



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



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

5 | Inhoudelijke beoordeling: kwalificatie van staatssteun

5.1 INLEIDING

Met de opkomst van de elektrische auto zijn steeds meer elektrische laadpunten langs de wegen nodig. De Staat probeert de exploitatie van zulke laadpunten te stimuleren door in ieder geval in de beginjaren geen vergoeding voor die exploitatie te vragen. Bij veel exploitanten van tankstations is dit een schop tegen het zere been. Voor het exploiteren van een tankstation wordt namelijk wél een forse vergoeding gevraagd. Daar staat tegenover dat de Staat de concurrentiepositie van deze exploitanten beschermt door langs de rijkswegen een maximum aantal tankstations toe te staan. Dat betekent echter niet, beslist de Staat, dat zij ook het alleenrecht hebben om elektrische snellaadpalen te exploiteren. Die taak kan ook door andere partijen worden uitgevoerd. Volgens de tankstationhouders zouden de plannen van de Staat leiden tot het verlenen van onrechtmatige staatssteun aan de ondernemingen die snellaadpalen exploiteren. Zij hoeven namelijk geen vergoeding te betalen, terwijl de exploitanten van de tankstations naar eigen mening in hun concurrentiepositie worden aangetast doordat zij langs de rijkswegen nieuwe partijen naast zich moeten dulden.¹

De bovenstaande casus is een voorbeeld van een staatssteungeschil zoals zich dat bij de Nederlandse rechter kan voordoen. Hier is dat de burgerlijke rechter, maar vergelijkbare cases komen ook bij de bestuursrechter voor. Een partij voert in een procedure aan dat een bepaalde handeling neerkomt of zal neerkomen op ongeoorloofde staatssteun. Als de rechter haar hierin gelijk geeft en oordeelt dat deze steun ten onrechte niet is aangemeld, zal hij daaraan de nodige consequenties moeten verbinden. Voor de nationale rechter ligt hier in het kader van de handhaving van het Europese staatssteunrecht dan ook een belangrijke taak. Hij moet beoordelen of bepaalde feiten zich hebben voorgedaan en of zij kwalificeren als staatssteun. Die beoordeling is van wezenlijk belang, want de in dit onderzoek bestudeerde standstillbepaling komt alleen aan bod als daadwerkelijk staatssteun is of zal worden verstrekt. Een maatregel die niet neerkomt op staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU kan per slot van rekening niet de opschortingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU schenden.

1 V zr Rb Den Haag 25 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9096 (*Snellaadpunten elektrische auto's*).

Er zijn al vele handboeken en artikelen gewijd aan de vraag wanneer een maatregel kwalificeert als staatssteun.² Ook in hoofdstuk 2 van dit onderzoek wordt daarop ingegaan. De vraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord is echter een andere, namelijk hoe de Nederlandse rechter beoordeelt of staatssteun aan de orde is (of, in het bestuursrechtelijk geval: hoe de Nederlandse rechter het bestuurlijk oordeel over het al dan niet bestaan van staatssteun beoordeelt). Wie moet aantonen dat staatssteun is of zal worden verleend? Welke feiten moet hij daarvoor aandragen? Welke onderzoeksbevoegdheden kan de rechter zelf aanwenden en doet hij dat ook? Kan hij een partij tegemoetkomen, door aan een ander een informatieverplichting op te leggen of door ambtshalve te toetsen? Laat de rechter zich gemakkelijk van het bestaan van staatssteun overtuigen? Aan deze vragen is in de staatssteunrechtelijke literatuur nog relatief weinig aandacht besteed.³ Toch zijn zij essentieel in de gevallen waarin in een nationale procedure een oordeel moet worden geveld over een gestelde schending van de standstillbepaling. Dat geldt ook in het voorbeeld van de elektrische snellaadpalen. Hoe de rechter vaststelt of een maatregel kwalificeert als staatssteun kan voor de exploitanten van de tankstations het verschil zijn tussen gelijk hebben en gelijk krijgen. Het kan ook de keuze beïnvloeden of en hoe zij zullen procederen. Als partijen vrij weinig moeite hoeven doen om het bestaan van staatssteun aan te tonen, kan bijvoorbeeld worden verwacht dat zij eerder in rechte met succes een beroep op de staatssteunregels doen dan wanneer zij zich bijvoorbeeld geconfronteerd zouden zien met een hoge bewijsvoeringslast, of weinig mogelijkheden hebben om het nodige bewijs te vergaren.

De vraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord is daarom: welke rol speelt de rechter bij de beoordeling of een bepaalde maatregel kwalificeert als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU en hoe wordt deze rol beïnvloed door de enerzijds nationale en anderzijds Europese juridische context waarin hij opereert? Dat is één van de vier kernthema's waarmee de centrale vraagstelling van dit onderzoek, naar de rol van de Nederlandse rechter bij de handhaving van het Europese staatssteunrecht en mogelijke verschillen tussen de betrokken rechters, wordt uitgediept. De kwalificatie van steun neemt daarmee een belangrijke plek in naast de vraag wie zich in Nederlandse procedures op het staatssteunrecht mag beroepen (hoofdstuk 4), de verhouding van de Nederlandse rechter tot de andere 'handhaver', de Europese Commissie (hoofdstuk 6), en de gevolgen van een beroep op de standstillbepaling (hoofdstuk 7).

2 Zie voornamelijk, maar niet alleen, Quigley 2015; Biondi 2013; Bacon 2013; Hancher, Ottervanger en Slot 2012.

3 Wel op deelonderwerpen. Zie bijvoorbeeld: Schuurmans 2007, p. 121 e.v.; Jacobs en Den Ouden 2005; Adriaanse 2006, p. 194 e.v.; Widdershoven 2005.

5.1.1 Factoren van invloed op de kwalificatie door de rechter

Zoals ook uit de andere hoofdstukken van dit onderzoek blijkt, wordt de rol van de rechter – ook bij de kwalificatie van steun – door vele factoren beïnvloed. Om zijn rol goed te kunnen duiden is het dus belangrijk om deze factoren stevig op het netvlies te hebben. Ten eerste werkt de rechter binnen bepaalde juridische kaders. De Nederlandse rechter is bij de handhaving van het staatssteunrecht voor een belangrijk deel aangewezen op zijn nationale recht. Daarom zijn voor de wijze van kwalificatie van gestelde steunmaatregelen om te beginnen de geschreven en ongeschreven Nederlandse regels over feitenvaststelling en kwalificatie van belang. Deze kunnen op de verschillende rechtsgebieden van elkaar verschillen. De handhaving van het staatssteunrecht is echter geen zuiver nationale aangelegenheid. De standstillbepaling is immers een Europese norm. Dat heeft tot gevolg dat het EU-recht aan deze nationale regels bepaalde eisen stelt. Deze nationale regels en Europese eisen kleuren het juridische speelveld waarin de Nederlandse rechter in staatssteungeschillen werkt. Op deze juridische kaders wordt verderop in dit hoofdstuk nog uitgebreid ingegaan.

Voor de rol van de rechter bij de kwalificatie van staatssteun zijn ook andere factoren van belang. In het kader van dit hoofdstuk moet vooral worden genoemd dat juridische en feitelijke aspecten bij een onderwerp als de kwalificatie van staatssteun vaak zullen samenlopen. Aan de ene kant is relevant of bepaalde feiten zich hebben voorgedaan. Aan de andere kant is relevant of deze feiten kwalificeren als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.

Terugkomend op het voorbeeld over de tankstations moeten aan de ene kant grotendeels juridische vragen worden gesteld: als geen vergoeding wordt gevraagd terwijl dit naar ‘normale’ marktomstandigheden wel zou moeten gebeuren, kwalificeert dit dan als een voordeel en komt dat voordeel uit boven de de-minimis grens? Voordat aan deze juridische vragen kan worden toegekomen, is aan de andere kant doorgaans de feitelijke situatie van belang. Zo moet onder meer worden beoordeeld of exploitanten van snellaadpalen inderdaad geen vergoeding hoeven te betalen, en of van hen onder normale marktomstandigheden wel een vergoeding zou worden gevraagd.

De beoordeling door de rechter wordt daarom ook beïnvloed door de vraag welke feiten hem ter beschikking staan. Gedeeltelijk is dat natuurlijk een juridische kwestie. Bij de vraag welke feiten de rechter ter beschikking staan is het namelijk relevant of partijen de feiten dienen aan te leveren of dat de rechter zelf op onderzoek kan gaan, en welke juridische mogelijkheden partijen hebben om aan bepaalde informatie te komen, zoals het gebruik van de Wet openbaarheid van bestuur. Dit neemt de feitelijke dimensie echter niet volledig weg; sommige feiten zullen nu eenmaal gemakkelijker aan het licht komen of te duiