* steun. Een aantal categorieën steunmaatregelen is expliciet van de aanmeldingsplicht (en dus ook de opschortingsplicht) vrijgesteld.[138] Een vrijstelling kan gelden voor maatregelen die behoren tot een categorie waarvan de Commissie op voorhand heeft vastgesteld dat zij met de interne markt verenigbaar is. In de loop van de jaren is de betekenis van vrijstellingen van de aanmeldingsplicht aanzienlijk gegroeid.[139] Een belangrijke recente ontwikkeling op dat vlak is de uitbreiding in de nieuwe Machtingsverordening van de steuncategorieën die van aanmelding mogen worden vrijgesteld.[140] De van aanmelding vrijgestelde steuncategorieën en de daarop van toepassing zijnde regels zijn voor het grootste deel samengebracht in de zogenaamde algemene groepsvrijstellingsverordening (AGVV).[141] Naast de AGVV wordt een belangrijke uitzondering op de aanmeldingsplicht mogelijk gemaakt door het zogenaamde DAEB-besluit.[142] Op grond van artikel 3 daarvan wordt staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan de in het besluit vastgestelde voorwaarden en overige verplichtingen voldoet, met de interne markt verenigbaar geacht en geldt een vrijstelling van de aanmeldings- en opschortingsplicht.

Bij de bespreking van uitzonderingen op de aanmeldingsplicht wordt regelmatig ook gewezen op de zogenaamde de-minimissteun.[143] Volledigheidshalve worden ze dus ook hier genoemd, hoewel maatregelen die voldoen aan de voorwaarden van de verschillende De-minimisverordeningen worden geacht geen steun in te houden in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Zij vallen dus niet onder de opschortingsplicht, zoals hiervoor besproken in § 2.3.3.2.

Het belang van deze uitzonderingen op de aanmeldingsplicht is niet te onderschatten. Wanneer een maatregel niet bij de Commissie hoeft te worden aangemeld, betekent dit dat de Commissie daaraan geen expliciete voorafgaande goedkeuring geeft. In plaats daarvan staat het in beginsel aan de steunverlenende lidstaat om te beoordelen of een maatregel van aanmelding is vrijgesteld (en of bijvoorbeeld cumulatieregels van toepassing zijn).[144] Met name voor de steunontvanger brengt dat de nodige risico's met zich, want waar de beslissing van de Commissie om de steun al dan niet goed te keuren hem

138 Voor een recent overzicht, zie Huurnink en Van den Tweel 2015.
139 Zie voor een kort overzicht van deze ontwikkeling o.m. Saanen 2014, p. 325-326.
140 Verordening 733/2013 (wijziging machtigingsverordening).
141 Commissieverordening 651/2014 (AGGV) (voorheen Commissieverordening 800/2008/EG). Zie voor een uitgebreide bespreking: Saanen 2014.
142 Commissiebesluit 2012/21 (DAEB-besluit).
143 Bijv. Huurnink en Van den Tweel 2015, p. 10.
144 Zie voor de regels die gelden voor cumulatie en de (mogelijke) invloed van de staatssteunmodernisering daarop Staviczky 2015.

over zijn rechtspositie een belangrijke mate van zekerheid biedt,[145] is het zeker niet uitgesloten dat de steunverlenende lidstaat ten onrechte meent dat een vrijstelling van toepassing is.[146] Dat geldt al helemaal wanneer de Commissie ten aanzien van de van aanmelding vrijgestelde steun onvoldoende *ex post* toezicht uitoefent, zoals hierna in § 2.5.1 verder aan de orde komt. Met de verdere uitbreiding van de vrijstellingsverordeningen in het kader van de staatssteunmodernisering valt te verwachten dat het relatieve belang van vrijgestelde – en dus niet aan voorafgaande goedkeuring onderhevige – staatssteun verder zal toenemen.

2.4.4 Rechtmatige en onrechtmatige steun

Het naleven van de aanmeldings- en opschortingsverplichting van artikel 108 lid 3 VWEU wordt gezien als van wezenlijk belang voor het garanderen van de nuttige werking van de staatssteunregels.[147] Steun die in strijd met deze verplichtingen wordt verleend, frustreert dit doel en is dan ook onrechtmatig. Van onrechtmatigheid (of onwettigheid zoals het ook wel eens genoemd wordt) is in ieder geval sprake wanneer de verleende steun in zijn geheel niet bij de Commissie is aangemeld zonder dat deze van aanmelding is vrijgesteld. Steun is ook onrechtmatig wanneer deze wel is aangemeld maar ten uitvoer is gelegd voordat de Commissie een eindoordeel heeft uitgesproken, dan wel wanneer hij is uitgevoerd in afwijking van een positief Commissiebesluit[148] of ondanks een negatief Commissiebesluit. In het kort kan dan ook worden gesteld dat een steunmaatregel onrechtmatig is wanneer zij niet van aanmelding is vrijgesteld én wordt uitgevoerd zonder voorafgaande toestemming van de Commissie.

2.4.5 Bestaande en nieuwe steun

Artikel 108 lid 3 VWEU verplicht tot het aanmelden van de 'invoering of wijziging' van een steunmaatregel. Zogenaamde bestaande steun hoeft niet te worden aangemeld en kan dus ook niet als onrechtmatig worden bestempeld.

---

145 Van die zekerheid is overigens pas sprake wanneer het besluit van de Commissie onherroepelijk is geworden. Blijkt het besluit – soms na jaren – toch te moeten worden vernietigd, dan kan de begunstigde onderneming alsnog met een terugvorderingsactie inclusief inmiddels zeer hoog opgelopen rente worden geconfronteerd. Een kenmerkend voorbeeld van die situatie biedt HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*).

146 Van Herwijnen 2015, p. 227, wijst er m.i. terecht op 'dat de forse toename van gebruik van de vrijstellingen tot meer rechtsonzekerheid, ook voor ondernemingen, gaat leiden.'

147 Conclusie A-G Jacobs in HvJ EU 4 oktober 1989, nr. C-301/87 (*Boussac Saint Frères*), r.o. 19; HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria Wien Pipeline*), r.o. 25.

148 Zie daarover nader: hoofdstuk 6 § 6.2.2.

In artikel 1 sub 1 van de Procedureverordening is uitgewerkt welke soorten steun als bestaand worden aangemerkt. Te denken valt dan met name aan steunregelingen en individuele steun die vóór de inwerkingtreding van de Unieverdragen tot uitvoering zijn gebracht en sindsdien nog steeds van toepassing zijn, en steunregelingen en individuele steun die door de Commissie of de Raad al zijn goedgekeurd.[149] In dit onderzoek wordt in afwijking van de Procedureverordening alleen in het eerste geval gesproken van bestaande steun. In het tweede geval wordt in dit onderzoek gesproken van 'goedgekeurde steun'. Dit verschil in terminologie wordt gemaakt omdat, zoals in hoofdstuk 6 wordt betoogd, een belangrijk verschil bestaat in de juridische kwalificatie van bestaande en goedgekeurde steun wanneer deze wordt uitgevoerd op een manier die afwijkt van een beslissing van de Commissie.

Dat bestaande steun (zoals in de Procedureverordening gedefinieerd) niet hoeft te worden aangemeld, betekent dat de standstillbepaling niet van toepassing is. Toch kunnen de staatssteunregels hier wel degelijk van belang zijn. Ten eerste levert het wijzigen van bestaande steun wel weer nieuwe en dus aanmeldingsplichtige steun op.[150] Ten tweede stelt de Commissie zich tot taak om bestaande steunmaatregelen eens in de zoveel tijd op hun verenigbaarheid met de interne markt te controleren. Lidstaten moeten over bestaande steun alle nodige informatie aan de Commissie verstrekken, waarop de Commissie dienstige maatregelen kan voorstellen. Worden deze dienstige maatregelen door de lidstaat geaccepteerd, dan worden zij bindend.[151] Het lopende onderzoek naar bestaande steun is als onderwerp zo nauw verbonden met de in hoofdstuk 6 te bespreken onderwerpen dat het in dat hoofdstuk nader wordt uitgediept.[152]

2.5 De rol van de Europese Commissie bij de handhaving van het staatssteunrecht

Om het hierboven geschetste systeem van voorafgaande goedkeuring van steunmaatregelen effectief te laten werken, moet het kunnen worden gehandhaafd.[153] De verantwoordelijkheid daarvoor valt toe aan de Europese Commissie en de nationale rechterlijke instanties gezamenlijk.[154] Zij vervullen,

149 Vgl. HvJ EU 5 oktober 1994, nr. C-47/91 (*Italië/Commissie – Italgrani*), r.o. 24. Ook bijvoorbeeld: steun waarvan kan worden vastgesteld dat hij op het moment van inwerkingtreding van de Verdragen geen steun vormde, maar inmiddels steun is geworden vanwege de ontwikkeling van de interne markt.

150 Art. 1 sub c Pvo.

151 Artt. 21-23 Pvo.

152 Zie in hoofdstuk 6 § 6.2.3 en § 6.8.

153 HvJ EU 14 februari 1990, nr. C-301/87 (*Frankrijk/Commissie*), r.o. 17; HvJ EU 9 oktober 1984, nr. 91 en 127/83 (*Heineken*), r.o. 20.

154 HvJ EU 11 juli 1997, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 34.

zoals dat zo mooi heet, 'aanvullende en onderscheiden taken'.[155] Zij zien beide toe op de naleving van het Europese staatssteunrecht, maar elk binnen een eigen kader, met eigen bevoegdheden en met een eigen doel. Voordat aan de specifieke taken en verplichtingen van de nationale rechter wordt toegekomen, loont het daarom de moeite om in te gaan op de rol van de Commissie. Deze valt kortweg als volgt samen te vatten: de Commissie is zoals hierboven is weergegeven verantwoordelijk voor de goedkeuring of afkeuring van nieuwe steun en voor het doorlopend controleren van bestaande steun en de van aanmelding vrijgestelde steun. De Commissie controleert daarnaast of de opschortingsplicht wordt nageleefd (§ 2.5.1) en kan in geval van onrechtmatige en onverenigbare steun voorlopige (§ 2.5.2) en definitieve (§ 2.5.3) maatregelen treffen. Wanneer de Commissie een steunmaatregel goed- of afkeurt, nader onderzoek verricht naar de verenigbaarheid van een nieuwe of bestaande steunmaatregel of optreedt naar aanleiding van een schending van de standstillbepaling, legt zij haar oordeel doorgaans vast in een besluit, dat op grond van artikel 288 VWEU bindend is voor de geadresseerde daarvan. In § 2.5.4 komt aan de orde welke bevoegdheden de Commissie heeft wanneer haar besluiten niet worden nageleefd. Paragraaf 2.5.5 ziet ten slotte op de mogelijkheden om tegen een dergelijk besluit in rechte op te komen.

Het verdient opmerking dat de Commissie in het kader van de zogenaamde staatssteunmodernisering haar rol bij de handhaving van het staatssteunrecht nader heeft willen vormgeven.[156] Drie doelstellingen staan voorop. Belangrijkst in dit verband is dat de Commissie haar onderzoek wil kunnen concentreren op zaken die de grootste impact op de interne markt hebben, en tegelijkertijd de samenwerking met de lidstaten wil versterken op het gebied van de handhaving van de staatssteunregels. Ten tweede beoogt de Commissie de stroomlijning van de regels en het creëren van de mogelijkheid om sneller tot beslissingen te komen. Ten derde wenst de Commissie duurzame, slimme en inclusieve groei op een concurrerende interne markt te bevorderen. Met de staatssteunmodernisering is de regelgeving over de plichten en bevoegdheden van de Commissie bij de handhaving van de staatssteunregels enigszins aangepast. De zojuist weergegeven doelstellingen van de modernisering kunnen ook een eerste indicatie geven hoe de Commissie met deze bevoegdheden daadwerkelijk zal omgaan.

2.5.1 Controle op de naleving van de standstillbepaling door de Commissie

Zoals gezegd bestaat een van de belangrijkste bevoegdheden van de Commissie in het beoordelen of een steunmaatregel of steunregeling ten uitvoer mag worden gelegd. De Commissie moet echter ook controleren of het hierboven

155 Idem, r.o. 41; HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 27.
156 Moderniseringsmededeling, m.n. randnr. 8.

beschreven systeem van aanmelding en goedkeuring, dan wel vrijstelling, op een juiste manier wordt nageleefd. Daarom komen haar een aantal belangrijke bevoegdheden toe wanneer reden bestaat om aan te nemen dat toch een onrechtmatige steunmaatregel is of zal worden uitgevoerd.

Natuurlijk zou een lidstaat in de verleiding kunnen komen om een niet van aanmelding vrijgestelde steunmaatregel uit te voeren zonder de Commissie daarvan op de hoogte te stellen.[157] Het is ook denkbaar dat een lidstaat ten onrechte meent dat geen sprake is van staatssteun of dat deze niet bij de Commissie hoeft te worden aangemeld, en dus ondanks alle goede wil van aanmelding afziet. In beide gevallen bestaat het risico dat een steunmaatregel wordt uitgevoerd die niet met de interne markt verenigbaar is. Om de bevoegdheid van de Commissie tot voorafgaande controle niet tot een wassen neus te laten verworden, kan de Commissie naar aanleiding van klachten en uit eigen beweging onderzoek doen naar ten onrechte niet aangemelde steunmaatregelen. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat, ten eerste, de Commissie zich wil toeleggen op zaken met een grote impact op de interne markt, en ten tweede dat de werkdruk van de Commissie hoog is en er dus praktische grenzen zijn aan haar handhavingsmogelijkheden.[158]

Zoals gezegd kunnen belanghebbenden een klacht indienen om de Commissie in kennis te stellen van mogelijk onrechtmatige steun of van mogelijk misbruik van steun (artikel 24 lid 2 Procedureverordening). Daartoe moet de belanghebbende een op grond van dezelfde bepaling verplicht klachtenformulier invullen. In dat formulier moet hij voldoende feiten en juridische argumenten naar voren brengen om een provisioneel onderzoek naar de steun te rechtvaardigen, en uitleggen hoe en in welke mate de gestelde steun zijn mededingingspositie beïnvloedt.[159] Lukt dit niet, dan wordt de klacht als ingetrokken beschouwd.[160] Dit zijn verscherpte eisen ten opzichte van de 'oude' procedure vóór 2013, hetgeen heeft geleid tot de nodige kritiek. Zo vreest Dilkova dat bedrijven het formulier niet zonder hulp van mededingings- en staatssteunadvocaten kunnen invullen, waardoor met name kleine ondernemingen ervan kunnen worden weerhouden om de Commissie van een vermeende schending van de staatssteunregels op de hoogte te stellen.[161] Voor de rechtspositie van deze ondernemingen is dat een ongunstige ontwikkeling, maar voor de toezichtsmogelijkheden van de Commissie hoeft dit niet

157 Vgl. Lever 2013; Temple Lang 2014; Koenig en Lindner 2015, p. 21.

158 Koenig 2014, p. 611 wijst om die reden op het risico van '*under-enforcement*' door de Commissie.

159 Het klachtenformulier kan worden gedownload via <http://ec.europa.eu/competition/forms/download_nl.html> (laatst bezocht op 15-7-2016).

160 Dit is onder meer van belang omdat het de Commissie op grond van de Europese jurisprudentie niet vrijstaat om een ingediende klacht zonder nader onderzoek naast zich neer te leggen. GvEA EU 29 september 2011, nr. T-442/07 (*Ryanair/Commissie*), r.o. 37, met verwijzing naar HvJ EU 17 juli 2008, nr. C-521/06 P (*Athinaïki Techniki/Commissie*), r.o. 37-40.

161 Dilkova 2014, p. 90.

problematisch te zijn. Op grond van artikel 12 lid 1 Pvo kan de Commissie namelijk ook los van een klacht onderzoek verrichten naar mogelijk onrechtmatige staatssteun, bijvoorbeeld op basis van informatie uit krantenberichten, op basis van door justitiabelen aangeleverde informatie die niet als klacht geldt, en in een enkel geval zelfs naar aanleiding van een door de nationale rechter gestelde vraag.[162]

Ten behoeve van het onderzoek naar ten onrechte niet aangemelde steunmaatregelen kan de Commissie de betrokken lidstaat en in sommige gevallen ook andere lidstaten, ondernemingen of ondernemingsverenigingen om informatie verzoeken (artikel 12 Procedureverordening).[163] Wanneer onjuiste, onvolledige of misleidende informatie wordt verstrekt, of deze te laat wordt verstrekt, dan kan de Commissie onder omstandigheden besluiten om op grond van artikel 8 Procedureverordening geldboeten en dwangsommen op te leggen.[164] De Commissie heeft niet alleen de mogelijkheid om bepaalde informatie op te vragen, maar zij kan ook controles ter plaatse verrichten indien zij ernstige twijfel heeft over de naleving van besluiten om geen bezwaar te maken, positieve besluiten of voorwaardelijke besluiten met betrekking tot individuele steun (artikel 27 Procedureverordening). Een andere mogelijkheid voor de Commissie om de naleving van het staatssteunrecht te controleren is de in artikel 20bis Procedureverordening neergelegde bevoegdheid om op grotere schaal in verschillende lidstaten onderzoek te doen naar bepaalde sectoren van de economie of naar het gebruik van een bepaald steuninstrument en ook in dat kader informatie op te vragen.

De rol van de Commissie is weer anders in de gevallen waarin steunmaatregelen van de aanmeldingsplicht zijn vrijgesteld.[165] Hoewel zulke maatregelen niet expliciet vooraf door de Commissie hoeven te worden goedgekeurd, heeft de Commissie wel mogelijkheden om achteraf te controleren of de steun inderdaad van aanmelding was vrijgesteld en of de aan de vrijstelling verbonden voorwaarden zijn nageleefd.[166] Zo bevat de Algemene Groepsvrijstellingsverordening verplichtingen voor de lidstaten tot verslaglegging (artikel 11) en tot het bijhouden van gedetailleerde dossiers om te kunnen aantonen dat aan de op grond van de verordening geldende voorwaarden is voldaan (artikel 12). Ook moeten lidstaten informatie over de onder de Algemene Groepsvrij-

162 Dat laatste was het geval in Besluit van de Europese Commissie van 11 december 2012 inzake steunmaatregel zaak SA.33083 (2012/C) (ex 2012/NN) en SA. 35083 (2012/C) (ex 2012/NN) – Italië, *PbEU* 2012, C 381/32.

163 De mogelijkheid om informatie op te vragen bij ondernemingen (en bij niet-nakoming van het verzoek zelfs sancties op te leggen) is bekritiseerd omdat hiermee een onevenredig hoge last op ondernemingen wordt gelegd zonder dat daar corresponderende rechten tegenover staan. Dilkova 2014, p. 88-9.

164 Art. 8 Pvo is op grond van art. 12 lid 3 Pvo van overeenkomstige toepassing.

165 Zie eerder in dit hoofdstuk § 2.4.3.

166 Zie over het toezicht door de Commissie in het kader van groeps- en de-minimisvrijstellingen in meer detail Adriaanse 2013.

stellingsverordening vrijgestelde steun op een uitgebreide staatssteunwebsite openbaar maken, zodat deze zowel door de Commissie als door andere belanghebbenden te raadplegen is (artikel 9).[167] Of het (daadwerkelijke gebruik van) deze toezichtsmogelijkheden voldoende is om ook bij vrijgestelde steun de naleving van het staatssteunrecht te waarborgen, kan sterk worden betwijfeld.[168] In 2011 berekende de Europese Rekenkamer zelfs dat 40% van de staatssteunzaken die onder de groepsvrijstellingsverordeningen waren behandeld problematisch zou zijn.[169] De praktische betekenis daarvan is enorm, nu eveneens is voorspeld dat onder de nieuwe Groepsvrijstellingsverordening zo'n driekwart van de steunmaatregelen van aanmelding zouden kunnen zijn vrijgesteld, oplopend tot in potentie zelfs 90 procent.[170]

2.5.2 Voorlopige maatregelen en uitspraakmogelijkheden door de Commissie naast terugvordering

Wanneer op basis van de zojuist besproken controle-instrumenten blijkt dat bepaalde steunmaatregelen ten onrechte niet zijn aangemeld en niet verenigbaar zijn met de interne markt, zal de Commissie daaraan de nodige voorlopige gevolgen verbinden. Zo kan de Commissie op grond van artikel 13 lid 1 van de Procedureverordening een lidstaat voorlopig bevelen om onrechtmatige steun op te schorten ('opschortingsbevel'). Op grond van het tweede lid kan de Commissie de lidstaat ook gelasten onrechtmatige steun voorlopig terug te vorderen ('terugvorderingsbevel'). Voor beide bevelen is vereist dat volgens een gevestigde praktijk geen twijfel bestaat over de steunverlenende aard van de maatregel, dat dringend optreden noodzakelijk is en dat een ernstig gevaar

167 Ten aanzien van bepaalde steunmaatregelen kan de Commissie ook verlangen dat de steunverlenende lidstaat na verloop van tijd een uitgebreide evaluatie uitvoert om te onderzoeken of de met de steunmaatregel beoogde effecten daadwerkelijk zijn gerealiseerd. Een negatieve evaluatie betekent niet dat de goedkeuring achteraf komt te ontvallen. Wel moeten de resultaten bij een eventuele latere steunmaatregel met een soortgelijk doel in aanmerking worden genomen. Zie bijv. Mededeling van de Commissie van 26 januari 2014, EU-richtsnoeren voor de toepassing van de staatssteunregels in het kader van de snelle uitrol van breedbandnetwerken, *PbEU* 2013 *C* 25/1, randnr. 53. Uitgebreid over evaluaties: Boutin en Peduzzi 2015.

168 Zorgen hierover zijn onder meer geuit door Adriaanse 2013, die concludeerde dat het met de huidige toezichtpraktijk en het daarvoor beschikbare juridische toezichtsinstrumentarium pover gesteld is. Ook: Europese Rekenkamer (Speciaal verslag 15/2011), randnr. 14; Lever 2013, p. 6. Nog optimistisch: Winter 2004, p. 476-477.

169 Europese Rekenkamer (Speciaal verslag 15/2011).

170 In 2011, het jaar waarin de Europese Rekenkamer haar berekeningen maakte, vertegenwoordigde vrijgestelde steun bijna een derde van alle steun voor de industrie en dienstensector, met een volume van zo'n €17,2 miljard. Scorebord Staatssteun 2012, p. 4, 9 en 12. Onder de nieuwe Algemene Groepsvrijstellingsverordening zouden zo'n driekwart van de steunmaatregelen van aanmelding kunnen zijn vrijgesteld, oplopend tot in potentie zelfs 90 procent. Boutin en Peduzzi 2015, p. 250.

bestaat dat een concurrent[171] aanzienlijke en onherstelbare schade oploopt. Het is echter nog maar de vraag of een dergelijk bevel, onder andere vanwege haar strikte voorwaarden, praktisch nut heeft.[172] Dit soort voorlopige maatregelen valt in de besluitenpraktijk van de Commissie hoe dan ook nauwelijks terug te vinden.[173] Er is zelfs opgeworpen dat het tweede lid van artikel 13 van de Procedureverordening eventueel strijd oplevert met eerdere jurisprudentie die artikel 108 VWEU uitlegt.[174]

2.5.3 De terugvorderingsbevoegdheid en haar beperkingen

Van groter praktische waarde dan de mogelijkheid om voorlopige maatregelen te treffen is de bevoegdheid van de Commissie om bij de niet-naleving van de opschortingsplicht de terugvordering te gelasten van de ten onrechte ontvangen steun en de daarover genoten rente (artikel 16 lid 1 Procedureverordening):

---

171 De Procedureverordening zelf spreekt van een 'mededinger'.

172 Adriaanse 2006, p. 100; Angeli 2009, p. 534. Adriaanse noemt ook dat de Commissie zo vroeg in de onderzoeksfase vaak nog te weinig informatie zal hebben om tot een dergelijke beschikking over te gaan, en dat het voorlopige karakter van de beschikking teniet kan worden gedaan door de nogal trage uitvoeringspraktijk van zulke beschikkingen op het niveau van de lidstaten.

173 Een zoektocht op de website van de Europese Commissie levert geen terugvorderingsbevelen op, en (maar) vier opschortingsbevelen. Nog vóór de inwerkingtreding van de Procedureverordening: Brief van de Europese Commissie van 30 april 1999, 'Uitnodiging overeenkomstig artikel 88, lid 2 (voorheen artikel 93, lid 2), van het EG-Verdrag opmerkingen te maken betreffende de steunmaatregel C 22/99 (ex NN 117/98) – Spanje –Ramondín', *PbEU* 1999, C 194/12. Brief van de Europese Commissie van 25 september 2007, Staatssteunmaatregel C 41/07 (ex NN 49/07) – Privatisering van Tractorul', *PbEU* 2007, C 249/21; Brief van de Europese Commissie van 1 oktober 2014, 'Steunmaatregel SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) – Uitvoering van arbitrale uitspraak Micula/Roemenië van 11 december 2013', *PbEU* 2014, C 393/27; Brief van de Europese Commissie van 11 juni 2015, 'Steunmaatregel SA.39235 (2015/C) (ex 2015/NN) – Advertentiebelasting', *PbEU* 2015, C 136/7. Voorlopig nog niet gebruikt, maar wel geregeld, is de mogelijkheid in art. 14 Pvo om het naleven van een bevelsbeschikking voor het Hof af te dwingen. Van den Tweel 2015, p. 557, heeft naar aanleiding van de uitspraak in de zaak *Deutsche Lufthansa* opgeworpen dat het onderscheid tussen een opschortingsbevel als hier bedoeld en een besluit tot opening van de formele onderzoeksprocedure komt te vervallen zodra de nationale rechter wordt geadieerd. Zie over de betekenis van de zaak *Deutsche Lufthansa* nader hoofdstuk 6, m.n. § 6.2.1.

174 Struys en Abbott 2003, p. 177, verwijzend naar HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI/La Poste*), r.o. 45. Het Hof stelt daar dat de Commissie slechts de opschorting van verdere steun kan gelasten. Dit wordt in deze uitspraak ook als reden aangedragen om te bepalen dat de voorlegging van een zaak aan de Commissie geen beletsel voor de nationale rechter zou moeten vormen om alle consequenties te trekken uit de schending van art. 108 lid 3 VWEU. Hierover bestaat nog geen jurisprudentie; er zijn immers ook nog geen terugvorderingsbevelen gegeven.

> 'Indien negatieve besluiten worden gegeven in gevallen van onrechtmatige steun beschikt de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen ('terugvorderingsbesluit').[175] De Commissie verlangt geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van Unierecht'.

Deze bevoegdheden heeft de Commissie ook in het geval van misbruik van steun – dat wil zeggen wanneer de begunstigde van een steunmaatregel deze gebruikt in strijd met een besluit om geen bezwaar te maken of een voorwaardelijk besluit (artikel 20 Procedureverordening).

De terugbetaling van ongeoorloofde staatssteun dient er volgens vaste rechtspraak toe om de door de onrechtmatige steun veroorzaakte verstoring van de mededinging op te heffen[176] en de toestand vóór de steunverlening te herstellen.[177] De terugvordering van de steun is dan ook volgens het Hof geen sanctie[178] maar slechts het logische gevolg van de vaststelling dat de steun onrechtmatig is.[179] Omdat terugbetaling enkel dient tot het herstellen van de toestand vóór de steunverlening, maakt het daarvoor niet uit in welke vorm de steun is gegoten[180] en is terugvordering in principe niet onevenredig.[181] Deze hoofdregels zijn in de rechtspraak vaak herhaald, maar dat maakt ze nog niet volledig helder. Een voorbeeld: hoewel het Hof uitdrukkelijk voorop stelt dat terugvordering dient om de mededingingsverstoring op te heffen en geen sanctie is, blijkt uit zijn uitspraken ook dat de omstandigheid dat de terugvordering niet meer tot een herstel van het marktevenwicht kan leiden, niet betekent dat van terugvordering mag worden afgezien.[182]

---

175 Vóór het Verdrag van Lissabon was de gebruikelijke term 'terugvorderingsbeschikking'. Ik houd vast aan de term 'terugvorderingsbesluit' of 'Commissiebesluit'. Dit kan verwarring opleveren met het nationale terugvorderingsbesluit ter uitvoering van het besluit van de Commissie. Vgl. GvEA EU 13 september 1995, nr. T-244/93 en T-486/93 (*TWD Textilwerke Deggendorf*), r.o. 72. Voor zover dit uit de context niet blijkt, zal ik in het navolgende een nationaal terugvorderingsbesluit aanduiden als 'nationaal terugvorderingsbesluit'.

176 Zie GvEA EU 3 april 2009, nr. T-445/05 (*Associazione Italiana del risparmio gestito*), r.o. 192 en verwijzingen.

177 GvEA EU 9 september 2007, T-227/01 (*Territorio Histórico de Álava*), r.o. 375; GvEA EU 18 april 2009, nr. T-445/05 (*Associazione Italiana del risparmio gestito*), r.o. 193.

178 GvEA EU 9 september 2007, T-227/01 (*Territorio Histórico de Álava*), r.o. 375 en GvEA EU 29 september 2000, nr. T-55/99 (*CETM/Commissie*), r.o. 164. Met betrekking tot de rente HvJ EU 14 januari 1997, C-169/95 (*Spanje/Commissie*), r.o. 47.

179 HvJ EU 21 maart 1990, nr. C-142/87 (*Tubemeuse*), r.o. 66. Het Hof en het Gerecht gebruiken naar gelang het soort zaak de term 'onverenigbaar' of 'onwettig'. Zie bijv. GvEA EU 11 juni 2009, T-297/02 (*ACEA SpA*), r.o. 159 en GvEA EU 9 september 2007, T-227/01 (*Territorio Histórico de Álava*), r.o. 372.

180 HvJ EU 10 juni 1993, nr. C-183/91 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 16 en HvJ EU, 26 juni 2003, nr. C-404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 44.

181 GvEA EU 9 september 2007, T-227/01 (*Territorio Histórico de Álava*), r.o. 372-5 en GvEA EU 3 april 2009, nr. T-445/05 (*Associazione Italiana del risparmio gestito*), r.o. 193.

182 HvJ EU 21 maart 1991, nr. C-305/89 (*Commissie/Italië*), r.o. 41 en HvJ EU 8 mei 2003, nr. C-328/99 en C-399/00 (*Italië/Commissie*), r.o. 51-5.

De Commissie neemt pas een terugvorderingsbesluit wanneer is vastgesteld dat de onderzochte steun met de interne markt onverenigbaar is.[183] Op dat moment is de Commissie in beginsel verplicht om tot terugvordering over te gaan en heeft zij geen ruimte om het terug te vorderen bedrag hoger of lager vast te stellen.[184] De Commissie mag echter geen terugvordering gelasten als dat in strijd komt met een algemeen rechtsbeginsel zoals het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.[185] De bevoegdheid om steun (en rente) terug te vorderen vervalt daarnaast na een verjaringstermijn van tien jaar. Deze termijn wordt door elke maatregel van de Commissie of op haar verzoek optredende lidstaat gestuit en begint dan opnieuw te lopen. Zij wordt opgeschort zolang over het besluit een beroep openstaat bij het Hof of het Gerecht.[186]

2.5.3.1 Terugvorderingsverplichting bij de lidstaat

Het in artikel 16 van de Procedureverordening bedoelde terugvorderingsbesluit is gericht tot de steunverlenende lidstaat en geeft hem de opdracht om de verleende steun bij de begunstigde onderneming terug te vorderen.[187] Het daadwerkelijk naleven van het terugvorderingsbesluit is een harde eis. Nietnakoming daarvan levert strijd op met artikel 288, vierde alinea, VWEU en de in artikel 4 lid 3 VEU neergelegde loyaliteitseis, en kan voor de Commissie aanleiding zijn om een inbreukprocedure aanhangig te maken.[188] Conform het principe van de nationale procedurele autonomie, waarover hierna meer, vindt terugvordering plaats volgens de relevante regels van het nationale procesrecht.[189] Deze regels mogen de terugvordering niet in de praktijk on-

183 HvJ EU 29 oktober 1980, nr. 22/80 (*Boussac*), r.o. 19-22; HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE)*, r.o. 13; HvJ EU 7 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 43.

184 HvJ EU 12 juli 1973, nr. 70/72 (*Kohlegesetz*), r.o. 13; HvJ EU 24 februari 1987, nr. 310/85 (*Deufil*), r.o. 24; HvJ EU 14 september 1994, nr. C-278-280/92 (*Spanje/Commissie*), r.o. 78; HvJ EU 20 maart 1997, nr. C-24/95 (*Alcan Deutschland*), r.o. 22. GvEA EU 29 maart 2007, nr. T-366/00 (*Scott/Commissie*), r.o. 95.

185 De sanctie daarop is de nietigheid van het besluit: GvEA EU 1 juli 2010, nr. T-62/08 (*ThyssenKrupp/Commissie*), r.o. 276. Deze beginselen worden door het Hof in principe eng uitgelegd. Zie hierna ten aanzien van het vertrouwensbeginsel uitgebreider: § 2.6.5.1. De Commissie is iets soepeler: Adriaanse 2006, p. 109.

186 Art. 17 Pvo.

187 Art. 16 lid 1 Pvo.

188 Zie bijv. HvJ EU 22 december 2010, nr. C-507/08 (*Commissie/Slovaakse Republiek*), r.o. 47; HvJ EU 18 oktober 2007, nr. C-441/06 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 54; HvJ EU 26 juni 2003, nr. C-404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 74; HvJ EU 12 december 2002, nr. C-209/00 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 31. Ook: art. 28 lid 1 Pvo.

189 Art. 16, lid 3, Pvo; HvJ EU 12 oktober 2000, nr. C-480/98 (*Spanje/Commissie*), r.o. 24; HvJ EU 26 juni 2003, nr. 404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 51.

mogelijk maken[190] of ongunstiger zijn dan in nationale situaties. De getroffen maatregelen moeten het belang van de Unie ten volle in aanmerking nemen[191] en moeten geschikt zijn om de mededingingsvoorwaarden die door de toekenning van de onwettige steun zijn vervalst, te herstellen.[192]

In de literatuur is wel bekritiseerd dat, hoewel de betrokken lidstaat verantwoordelijk is voor een schending van de standstillbepaling en dus de geadresseerde is van de terugvorderingsverplichting, de daadwerkelijke financiële pijn niet door de lidstaat maar door de steunontvanger wordt gevoeld.[193] De steunontvanger is immers degene die moet terugbetalen. De steunverlenende autoriteit krijgt 'slechts' het teveel betaalde terug, mét de daarover genoten rente. Om deze onevenwichtigheid te redresseren zijn in dezelfde literatuur een aantal voorstellen gedaan, zoals de mogelijkheid dat steunverleners bij een moedwillige schending van de staatssteunregels op grond van het nationale recht kunnen worden vervolgd voor verduistering,[194] dat de omstandigheden waaronder zij geleden schade moeten vergoeden worden uitgebreid[195] of het opleggen van boetes of andere sancties,[196] waaronder de plicht om ten onrechte betaalde en vervolgens teruggevorderde bedragen in de Uniekas te storten.[197] Tot nu toe hebben deze voorstellen echter niet geleid tot een wijziging van de (interpretatie of toepassing van de) staatssteunregels.

2.5.3.2 Vaststellen begunstigden, bedrag en rente

Het is zodoende de begunstigde van staatssteun die op basis van het terugvorderingsbesluit uiteindelijk in de buidel moet tasten. Welke specifieke onderneming(en) echter precies door het terugvorderingsbesluit wordt of worden geraakt, is niet altijd op voorhand duidelijk. Vooral bij steunregelingen is het mogelijk dat een groot aantal niet bij naam genoemde bedrijven steun heeft ontvangen. Daarnaast moet de steun volgens vaste Europese jurisprudentie worden teruggevorderd bij de 'daadwerkelijke begunstigde'. Dat is niet in

190 HvJ EU 21 maart 1990, nr. C-142/87 (*België/Commissie – Tubemeuse*), r.o. 61; HvJ EU 12 oktober 2000, nr. C-480/98 (*Commissie/Spanje*). Het Hof gebruikt ook wel eens andere bewoordingen. Zie bijv. HvJ EU 12 december 2002, nr. C-209/00 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 34; HvJ EU 26 juni 2003, nr. C-404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 24.

191 HvJ EU 26 juni 2003, nr. C-404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 51.

192 HvJ EU 12 december 2002, nr. C-209/00 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 58. Ook Bacon 2009, p. 480. In een andere zaak bepaalde het Hof dat de lidstaat zich moet gedragen als een particuliere schuldeiser. HvJ EU 17 mei 2001, nr. C-323/99 en C-399/00 (*Italië/Commissie*), r.o. 68.

193 Ølykke 2016, p. 290; Koenig en Lindner 2015; Temple Lang 2014; Lever 2013; Nicolaides 2008, p. 588; Adriaanse 2006, p. 338.

194 Koenig en Lindner 2015, p. 23-4. Zij merken op dat het op grond van de huidige verdragen niet waarschijnlijk is dat lidstaten kunnen worden verplicht om strafrechtelijke sancties op te leggen.

195 Lever 2013, p. 10.

196 Ølykke 2016, p. 290; Adriaanse 2006, p. 338.

197 Adriaanse 2006, p. 338.

alle gevallen de oorspronkelijke ontvanger van de steun. Te denken valt bijvoorbeeld aan het geval waarin de steunontvangende onderneming inmiddels is overgenomen.[198] De Commissie hoeft in haar besluit zelf niet aan te geven wie precies de begunstigden van een steunmaatregel zijn.[199] Dit is de – vaak zeer gecompliceerde – taak van de lidstaat,[200] die daarnaast moet onderzoeken of bepaalde begunstigden door het terugvorderingsbesluit niet worden geraakt omdat zij bijvoorbeeld niet kwalificeren als onderneming of vallen onder de *de minimis*-regeling.[201]

In het terugvorderingsbesluit moet de Commissie zo precies mogelijk de omvang van de genoten steun vaststellen.[202] De Commissie geeft in haar besluiten over het algemeen redelijk specifiek aan hoe het steunbedrag moet worden vastgesteld.[203] Vaak genoeg wordt het terug te vorderen bedrag concreet in het terugvorderingsbesluit benoemd.[204] Zo nu en dan volstaat de Commissie met een meer algemene indicatie, met soms bijzonder complexe berekeningen voor de lidstaat tot gevolg.[205] Dit is toegestaan zolang het besluit voldoende gegevens bevat waarmee de lidstaat 'zonder buitensporige

198 Bijvoorbeeld GvEA EU 1 juli 2009, nr. T-291/06 (*Operator/Commissie*), r.o. 62. In dat geval wordt de oorspronkelijk begunstigde ook geacht de daadwerkelijk begunstigde te zijn wanneer de overname tegen een marktprijs heeft plaatsgevonden. HvJ EU 20 september 2001, nr. C-390/98 (*Banks*), r.o. 77; HvJ EU 29 april 2004, nr. C-277/00 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 80. Wanneer door de overname het risico ontstaat dat de terugvordering wordt omzeild, mag de Commissie de nodige maatregelen treffen om de koper tot terugbetaling te verplichten. Bekendmaking van de Commissie van 15 november 2007 'Naar een doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen', *PbEU* 2007 C 272/4, punt 32. Recenter: HvJ EU 16 december 2010, nr. C-480/09 P (*AceaElectrabel/Commissie*), r.o. 58-60.

199 GvEA EU 12 september 2007, nr. T-196/02 (*MTU/Friedrichshafen*), r.o. 50.

200 GvEA EU 14 januari 2004, T-109/01 (*Fleuren Compost/Commissie*), r.o. 48-51; GvEA EU 11 februari 2009, nr. T-25/07 (*Iride SpA/Commissie*), r.o. 89.

201 GvEA EU 11 juni 2009, nr. T-189/03 (*ASM Brescia/Commissie*), r.o. 86-88; Bekendmaking van de Commissie van 15 november 2007, 'Naar een doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen', *PbEU* C 272/4, punt 35. Vgl. Angeli 2009, p. 537.

202 GvEA EU 29 maart 2007, nr. T-366/00 (*Scott/Commissie*), r.o. 95 en GvEA EU 11 februari 2009, nr. T-25/07 (*Iride SpA*), r.o. 89.

203 Beschikking van de Commissie van 19 november 2009 betreffende steunmaatregelen C 38/A/04 (ex NN 58/04) en C 36/B/06 (ex NN 38/06) die Italië ten uitvoer heeft gelegd ten faveure van Alcoa Trasformazioni, *PbEU* 2010, L 227/62.

204 Besluit van de Commissie van 23 oktober 2007 betreffende staatssteun C 23/06 (ex NN 35/06) door Polen toegekend ten gunste van staalproducent Technologie Buczek Group, *PbEU* 2008, L 116/26.

205 De steunverlener moet dan bijvoorbeeld het verschil berekenen tussen een daadwerkelijke lening en een lening zoals de begunstigde deze in de toenmalige omstandigheden op de markt had kunnen verkrijgen. Zie voor een mooi voorbeeld art. 3 van het Besluit van de Commissie van 6 november 2008 betreffende staatssteun C 17/05 (ex N 194/05 en PL 34/04) die door Polen is toegekend ten gunste van Stocznia Gdynia, *PbEU* 2010, L 33/1.

moeilijkheden' het bedrag zelf kan berekenen.[206] Essentieel is daarbij dat de geadresseerde lidstaat uit het besluit ondubbelzinnig zijn rechten en verplichtingen kan afleiden en op basis daarvan de nodige voorzieningen kan treffen.[207] Bij het berekenen van het steunbedrag bestaat voor de steunverlener weinig ruimte voor creatief denkwerk; het besluit van de Commissie is immers bindend, ook ten aanzien van het terug te vorderen bedrag.[208] Het terug te vorderen bedrag valt bijvoorbeeld niet lager uit wanneer de steunverlenende overheid bepaalde verliezen zou hebben geleden als zij de steun niet had verleend.[209]

De hoogte van het terug te betalen bedrag komt in beginsel één op één overeen met het verkregen voordeel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Dit heeft bepaalde praktische voordelen omdat de *daadwerkelijke* invloed van de steun op de economische positie van de begunstigde of de mededinging in veel gevallen nauwelijks vast te stellen zal zijn. Gevolg daarvan is echter dat de situatie kan ontstaan dat het economisch voordeel van een onderneming veel groter of juist veel kleiner is dan het uiteindelijk terug te betalen steunbedrag.[210] Of de onderneming bijvoorbeeld door slim investeren de waarde daarvan heeft weten te verdubbelen of de steun juist heeft verkwanseld, maakt voor het terug te vorderen bedrag echter in beginsel niet uit. Dat maakt de terugbetaling van steun een nogal statisch instrument dat niet altijd tegemoetkomt aan de economische werkelijkheid.

Uit het tweede lid van artikel 16 blijkt dat de Commissie ook de terugvordering gelast van de rente die de begunstigde heeft genoten vanaf de datum waarop de steun beschikbaar was tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun. Dit is volgens het Hof van Justitie van de EU noodzakelijk om het concurrentievoordeel ongedaan te maken, aangezien de betrokken onderneming anders genoten zou hebben van een renteloze lening en daarmee een financieel voordeel zou hebben behaald.[211] Over de hoogte van die rente hoeft in beginsel geen twijfel te bestaan: deze wordt door de Commissie in mededelingen op grondslag van Verordening 794/2004 vastgesteld.[212]

---

206 HvJ EU 18 oktober 2007, nr. C-441/06 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 29 en aangehaalde rechtspraak.

207 GvEA EU 30 november 2009, nr. T-427/04 en T-17/05 (*France Télécom*), r.o. 300, verwijzend naar HvJ EU 1 oktober 1998, nr. C-279/95 P (*Langnese-Iglo/Commissie*), r.o. 78. Over de relevantie van overige stellingnames van de Commissie (bijv. in brieven): HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset SpA*), r.o. 28-31.

208 HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset SpA*), r.o. 24.

209 GvEA EU 8 juli 2004, nr. T-198/01 (*Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie*).

210 Vgl. Temple Lang 2014, p. 444-5.

211 HvJ EU 12 oktober 2000, nr. C-480/98 (*Spanje/Commissie*), r.o. 35 en HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 51.

212 Commissieverordening 794/2004 (uitvoering Procedureverordening). Op grond daarvan maakt de Commissie de geldende rentepercentages bekend via het PbEU. Vanaf 1 juli 2016 geldt de Mededeling van de Commissie betreffende de thans bij terugvordering van staats-

2.5.3.3 Uitzonderingen op de naleving van de terugvorderingsverplichting

Het mag duidelijk zijn dat het bij de terugvorderingsverplichting gaat om een harde eis. Een lidstaat die een terugvorderingsbesluit niet naleeft, kan ter verdediging enkel aanvoeren dat het uitvoeren van het besluit absoluut onmogelijk was,[213] en mogelijk dat sprake is van (zeer) uitzonderlijke omstandigheden.[214] Een dergelijk betoog wordt zelden aanvaard.[215] Feitelijke omstandigheden, zoals de mogelijkheid van financiële problemen voor of het ingetreden faillissement van de begunstigde onderneming,[216] de onduidelijkheid over de identiteit van de begunstigde onderneming(en) of de vrees voor binnenlandse moeilijkheden of voor een sociaal conflict maken terugvordering niet absoluut onmogelijk.[217] Hetzelfde geldt voor juridische obstakels die lidstaten bij de uitvoering van de terugvorderingsverplichting tegenkomen. Een lidstaat kan zich niet beroepen op bepalingen, praktijken of situaties van zijn interne rechtsorde om de niet-naleving van de terugvorderingsplicht te rechtvaardigen.[218] Zo strandden de betogen dat een nationale titel voor terugvordering ontbrak, dat nationale verjaringstermijnen waren verlopen, dat niet kon worden teruggevorderd wegens het ontbreken van verrijking, en dat de begunstigde onder nationaal recht een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel kon doen.[219] Zelfs het gezag van gewijsde van een nationale rechterlijke uitspraak

---

steun toe te passen rentepercentages en de referentie- en disconteringspercentages voor 28 lidstaten, zoals die vanaf 1 juli 2016 gelden, *PbEU* 2016, C 219/27.

213 HvJ EU 4 april 1995, nr. C-348/93 (*Commissie/Italië*), r.o. 16; HvJ EU 29 januari 1998, nr. C-280/95 (*Commissie/Italië*), r.o. 13; HvJ EU 3 juli 2001, nr. C-378/98 (*Commissie/België*), r.o. 30; HvJ EU 18 oktober 2007, nr. C-441/06 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 27.

214 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 42. Daarvan is nog geen sprake wanneer drie opeenvolgende besluiten waarin steun verenigbaar is verklaard met de interne markt vervolgens door de Unierechter nietig zijn verklaard. HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), *dictum*. De in deze uitspraken gehanteerde redenering (en verwijzingen) doet denken aan de toepassing van het hierna in § 2.6.5.1 te bespreken vertrouwensbeginsel.

215 Wel in de zaak HvJ EU 10 december 2000, nr. C-480/98 (*Commissie/Spanje*), r.o. 36-8.

216 Resp.: HvJ EU 15 januari 1986, nr. 52/84 (*Commissie/België*), r.o. 14-5; HvJ EU 21 maart 1990, nr. C-142/87 (*Tubemeuse*), r.o. 62-63; HvJ EU 2 juli 2002, nr. C-499/99 (*Commissie/Spanje*), r.o. 39.

217 Resp.: HvJ EU 13 juni 2002, nr. C-382/99 (*Nederland/Commissie*), r.o. 92; HvJ EU 7 maart 2002, nr. C-310/99 (*Italië/Commissie*), r.o. 105; HvJ EU 14 september 1994, nrs. C-278-280/92, (*Spanje/Commissie*), r.o. 74-7.

218 HvJ EU 10 januari 2008, nr. C-70/06 (*Commissie/Portugal*), r.o. 22; HvJ EU 7 juli 2009, nr. C-369/07 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 45.

219 HvJ EU 21 maart 1991, nr. C-303/88 (*Italië/Commissie*), r.o. 56-61; HvJ EU 20 maart 1997, nr. C-24/95 (*Alcan*), r.o. 34-37, 41-43 en 52. Zie wel Conclusie A-G Wahl bij HvJ EU 11 september 2014, nr. C-527/12 (*Commissie/Duitsland*), ov. 60. Hij acht het niet ondenkbaar dat de noodzaak om begunstigden een doeltreffende rechtelijke bescherming te garanderen, in bepaalde omstandigheden de niet-terugvordering van steun kan rechtvaardigen.

kan de niet-naleving van een terugvorderingsbesluit niet zonder meer rechtvaardigen.[220]

In het geval een lidstaat bij het uitvoeren van het Commissiebesluit op onvoorziene en onvoorzienbare omstandigheden stuit of zich bewust wordt van gevolgen die de Commissie niet voor ogen heeft gehad, moet hij dit op grond van artikel 4 lid 3 VEU aan de Commissie voorleggen en alternatieven voorstellen. De Commissie is dan verplicht om met de lidstaat te goeder trouw samen te werken om de moeilijkheden op te lossen, met inachtneming van de verdragsbepalingen en het staatssteunrecht.[221] Dit vereist een concrete inspanning; een lidstaat kan er niet mee volstaan de Commissie van de geconfronteerde moeilijkheden op de hoogte te stellen, maar moet juist laten zien dat hij – eventueel in samenwerking met de Commissie – tot werkelijke actie is overgegaan.[222] Als een lidstaat dit achterwege heeft gelaten, zal een beroep op absolute onmogelijkheid niet slagen.

2.5.4 De rol van de Commissie wanneer haar besluiten niet worden nageleefd

Artikel 28 van de Procedureverordening bepaalt dat de Commissie zich overeenkomstig artikel 108 lid 2 VWEU rechtstreeks tot het Hof van Justitie kan wenden wanneer een lidstaat niet voldoet aan een voorwaardelijk of negatief besluit. De Commissie kan zodoende een inbreukprocedure aanhangig maken bij het Hof wanneer een (terugvorderings)besluit niet is nageleefd.[223] Een vergelijkbare regel geldt op grond van artikel 14 van de Procedureverordening wanneer een lidstaat geen gevolg geeft aan een bevel tot opschorting van steun of tot voorlopige terugvordering van steun. In 2005 heeft de Commissie zich tot doel gesteld om strenger toe te zien op de naleving van terugvorderingsbesluiten.[224] De uitspraak *Scott* heeft de Commissie daartoe in zoverre instrumenten in handen gegeven dat zij nu makkelijker kan procederen tegen *niettijdige* naleving van een terugvorderingsbesluit.[225] Dit is onder meer een inte-

220 Zie over het gezag van gewijsde hierna § 2.6.1.4. Zelfs wanneer het gezag van gewijsde wordt gehonoreerd, is relevant of de nationale autoriteiten 'naar nationaal recht over middelen beschikten die, indien zij zorgvuldig waren toegepast, deze staat de mogelijkheid hadden kunnen bieden om terugbetaling van de betrokken steun te verkrijgen'. HvJ EU 22 december 2010, nr. C-507/09 (*Commissie/Slovaakse Republiek*), r.o. 61.

221 HvJ EU 4 april 1995, nr. C-350/93 (*Commissie/Italië*), r.o. 16; HvJ EU 3 juli 2001, nr. C-378/98 (*Commissie/België*), r.o. 31; HvJ EU 26 juni 2003, nr. C-404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 46.

222 HvJ EU 22 december 2010, nr. C-304/09 (*Commissie/Italië*), r.o. 36-44; HvJ EU 26 juni 2003, nr. C-404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 46. HvJ EU 22 december 2010, nr. C-304/09 (*Commissie/Italië*), r.o. 36-44; HvJ EU 2 februari 1989, nr. 94/87 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 10.

223 Zie bijvoorbeeld, naar aanleiding van de onvolledige terugvordering van aan Nederlandse mestverwerkingsbedrijven verleende steun, Verzoekschrift van de Europese Commissie, ingesteld op 29 augustus 2009, nr. C-401/07 (*Commissie/Nederland*).

224 Dit blijkt uit het Actieplan staatssteun.

225 HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk – Scott*).

ressante ontwikkeling omdat steviger optreden van de Commissie lidstaten kan stimuleren om hun procedurele regels zodanig aan te passen dat terugvordering van steun makkelijker wordt gemaakt.[226] Komt een lidstaat een terugvorderingsbesluit van de Commissie niet na, dan heeft de Commissie naast het inleiden van een inbreukprocedure nog een andere manier om de naleving van haar besluit te stimuleren. De Commissie kan namelijk verbieden dat verdere (verenigbare) steun aan een onderneming wordt uitbetaald zolang de eerdere steun waarvan terugvordering is gelast niet is terugbetaald.[227] Hiermee heeft de lidstaat een tastbare prikkel om daadwerkelijk tot terugvordering over te gaan.[228]

Wanneer het Hof van Justitie in een door de Commissie ingeleide procedure vaststelt dat een lidstaat de op hem krachtens het Verdrag rustende verplichtingen niet is nagekomen, moet de lidstaat de maatregelen nemen die nodig zijn voor de uitvoering van het arrest van het Hof. Doet de lidstaat ook dat niet, dan kan de Commissie hem opnieuw voor het Hof dagen en eventueel verzoeken dat een forfaitaire som of dwangsom aan de lidstaat wordt opgelegd.[229]

2.5.5 Een Commissiebesluit aanvechten

De lidstaat tot wie een Commissiebesluit is gericht kan dat besluit op grond van artikel 263 VWEU voor het Hof aanvechten wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van de Verdragen of van enige uitvoeringsregeling daarvan, of wegens misbruik van bevoegdheid.[230] Op deze manier kan worden opgekomen tegen bijvoorbeeld besluiten over de goedkeuring of terugvordering van steun. Hetzelfde geldt, afgaande op de jurisprudentie van het Hof van Justitie, voor de beslissing om de formele onderzoeksprocedure in te leiden, hoewel over de precieze voorwaarden voor een ontvankelijk beroep door een enigszins verwarrende jurisprudentielijn van het Gerecht nog onzekerheid bestaat.[231] De termijn voor het instellen

---

226 Zoals dat in Nederland (met beperkt succes) is gebeurd. Zie nader in hoofdstuk 8 § 8.2.1. Angeli 2009, p. 538, betreurt dat de Commissie niet op vergelijkbare wijze kan optreden tegen gebrekkige handhaving van de standstillbepaling, aangezien daardoor een stimulans ontbreekt om de bescherming op grond van art. 108 lid 3 VWEU te optimaliseren.

227 GvEA EU 13 september 1995, nr. T-244/93 en T-486/93 (*TWD Textilwerke Deggendorf*), r.o. 83.

228 Een meer theoretische onderbouwing is dat het eerdere concurrentievoordeel is blijven bestaan en het verlenen van nieuwe steun van meet af aan niet kan leiden tot een mededingingsneutrale situatie.

229 Art. 260 VWEU. Bijv. HvJ EU 13 mei 2014, nr. C-184/11 (*Commissie/Spanje*).

230 Art. 263, tweede alinea, VWEU.

231 Het Gerecht lijkt van oordeel te zijn dat geen beroep mogelijk is tegen besluiten ten aanzien van steunmaatregelen die al volledig zijn uitgevoerd. GvEA EU 3 maart 2015, nr. T-251/13 (*Gemeente Nijmegen/Europese Commissie*); GvEA EU 16 oktober 2014, nr. T-517/12 (*Alro/Europese Commissie*). Wel met succes: HvJ EU 24 oktober 2013, nr. C-77/12 (*Deutsche Post*),

van een dergelijk beroep bedraagt twee maanden vanaf de dag van bekendmaking van de handeling, vanaf de dag van kennisgeving aan de verzoeker of vanaf de dag waarop de verzoeker van de handeling kennis heeft gekregen.[232]

Natuurlijke en rechtspersonen kunnen op dezelfde gronden bij het Gerecht een procedure aanhangig maken. Zij mogen dit echter alleen doen met betrekking tot handelingen die tot hen gericht zijn of die hen rechtsreeks en individueel raken.[233] Hoewel een terugvorderingsbesluit niet tot de begunstigde is gericht maar tot de lidstaat, zal al snel zijn voldaan aan de voorwaarden dat hij rechtstreeks en individueel geraakt is.[234] Dat zal echter niet het geval zijn wanneer de begunstigden op basis van het besluit niet duidelijk kunnen worden geïdentificeerd, zoals bij een steunregeling het geval kan zijn.[235] Ook concurrenten en overige derden zullen meer moeite hebben om aan te tonen dat zij op grond van artikel 263 VWEU ontvankelijk zijn.[236]

Wie de geldigheid van een terugvorderingsbesluit had kunnen aanvechten maar dat niet op tijd heeft gedaan, kan zich later niet voor de nationale rechter alsnog op de veronderstelde ongeldigheid daarvan beroepen.[237] Voor lidstaten betekent dat simpelweg dat ze na het verstrijken van de termijn van twee maanden het terugvorderingsbesluit niet meer kunnen aanvechten, ook niet in een nationale procedure. Voor concurrenten, begunstigden en overige belanghebbenden ligt het iets ingewikkelder. De hamvraag is of zij voor het Gerecht ontvankelijk waren geweest – oftewel of zij door het besluit rechtstreeks en individueel zijn geraakt. Wie voor het Gerecht niet-ontvankelijk zou zijn verklaard omdat hij niet rechtsreeks en individueel geraakt is, kan het Commissiebesluit alsnog voor de nationale rechter betwisten. Deze rechter mag dan niet zelf de nietigheid van een besluit uitspreken en moet in zulke gevallen een prejudiciële vraag stellen aan het Hof, dat dan kan vaststellen dat het besluit van de Commissie ongeldig is.[238] Als de Europese rechtsgang op grond van artikel 263 VWEU ten onrechte niet is gebruikt, is de nationale rechter aan het Commissiebesluit gebonden en mag hij het niet meer ter discussie stellen.[239]

---

r.o. 55. Vgl. HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 37. Zie ook Gambaro en Mazzocchi 2016, p. 303.

232 Art. 263, zesde alinea, VWEU.

233 Art. 263, vierde alinea, VWEU. T.a.v. regelgevingshandelingen die hen rechtstreeks raken en die geen uitvoeringshandelingen meebrengen: HvJ EU 27 februari 2014, nr. C-132/12P (*Stichting Woonpunt*), r.o. 59.

234 HvJ EU 17 september 1980, nr. 730/79 (*Philip Morris*), r.o. 5.

235 HvJ EU 29 april 2004, nr. C-298/00 P (*Italië/Commissie*), r.o. 36; GvEA EU 28 november 2008, nr. T-254/00, T-270/00 en T-277/00 (*Hotel Cipriani SpA*), r.o. 92.

236 Helemaal onmogelijk is dit overigens niet. Zie voor een overzicht o.m. Heise 2014; Creve 2014; Jürimäe 2010.

237 HvJ EU 9 maart 1994, nr. C-188/92 (*TWD Textilwerke Deggendorf*), *dictum*.

238 HvJ EU 22 oktober 1987, nr. 314/85 (*Foto-Frost*), r.o. 20.

239 HvJ EU 9 maart 1994, nr. C-188/92 (*TWD Textilwerke Deggendorf*), *dictum*.

2.6 De rol van de nationale rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht

Met deze belangrijke informatie in het achterhoofd kan worden toegekomen aan de spil van dit onderzoek: de nationale rechter. Deze rechter heeft bij de handhaving van de staatssteunregels uit Europees perspectief een wezenlijke taak te vervullen. Daarbij geldt dat hij op diverse manieren in staatssteungeschillen betrokken kan raken. Zo kunnen justitiabelen in rechte aanvoeren dat een overheidsorgaan staatssteun heeft verleend en die ten onrechte niet heeft aangemeld. Zij kunnen ook betogen dat een steunmaatregel weliswaar is goedgekeurd, maar dat deze is uitgevoerd op een manier die afwijkt van het goedkeuringsbesluit. De rechter kan daarnaast geroepen zijn om zich uit te laten over de juiste wijze van uitvoering van een besluit waarbij de Commissie de terugvordering van onrechtmatige en onverenigbare steun heeft gelast. Er zijn nog meer situaties denkbaar waarin de nationale rechter in staatssteungeschillen een rol heeft te vervullen. Voor een deel zullen zij in de volgende hoofdstukken aan de orde komen, waar het uitgevoerde jurisprudentieonderzoek daarvoor aanleiding geeft.[240] Op dit punt gaat de aandacht uit naar de taken van de nationale rechter die in de Europese rechtspraak en regelgeving de meeste aandacht hebben gekregen. Naast enkele algemene opmerkingen over de rol van de nationale rechter in staatssteungeschillen en de beginselen die de rol van de nationale rechter als *juge de droit commun* vormgeven (§ 2.6.1) gaan de volgende paragrafen in op de twee (vanuit Europees perspectief) belangrijkste situaties waarin de nationale rechter moet optreden.[241] Het gaat dan om de situatie waarin de naleving van de hierboven beschreven terugvorderingsbesluiten aan de orde is (§2.6.2) en de situatie waarin bij de nationale rechter een beroep wordt gedaan op de rechtstreekse werking van de opschortingsplicht (§ 2.6.3-2.6.5).

2.6.1 Principes die het optreden van de nationale rechter als *juge de droit commun* beheersen

Het speelveld waarin een nationale rechter beweegt wanneer hij Europees recht moet toepassen, wordt ingekleurd door een aantal belangrijke basisprincipes. Deze zijn grotendeels in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU uitgewerkt. Overigens is deze uitwerking niet altijd even logisch of consistent.[242] Het verwondert dan ook niet dat deze jurisprudentie al op vele ma-

240 In hoofdstuk 3 wordt een uitgebreider algemeen overzicht gegeven van de soorten staatssteungeschillen die in de Nederlandse rechtspraak naar voren komen.

241 Zie Mededeling van de Commissie van 9 april 2009 over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, *PbEU* 2009, *C* 85/1, randnr. 21.

242 Hofstötter 2005, p. 34; Schebesta 2010, p. 877; Bobek 2011.

nieren is ingedeeld en geïnterpreteerd.[243] De volgende paragrafen gaan op hoofdlijnen in op het loyaliteitsbeginsel, het beginsel van voorrang van Europees recht, de rechtstreekse werking, de nationale procedurele autonomie en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Deze principes vallen niet altijd even strikt van elkaar te scheiden. Toch worden ze nu één voor één behandeld, waarbij de nadruk wordt gelegd op de hoofdlijnen die voor dit onderzoek relevant zijn.

2.6.1.1 Het loyaliteitsbeginsel

Het loyaliteitsbeginsel (ook wel: het beginsel van de goede trouw) is sinds het Verdrag van Lissabon neergelegd in artikel 4 lid 3 VEU en luidt als volgt:

> 'Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien.
> De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.'

In de tweede alinea van deze bepaling worden de concrete positieve en negatieve verplichtingen voor de lidstaten gecodificeerd. Uit de eerste alinea volgt dat de verplichting tot loyale samenwerking niet alleen geldt voor de lidstaten, waaronder ook de nationale rechter valt,[244] maar ook voor de EU zelf.

Het loyaliteitsbeginsel wordt extreem breed toegepast en heeft aanleiding gegeven tot een aantal voor het Europese recht essentiële leerstukken. Te wijzen valt bijvoorbeeld op de effectieve rechtsbescherming, de rechtstreekse werking, de verplichting tot conforme interpretatie en het recht tot rechterlijke toetsing,[245] maar ook andere leerstukken zijn op de loyaliteitseis teruggevoerd.[246] In het kort verplicht artikel 4 lid 3 VEU de nationale rechter om de *effet utile* ('volle werking') van het Europese recht te verzekeren.[247] Specifiek op het gebied van het staatssteunrecht biedt het loyaliteitsvereiste grond voor de hierna nog te bespreken mogelijkheid voor de nationale rechter om

---

243 Onder meer: Van Gerven 2000; Temple Lang 2001; Vermeulen 2001; Temple Lang 2003; Prinssen 2004; Hofstötter 2005; Claes 2006; Ross 2006; Jans e.a. 2007; Ortlep en Verhoeven 2008; Arnull 2011; Bobek 2011; Van Gerven en Lierman 2011 (m.n. hoofdstuk 3).

244 HvJ EU 8 oktober 1987, nr. 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), r.o. 12.

245 Temple Lang 2001, p. 85, met verwijzingen. Zie ook Dougan 2004, p. 53.

246 Zie daarover nader Jans e.a. 2011, p. 33-4 en, in het kader van staatssteun, Adriaanse 2006, p. 79 e.v.. Toegeschreven op de nationale rechter: Temple Lang 2003.

247 Van Gerven en Lierman 2011, p. 163. Zie ook Temple Lang 2001, p. 93 en Temple Lang 2003, p. 1939.

de Europese Commissie waar nodig met advies- of informatievragen te benaderen[248] en voor de plicht van nationale rechters om zich ervan te onthouden een beslissing te nemen die tegen een eerder besluit van de Commissie indruist, zelfs wanneer dat besluit een voorlopig karakter heeft.[249]

2.6.1.2 Voorrang van Europees recht

Een ander fundamenteel principe is dat van de voorrang van Europees recht. In het beroemde arrest *Costa ENEL* bepaalde het Hof in 1964 dat het Europese verdragsrecht uit een autonome bron voortvloeit en dat nationale bepalingen die tegen het stelsel van dit recht ingaan, buiten toepassing moeten worden gelaten.[250] Kortom: wanneer Europees en nationaal recht elkaar tegenspreken, gaat het Europese recht voor.[251] Deze voorrang van het Europese recht geldt ongeacht de status van de Europese rechtsregel (primair recht, secundair recht of rechtsbeginsel) en ongeacht de status van de nationale rechtsregel (al bestaand of na de Europese regel in werking getreden).[252]

De meest concrete verplichting voor nationale rechters op basis van het voorrangsprincipe is het buiten toepassing laten van nationaal recht dat strijdig is met het rechtstreeks werkend Europese recht. In dat kader kan wel worden onderscheiden tussen materiële en procedurele voorrang.[253] In het eerste geval moet de rechter een materiële bepaling van Europees recht voorrang geven boven een materiële bepaling van nationaal recht. Het tweede geval verwijst naar de verplichting van rechters om nationale procedures terzijde te schuiven wanneer deze in de weg staan aan de toepassing van Europees recht. Hiermee raakt het voorrangsbeginsel nauw aan het hierna te bespreken beginsel van de nationale procedurele autonomie.[254] Het voorrangsprincipe betekent niet alleen een eis om in voorkomend geval nationaal recht buiten toepassing te laten. Zo vloeit uit het voorrangsbeginsel voort dat rechters er mede zorg voor moeten dragen dat de nuttige werking van het Europese recht wordt gewaarborgd. Dat kunnen zij onder meer bereiken door nationale regels Unierechtconform uit te leggen, wat wil zeggen dat zij het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met het Unierecht uitleggen, of schadever-

---

248 Zie later in dit hoofdstuk § 2.6.6.

249 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*). Zie in meer detail in hoofdstuk 6 m.n. § 6.2.1.

250 HvJ EU 15 juni 1964, nr. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*). Nog duidelijker in: HvJ EU 9 maart 1978, nr. 106/77 (*Simmenthal*), r.o. 17.

251 Lenaerts en Corthaut 2006, p. 289. Voorrang is daarmee een conflictregel.

252 HvJ EU 9 maart 1978, nr. 106/77 (*Simmenthal*), r.o. 17. Zie ook Jans e.a. 2007, p. 36 en Weatherill 1995, p. 106: 'even the most minor piece of technical Community legislation ranks above the most cherished constitutional norm'.

253 Claes 2006, p. 100. Zij spreekt over '*substantive supremacy*' en '*procedural*' of '*structural supremacy*. Vgl. Klamert 2014, p. 104.

254 Ortlep en Verhoeven 2008, p. 471-2.

goeding toe te kennen.[255] Hiermee raakt het voorrangsbeginsel nauw aan de bovengenoemde loyaliteitseis.

2.6.1.3 *Rechtstreekse werking*

Het voorrangsbeginsel wordt vaak in één adem genoemd met de rechtstreekse werking van Europees recht. In het baanbrekende arrest *Van Gend & Loos* heeft het Hof bepaald dat de EU meer is dan een 'overeenkomst welke slechts wederzijdse verplichtingen tussen de verdragsluitende mogendheden schept'.[256] Bepalingen die voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk zijn,[257] kunnen door individuen rechtstreeks voor de nationale rechters worden ingeroepen. Zo kan een rechtstreeks werkende bepaling in de nationale context worden toegepast zonder tussenkomst van de nationale wetgever.[258]

Niet alle bepalingen van Europees recht hebben rechtstreekse werking. Bepalingen uit de Europese verdragen, verordeningen, besluiten en in sommige gevallen ook richtlijnen kunnen afhankelijk van hun inhoud rechtstreeks werken. Of dat daadwerkelijk het geval is wordt uiteindelijk bepaald door het Hof.[259] In het geval van artikel 108 lid 3 VWEU heeft het Hof geoordeeld dat de in de laatste zin daarvan besloten liggende opschortingsplicht rechtstreekse werking heeft.[260] Dit geeft justitiabelen de mogelijkheid om die bepaling (maar niet de aanmeldingsplicht in de eerste zin van het derde lid) in een procedure voor de nationale rechter in te roepen, en zodoende indirect bij te dragen aan de handhaving van het staatssteunrecht.[261]

Het verdient opmerking dat over de precieze betekenis van het beginsel van de rechtstreekse werking de nodige discussie bestaat – zoals tot op zekere hoogte voor alle in dit kader besproken principes het geval is.[262] Lenaerts

255 Jans, Prechal en Widdershoven 2011, p. 57-64; Prechal 2007; Claes 2006, p. 102.

256 HvJ EU 5 februari 1963, nr. 26/62 (*Van Gend & Loos*).

257 Zie voor een inhoudelijke discussie van deze voorwaarden en hun ontwikkelingen in de tijd: Craig en De Búrca 2015, p.190-2.

258 Vermeulen 2001, p. 27; Claes 2006, p. 70: 'Direct effect is pivotal in the decentralized enforcement of Community law'.

259 De nadere voorwaarden voor rechtstreekse werking van richtlijnen zal hier niet verder worden uitgewerkt. Verwezen wordt naar Craig en de Búrca 2015, p. 200-5. De mogelijke rechtstreekse werking van besluiten volgt uit HvJ EU 6 oktober 1970, nr. 9/70 (*Grad*).

260 HvJ EU 15 juni 1964, nr. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), p. 1222; HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*), r.o. 8. Zie ook bijv.: HvJ EU 21 november 1991, nr. C-345/90 (*FNCE*), r.o. 11; HvJ EU 7 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 39.

261 Adriaanse 2006, p. 71; Prinssen 2004, p. 17; Craig en de Búrca 2015, p. 185; Wilman 2015, p. 58-9.

262 Grofweg komt die discussie erop neer of met de rechtstreekse werking van bepalingen van Unierecht subjectieve rechten ontstaan, of de rechtstreekse werking 'enkel' de inroepbaarheid ('*invocability*') van een norm impliceert, of dat de rechtstreeks werkende norm door de rechter kan worden toegepast ('*justiciability*'). Zie onder meer: Claes 2006, p. 75-85; Prinssen 2004, p. 15-25; Uzman 2013, p. 306-8, met verwijzingen.

en Corthaut pleitten er in 2006 voor dat het concept van de rechtstreekse werking zou worden teruggebracht tot zijn ware proporties:

> 'It is the technique which allows individuals to enforce a subjective right, which is only available in the internal legal order in an instrument that comes from outside that order, against another (state or private) actor.'[263]

Daarbij benadrukken zij dat de rechtstreekse werking 'but one tool in the toolbox for invoking EU law' is, naast bijvoorbeeld de plicht tot Unierechtconforme interpretatie, staatsaansprakelijkheid en de voorrang van het Unierecht.[264] Zonder onrecht te willen doen aan de zonder meer interessante discussie over de precieze betekenis van de rechtstreekse werking, wordt hier volstaan met het karakteriseren van de rechtstreekse werking als een essentieel instrument om de naleving van een aan het Unierecht ontleende norm rechtstreeks (d.w.z.: zonder dat daarvoor de interpretatie van een vergelijkbare nationale norm nodig is) voor de nationale rechter af te dwingen.

2.6.1.4 Nationale procedurele autonomie

In een van de eerste staatssteunzaken, *Lorenz*, heeft het Hof overwogen dat de rechtstreekse werking van de standstillbepaling

> 'de nationale rechterlijke instanties weliswaar verplicht het toe te passen – zonder dat daartegen een beroep op enigerlei nationale rechtsregel openstaat – , doch dat volgens de nationale rechtsorde van iedere lid-staat moet worden bepaald langs welke weg dit resultaat rechtens dient te worden bereikt'.[265]

Kortom: wanneer een particulier zich voor de nationale rechter op de niet-naleving van de standstillbepaling of een terugvorderingsbesluit beroept, past deze rechter het nationale recht toe. Dit is een uiting van het beginsel van de nationale procedurele autonomie.

Het beginsel van de nationale procedurele autonomie houdt in dat de lidstaten, bij gebrek aan Europese procedureregels, geschillen met een Europeesrechtelijk aspect binnen hun eigen rechterlijke organisatie, volgens

---

263 Lenaerts en Corthaut 2006, p. 310.

264 Idem. Daarbij verdient opmerking dat het Hof in de uitspraak *Dominguez* heeft geoordeeld dat de mogelijkheid om een nationale bepaling Unierechtconform uit te leggen de voorkeur verdient boven de mogelijkheid om een het nationale recht wegens strijd met een rechtstreeks werkende bepaling van Unierecht buiten toepassing te laten. HvJ EU 24 januari 2012, nr. C-282/10 (*Dominguez*).

265 HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*), r.o. 9.

hun eigen procesrecht en met hun eigen remedies oplossen.[266] Deze autonomie geldt voor zowel de nationale autoriteiten als voor de nationale rechters.[267] Het beginsel van de procedurele autonomie is mooi verwoord door A-G Werner, die het beginsel vooral ziet als een kwestie van gezond verstand:

> 'Waar het gemeenschapsrecht zich ertoe beperkt enerzijds de Lid-Staten een bepaalde handelwijze te verbieden en anderzijds de particulieren het recht toe te kennen zich voor hun nationale rechter op dat verbod te beroepen, zonder evenwel de middelen of procedures aan te wijzen welke zij daartoe dienen te gebruiken, dan is er inderdaad geen andere mogelijkheid dan aanwending en procedures van het nationale recht. […] Gemeenschapsrecht en nationaal recht werken samen, in die zin dat het laatstgenoemde begint waar het eerste eindigt, en de consequenties eruit trekt'.[268]

Hetzelfde principe geldt uiteraard ook voor de nationale rechter.[269] Binnen de nationale procedurele autonomie valt te onderscheiden tussen institutionele, procedurele en *remedial* autonomie.[270] De nationale rechtsorde bepaalt dan welke rechter bevoegd is, welke procedureregels gelden en welke specifieke consequenties aan een schending van het Europese recht worden verbonden.

Het is duidelijk dat er tussen het idee van effectieve doorwerking van Europees recht en de nationale procedurele autonomie een zekere spanning bestaat, vooral als nationale regels de Europese problemen niet goed kunnen oplossen.[271] Het Hof heeft dan ook twee beperkingen opgelegd: rechters moeten zich houden aan de grenzen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.[272] Het doeltreffendheidsbeginsel (ook wel: het effectiviteitsbeginsel) houdt in dat het nationale procesrecht de uitoefening van de door de Europese rechts-

---

266 HvJ EU 19 december 1968, nr. 13/68 (*Salgoil*); HvJ EU 16 december 1976, nr. 33/76 (*Rewe*), r.o. 5. Zie nader o.m. Parret 2011, p. 161-2; Claes 2006, p. 121; Vermeulen 2001, p. 33. Adriaanse 2006, p. 69, brengt dit beginsel onder bij het in het Verdrag neergelegde subsidiariteitsbeginsel (art. 5 lid 3 VEU). Dit is een grotendeels politiek beginsel dat moeilijk rechterlijk kan worden getoetst (Adriaanse 2006, p. 68; Van Gerven en Lierman, p. 96). Vanuit de gedachte van het subsidiariteitsbeginsel is de nationale rechtsorde in beginsel het best in staat om de bij een geschil met Europese dimensies toe te passen procedureregels vast te stellen.

267 Kakouris 1997, p. 1389

268 Conclusie van A-G Warner van 30 november 1976 in de zaak 33/76 (*Rewe*), p. 2003.

269 HvJ EU 21 mei 1987, nr. 249/85 (*Albako Margarinefabrik*), r.o. 17.

270 Adriaanse 2006, p. 69, met verwijzing naar Kilpatrick, Notitz en Skidmore 2000, p. 3-4. Hij koppelt deze begrippen aan de effectieve rechtsbescherming. Zo ook Hofstötter 2005, p. 20, die het beginsel van de nationale procedurele autonomie beziet vanuit het adagium '*ubi ius, ibi remedium*'. Ook: Claes 2006, p. 144.

271 Hofstötter 2005, p. 21. Conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), ov. 43.

272 Inmiddels mag worden aangenomen dat naast deze twee voorwaarden ook moet worden voldaan aan de eisen van effectieve rechtsbescherming. Vermeulen 2001, p. 34. Jans e.a. 2007, p. 287. Zie nader hierna in § 2.6.1.5.

orde verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken, terwijl het gelijkwaardigheidsbeginsel voorschrijft dat de procesregels voor vorderingen op basis van Europese rechten niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen.[273]

De nationale procedurele autonomie en haar verhouding tot het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel is niet altijd even duidelijk en heeft geleid tot een aantal verwarrende uitspraken van de Europese rechters.[274] Vooral de vraag wat het doeltreffendheidsbeginsel inhoudt en hoe het moet worden toegepast, blijkt erg lastig. Vier punten zijn in het bijzonder het benoemen waard. Ten eerste bestaat er kritiek op de praktische toepasbaarheid van het gelijkwaardigheidsbeginsel. Dat beginsel houdt in dat vorderingen op basis van Europees recht niet ongunstiger mogen worden behandeld dan vorderingen op basis van nationaal recht. Omdat alleen de nationale rechter volledige kennis heeft over zijn eigen procesrecht, bepaalt niet de Europese maar de nationale rechter of aan dit beginsel is voldaan.[275] Toch blijkt vooral de vraag met welk nationaal recht de vergelijking moet worden gemaakt zo problematisch dat het gelijkwaardigheidsbeginsel volgens sommigen aan daadwerkelijke betekenis heeft ingeboet.[276] Hoewel de inhoud van de gelijkwaardigheidstoets niet helemaal duidelijk is, staat wel vast dat het beginsel lidstaten niet verplicht om hun gunstigste nationale regels toe te passen op alle vorderingen op basis van Europees recht.[277] Daarnaast heeft het Hof geoordeeld dat sprake moet zijn van gelijke behandeling van vergelijkbare *vorderingen*. Dat betekent dat geen plicht bestaat om de gelijkwaardigheid te waarborgen van de verschillende soorten procedures van nationaal recht, bijvoorbeeld civiele procedures enerzijds en bestuurlijke procedures anderzijds.[278]

Ten tweede verdient opmerking dat uit het gelijkwaardigheidsbeginsel in combinatie met het loyaliteitsbeginsel onder omstandigheden een *verplichting* kan voortvloeien om een nationale *bevoegdheid* uit te oefenen.[279] Jans, Wid-

---

273 HvJ EU 13 maart 2007, nr. C-432/05 (*Unibet*), r.o. 43; HvJ EU 16 december 1976, nr. 33/76 (*Rewe*), r.o. 5; HvJ EU 16 december 1976, nr. 45/76 (*Comet*), r.o. 13.

274 Claes 2006, p. 122; Hofstötter 2005, p. 34.

275 HvJ EU 1 december 1998, nr. C-326/96 (*Levez*), r.o. 39; HvJ EU 10 juli 1997, nr. C-261/95 (*Palmisani*), r.o. 33. Zie ook de kritiek van Bobek 2011.

276 Bobek 2011, conclusie. Ook Van Gerven 2000, p. 535, vindt het afschaffen van de gelijkwaardigheidstest verdedigbaar, mits wel het doelmatigheidsbeginsel wordt uitgebreid. A-G Colomer stelt in zijn conclusie dat het beginsel al steeds minder strikt wordt toegepast. Conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), punt 85.

277 HvJ EU 15 september 1998, nr. C-231/96 (*Edis*), r.o. 36.

278 HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-69/14 (*Târşia*), r.o. 34.

279 HvJ EU 14 december 1995, nr. C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*), r.o. 13-22. Vgl. HvJ EU 14 december 1995, nr. C-312/93 (*Peterbroeck*), r.o. 14. Van den Brink 2012, p. 131; Engström 2008, p. 75-6. Volgens Jans, Prechal en Widdershoven 2011, p. 47, vloeit deze plicht voort uit het loyaliteitsbeginsel, al dan niet in combinatie met de noodzaak van effectieve rechtsbescherming.

dershoven en Prechal merken terecht op dat dit problematisch kan zijn omdat een nationale bevoegdheid doorgaans ruimte laat voor het maken van een afweging in het concrete geval.[280] Voor een dergelijke afweging, waarbij uiteenlopende factoren een rol kunnen spelen die de Uniewetgever doorgaans niet heeft kunnen overzien, bestaat met deze regel nog maar weinig ruimte.

Ten derde heeft er in de jurisprudentie een ontwikkeling plaatsgevonden in de manier waarop het doeltreffendheidsbeginsel werd ingekleurd. Het doeltreffendheidsbeginsel betekent dat het nationale procesrecht de uitoefening van Europese rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Van Gerven heeft het in dat kader over '*minimum effectiveness*'.[281] Het is echter nog maar de vraag hoe 'minimaal' deze effectiviteitstoets is, vooral nu het nagenoeg onmogelijk is om met enige zekerheid vast te stellen wat de juridische grenzen zijn van het begrip 'uiterst moeilijk'.[282] Daarnaast is beargumenteerd dat het doeltreffendheidsbeginsel door het toenemende belang van het hierna te bespreken beginsel van de effectieve rechtsbescherming zijn minimale karakter is kwijtgeraakt.[283] De oudere rechtspraak van het Hof heeft het zelfs enige tijd doen voorkomen dat het doeltreffendheidsbeginsel zo ruim moet worden toegepast dat nationale rechters in feite in weerwil van de nationale procedurele autonomie verplicht zijn 'om de volledige doorwerking van het gemeenschapsrecht te vergemakkelijken, op een eenvormige, directe en onmiddellijke wijze'.[284] Hoewel deze ontwikkeling weer enigszins is teruggedraaid ten gunste van de procedurele autonomie,[285] grijpt het doeltreffendheidsbeginsel volgens sommige auteurs nog steeds diep in op de mogelijkheid voor lidstaten om hun eigen procedureregels vast te stellen. Ross kwalificeert effectiviteit bijvoorbeeld als een 'institutionele mantra'

280 Jans, Prechal en Widdershoven 2011, p. 48.

281 Van Gerven 2000, p. 504 en 531. Hij vindt deze toets onvoldoende en bepleit de invoering van een 'geschiktheidstoets'. Daarbij is de kernvraag volgens hem 'whether national remedial rules are such as to ensure that individuals can obtain sufficient protection in national courts for the rights which they derive from Community law'.

282 Bobek 2011, p. 316.

283 Zie Claes 2006, p. 142. Zij beschrijft drie aanvliegroutes voor de doorwerking van Europees recht die allemaal doelmatigheid of effectiviteit als basis hebben. Ze concludeert: 'At the end of the day, the principle of effectiveness is to be applied with reason in the national legal environment, under the supervision of the ECJ'. Zie ook Ross 2006, p. 479 en 498 en de conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), ov. 62.

284 Conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), punt 51, met verwijzing naar HvJ EU 9 maart 1987, nr. 106/77 (*Simmenthal*). Van Gerven 2000, p. 502. Beargumenteerde dan ook dat geen sprake is van 'procedurele autonomie' maar nog eerder van 'procedurele bevoegdheid'. Zie voor felle kritiek ook Kakouris 1997, p. 1408: 'No principle of procedural autonomy exists. The national courts apply their procedural law as law which is ancillary to Community law. National procedural law is there to serve Community law'.

285 Conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), ov. 54.

om de manier van redeneren van de Europese rechters over te hevelen op de nationale rechters.[286]

> Het is de vraag hoe ver de toepassing van het effectiviteitsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel de nationale procedurele autonomie kunnen beperken. Hofstötter bepleit dat het attributiebeginsel[287] zich ertegen verzet dat het nationale procesrecht als 'minder belangrijk' dan het Europese recht wordt gezien, maar merkt tegelijkertijd op dat het Hof in een aantal gevallen via zijn jurisprudentie de nationale procedureregels heeft geharmoniseerd.[288] Kakouris stelde in dat kader zelfs dat het Hof het nationale procesrecht slechts ziet als een residuaal stelsel van regels die voornamelijk tot doel hebben om de effectieve doorwerking van Europees recht te verzekeren.[289] In die opvattingen lijkt de nationale procedurele autonomie volledig ondergeschikt te zijn aan de vereisten van een effectieve en gelijkwaardige toepassing van Europees recht.

Tot slot: hoewel de invloed van het doeltreffendheidsbeginsel, zo nodig in combinatie met het gelijkwaardigheidsbeginsel, zodoende verstrekkend kan zijn, is een belangrijke nuancering op zijn plaats. Er bestaat namelijk ook een stroming in de jurisprudentie die suggereert dat een afweging kan plaatsvinden tussen de beperking van het Europese recht door een nationale procedureregel enerzijds en het belang en de context van die regel binnen de nationale rechtsorde anderzijds – de '*rule of reason*'-benadering.[290] Het lijkt erop dat deze *rule of reason* test nu – voor zover dat kan worden gezegd voor een sterk casuïstische rechtspraak – standaard is.[291] Het Hof verwoordde de '*rule of reason*'-toets als volgt:

> 'Voor de toepassing van die beginselen moet ieder geval waarin de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk

286 Ross 2006, p. 480.

287 Art. 5 VEU.

288 Hofstötter 2005, p. 23. Belangrijke voorbeelden voor een verregaande inperking van de nationale procedurele autonomie zijn: HvJ EU 9 maart 1987, nr. 106/77 (*Simmenthal*), r.o. 24; HvJ EU 19 juni 1990, nr. C-213/89 (*Factortame*), r.o. 20; HvJ EU 19 november 1991, nr. C-6/90 en C-9/90 (*Francovich*). *Francovich* is overigens ook een goed voorbeeld voor een zaak waarin niet duidelijk wordt uit welk Europees principe een verplichting wordt afgeleid. Het Hof noemde onder meer de effectieve rechtsbescherming, de loyaliteitsverplichting en de rechtstreekse werking.

289 Kakouris 1997, p. 1390.

290 De meest bekende zaken in deze stroming zijn: HvJ EU 14 december 1995, nr. C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*); HvJ EU 14 december 1995, nr. C-312/93 (*Peterbroeck*). Van Gerven heefd in een invloedrijk artikel gepleit voor een dergelijke '*rule of reason*' test, maar wilde deze wel koppelen aan een verzwaard doelmatigheidsbeginsel in de vorm van een geschiktheidstoets. Van Gerven 2000, m.n. p. 533.

291 Prechal 1998, p. 690; Hofstötter 2005, p. 33-4. Adriaanse 2006, p. 87. (Nog) voorzichtiger: Jans e.a. 2011, p. 48-9.

> of uiterst moeilijk maakt, worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende nationale instanties. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.'[292]

Specifiek in de context van het staatssteunrecht kan worden opgemerkt dat de nationale procedurele autonomie voor een deel is gecodificeerd in artikel 16 lid 3 van de Procedureverordening, over de naleving van terugvorderingsbesluiten van de Commissie. Volgens deze bepaling 'dient terugvordering onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaat te geschieden, voor zover die procedures een onverwijlde en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van het besluit van de Commissie toelaten.' De manier waarop wordt teruggevorderd wordt dus, met inachtneming van het doeltreffendheidsbeginsel, aan het nationale procesrecht overgelaten.[293] Het gelijkwaardigheidsbeginsel lijkt in deze bepaling te zijn ingeslikt, maar daaruit hoeft niet te worden afgeleid dat dit beginsel bij de naleving van terugvorderingsbesluiten geen toepassing zou vinden.[294]

Het ligt voor de hand dat bepaalde regels van nationaal procesrecht een daadwerkelijke effectuering van de staatssteunregels kunnen belemmeren. Te denken valt bijvoorbeeld aan een bovenmatig zware bewijslast voor de eiser[295] of het eerbiedigen van het gezag van gewijsde, bijvoorbeeld van een eerdere uitspraak waarin de Staat onvoorwaardelijk is verplicht om de steun uit te keren. Over het algemeen geldt dat het Unierecht niet eist dat procedureregels over het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken opzij worden gezet, ook als daarmee een schending van het Unierecht zou kunnen worden geremedieerd.[296] Op die regel gelden wel uitzonderingen. Een belangrijk voorbeeld is de uitspraak *Lucchini*, waar het gezag van gewijsde van een eerdere uitspraak aan de terugvordering van staatssteun in de weg dreigde te staan en buiten toepassing moest blijven.[297] Bijzonder aan deze zaak is dat de Commissie de steun al onverenigbaar had verklaard en de terugvorde-

---

292 HvJ EU 14 december 1995, nr. C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*), r.o. 19 (*sic*).

293 Ik verwijs volledigheidshalve weer naar de ruime definitie van het woord 'procesrecht' in deze context. Zie in hoofdstuk 1 § 1.9.

294 A-G Colomer betoogt dat het doeltreffendheidsprincipe in art. 16, lid 3, Pvo, geen algemeen beginsel is omdat het is neergelegd als een wettelijk vereiste in een juridische bepaling. Conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), ov. 64. Vgl. Nebbia 2008. Zij onderscheidt tussen '*effective compliance*' en '*effective judicial protection*' en bepleit een minder strikte toepassing van de effectiviteitstoets in '*compliance*'-zaken.

295 Zoals in het geval van HvJ EU 7 september 2006, nr. C-526/04 (*Laboratoires Boiron*).

296 HvJ EU 11 november 2015, nr. C-505/14 (*Klausner Holz*), r.o. 39, met verwijzingen. Taborowski 2012, p. 1882, met verwijzingen. Zie Ortlep 2011, p. 529-535.

297 HvJ EU 18 juli 2007, nr. C-119/05 (*Lucchini SpA*), *dictum*.

ring daarvan had gelast voordat de in gezag van gewijsde gegane uitspraak was gewezen.[298] Ook in een ander geschil heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het doeltreffendheidsbeginsel zich tegen de toepassing van het gezag van gewijsde verzet. In dit geval werd de rechter ervan weerhouden om alle consequenties aan een schending van de opschortingsplicht te verbinden, terwijl de rechterlijke beslissing met gezag van gewijsde was gewezen in een geding dat een ander voorwerp had en geen betrekking had op de vraag of in casu sprake is van staatssteun.[299]

In het eerste hoofdstuk van dit onderzoek kwam al naar voren dat het beginsel van de nationale procedurele autonomie in dit onderzoek een fundamentele rol inneemt. De precieze betekenis van de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, zoals uit het voorgaande blijkt, valt gezien de casuïstische rechtspraak van het Hof moeilijk in abstracto weer te geven en zal in veel gevallen afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Daarom komt de invloed die de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in specifieke gevallen kunnen hebben op het nationale (proces)recht, gedeeltelijk nog in de volgende hoofdstukken naar voren wanneer die specifieke gevallen worden besproken.

2.6.1.5 Effectieve rechtsbescherming

De effectieve rechtsbescherming is een fundamenteel beginsel van Europees recht gestoeld op de constitutionele tradities van de lidstaten en de artikelen 6 en 13 EVRM, artikel 47 van het EU-Handvest voor de Grondrechten en artikel 19 lid 1 VEU.[300] Het beginsel houdt in dat individuen de mogelijkheid moeten hebben om de rechten die zij aan het Europese recht ontlenen voor een nationale rechter hard te maken. Daaraan kleeft een formeel en een materieel aspect: enerzijds moet een justitiabele toegang tot een rechterlijke instantie hebben en anderzijds moet deze instantie effectieve rechtsmiddelen tot zijn beschikking hebben.[301] Hoewel het beginsel door de casuïstische en niet altijd heldere rechtspraak van het Hof van Justitie moeilijk te definiëren valt, heeft Gerbrandy in haar proefschrift een nuttige omschrijving gegeven die in dit onderzoek tot uitgangspunt wordt genomen:

> 'De aan het [EU]-recht ontleende en op dat niveau qua inhoud vastgestelde rechten moeten daadwerkelijk kunnen worden ingeroepen voor een nationale rechter en

298 Het Hof heeft deze situatie dan ook onderscheiden van de situatie die aan de orde was in de zaak HvJ EU 22 december 2010, nr. C-507/08 (*Commissie/Slowakije*).

299 HvJ EU 11 november 2015, nr. C-505/14 (*Klausner Holz*), r.o. 45.

300 HvJ EU 15 mei 1986, nr. 222/84 (*Johnston*); HvJ EU 15 oktober 1987, nr. 222/86 (*Heylens*); HvJ EU 25 juli 2002, nr. C-50/00P (*Unión de Pequeños Agricultores*); HvJ EU 1 april 2004, nr. C-263/02P (*Jégo Quéré*).

301 Jans e.a. 2007, p. 241. Ook: Tridimas 2006, p. 443; Gerbrandy 2009, p. 39.

door hem daadwerkelijk kunnen worden beschermd in een nationale procedurele omgeving'.[302]

Rechters moeten er op basis van het beginsel van effectieve rechtsbescherming zorg voor dragen dat het Europese recht daadwerkelijk toepassing vindt.[303] Aldus is het beginsel van de effectieve rechtsbescherming nauw verbonden aan het doeltreffendheidsbeginsel en kan het een beperking vormen op de in dit onderzoek zo belangrijke nationale procedurele autonomie.[304]

2.6.2 De rol van de rechter bij de naleving van (terugvorderings)besluiten van de Commissie

Nu duidelijk is binnen welke algemene kaders de nationale rechter zich beweegt bij de toepassing van het Unierecht, kan concreter worden ingegaan op zijn rol wanneer een (vermeende) schending van de staatssteunregels aan de orde is. Allereerst heeft de nationale rechter een belangrijke taak bij het waarborgen van de naleving van de in § 2.5 besproken besluiten die de Commissie op grond van de staatssteunregels kan nemen. Deze besluiten zijn op grond van artikel 288 VWEU verbindend voor alle organen van de lidstaat tot wie zij zijn gericht, inclusief de rechterlijke instanties.[305] De loyaliteitseis verplicht de rechter om de volle werking van zulke besluiten te waarborgen. Als de geldigheid van een dergelijk Commissiebesluit in twijfel wordt getrokken, is de rechter onder omstandigheden verplicht om daarover een prejudiciële vraag te stellen (zie hierboven § 2.5.5).

Op de verplichtingen van de nationale rechter wanneer de Commissie een definitief besluit heeft genomen, zoals een goedkeuringsbesluit bij nieuwe steun of een besluit waarin is vastgelegd dat een bestaande steunmaatregel in het licht van gedane toezeggingen mag blijven worden uitgevoerd, wordt nader ingegaan in hoofdstuk 6.[306] Op dit punt gaat de aandacht uit naar de rol van de nationale rechter bij de handhaving van terugvorderingsbesluiten van de Commissie. Dat is immers volgens de Commissie zelf de belangrijkste taak van de nationale rechter in staatssteunzaken, naast het verlenen van rechts-

302 Gerbrandy 2009, p. 38. Haar definitie omvat ook de relatie tot het doelmatigheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel.
303 Jans e.a. 2007, p. 242.
304 Over de verhouding tussen het beginsel van effectieve rechtsbescherming en de nationale procedurele autonomie met zijn doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidseisen bestaat nog weinig duidelijkheid. Zie Van Cleynenbreugel 2012; Prechal en Widdershoven 2011a; Prechal en Widdershoven 2011b; Parret 2011, p. 172; Gerbrandy 2009, p. 28; Claes 2006, p. 136; Hofstötter 2005, p. 20-38.
305 HvJ EU 21 mei 1987, nr. 249/85 (*Albako Margarinefabrik*), r.o. 17.
306 In het bijzonder: § 6.2.2 en § 6.2.3.

bescherming op basis van de rechtstreekse werking van de opschortingsplicht.[307] Voorop staat dat de rechter verplicht is om de volle werking van het terugvorderingsbesluit te waarborgen en in geval van een geschil te komen tot een oplossing in overeenstemming met het doel dat met het besluit wordt nagestreefd.[308] Daarnaast zal hij, ook naar aanleiding van een terugvorderingsbesluit van de Commissie, in ieder geval ook uitspraak moeten doen over vorderingen tot de vergoeding van schade, tot de terugbetaling van heffingen en tot het treffen van voorlopige voorzieningen.[309] Daarbij staat het hem niet meer vrij om zelf te beoordelen of van staatssteun sprake is en of terugvordering daarvan aan de orde is.

De nationale rechter kan op verschillende manieren in beeld komen wanneer de Commissie een terugvorderingsbesluit heeft genomen. Wanneer de geadresseerde lidstaat verzuimt om het besluit uit te voeren, is het mogelijk dat een belanghebbende (zoals een concurrent van de steunontvanger) de naleving van het besluit via de nationale rechter probeert af te dwingen.[310] Wanneer de lidstaat het besluit wel uitvoert, kan juist worden verwacht dat de begunstigde de nationale terugvorderingshandelingen voor de rechter aanvecht.[311] Daarbij zou hij zich onder meer kunnen proberen te beroepen op het vertrouwensbeginsel, dat hierna nog nader aan de orde komt.[312] Hij zou ook kunnen proberen, zoals hierboven geschetst, in een nationale rechterlijke procedure de geldigheid van het terugvorderingsbesluit van de Commissie aan de kaak te stellen en daarover prejudiciële vragen uit te lokken. Ten slotte is het mogelijk dat onzekerheden en onenigheden rondom de naleving van het terugvorderingsbesluit bestaan. Te denken valt aan de situatie dat een tot betaling aangesproken onderneming betwist dat hij één van de begunstigden

307 Mededeling van de Commissie van 9 april 2009 over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, *PbEU* 2009, C 85/1, randnr. 21 (hierna: Mededeling 2009).

308 HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-210/09 (*Scott en Kimberly Clark*), r.o. 29; HvJ EU 22 december 2010, nr. C-304/09 (*Commissie/Italië*), r.o. 44.

309 Deze verplichtingen vloeien respectievelijk voort uit HvJ EU 19 november 1991, nr. C-6/90 en C-9/90 (*Francovich*); HvJ EU 9 november 1983, nr. 199/82 (*San Giorgio*); HvJ EU 19 juni 1990, nr. C-213/89 (*Factortame*).

310 Brandtner, Beranger en Lesserich 2010, p. 27. Het is nog niet geheel duidelijk of terugvorderingsbesluiten van de Commissie rechtstreekse werking hebben. Adriaanse 2006, p. 185 en Quigley 2009, p. 456-7, menen voorzichtig van wel. Vgl. Brandtner, Beranger en Lesserich 2010, p. 30. In het geval dat het Commissiebesluit geen rechtstreekse werking zou hebben, lijkt het logisch dat een partij voor de nationale rechter een beroep doet op de rechtstreekse werking van de standstillbepaling en zijn stelling met het terugvorderingsbesluit onderbouwt.

311 Een mooi Nederlands voorbeeld biedt de zaak *Fleuren Compost*. Zie daarover nader in hoofdstuk 7, § 7.3.1.1. Bernat 2016, p. 202 wijst op het risico dat lidstaten voor de terugvordering van steun soms vergaande (en disproportionele) maatregelen nemen, waardoor de rechten van begunstigden onder druk kunnen komen te staan.

312 Hierna § 2.6.5.1.

is als bedoeld in het terugvorderingsbesluit van de Commissie of dat onduidelijkheid bestaat over de hoogte van het terug te betalen bedrag.[313]

In al deze gevallen moet de nationale rechter, al dan niet met de hulp van de Commissie en het Hof, de daadwerkelijke naleving van het Commissiebesluit waarborgen. Daarbij geldt dat de rechter, net als de geadresseerde lidstaat, is gebonden aan het besluit van de Commissie.[314] Het komt voor dat de Commissie in brieven aan de betrokken lidstaat verder stelling inneemt over bijvoorbeeld het exacte steunbedrag. Het Hof heeft geoordeeld dat zulke stellingnames niet verbindend zijn voor de nationale rechter, maar hij moet ze 'wel in aanmerking nemen als beoordelingsfactoren in het kader van het bij hem aanhangige geding en zijn beslissing motiveren in het licht van alle stukken van het hem overgelegde dossier.'[315]

2.6.3 De rol van de rechter bij een beroep op de rechtstreekse werking van de standstillbepaling

Naast het waarborgen van de naleving van besluiten van de Commissie bestaat de waarschijnlijk belangrijkste rol van de nationale rechter, althans uit Unierechtelijk perspectief, uit het bieden van rechtsbescherming in gevallen van schendingen van de standstillbepaling. Wanneer staatssteun wordt verleend die ten onrechte niet bij de Commissie is aangemeld en door haar niet is goedgekeurd, kan een justitiabele zich zodoende voor de rechter op de rechtstreekse werking van de standstillbepaling beroepen.[316] Aan de nationale rechter komt in zo'n geval een belangrijke taak toe. In de woorden van de Commissie: 'Nationale rechterlijke instanties zijn verplicht de opschortingsverplichting ten uitvoer te leggen en de rechten van particulieren te beschermen tegen onwettige staatssteun'.[317] De rechter moet een dergelijke justitiabele, in theorie 'hangende de eindbeslissing van de Commissie' beschermen tegen de onrechtmatige, want voorbarige, tenuitvoerlegging van steunmaatrege-

313 GvEA EU 3 mei 2006, nr. T-354/99 (*Kuweit Petrolium/Commissie*), r.o. 68; GvEA EU 8 juni 1995, nr. T-459/93 (*Siemens/Commissie*), r.o. 104. Vgl. HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset*). In dergelijke gevallen staat het aan de nationale rechter, zo nodig na het stellen van prejudiciële vragen of vragen aan de Commissie, om de juiste naleving van het Commissiebesluit te waarborgen.

314 HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset SpA*), r.o. 24.

315 Idem, r.o. 31. Dit geldt wanneer de stellingnames tot doel hebben het voor de nationale autoriteiten gemakkelijker te maken hun taak te vervullen in het kader van de onverwijlde en daadwerkelijke uitvoering van het terugvorderingsbesluit.

316 Dat de opschortingsplicht rechtstreekse werking heeft, blijkt (onder andere) uit HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*), r.o. 8; HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 11; HvJ EU 7 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 39.

317 Mededeling 2009, randnr. 70.

len.[318] Doet hij dit niet, dan betekent dit dat justitiabelen worden blootgesteld aan een verstoring van de concurrentie als gevolg van de toekenning van de onrechtmatige steun.[319] De rechter kan geroepen zijn om de gevolgen van al verleende onrechtmatige steun ongedaan te maken en om bescherming te bieden wanneer de steun nog niet is uitgekeerd maar wel op het punt staat te worden uitgekeerd.[320]

De nationale rechter heeft met andere woorden een belangrijke rol bij het bieden van rechtsbescherming bij schendingen van de opschortingsplicht. Het is echter nog maar de vraag of de rol van de rechter hier uitsluitend moet worden bezien in de sleutel van de rechtsbescherming. Tot op zekere hoogte heeft het optreden van de nationale rechter namelijk ook een '*compliance*'-aspect.[321] Daarbij staat niet de rechtsbescherming voorop, maar de effectieve werking van de opschortingsplicht,[322] op grond waarvan de ontvanger van steun niet vrij mag blijven beschikken over de steun als de Commissie nog geen positief besluit heeft genomen.[323] Dat verschil kan bijvoorbeeld relevant zijn bij de vraag of de rechter onder omstandigheden verdergaande maatregelen moet treffen dan die waar een zich op de staatssteunregels beroepende justitiabele om heeft gevraagd.

Volgens Adriaanse werd tot aan de zaak *CELF I* door het Hof gesuggereerd dat de rechtstreekse werking van de standstillbepaling de rechten van particulieren beschermt, terwijl het zwaartepunt in werkelijkheid lag bij de effectieve handhaving van de nuttige werking van het staatssteunrecht.[324] Daarbij geldt uiteraard wel dat het bieden van rechtsbescherming aan gedupeerden van schendingen van de standstillbepaling doorgaans rechtstreeks zal bijdragen

---

318 HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 14; HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 67; HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 38.

319 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 38. Verwijst naar: HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 46.

320 Mededeling 2009, randnr. 28, met verwijzing naar: HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 38 en 44; HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*van Calster*), r.o. 75; HvJ EU 17 juni 1999, nr. C-295/97 (*Piaggio*), r.o. 31. Adriaanse 2006, p. 187-8.

321 Brandtner, Beranger en Lessenich 2010, p. 24. Het *effet utile* van de standstillbepaling houdt in dat moet worden voorkomen dat de lidstaten deze bepaling niet in acht nemen en haar daarmee de nuttige werking ontnemen. HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 16; HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 45; HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 63; HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 41. Van der Sluis 2007, p. 341, merkt in zijn algemeenheid op dat de functie van de nationale rechter (op grond van art. 4 lid 3 VEU) bestaat uit zowel het bieden van rechtsbescherming aan particulieren als het controlerend optreden ten opzichte van de overheid opdat deze het Unierecht naleeft.

322 Zie conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), ov. 48.

323 HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 30.

324 Adriaanse 2008, p. 312. Het lijkt erop dat beide aspecten – de bescherming van rechten en de effectieve handhaving – volgens Adriaanse onder de *CELF I*-uitspraak te leiden hebben gehad.

aan de effectieve naleving daarvan.[325] Tot slot verdient opmerking dat de rol van de nationale rechter in staatssteungeschillen ook kan worden geacht te bestaan in het compenseren voor de omstandigheid dat de Commissie niet al bij de enkele onrechtmatigheid van een steunmaatregel kan optreden.[326] Hoewel in de volgende paragrafen vooral over de bescherming door de nationale rechter wordt gesproken, is het zinvol om deze verschillende invalshoeken in het achterhoofd te houden.

2.6.4 Kwalificatie: vaststellen of de standstillbepaling is geschonden

Om de naleving van de opschortingsplicht te kunnen waarborgen moet de nationale rechter allereerst kunnen vaststellen of deze is geschonden.[327] Dit is een moeilijke taak want, anders dan in het geval dat de Commissie zich al door middel van een terugvorderingsbesluit of door de opening van de formele onderzoeksprocedure[328] over het staatssteunkarakter van een maatregel heeft uitgelaten, moet de rechter daarvoor eerst vaststellen of daadwerkelijk sprake is van onrechtmatige steun. Dat betekent dat hij eerst het begrip 'staatssteun' moet uitleggen en toepassen.[329] De manier waarop hij dat kan doen wordt mede in het licht van de Nederlandse jurisprudentie nader uitgewerkt in hoofdstuk 5 van dit onderzoek. Uit de bespreking van de diverse elementen van artikel 107 lid 1 VWEU hierboven is gebleken dat de uitlegging en toepassing van het begrip 'staatssteun' tot de nodige hoofdbrekens kan leiden.[330]

Wanneer wordt aangevoerd dat de steun van aanmelding is vrijgesteld, dan moet de nationale rechter op grond van onder meer de de-minimisverordening, de groepsvrijstellingsverordening en de begrippen 'bestaande en nieuwe steun' nagaan of de geconstateerde steun ook daadwerkelijk had moeten worden aangemeld. Zeker met de uitbreiding van de toepassing van de groepsvrijstellingsverordening ligt hier in potentie een belangrijke taak voor de nationale rechter, die zich genoodzaakt kan zien om de deels technische en ingewikkelde voorwaarden van de verordening in het concrete geval te toetsen.[331] Tot slot zal de rechter, om vast te stellen of sprake is van onrechtmati-

325 Vgl. Wilman 2015, p. 59.
326 Angeli 2009, p. 535. HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*).
327 HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Gebrüder Lorenz*), r.o. 8; sindsdien onder andere bevestigd in HvJ EU 3 oktober 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 11; HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 39.
328 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 34-5.
329 Idem; HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike & Weinlig*), r.o. 14.
330 Zie eerder in dit hoofdstuk § 2.3.
331 Zie Saanen 2014, p. 330. In het uitgevoerde jurisprudentieonderzoek zijn nauwelijks geschillen gerezen over de toepassing van de algemene groepsvrijstellingsverordening. Vgl. Adriaanse 2013, p. 529. Hij werpt als mogelijke verklaring op dat concurrenten het niet

ge steun, moeten onderzoeken of de (niet van aanmelding vrijgestelde) steunmaatregel daadwerkelijk is aangemeld of dat zij zonder aanmelding is uitgevoerd. In dit soort gevallen kan navraag bij de Commissie uitkomst bieden. De rechter kan zich vervolgens echter niet uitlaten over de mogelijke verenigbaarheid van de steunmaatregel met de interne markt; dat is de exclusieve bevoegdheid van de Commissie.[332]

Dat de rechter voor hoofdbrekens wordt gesteld is niet verwonderlijk: hij krijgt heel wat hooi op zijn vork en er bestaat nog veel onduidelijkheid over hoe die vork in de steel zit – om die uitdrukking te misbruiken. Het vaststellen of een maatregel staatssteun oplevert, of dit nieuwe of bestaande steun is, en of deze onrechtmatig is, blijkt een zeer moeilijke opgave te zijn die complexe analyses en een grondige expertise veronderstelt.[333] Dat geldt mogelijk in nog sterkere mate in het licht van de toenemende decentralisatie van het staatssteuntoezicht. Zo valt te wijzen op de intrede van de diensten van algemeen economisch belang ('DAEB') bij de vaststelling of sprake is van staatssteun. Ross kwalificeert deze diensten beeldend als 'potentieel drijfzand',[334] en ook Meij betreurt dat de toetsing van DAEB op het bordje van de nationale rechter is terechtgekomen.[335] Met deze toetsing en de toepassing van de generieke uitzonderingen heeft de rechter er volgens hem twee buitengewoon gevoelige taken bij gekregen. Deze decentralisatie heeft niet alleen tot gevolg dat de rechter meer verantwoordelijkheden krijgt, maar ook dat de kans op verschillende toezichtniveaus per lidstaat steeds groter wordt.[336] Zeker niet elke rechter zal goed in staat zijn om te beoordelen of inderdaad van (onrechtmatige) staatssteun sprake is.[337]

2.6.5 Remedies: welke consequenties moet de rechter aan schending van de standstillbepaling verbinden?

Wanneer de rechter heeft vastgesteld dat sprake is van onrechtmatige steun, dient hij volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie 'maatregelen op

---

de moeite waard vinden om te procederen over de relatief geringe steunbedragen waar het bij maatregelen op basis van groepsvrijstellingen vaak om gaat.

332 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 36; HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike & Weinlig*), r.o. 9. Zie daarover hierboven § 2.4.1.

333 Meij 2005, p. 23; Adriaanse 2006, p. 225; Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 5; Köhler 2012, p. 369; Ross 2000, p. 421 en 423. Van den Tweel 2005, p. 33, houdt wel een slag om de arm: 'Het EG-recht inzake staatssteun is niet veel ingewikkelder dan het Europese milieu- of aanbestedingsrecht.' Voor een mooie illustratie, zie Drijber 2015.

334 Ross 2000, p. 423.

335 Meij 2005, p. 25.

336 Vgl. Angeli 2009, p. 535.

337 Angeli 2009, p. 536, merkt dit op met betrekking tot handhaving door nationale rechters van Commissiebesluiten, maar haar conclusie geldt zeker, zo niet *a fortiori*, voor handhaving op basis van art. 108 lid 3 VWEU.

te leggen die de onwettigheid van de uitvoering van steunmaatregelen kunnen opheffen, zodat de ontvanger niet vrijelijk kan blijven beschikken over de steun in de periode die resteert tot de beschikking van de Commissie'.[338] Een andere standaardbepaling verduidelijkt dat de rechter aan een schending van artikel 108 lid 3, laatste volzin,

> 'overeenkomstig zijn nationale recht alle consequenties [dient] te verbinden, zowel wat de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de steunmaatregelen betreft, als wat de terugvordering van in strijd met deze bepaling toegekende financiële steun betreft'.[339]

De verwijzing naar 'alle consequenties' wijst erop dat nationale rechterlijke instanties bij schendingen van de staatssteunregels meer uitspraakmogelijkheden hebben dan de Commissie. Op basis van de jurisprudentie van het Hof moet op zijn minst aan de volgende remedies worden gedacht:

- Voorkomen dat onrechtmatige steun wordt uitgekeerd;
- Terugvordering van onrechtmatige steun (ongeacht of deze verenigbaar is met de interne markt) en van de daarover genoten rente;
- Zo nodig aantasting van de geldigheid van de nationale handelingen ter effectuering van de steunmaatregel;
- Terugbetaling van heffingen of belastingen aan derden;
- Toekenning van schadevergoeding aan concurrerende bedrijven en andere derden; en
- Voorlopige maatregelen hangende de nationale procedure.

In hoofdstuk 7 van dit onderzoek wordt nader onderzocht welke remedies de Nederlandse rechter bereid is om aan schendingen van de staatssteunregels te verbinden. Er kan worden verwacht dat het toepassen van deze remedies niet altijd een gemakkelijke zaak is. Angeli constateert dat de nationale procedureregels vaak inefficiënt zijn en dat nationale rechters maar zelden bereid zijn om deze gebreken door conforme interpretatie op te lossen.[340] De aantrekkingskracht van handhaving via de nationale rechter is volgens haar in sterke mate afhankelijk van het succes dat concurrenten kunnen behalen door zich tot een rechter te wenden. De terughoudendheid van rechters om met behulp van hun nationale recht aan schendingen van de staatssteunregels de nodige consequenties te verbinden, zo constateert Angeli, draagt dan ook zeker niet bij aan een effectief gebruik van handhaving via de nationale rechter.

---

338 HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 30.

339 HvJ EU 21 juli 2005, nr. C-71/04 (*Xunta de Galicia*), r.o. 49. Zie in gelijke of vergelijkbare bewoordingen: HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 11-12; HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*van Calster*), r.o. 53; HvJ EU 15 juli 2004, nr. C-345/02 (*Pearle*), r.o. 31; HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 41.

340 Angeli 2009, p. 535, op basis van de resultaten van Jestaedt, Derenne en Ottervanger 2006.

Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat de nog bestaande onduidelijkheid over de toe te passen remedies het de nationale rechter niet gemakkelijker maakt. Hoewel de hierboven genoemde remedies vrij specifiek lijken, is in de literatuur wel bekritiseerd dat de nationale rechter betrekkelijk weinig houvast krijgt bij de invulling daarvan. Zo schrijft Jaeger:

> 'Thus far, the Court has left the content of the right to receive "protection […] against the consequences of unlawful implementation of aid" practically open. The rights to suspension, recovery, damages and interim measures have not been elaborated in the case law at all. Instead, the national courts are expected to draw from national law whatever consequences they deem "necessary" to give effect to those broadly sketched-out rights'.[341]

Ondanks deze op zich terechte kritiek verdient het een poging om voor de aan een schending van de standstillbepaling te verbinden consequenties enige aanknopingspunten uit de mededelingen van de Commissie en de rechtspraak van de Europese rechters af te leiden. Te dien einde wordt in de hierna volgende paragrafen nagegaan hoe het Hof zich over de verschillende consequenties heeft uitgelaten. In dat kader wordt ook een verband gelegd met uitspraken van de Europese rechters over consequenties die rechters in het algemeen aan de schending van Europees recht moeten verbinden.

2.6.5.1 Terugvorderen van uitgekeerde steun en rente en aantasten geldigheid steunverlenende maatregelen

Wanneer onrechtmatige staatssteun al is uitgekeerd, is de nationale rechter net als de Commissie verplicht om de terugvordering van de onrechtmatige steun te gelasten.[342] Hij moet een verzoek om teruggave van onrechtmatige steun in beginsel toewijzen, hoewel een uitzondering geldt voor de hierna in § 2.6.5.7 te bespreken situatie waarin de Commissie inmiddels heeft vastgesteld dat de steun met de interne markt verenigbaar is.[343] Nu de rechter niet bevoegd is om zich uit te laten over de verenigbaarheid van een steunmaatregel, moet hij behoudens deze uitzondering (en anders dan de Commissie) al terugvordering bevelen op basis van de enkele onrechtmatigheid van een maatregel.

Dat de Commissie anders dan de rechter niet op basis van de 'enkele' onrechtmatigheid van staatssteun terugvordering mag bevelen, ziet zij duidelijk als een belemmering: in de Mededeling over de handhaving van de staatssteun-

---

341 Jaeger 2008, p. 281.

342 HvJ EU 21 juli 2005, nr. C-71/04 (*Xunta de Galicia*), r.o. 50; HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*), r.o. 26-27; HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 12.

343 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 70; HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 39.

regels door de nationale rechterlijke instanties stelt de Commissie dat zij 'slechts over beperkte bevoegdheden beschikt' omdat zij een volledige en tijdrovende beoordeling over de verenigbaarheid van een maatregel moet maken.[344] Vandaar dat de Commissie de nationale rechters op het hart drukt dat zij een belangrijk rechtsmiddel bieden voor derden en concurrenten die door onrechtmatige steun worden benadeeld.[345]

Aangenomen mag worden dat de hoofdregels die hierboven in het kader van terugvorderingsbesluiten van de Commissie zijn weergegeven ook van toepassing zijn op de situatie dat de nationale rechter de terugvordering van onrechtmatige staatssteun gelast. Ook dan moet de terugvordering zich toespitsen op de daadwerkelijke begunstigde[346] en kan de rechter in principe geen rekening houden met andere transacties die de ondernemingen hadden kunnen verrichten wanneer zij de onrechtmatige steun niet hadden ontvangen.[347] Ook geldt dat de terugvorderingsverplichting slechts kan worden vervuld indien de door de lidstaat getroffen maatregelen de door de steun vervalste mededinging kunnen herstellen.[348] Daarnaast kan het verlopen van een verjaringstermijn eventueel aan de uiteindelijke terugvordering in de weg staan. Het is nog niet zeker of de verjaringstermijn van tien jaar in de Procedureverordening ook geldt bij terugvordering op basis van de standstillbepaling.[349] In een in 2008 geïntroduceerd maar nooit in werking getreden wetsvoorstel zijn de relevante in het Nederlandse recht geldende verjaringstermijnen om die reden aangepast.[350] Hoewel terugvordering in beginsel verplicht is om de mededingingsbeperkende effecten van de onrechtmatige steun op te heffen, kunnen ten slotte uitzonderlijke omstandigheden bestaan waaronder de rechter van terugvordering kan afzien. Het valt aan te nemen dat deze uitzonderlijke omstandigheden dezelfde zijn als die gelden in het kader van een terugvorderingsbesluit.[351]

Wanneer het gaat om de terugvordering van al uitgekeerde steun ligt het voor de hand om bijzondere aandacht te besteden aan het nationale vertrouwens-

344 Zie overigens ook de conclusies van AG Tesauro en AG Jacobs in HvJ EU 19 september 1989, nr. 142/87 (*België/Commissie – Tubemeuse*) en HvJ EU 4 oktober 1989, nr. C-301/87 (*Frankrijk/Commissie – Boussac*). Toch heeft de Commissie nog wel mogelijkheden om op te treden voordat zij een volledige verenigbaarheidsanalyse heeft uitgevoerd. Zie in dit hoofdstuk § 2.5.2.

345 Mededeling 2009, randnr. 25.

346 Vgl. GvEA EU 12 september 2007, nr. T-196/02 (*MTU Friedrichshafen*), r.o. 50.

347 Vgl. HvJ EU 15 december 2005, nr. C-148/04 (*Unicredito*), r.o. 114-9.

348 HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-210/09 (*Scott SA*), r.o. 22; HvJ EU 12 december 2002, nr. C-209/00 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 35.

349 Adriaanse 2006, p. 216. Die situatie is in de tussentijd niet veranderd.

350 Zie hierover in detail hoofdstuk 8 § 8.2.

351 Zie eerder in dit hoofdstuk § 2.5.3.3. Dit valt af te leiden uit HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 28 met verwijzing naar HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 53. Ook: Adriaanse 2006, p. 212.

beginsel. Daarmee zou de nodige bescherming kunnen worden geboden aan *bona fide* begunstigden, die staatssteun hebben ontvangen zonder van de ongeoorloofdheid daarvan op de hoogte te zijn, en worden geconfronteerd met de ingrijpende effecten van terugvordering. Tegelijkertijd komt met een te ruimhartige beperking van de situaties waarin onrechtmatige steun moet worden teruggevorderd, in potentie ook de nuttige werking van het staatssteunrecht onder druk te staan. Hier bestaat dus een spanning die door het Hof van Justitie in het voordeel van de nuttige werking van de staatssteunregels is uitgelegd. Leidend daarbij is de veel aangehaalde uitspraak *BUG-Alutechnik*.[352] Uit deze uitspraak volgt dat steunontvangers weliswaar onder omstandigheden een beroep op gewettigd vertrouwen toekomt, maar dat dit gewettigd vertrouwen pas bestaat wanneer de steun met inachtneming van de procedure in artikel 108 VWEU is toegekend. In andere gevallen, dat wil zeggen wanneer de steun ten onrechte niet is aangemeld of vóór de goedkeuring van de Commissie is uitgevoerd, kan de ontvanger van onrechtmatige steun zich alleen in uitzonderlijke gevallen met succes op het vertrouwensbeginsel beroepen.[353] Deze uitzonderlijke gevallen worden zo restrictief toegepast dat wel eens wordt betwijfeld of men zich ooit met succes op zulke omstandigheden kan beroepen.[354] Voor de nationale rechter betekent dit dat hij het vertrouwensbeginsel (zeer) strikt zal moeten uitleggen, ook al biedt het beginsel volgens het nationale recht een ruimere bescherming.[355]

De strenge (en in de literatuur soms fel bekritiseerde)[356] toepassing van het vertrouwensbeginsel steunt onder meer op de gedachte dat een behoedzame onderneming normaliter in staat zal zijn, zich ervan te vergewissen of de procedure van artikel 108 VWEU is gevolgd.[357] Deze logica houdt echter

---

352 HvJ EU 20 september 1990, nr. C-5/89 (*Commissie/Duitsland – BUG-Alutechnik*); HvJ EU 24 november 1987, nr. 223/85 (*Rijn-Schelde/Verolme/Commissie*). Voor een meer uitgebreide bespreking, zie Den Ouden 2009; Van den Brink 2009.

353 HvJ EU 20 september 1990, nr. C-5/89 (*Commissie/Duitsland – BUG-Alutechnik*), r.o. 14-16. Zie ook HvJ EU 14 januari 1997, nr. C-169/95 (*Spanje/Commissie*), r.o. 51; HvJ EU 20 maart 1997, nr. C-24/95 (*Alcan Deutschland*), r.o. 25; GvEA EU 1 juli 2010, nr. T-62/08 (*Thyssen Krupp/Commissie*), r.o. 269.

354 Luja 2000, p. 225; Jans e.a. 2011, p. 170. Giraud 2008, p. 1399, meent dat de algemeen gedeelde opvatting dat een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel in staatssteunzaken nagenoeg onmogelijk is, vooral te wijten is aan de onduidelijke jurisprudentie van het Hof en het Gerecht.

355 Dat is onder meer het geval in Duitsland (§ 48 Verwaltungsverfahrensgesetz) en Nederland (ongeschreven). Zie Gorissen 2008, p. 240.

356 Zie eloquent verwoord: Lever 2013. Hij schrijft onder meer: 'There is little doubt in my mind that a reason for the draconian treatment by the EU institutions of the recipients of unlawfully granted State aid is to try to transform potential grantees of State aid into policemen upon whom responsibility for lawful action by their State authorities is to be imposed.'

357 Aan de oplettendheid en deskundigheid van een dergelijke onderneming worden hoge eisen gesteld. Dat een bedrijf klein of onervaren is, doet aan zijn verantwoordelijkheid niets af. GvEA EU 29 september 2000, nr. T-55/00 (*CETM/Commissie*), r.o. 127. Dit geldt ook

helaas geen rekening met de mogelijkheid dat een steunmaatregel niet is aangemeld omdat de betrokken lidstaat in de veronderstelling verkeerde (en aan de ondernemingen heeft meegedeeld) dat dit niet nodig was.[358] Hierboven is al opgemerkt dat het vaststellen of sprake is van staatssteun die had moeten worden aangemeld voor de rechter een bijzonder moeilijke taak kan zijn.[359] Voor de begunstigde van steun zal dit niet makkelijker zijn, maar voor de toepassing van het vertrouwensbeginsel maakt dat (voorlopig) weinig uit. De steunontvanger heeft dan niets aan de vaststelling dat de relevante procedures niet zijn gevolgd; hij moet juist nagaan of de procedures *terecht* niet zijn gevolgd. Sterker nog: zelfs al is een steunmaatregel aangemeld en door de Commissie goedgekeurd, dan kan het Commissiebesluit waarbij de steunmaatregel verenigbaar met de interne markt is verklaard, nog niet meteen tot vertrouwen leiden. Het besluit kan immers nog worden aangevochten en door de Europese rechters worden vernietigd.[360] Een begunstigde kan dus pas op een Commissiebesluit vertrouwen wanneer de beroepstermijn is verstreken of de Europese rechter zich er definitief over heeft uitgesproken.[361]

Het is lange tijd een vaste overweging in de rechtspraak van het Hof geweest 'dat de geldigheid van handelingen tot uitvoering van steunmaatregelen wordt aangetast door de miskenning, door de nationale autoriteiten, van [de opschortingsplicht]'.[362] Het bleef echter onduidelijk wat dit concreet voor een nationale procedure betekent, en met name of de nationale rechter zo nodig de nietigheid van uitvoeringshandelingen van onrechtmatige steun moet uitspreken.[363] Vooral in de Duitse literatuur heeft een verwoede discussie plaatsgevonden over de juiste vertaling van deze 'ongeldigheid' naar het nationale

wanneer de lidstaat de steun nagenoeg aan het bedrijf heeft opgedrongen. HvJ EU 20 maart 1997, nr. C-24/95 (*Alcan Deutschland*), r.o. 18 en 41. Vgl. GvEA EU 15 juni 2010, nr. T-177/07 (*MediaSet SpA/Commissie*), r.o. 177 en GvEA EU 24 september 2008, nr. T-20/03 (*Kahla Thüringen Porzellan/Commissie*), r.o. 147-152.

358 Een mooi voorbeeld biedt de problematiek rondom de grenspomphouders, waarover nader Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 3.3.1. In die situatie was er ten onrechte van uitgegaan dat de de-minimisverordening van toepassing was en aanmelding achterwege mocht blijven.

359 Zie hierboven in § 2.6.4.

360 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/96 (*CELF I*), r.o. 63. Deze benadering is bekritiseerd maar past wel in de gevestigde jurisprudentie van het Hof. Jaeger 2008, p. 285; Dekker 2009, p. 77.

361 Dat kan wel even duren. In de *CELF*-zaken heeft het Gerecht een Commissiebesluit driemaal vernietigd, waarop de Commissie telkens weer een positief besluit nam. HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 55.

362 HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 12; HvJ EU 21 juli 2005, nr. C-71/04 (*Xunta de Galicia*), dictum.

363 Vgl. Mamut en Paterno 2009, p. 348; Adriaanse 2006, p. 208. Zie ook nader in hoofdstuk 7 § 7.2.5.2.

recht.[364] Zeker als zou moeten worden aangenomen dat uitvoeringshandelingen van onrechtmatige steun eventueel nietig moeten worden verklaard, was de angst dat dit wel een erg botte bijl zou zijn. Een vaker genoemd voorbeeld daarvoor is de (in Nederland veel voorkomende) situatie waarin wordt gesteld dat een gemeente een perceel grond voor een te laag bedrag aan een projectontwikkelaar heeft verkocht. Als in deze overeenkomst staatssteun besloten ligt en de overeenkomst om die reden nietig moet worden verklaard, zou dit tot ongemakkelijke taferelen leiden, zeker als de grond inmiddels al bebouwd is.[365]

Inmiddels bestaat over de betekenis van de genoemde overweging van het Hof meer duidelijkheid. In het arrest *Residex* heeft het Hof namelijk geoordeeld 'dat het recht van de Unie de nationale rechterlijke instanties niet ertoe verplicht om een welbepaalde consequentie te verbinden aan de geldigheid van de handelingen ter uitvoering van de steun'.[366] Kern van de zaak is dat de rechter ervoor moet zorgen dat de mededingingssituatie van vóór de uitkering van de betrokken steun wordt hersteld.[367] Het aantasten van de geldigheid van steunmaatregelen, aldus het Hof, is enkel in zoverre verplicht waar dit doeltreffender blijkt dan andere maatregelen met het oog op dit herstel.[368] Het is echter geen extra, zelfstandig gevolg van een schending van de standstillbepaling.[369] Of, om met Montijn en Saanen te spreken: terugvordering moet, nietigverklaring mag.[370]

Om daadwerkelijk het genoten concurrentievoordeel ongedaan te maken, moet naast het steunbedrag de marktconforme rente worden teruggevorderd. Als slechts het steunbedrag zelf hoeft te worden terugbetaald, wordt de begunstigde geacht een renteloze lening te hebben ontvangen.[371] Als gevolg van

364 Bijv.: Verse en Wurmnest 2004; Koenig 2003, met verwijzingen. Tot op zekere hoogte is deze vertaalslag een vraag naar nationaal recht, ingeperkt door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Vgl. Adriaanse 2006, p. 208, met verwijzing naar Prechal 2002, p. 34 e.v.. Ook: conclusie van A-G Jacobs van 30 april 2002, nr. C-126/01 (*GEMO SA*), punt 44; ondersteund in de conclusie van A-G Stix-Hackl van 7 november 2002, nr. C-34/01 t/m C-38/01 (*Enirisorse SpA*), voetnoot 136.

365 Zie bijv. Geelhoed en Van der Linden 2010, p. 639; De Waard e.a. 2005, p. 37.

366 HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*), r.o. 44.

367 Zie ook Köhler 2013.

368 HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*), r.o. 46.

369 Op dit onderwerp, en wat het betekent naar Nederlands recht, wordt in hoofdstuk 7 in meer detail ingegaan.

370 Montijn en Saanen 2012, p. 128. A-G Keus heeft uit de uitspraak van het Hof, m.i. terecht, afgeleid dat de rechter onder omstandigheden wel verplicht is om de nietigheid van met art. 108 lid 3 VWEU strijdige handelingen uit te spreken. Daarbij is relevant of de te treffen maatregel kan leiden tot het herstel van de mededingingssituatie vóór de steun (effectiviteit) en of andere, minder dwingende procedurele maatregelen voorhanden zijn (proportionaliteit). Conclusie A-G Keus bij HR 26 april 2013, ECLI:NL:PHR:2012:BY0539 (*Residex 2*), ov. 2.2.

371 HvJ EU 12 oktober 2000, nr. C-480/98 (*Spanje/Commissie*), r.o. 35; HvJ EU 12 februari 2008 (*CELF I*), r.o. 51.

artikel 9 lid 1 van de Commissieverordening 794/2004 wordt het bij de terugvordering van met artikel 108 lid 3 VWEU strijdige steun toe te passen rentepercentage elk kalenderjaar door de Commissie vastgesteld.[372] Naar alle waarschijnlijkheid geldt dit rentepercentage ook wanneer de rechter zelf de terugvordering van steun beveelt en de Commissie niet eerst een terugvorderingsbesluit heeft genomen.[373]

2.6.5.2 Voorkomen dat onrechtmatige steun wordt uitgekeerd

De terugvordering van een steunmaatregel is logischerwijs nog niet aan de orde zo lang deze nog niet is uitgevoerd. De belangrijkste taak van de rechter is dan het voorkomen dat dit alsnog gebeurt.[374] Om partijen te beschermen tegen de onrechtmatige tenuitvoerlegging van staatssteun moet de nationale rechter daarom zo nodig al optreden voordat de steun is uitgekeerd.[375] Bij dat optreden kan worden gedacht aan het treffen van een voorlopige voorziening waardoor het uitkeren van de steun hangende de aanmelding wordt opgeschort.[376]

Wat dit precies inhoudt, is nog niet helemaal duidelijk. Uit het Unierecht vallen nauwelijks harde regels af te leiden over de manier waarop de rechter de uitkering van steun moet voorkomen. Uiteraard zal dit ook afhangen van de omstandigheden van het geval. Zo is bijvoorbeeld het opschorten van een subsidieverlening (al dan niet, zoals de Commissie voorstelt, door de vernietiging van het subsidiebesluit)[377] een vrij logische manier om te voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt uitgekeerd. Ingewikkelder ligt het wanneer een vermeende steunmaatregel besloten ligt in een meer omvattende rechtshandeling (of samenstel van rechtshandelingen). Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarin in een overeenkomst tegenover bepaalde diensten (die een concurrent van de vermeende begunstigde ook wel had willen uitvoeren) een niet-marktconforme prijs staat. De vraag stelt zich dan of het Unierecht eist dat de gehele, want in strijd met het Unierecht tot stand gekomen, overeenkomst wordt 'tegengehouden', of dat hij alleen de uitkering van het niet-marktconforme deel van de prijs moet voorkomen.

372 Commissieverordening 794/2004 (uitvoering Procedureverordening).
373 Mamut en Paterno 2009, p. 349. Daar gaat ook de Nederlandse wetgever van uit. Zie de voorgestelde artt. 6:119 lid 4 BW, 4:80b lid 2 Awb en 30I AWR in het wetsvoorstel Wts 2008, *Kamerstukken II* 2007/08, 41 418, nr. 2 (voorstel van wet).
374 Mededeling 2009, randnr. 28, met verwijzing naar HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 12.
375 Vgl. HvJ EU 17 juni 1999, nr. C-295/97 (*Piaggio*), r.o. 31; HvJ EU 21 juli 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 75 ('de vrijwaring van de rechten van de justitiabelen').
376 HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 46.
377 Mededeling 2009, randnr. 29.

Uit de hierboven besproken zaak *Residex* bleek dat het Unierecht niet verlangt dat een bepaald gevolg wordt verbonden aan de tussen de overheid en een begunstigde gemaakte afspraken, mits op enige manier de ten onrechte verleende steun wordt teruggevorderd. Op dezelfde manier zou in het geval van nog niet uitgekeerde steun kunnen worden aangenomen dat het niet nodig is om het geheel aan afspraken tussen de overheid en de vermeende begunstigde aan te tasten als ook op andere manieren kan worden voorkomen dat de potentiële begunstigde een niet-marktconform voordeel ontvangt. Dat is anders dan in het aanbestedingsrecht en het reguliere mededingingsrecht, waar het maken van de afspraken zelf (en niet alleen het daarin besloten liggende voordeel) in het licht van het Unierecht problematisch is.[378] Zonder harde regels op EU-niveau lijkt het erop dat de nationale rechter op basis van het nationale recht moet bezien welke (voorlopige) maatregelen het meest zijn aangewezen om justitiabelen al voor de uitkering van de steun tegen de niet-naleving van de standstillbepaling te beschermen.[379]

2.6.5.3 Terugbetaling van heffingen of belastingen aan derden

Uit de verplichting om justitiabelen te beschermen tegen de schending van de opschortingsplicht vloeit ook voort dat eventueel door hen ten behoeve van de onrechtmatige steun betaalde heffingen moeten worden terugbetaald.[380] Dit sluit aan bij de algemene verplichting voor lidstaten om heffingen terug te betalen die in strijd met Europees recht zijn geheven.[381] Het ligt voor de hand dat de mogelijkheid tot het terugkrijgen van betaalde heffingen een prikkel voor ondernemingen kan vormen om via de rechter bij te dragen aan de handhaving van het staatssteunrecht.[382] Het Hof heeft dit uitgangspunt kracht bijgezet door te bepalen dat de terugbetaling van heffingen ten aanzien van de (rechts)personen die deze heffingen hebben moeten betalen 'het enige middel' is om de onrechtmatigheid van de steunmaatregel te verhelpen.[383]

Voor de terugbetaling van heffingen of belastingen geldt dat deze er niet voor mag zorgen dat de kring van begunstigden wordt uitgebreid.[384] Dat probleem is echter vrij simpel opgelost. Een dergelijk effect vindt namelijk niet plaats wanneer de heffing integraal deel uitmaakt van de steunmaatregel.

---

378 Vgl. art. 101 lid 2 VWEU en art. 2 Richtlijn 2007/66 (rechtsbeschermingsrichtlijn).
379 Vgl. HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 45.
380 HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 53-54.
381 HvJ EU 14 januari 1997, nr. C-192/95 t/m C-218/95 (*Comateb*), r.o. 20.
382 Adriaanse 2006, p. 220; Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 27.
383 Het moet wel gaan om heffingen die voor de goedkeuring van de Commissie zijn opgelegd. HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 38, met verwijzing naar HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster*).
384 HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 49; HvJ EU 15 juni 2006, nr. C-393/04 en C-41/05 (*Air Liquide Industries*), r.o. 45.

Dat wil zeggen: wanneer er krachtens de relevante nationale regeling een dwingend bestemmingsverband bestaat tussen de heffing en de steun, in die zin dat de opbrengst van de heffing noodzakelijkerwijs voor de financiering van de steun wordt bestemd en een rechtstreekse invloed heeft op de omvang ervan en bijgevolg op de beoordeling van de verenigbaarheid van deze steun met de interne markt.[385] In dat geval is de rechter in beginsel verplicht om te bepalen dat (een deel van)[386] de heffing wordt terugbetaald. Wanneer de steun eruit bestond dat een onderneming werd vrijgesteld van een heffing of belasting die door een andere groep ondernemingen wel moest worden betaald maar die niet was bedoeld voor de financiering van de steun, is terugbetaling ervan niet aan de orde. Dan bestaat er namelijk geen integraal verband tussen de steun en de heffing en zou het toepassen van de vrijstelling op de andere ondernemingen er enkel toe leiden dat de kring van begunstigden werd uitgebreid.[387] Dit zou al helemaal onzinnig zijn als daarnaast ook de begunstigde zou worden verplicht om de steun terug te betalen.[388]

Overigens lijkt het erop dat terugbetaling van de heffingen in bijzondere omstandigheden achterwege moet worden gelaten, zoals wanneer dit zou leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden.[389] Ook hier gelden de grenzen van het doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel.[390]

2.6.5.4 Veroordelen tot het vergoeden van de geleden schade

Het onrechtmatig verlenen van steun door de overheid kan voor concurrenten van de begunstigde schade opleveren, bijvoorbeeld door het verlies van marktaandelen of winstderving. Dergelijke schade komt voor vergoeding in aanmerking. Zo nodig moet de nationale rechter daarom vaststellen dat de overheid voor de geleden schade aansprakelijk is.[391] Het toekennen van schadevergoeding heeft een belangrijke rol bij het herstellen van de concurrentievervalsing doordat niet alleen het door de één genoten voordeel wordt weggeno-

385 HvJ EU 15 juni 2006, nr. C-393/04 en C-41/05 (*Air Liquide Industries*), r.o. 46. Vgl. hierboven § 2.3.4.3.

386 HvJ EU 27 november 2003, nrs. C-34/01 t/m C-38/01 (*Enirisorse SpA*), dictum.

387 Adriaanse 2006, p. 217.

388 Daarmee zou het effect dat door de steunmaatregel was ontstaan slechts worden omgedraaid. Adriaanse 2006, p. 218, verwijzend naar HvJ EU 13 januari 2005, nr. C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*) en de conclusie van A-G Geelhoed in die zaak, ov. 71-3.

389 Adriaanse 2006, p. 220, met verwijzing naar HvJ EU 27 januari 1980, nr. 68/97 (*Just*), r.o. 26; HvJ EU 9 november 1983, nr. 199/82 (*San Giorgio*), r.o. 13; HvJ EU14 januari 1997, nr. C-192/95 t/m C-218/95 (*Comateb e.a.*), r.o. 35.

390 Over dit onderwerp ook: Van Vliet 2006.

391 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 75; HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 56; HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 53; HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 29.

men maar ook het door de ander geleden nadeel wordt gecompenseerd.[392] Een groot potentieel voordeel van de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen is dat deze voor concurrenten van steunontvangers een belangrijke prikkel kan vormen om via de nationale rechter een beroep op de staatssteunregels te doen en zodoende bij te dragen aan de handhaving daarvan.[393] De toegevoegde waarde van de mogelijkheid om schade te verhalen moet echter niet worden overdreven. In de lidstaten van de EU wordt schadevergoeding in staatssteunzaken zelden gevorderd en nog minder vaak toegekend.[394]

De aansprakelijkheid van de overheid in staatssteunzaken volgt de bekende *Francovich*-jurisprudentie.[395] Er moet zodoende aan drie voorwaarden zijn voldaan. Ten eerste moet de geschonden Europese regel rechten aan particulieren toekennen. In het geval van de standstillbepaling mag daarvan worden uitgegaan.[396] Ten tweede moet de schending voldoende gekwalificeerd zijn. Dat is minder goed vast te stellen.[397] Met name kan men zich afvragen of de voldoende gekwalificeerde schending van de standstillbepaling slechts bestaat in het geval dat *kennelijk* sprake was van staatssteun of dat het voldoende is als het bestaan van staatssteun uiteindelijk door de Commissie is vastgesteld.[398] Tot slot moet worden aangetoond dat een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de Staat rustende verplichting en de geleden schade. Of dat zo is, wordt door de nationale rechter beoordeeld,[399] maar dit blijkt een buitengewoon moeilijke taak. In de praktijk lijkt het er volgens Jaeger op dat een partij alleen een causaal verband kan aantonen door te demonstreren 'in an unambiguous manner how the market share of the claimant would have developed if no State aid had been granted to the compe-

392 Conclusie van A-G Jacobs van 14 december 1995 in de zaak nr. C-39/94 (*SFEI*), ov. 77. Iets meer afgezwakt in ov. 82.

393 Mededeling 2009, randnr. 43. De erkenning van het Hof van de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen lijkt gepaard te zijn gegaan met een sterke groei aan nationale staatssteunprocedures, hoewel een causaal verband daartussen niet kan worden aangetoond. Struys en Abbott 2003, p. 172. Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 6 laten echter zien dat in de (destijds) 27 lidstaten nog geen geld is uitgekeerd op basis van een schadevergoedingsclaim. Kritisch: Jaeger 2008, p. 287. Hij beschrijft de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen als een 'carrot on a stick'.

394 Zie ook Jaeger 2008, p. 287: 'as is well known, damages actions based on the grant of illegal aid simply do not happen in national courts today'. Dit beeld valt ook in de Nederlandse jurisprudentie te herkennen, zoals nader wordt uitgewerkt in hoofdstuk 7.

395 HvJ EU 19 november 1991, nr. C-6/90 en C-9/90 (*Francovich*), r.o. 40; HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 51.

396 HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*), r.o. 8; HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 11; HvJ EU 7 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 39.

397 In *Brasserie du Pêcheur* heeft het Hof in algemene zin een handreiking aan de nationale rechters gedaan door aan te geven welke elementen een rol spelen bij de beoordeling of een schending voldoende gekwalificeerd is. HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 56-7.

398 Struys en Abbott 2003, p. 182.

399 Bruyninckx 2007, p. 235. Zie ook Struys en Abbott 2003, p. 183.

titor'.[400] Het Hof heeft bepaald dat de bovengenoemde voorwaarden 'noodzakelijk en voldoende' zijn om een recht op schadevergoeding te laten ontstaan, maar laat de mogelijkheid open dat het nationale recht soepelere voorwaarden hanteert.[401] Hoewel het niet nodig is dat lidstaten hun meest gunstige aansprakelijkheidsregime toepassen, zou het gelijkwaardigheidsbeginsel dus eventueel kunnen eisen dat er al eerder schadevergoeding wordt toegekend dan uit de Europese aansprakelijkheidsjurisprudentie volgt.[402]

Het kwantificeren van de geleden schade wordt, binnen de voorwaarden van gelijkwaardigheid en effectiviteit, aan het nationale rechtssysteem overgelaten.[403] Belangrijk voor staatssteunzaken is dat de rechter door de mededingingsvervalsing veroorzaakte winstderving niet volledig als schadepost mag uitsluiten.[404] Echter: de vergoeding mag er niet toe leiden dat de kring van begunstigden wordt uitgebreid.[405] Het is met andere woorden niet de bedoeling dat een concurrent schade vergoed krijgt ter waarde van de ten onrechte genoten steun.

Als de Staat voor een schending van de standstillverplichting aansprakelijk kan worden gesteld, is een logische vervolgvraag of dit niet ook geldt voor de begunstigde van de steun. Het Unierecht biedt daarvoor zelf geen houvast. De standstillverplichting richt zich namelijk tot de lidstaat en niet tot de begunstigde, zodat deze laatste door het ontvangen van de steun *an sich* geen regel van Europees recht heeft overtreden en dus niet op grond van de *Francovich*-jurisprudentie aansprakelijk kan worden gesteld.[406] Dat sluit niet uit

400 Jaeger 2008, p. 287-8. Dit wordt nog eens versterkt door de uitspraak in *CELF I*. Zie in dit hoofdstuk § 2.6.5.7. Overigens kan al het aantonen van schade erg lastig zijn. Voor de gedupeerde geldt een schadebeperkingsplicht, waaruit onder meer volgt dat hij de beroepsmogelijkheden die hem ter beschikking staan tijdig moet gebruiken. HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 84-5; HvJ EU 19 mei 1992, nr. C-104/89 en C-37/90 (*Mulder e.a.*), r.o. 33.

401 HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 66. Zie ook Struys en Abbott 2003, p. 183.

402 Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de wijze waarop de (hoogte van de) geleden schade kan worden aangetoond. Te denken valt in de Nederlandse context aan art. 6:104 BW, dat het mogelijk maakt om de geleden schade te begroten op de door de ander als gevolg van de onrechtmatige daad genoten winst.

403 HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 67 en 82; HvJ EU 9 november 1983, nr. 199/82 (*San Giorgio*). De hoogte van de eventuele schadevergoeding moet wel adequaat zijn ten opzichte van de geleden schade om de daadwerkelijke rechtsbescherming te verzekeren.

404 HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 87. Struys en Abbott 2003, p. 183.

405 HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 49; HvJ EU 15 juni 2006, nr. C-393/04 en C-41/05 (*Air Liquide Industries*), r.o. 45.

406 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 73-74. Vgl. HvJ EU 10 juni 2010, nr. C-140/09 (*Fallimento Traghetti*), r.o. 20. Struys en Abbott 2003, p. 184, lijken deze houding van het Hof te betreuren en geven een aantal redenen aan waarom aansprakelijkheid van de begunstigde op basis van Europees recht toch voor de hand zou kunnen liggen.

dat een dergelijke aansprakelijkheid wel uit het nationale recht kan volgen. Soms zal het Europese gelijkheidsbeginsel zelfs eisen dat een dergelijke mogelijkheid volgens het nationale recht wordt toegepast, namelijk wanneer een onderneming onder nationaal recht aansprakelijk kan worden gesteld voor het ontvangen van onrechtmatige financiële steun waardoor aan andere handelaren schade kan worden veroorzaakt.[407]

2.6.5.5 Voorlopige voorzieningen

In haar Mededeling over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties geeft de Commissie aan dat de beschermende functie van de nationale rechter zich niet beperkt tot het eindvonnis, maar dat eventueel voorlopige maatregelen moeten worden getroffen 'wanneer dit passend is om de rechten van particulieren en de doeltreffendheid van artikel [108 lid 3 VWEU] te waarborgen.'[408] Het Hof beperkt zich tot het aangeven dat het mogelijk is dat de rechter voorlopige maatregelen moet nemen, zonder expliciet te benoemen wanneer daartoe een verplichting ontstaat. Het doeltreffendheidsbeginsel en gelijkwaardigheidsbeginsel vormen dan de leidraad. De nationale rechter wordt binnen deze grenzen grotendeels vrijgelaten bij het bepalen van een toepasselijke voorlopige voorziening. Genoemd worden onder andere het opschorten van de steunmaatregelen,[409] de voorlopige terugbetaling van de steun met rente en het storten van gelden op een geblokkeerde rekening.[410] Het enkel laten terugbetalen van rente is volgens het Hof zelfs als voorlopige maatregel echter ontoereikend.[411]

De Commissie drukt zich in dat kader sterker uit. Volgens haar mag de rechter een terugvorderingsprocedure niet al te zeer vertragen. Mocht de einduitspraak door omstandigheden toch worden vertraagd, dan moet de rechter op basis van zijn verplichting om de rechten van particulieren te beschermen 'met alle voorlopige maatregelen die hem op grond van de toepasselijke bepalingen van het nationale procesrecht ter beschikking staan' en 'ten minste voorlopig een einde maken aan de mededingingsbeperkende gevolgen van de steun ('voorlopige terugvordering')'.[412] Hoewel het Hof in een concreet geval tot een zelfde conclusie zou kunnen komen, schrijft het niet zo

407 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 75.

408 Mededeling 2009, randnr. 56. Vgl. HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 46 en HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 67. Vgl., in een iets andere context, HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 43.

409 HvJ EU 11 juli 2010, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 52.

410 HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 37.

411 Idem, r.o. 38. In de uitspraak *CELF II* schemert verder door dat het Hof het opschorten van verdere uitbetalingen zoals gesuggereerd in HvJ EU 11 juli 1996 (*SFEI*), r.o. 67 niet meer voldoende vindt. De Commissie geeft de mogelijkheid nog wel in haar Mededeling 2009, randnr. 58.

412 Mededeling 2009, randnr. 60.

dwingend de voorlopige terugvordering voor als de Commissie dat doet. Wel heeft het Hof in *CELF II* benadrukt dat de rechter verplicht is om onverwijld te beslissen over een verzoek tot vrijwaringsmaatregelen.[413] Onder omstandigheden kan dat dwingen tot het treffen van voorlopige voorzieningen.

2.6.5.6 Overige maatregelen

Naast de zojuist genoemde consequenties stelt het Hof bij mijn weten verder geen consequenties voor de schending van artikel 108 lid 3 VWEU voor. Vermeldenswaardig is nog een conclusie van A-G Tizzano uit 2006, die meent dat een justitiabele belang kan hebben bij de verkrijging van een zuiver declaratoire uitspraak waarbij wordt vastgesteld dat een maatregel onrechtmatige staatssteun inhoudt. Dit zou kunnen helpen voor het indienen van een klacht bij de Commissie of bij een beroep voor de nationale rechter waarbij de begunstigde een vordering wegens oneerlijke concurrentie zou kunnen instellen tegen de begunstigde, of een vordering tot schadevergoeding tegenover de Staat.[414] Het Hof heeft zich over deze mogelijkheid echter niet expliciet uitgelaten.

2.6.5.7 Remedies bij verenigbare steun: CELF I

De standstillbepaling verbiedt het uitvoeren van steunmaatregelen zonder voorafgaande toestemming van de Commissie. Wat nu als een rechter moet oordelen over een steunmaatregel die in strijd met de standstillbepaling is uitgevoerd maar sindsdien wel door de Commissie is goedgekeurd? Moet de rechter dan een strikt procedurele benadering van de standstillbepaling nastreven en de terugvordering van de steun bevelen, of verdient een meer materiële benadering (de steun hoeft niet te worden teruggevorderd omdat deze inhoudelijk verenigbaar is met de interne markt) de voorkeur?[415]

Deze vraag is beantwoord in de zaak *CELF I*.[416] Daarin stond de Advocaat Generaal een strikt procedurele benadering voor terwijl de Commissie juist een materiële benadering bepleitte. Het Hof laveert in zijn uitspraak tussen deze twee opvattingen.[417] Het herhaalt de vaste jurisprudentie dat de standstillbepaling moet waarborgen dat de Commissie een kans krijgt om de uit te voeren maatregel op haar verenigbaarheid te onderzoeken.[418] In de volgende overwegingen blijkt juist een ander doel: de opschortingsplicht moet waar-

413 HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 39.
414 Conclusie van A-G Tizzano van 30 maart 2006 in de zaak C-393/04 en C-41/05 (*Air Liquide Industries*), ov. 33.
415 Het onderscheid tussen de procedurele en materiële benadering wordt verwoord door Adriaanse 2008, p. 316-7.
416 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*).
417 Adriaanse heeft het over een 'gemengde benadering', een mix tussen de procedurele en de materiële benadering. Adriaanse 2008, p. 316.
418 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 36.

borgen dat alleen met de markt verenigbare maatregelen het levenslicht zien.[419] In de tweede benadering levert schending van de standstillbepaling alleen een probleem op als de onrechtmatige maatregel ook daadwerkelijk met de markt onverenigbaar is. De nationale rechter hoeft steun die is verleend in strijd met de standstillbepaling maar waarvan ten tijde van de rechterlijke procedure duidelijk is dat de Commissie deze inmiddels met de interne markt verenigbaar heeft verklaard, volgens het Hof niet terug te vorderen.[420] Dit oordeel is in de literatuur bekritiseerd omdat daarmee de nuttige werking van de opschortingsplicht kan worden aangetast.[421] De suggestie wordt immers gewekt dat het niet erg is als steun te vroeg is uitgekeerd, zolang later maar blijkt dat hij verenigbaar is.[422]

In het geval van onrechtmatige maar verenigbare steun moet de rechter wel de over deze steun genoten rente terugvorderen. Het Hof geeft hiervoor de verklaring dat concurrenten wel degelijk zijn blootgesteld aan het *risico* dat onverenigbare steun is uitgekeerd. Daarnaast zou de begunstigde een voordeel hebben ontvangen door eerder beschikking te hebben over de steun dan het geval was geweest als de staatssteunregels juist waren nageleefd.[423] Ook op deze redenering is kritiek geuit. Die kritiek komt er vooral op neer dat niet navolgbaar is waarom het terugvorderen van de rente een remedie zou kunnen vormen voor het door concurrenten geleden risico. Wat de daadwerkelijke gevolgen voor de concurrenten zijn, hangt immers af van de

419 Idem, r.o. 47-8. Deze overwegingen zijn o.m. door Adriaanse 2008 en Vajda en Stuart 2010 gesignaleerd als een koerswijziging van het Hof. Het gaat zeker om een afwijking van de vaste jurisprudentie, maar vergelijkbare overwegingen vallen al in eerdere uitspraken te vinden. Zes jaar voor de uitspraak in *CELF I* herinnerde het Hof aan haar 'vaste rechtspraak', waarin de standstillbepaling ertoe dient 'te voorkomen dat met het Verdrag strijdige steun tot uitvoering wordt gebracht'. HvJ EU 22 juni 2000, nr. C-332/98 (*Frankrijk/Commissie*), r.o. 31, verwijzend naar: HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*), r.o. 4. Overigens handelde ook zaak C-332/98 over de steun verleend aan CELF.

420 Het Hof lijkt hiermee af te wijken van eerdere jurisprudentie, met name HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 56. In een latere uitspraak lijkt het Hof op het CELF-arrest terug te komen: HvJ EU 19 maart 2015, nr. C-672/13 (*OTP Bank*), r.o. 76. Waarschijnlijk is hier echter sprake van een misslag. Zie Adriaanse 2015.

421 Jaeger 2008, p. 285-7. De latere uitspraak van het Hof in de zaak *Wienstrom* leek hier nog meer kracht bij te zetten. Daarin stond 'dat een positieve beschikking van de Commissie het verbod op het vooraf tot uitvoering brengen opheft', wat suggereert dat onrechtmatigheid door een later positief Commissiebesluit volledig wordt geheeld. HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 25. Deze overweging van het Hof moet echter niet te letterlijk worden genomen. *Wienstrom* sloot namelijk aan bij de consequenties die in *CELF I* aan het verstrekken van onrechtmatige maar verenigbare steun werden verbonden.

422 Jaeger 2008, p. 287 heeft in dat kader de zorg geuit dat rechters minder geneigd zullen zijn om aan de enkele schending van de standstillbepaling gevolgen te verbinden. Immers: als de Commissie later toch een positief besluit neemt, was alle moeite voor niets en heeft de steunontvanger onnodig allerlei consequenties moeten aanvaarden die voor hem verstrekkende gevolgen kunnen hebben.

423 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I)*, r.o. 50-1.

(markt)omstandigheden van het geval.[424] Logischer is de redenering dat een rentevordering het voordeel ongedaan maakt dat de begunstigde heeft gehad bij de voorbarige uitkering van de steun. Wordt de rente niet teruggevorderd, dan heeft dit immers tot gevolg dat de begunstigde (in dit geval in de periode totdat de steun is goedgekeurd) *de facto* een renteloze lening heeft ontvangen. Dat voordeel kan door de terugvordering van de rente worden ontnomen. Uiteraard voldoet ook die redenering niet per definitie aan de economische realiteit. Toch valt er ook wat voor te zeggen om nationale rechters niet op te schepen met een complexe analyse over de juiste consequenties om de precieze nadelige effecten van de voorbarige uitkering van verenigbare steun op te heffen.[425]

De terugvordering van rente is overigens niet de enige mogelijke consequentie van het zonder goedkeuring verlenen van bij nader inzien verenigbare steun. Ten eerste kan de rechter op grond van zijn nationale recht 'in voorkomend geval' toch de terugvordering van het volledige steunbedrag bevelen, 'onverminderd het recht van de lidstaat om deze later opnieuw tot uitvoering te brengen'.[426] Het is niet helemaal duidelijk hoe vrij de rechter is om toch te kiezen voor volledige terugvordering.[427] Voorlopig wordt aangenomen dat, mits rekening wordt gehouden met het gelijkwaardigheidsbeginsel, naar EU-recht geen *plicht* tot volledige terugvordering kan ontstaan.[428] Daarnaast kan een justitiabele die door middel van een (para)fiscale heffing aan de betaling van de steunmaatregel heeft bijgedragen, de terugbetaling verlangen van de door hem gedurende de periode van onrechtmatigheid betaalde bedragen.[429] Ten slotte moet de nationale rechter eventueel verzoeken tot schadevergoeding toewijzen. Zoals gezegd is het indienen van een succesvolle schadeclaim geen gemakkelijke taak. In gevallen waarin de onrechtmatige steun verenigbaar blijkt te zijn komt daar nog bij dat het bestaan van schade en een causaal verband nog moeilijker valt aan te tonen als het enige 'probleem' is

424 Slot 2009, p. 636; Adriaanse 2008, p. 314; Jaeger 2008, p. 284; M.R. Mok, 'Annotatie bij HvJ EU (2008-02-12)(Staatssteun)', *NJ* 2008, 185, aant. 3.

425 Vgl. Temple Lang 2014, p. 445.

426 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 53.

427 De zaak *Wienstrom* impliceert toch een verplichting: zelfs na een verenigbaarverklaring kan de nationale rechter 'ten gevolge van een verzoek van een andere marktdeelnemer' toch 'genoodzaakt' zijn om uitspraak te doen over de terugvordering van de toegekende steun. HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 27.

428 Mamut en Paterno 2009, p. 348; Adriaanse 2008, p. 315. Mogelijk ziet de geciteerde overweging van het Hof op het geval dat het nationale recht terugvordering eist om redenen die met de staatssteun zelf niets te maken hebben, zoals de omstandigheid dat de steun door middel van smeergeld is verkregen en het nationale recht dit met volledige terugvordering sanctioneert. Vajda en Stuart 2010, p. 632. Zij hadden terugvordering juist liever ook gezien als manier om te compenseren voor de *one-size-fits-all* benadering van rentevordering.

429 HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 38. Het Hof houdt hiermee wel vast aan zijn eerdere jurisprudentie. HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 65.

dat de steun formeel te vroeg is uitgekeerd, terwijl deze materieel op zich wel is toegestaan.[430] Men zou zich ook kunnen afvragen of het 'enkel' te vroeg uitkeren nog wel de vereiste voldoende ernstige schending oplevert.

Het oordeel van het Hof in *CELF I* ging uit van de situatie waarin een steunmaatregel door de Commissie is goedgekeurd maar al vóór de goedkeuring is uitgevoerd. Het komt echter ook regelmatig voor dat de rechter al een oordeel moet geven over vermeend onrechtmatige staatssteun terwijl de Commissie de verenigbaarheid daarvan nog onderzoekt.[431] Als de rechter dan de terugvordering van het volledige steunbedrag gelast (of de mogelijke verenigbaarheid juist wel of niet laat meewegen in de vraag of sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending), kan dit oordeel achteraf onnodig (of onjuist) blijken. Toch lijkt het er niet op dat de rechter in zulke gevallen zijn oordeel mag uitstellen totdat de Commissie uitsluitsel heeft gegeven over de verenigbaarheid van de steun – een proces dat overigens meerdere jaren kan duren.[432] Daarmee lijkt de keuze tussen geheel of gedeeltelijk terugvorderen in sommige gevallen een kwestie van timing.

Ik zou denken dat dit anders kan liggen wanneer de Commissie op het punt staat om een beslissing te geven over de verenigbaarheid. De Commissie geeft in haar Mededeling over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties zelf aan dat rechters de Commissie kunnen vragen of de Commissie de verenigbaarheid van een bepaalde steunmaatregel reeds beoordeelt en zo ja, wanneer haar besluit waarschijnlijk wordt gegeven.[433]

Een laatste overblijvende vraag is of de beperking van de terugvorderingsverplichting in CELF I geldt voor alle positieve Commissiebesluiten, of enkel voor besluiten die niet meer in rechte kunnen worden aangevochten. Vooral Slot benadrukt dit verschil, dat in een zaak zoals de *CELF*-zaken heel wat kan uitmaken.[434] In de CELF-zaken heeft het conflict zich immers over decennia voortbewogen zonder dat er een definitief positief besluit kwam. Aangezien het in de zaak CELF I ging om een zeer bijzondere situatie,[435] wordt deze op zich intrigerende vraag verder buiten beschouwing gelaten.

430 Jaeger 2008, p. 288. Dit probleem werd al vóór de uitspraak in *CELF I* geconstateerd in Struys en Abbott 2003, p. 183.
431 Deze situatie wordt uitgebreider besproken in hoofdstuk 6.
432 HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 32 en 34. Vgl. Vajda en Stuart 2010, p. 632-3; Adriaanse 2008, p. 316.
433 Mededeling 2009, randnr. 92.
434 Slot 2008, p. 635-7. Meer uitvoerig over deze vraag: Slot 2009 en Dekker 2009, p. 77.
435 Zie bijv. Slot 2009, p. 630: 'This is an incredible case.'

2.6.6 Hulplijnen voor de nationale rechter

Nationale rechterlijke instanties zijn bevoegd (en soms verplicht)[436] het Hof van Justitie te verzoeken om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over een vraag over de uitlegging van de EU-verdragen en over de geldigheid en uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie. Dit volgt uit artikel 267 VWEU. Binnen de context van het staatssteunrecht betekent dit onder meer dat de rechter vragen kan stellen over de uitlegging van het begrip 'staatssteun' in artikel 107 lid 1 VWEU en over de gevolgen van een schending van de standstillbepaling als bedoeld in artikel 108 lid 3 VWEU. Het is evengoed denkbaar dat de rechter prejudiciële vragen stelt over een goedkeurings- of terugvorderingsbesluit van de Commissie, of bijvoorbeeld over de Algemene Groepsvrijstellingsverordening. Aangezien het Hof van Justitie het Europese recht uitlegt, kan het niet beoordelen of een bepaalde nationale regeling voldoet aan de in het staatssteunrecht gestelde eisen. Wel kan het Hof een dusdanig gedetailleerde uitleg geven dat daaruit al valt af te leiden of een nationale regel aan de Europese eisen voldoet.[437]

Wanneer een prejudiciële vraag wordt gesteld, vertraagt dit de nationale procedure aanzienlijk. Los van de tijd die is gemoeid met het formuleren van de vraag en het weer oppakken van de zaak nadat het Hof uitspraak heeft gedaan, moet afgaande op de statistieken van het Hof rekening worden gehouden met een looptijd van de procedure van zo'n 15 maanden.[438] Het antwoord van het Hof levert (ook buiten de context van de nationale procedure waarin vragen zijn gesteld) een bindende uitleg op van het Europese recht. Daarmee is uiteraard het nationale geschil nog niet opgelost. Na het arrest van het Hof zal de nationale rechter daarom de procedure weer openen en met inachtneming van de uitspraak van het Hof zelf uitspraak doen.[439]

---

436 Art. 267 VWEU bepaalt dat, wanneer een vraag wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, deze instantie verplicht is een prejudiciële vraag te stellen. Die verplichting bestaat niet wanneer sprake is van een *acte clair* of een *acte éclairé*. HvJ EU 6 oktober 1982, nr. 283/81 (*Cilfit*), *dictum*; HvJ EU 27 maart 1963, nr. 28/62 t/m 30/62 (*Da Costa en Schaake*), r.o. 67. De verplichting geldt niet voor hoogste kortgedingrechters zolang het mogelijk is een bodemprocedure aanhangig te maken. HvJ EU 27 oktober 1982, gevoegde zaken 35/82 en 36/82 (*Morson en Jhanjan*), *dictum*.

437 Zie Craig en de Búrca 2015, p. 497.

438 Jaarverslag Hof van Justitie van de Europese Unie 2015, p. 92.

439 Over de prejudiciële procedure valt nog veel meer te schrijven. Zie bijv. Broberg en Fenger 2014. De toepassing van de prejudiciële procedure door Nederlandse (en Duitse) rechters is onderzocht door Nowak e.a. 2011 en Van Harten 2011. Het eerstgenoemde onderzoek liet onder meer zien dat de prejudiciële procedure door de meerderheid van Nederlandse rechters als een nuttige procedure wordt ervaren (65%), hoewel slechts een derde van de in het kader van dat onderzoek bevraagde rechters aangeeft te weten wanneer (en vervolgens hoe) een prejudiciële vraag moet worden gesteld.

De nationale rechter kan naar aanleiding van een staatssteungeschil ook besluiten om daarover vragen te stellen aan de Commissie.[440] Zo'n verzoek om advies kan gaan over de vraag of de betrokken steunmaatregel is aangemeld, of een formele onderzoeksprocedure is ingeleid en wanneer de Commissie verwacht een besluit te geven. Daarnaast kan de Commissie feitelijke gegevens, statistieken, marktonderzoeken en economische analyses overleggen tenzij dit spanning zou opleveren met haar geheimhoudingsplicht of haar eigen werking en onafhankelijkheid.[441] Belangrijker is dat nationale rechters bij de Commissie advies over de toepassing van de staatssteunregels kunnen inwinnen. Daarbij gaat het om 'alle economische, feitelijke of juridische vraagstukken die zich in het kader van de nationale procedure voordoen'. Concreet valt te denken aan de vraag of een maatregel staatssteun oplevert, of hij aan een groepsvrijstellingsverordening voldoet, of er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, hoe de rente moet worden berekend en welke juridische eisen gelden voor vorderingen tot schadevergoeding. Daarbij geldt wel dat de Commissie niet inhoudelijk mag ingaan op de aanhangige zaak, maar zich tot het verschaffen van de gevraagde informatie moet beperken. Adviesvragen mogen daarnaast geen betrekking hebben op de verenigbaarheid van een steunmaatregel, nu de beoordeling daarvan onder de exclusieve bevoegdheid van de Commissie valt. Het door de Commissie gegeven advies bindt de nationale rechter niet en de mogelijkheid om advies te vragen doet niet af aan de bevoegdheid (en verplichting) om zo nodig een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.[442]

Sinds 2013 is de Commissie voor het geven van advies niet meer afhankelijk van de keuze van de nationale rechter om al dan niet vragen te stellen.[443] Zodoende bepaalt artikel 29 lid 2 van de Procedureverordening dat de Commissie uit eigen beweging schriftelijke opmerkingen bij de rechterlijke instanties kan indienen, 'indien de coherente toepassing van artikel 107, lid 1, of artikel 108 van het VWEU zulks vereist'. De mogelijkheid om op die manier op te treden als *amicus curiae* had de Commissie daarvoor al in het kader van het algemene mededingingsrecht.[444] Met toestemming van de betrokken rechters kan de Commissie ook mondelinge opmerkingen maken. Met het oog op de formulering van haar opmerkingen kan de Commissie de rechters verzoeken om haar alle voor de beoordeling van de aangelegenheid noodzakelijke stukken

440 Art. 29 Pvo. Ook: Mededeling 2009, randnrs. 77-96. Zie uitgebreider in hoofdstuk 6, m.n. § 6.2.4.
441 Mededeling 2009, randnr. 80.
442 Preambule bij de Pvo, randnr. 38.
443 Art. 23 Verordening 734/2013 (wijziging Procedureverordening).
444 Art. 15 Verordening 1/2003 (mededingingsverordening). Zie ook Mededeling van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2004, C 101/54, ov. 17 e.v.

toe te zenden.[445] In de preambule van de Procedureverordening wordt benadrukt dat de door de Commissie ingediende opmerkingen en gegeven adviezen geen afbreuk mogen doen aan de volledige onafhankelijkheid van de nationale rechterlijke instanties.[446]

2.7 Samenvattend en vooruitblikkend

In dit hoofdstuk is de vraag beantwoord welke rol de nationale rechter bezien vanuit het Unierecht bij de handhaving van het staatssteunrecht kan, dan wel moet, vervullen. Daarbij is niet alleen aandacht besteed aan de Europese regelgeving en jurisprudentie die specifiek op deze rol ziet, maar ook aan het begrip staatssteun en de procedure van de voorafgaande en doorlopende beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen door de Europese Commissie. Dat is nodig om inzicht te geven in de inhoud van de norm die door de nationale rechter moet worden toegepast en de mate waarin deze norm (ook) door de Europese Commissie kan worden gehandhaafd.

Met het staatssteunrecht moet paal en perk worden gesteld aan de mogelijkheden voor lidstaten om bepaalde ondernemingen financieel te steunen. Daarmee wordt – op zijn minst in theorie – bijgedragen aan de verwezenlijking van de vrije mededinging en de interne markt, die op zijn beurt van Europa een slimme, duurzame en inclusieve economie moet maken. Als uitgangspunt geldt dat staatssteun in beginsel is verboden, maar dat op dit verbod uitzonderingen kunnen worden gemaakt wanneer de steun vanwege zijn positieve effecten in het algemeen belang toch verenigbaar met de interne markt is. Zodoende kan de Commissie (en in sommige gevallen: de Raad) beoogde steunmaatregelen goedkeuren. Het is eveneens mogelijk dat een steunmaatregel krachtens secundaire wetgeving wordt *geacht* met de interne markt verenigbaar te zijn en om die reden van voorafgaande aanmelding en goedkeuring is vrijgesteld.

Om te zorgen dat de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen door de Commissie daadwerkelijk kan worden uitgevoerd, geldt op grond van artikel 108 lid 3 VWEU een plicht om niet-vrijgestelde voorgenomen steunmaatregelen aan te melden (de aanmeldingsplicht) en om ze niet uit te voeren totdat de Commissie ze heeft goedgekeurd (de in dit onderzoek essentiële standstillbepaling of opschortingsplicht). Steunmaatregelen in strijd met de standstillbepaling, dus die niet bij de Commissie zijn aangemeld en door haar niet zijn goedgekeurd en waarvoor ook geen vrijstelling geldt, worden bestempeld als onrechtmatig. Een afwijkend regime geldt voor zogenaamde bestaande steun, die (mits ongewijzigd) niet voorafgaand aan de uitvoering

445 Art. 29 lid 2 Pvo. Kritisch daarover: Dilkova 2014, p. 91.
446 Preambule bij de Pvo, randnr. 38.

hoeft te worden aangemeld en goedgekeurd, maar wel aan doorlopend toezicht van de Commissie onderhevig is.

De handhaving van dit systeem geschiedt op grond van het Unierecht door de Europese Commissie en de nationale rechters gezamenlijk. Daarbij kunnen als de twee belangrijkste taken van de nationale rechter (althans: uit Unierechtelijk perspectief) worden gezien het waarborgen van de naleving van de terugvorderingsbesluiten van de Commissie en het bieden van rechtsbescherming op grond van de rechtstreekse werking van de standstillbepaling. In het eerste geval fungeert de rechter in zekere zin als het sluitstuk van de handhaving door de Europese Commissie. Deze Europese instantie heeft diverse bevoegdheden waarmee schendingen van de staatssteunregels kunnen worden opgespoord. Voor degenen die door een dergelijke schending zijn geraakt bestaat de (recentelijk beperkte) mogelijkheid om bij de Commissie een klacht in te dienen. De Commissie kan in het geval van een onrechtmatige en onverenigbare steunmaatregel voorlopige maatregelen treffen, maar veel belangrijker nog: de betrokken lidstaat verplichten om de steun en de daarover genoten rente terug te vorderen. Hoewel dit een vrij draconische maatregel kan zijn die vooral de begunstigde zwaar raakt, wordt deze terugvordering door het Hof gezien als een logisch gevolg van de door de steun ontstane mededingingsvervalsing en geldt zij niet als sanctie. Neemt de Commissie een terugvorderingsbesluit, dan verplicht dit de betrokken lidstaat om dat besluit daadwerkelijk en tijdig ten uitvoer te leggen, waarbij hij – zo nodig met hulp van de Commissie – moet vaststellen wie de begunstigden van de maatregel of regeling waren en hoe hoog het terug te betalen bedrag is. Uitzonderingen op dit uitgangspunt zijn er nauwelijks.

De tweede 'handhavingstaak' van de nationale rechter ziet op het bieden van rechtsbescherming in gevallen van schendingen van de standstillbepaling, die rechtstreekse werking heeft en zodoende in nationale procedures kan worden ingeroepen. Daarbij geldt dat het bieden van (individuele) rechtsbescherming in dergelijke gevallen meestal kan worden geacht bij te dragen aan de handhaving van de opschortingsplicht. Om deze taak te kunnen vervullen moet de rechter vaststellen of sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, of deze bij de Commissie is aangemeld dan wel van aanmelding is vrijgesteld, en waar relevant of deze is goedgekeurd.

Zoals uit dit hoofdstuk blijkt, is deze taak geen gemakkelijke. De vraag of sprake is van staatssteun kan ingewikkelde (economische) analyses vragen, met name bij de vraag of een (fiscale) maatregel selectief is en bij de toepassing van het beginsel van de overheid als marktdeelnemer in een markteconomie. Ook de toepassing van de zogenaamde *Altmark*-criteria bij de bekostiging van diensten van algemeen economisch belang kan tot de nodige hoofdbrekens leiden. Daarbij is het vooral belangrijk om te onthouden dat het begrip 'staatssteun' in beginsel ruim wordt uitgelegd. De enkele omstandigheid dat geen financiële middelen zijn overgedragen, dat een uitkering niet heeft plaatsgevonden door een overheidsorgaan of dat (nog) niet kan worden vastgesteld dat

de mededinging daadwerkelijk is vervalst, leidt nog niet tot de conclusie dat het staatssteunrecht niet van toepassing is.

In de steeds belangrijker wordende gevallen waarin steunmaatregelen van aanmelding en goedkeuring zijn vrijgesteld, op basis van met name de Algemene groepsvrijstellingsverordening en het DAEB-besluit, moet de rechter controleren of aan de voorwaarden van de toepasselijke regelgeving is voldaan. Zijn rol is hier in potentie een beduidende, nu ernstig kan worden getwijfeld aan het vermogen van de Commissie om op vrijgestelde steun voldoende *ex post* toezicht uit te oefenen. Wanneer de steun niet is vrijgesteld, moet de nationale rechter vaststellen of de steunmaatregel bij de Commissie is aangemeld en door haar is goedgekeurd.

Wanneer de nationale rechter een schending van de opschortingsplicht vaststelt, moet hij daaraan de nodige gevolgen verbinden. Zijn rol gaat hierin verder dan die van de Commissie omdat hij naast het voorkomen en terugvorderen van steun ook met name het terugbetalen van heffingen en uitkeren van schadevergoeding kan gelasten, en omdat niet hoeft vast te staan dat de onrechtmatige steun ook onverenigbaar met de interne markt is.

Zowel bij het waarborgen van de naleving van terugvorderingsbesluiten als bij het bieden van rechtsbescherming op grond van de rechtstreekse werking van de standstillbepaling kan de nationale rechter met de nodige vragen worden geconfronteerd. Daarvoor bestaan wel enkele hulplijnen. Zo kan (en soms: moet) de rechter op grond van artikel 267 VWEU waar nodig prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie. Die vragen kunnen betrekking hebben op de uitlegging van de EU-verdragen en op de geldigheid en uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanies van de Unie. Daarnaast kan de rechter een advies- of informatievraag voorleggen aan de Europese Commissie, die ernaar streeft om binnen een korte termijn een niet-bindend antwoord te hebben geformuleerd. Daarnaast moeten rechters ermee rekening houden dat de Commissie onder omstandigheden ook uit eigen beweging schriftelijke en soms zelfs mondelinge opmerkingen in de nationale procedures kan indienen, en daartoe de nodige stukken kan opvragen.

Hoewel het Unierecht voorschrijft welke rol de rechter bij de handhaving van de staatssteunregels heeft te vervullen, is het een kwestie van nationaal recht hoe aan die rol daadwerkelijk vorm wordt gegeven. Hiermee komt tot uitdrukking het in dit onderzoek fundamentele beginsel van de nationale procedurele autonomie, op grond waarvan de lidstaten, bij gebrek aan Europese procedureregels, geschillen met een Europeesrechtelijk aspect binnen hun eigen rechterlijke organisaties volgens hun eigen procesrecht en met hun eigen remedies oplossen. Deze autonomie is begrensd door het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Deze beginselen houden in dat de procesregels voor vorderingen op basis van Europese rechten niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen en dat het nationale procesrecht de uitoefening van de door de Europese rechtsorde verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Daarbij

verdient opmerking dat de precieze betekenis van deze grenzen in het concrete geval lastig te bepalen kunnen zijn. Met name de begrippen 'praktisch onmogelijk' en 'uiterst moeilijk' bieden weinig concrete houvast en zijn onderhevig aan een casuïstische rechtspraak van het Hof van Justitie. Daar komt bij dat een procedureregel die in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel problematisch is, alsnog onder de zogenaamde '*rule of reason*'-benadering kan zijn gerechtvaardigd.

Naast de nationale procedurele autonomie wordt het optreden van de nationale rechter nog ingekleurd door een aantal andere algemene principes. Daarbij valt te wijzen op het loyaliteitsbeginsel, op grond waarvan de lidstaten, en dus ook de nationale rechters, de volle werking van het Europese recht moeten verzekeren, waar nodig in samenspraak met de Europese instellingen. Ook moet de nationale rechter rekening houden met de voorrang van het Unierecht, op grond waarvan de verplichting kan ontstaan om regels van nationaal recht buiten toepassing te laten of in overeenstemming met het Unierecht uit te leggen, en om zo nodig de vergoeding van door schendingen van het Unierecht geleden schade te vergoeden. De nationale rechter kan met name een belangrijke rol toekomen in de gevallen waarin een Europese norm rechtstreekse werking heeft, zoals het geval is voor de standstillbepaling. De rechtstreekse werking is in dit hoofdstuk gekarakteriseerd als een essentieel instrument om de naleving van een aan het Unierecht ontleende norm rechtstreeks (dat wil zeggen: zonder dat daarvoor de interpretatie van een vergelijkbare nationale norm nodig is) voor de nationale rechter af te dwingen. Ten slotte is de nationale rechter in zijn optreden gebonden aan het beginsel van de effectieve rechtsbescherming. Dat beginsel houdt in dat de aan het Unierecht ontleende rechten daadwerkelijk moeten kunnen worden ingeroepen voor een nationale rechter en door hem daadwerkelijk moet kunnen worden beschermd in een nationale procedurele omgeving. Deze beginselen zijn zowel van toepassing op de door de Unierechter al in vérgaande mate ingekleurde rol van de nationale rechter bij de handhaving van terugvorderingsbesluiten van de Commissie en de rechtstreekse werking van de standstillbepaling, maar ook in de overige denkbare gevallen waarin nationale rechters zich mogelijk over de toepassing van de staatssteunregels moeten uitlaten.

Het mag op grond van het voorgaande duidelijk zijn dat het bij de (handhaving van de) staatssteunregels gaat om een complexe en uitgebreide materie. In dit hoofdstuk is geprobeerd om de belangrijkste Europese kaders weer te geven waarbinnen de Nederlandse rechter zich bij de toepassing van de staatssteunregels beweegt. Gezien de omvang van dat onderwerp gaat het niet om een uitputtende bespreking – waarmee maar weer wordt onderstreept dat nationale rechters in staatssteungeschillen voor de nodige uitdagingen kunnen worden gesteld. Daar komt bij dat de beschreven kaders – met name waar het gaat om brede begrippen zoals de nationale procedurele autonomie – niet altijd evenveel houvast bieden. Waar in de inleiding van dit hoofdstuk nog is gesproken van een bouwtekening, en dus de nodige precisie is gesugge-

reerd, zal de Nederlandse rechter het in sommige gevallen moeten doen met, in wezen, een brochure.

Sommige van de onderwerpen die in dit hoofdstuk aan bod zijn gekomen worden verder uitgediept in de hoofdstukken 4 tot en met 7, in het kader van de daar centraal staande kernthema's. Het is echter al tegen de achtergrond van de in dit hoofdstuk weergegeven Europeesrechtelijke kaders dat kan worden toegekomen aan de bestudering van de manier waarop de Nederlandse rechter aan deze rol invulling geeft. De eerste stap daarvoor wordt gezet in het volgende hoofdstuk met een algemeen overzicht van de Nederlandse 'staatssteunjurisprudentie' van de afgelopen tien jaar.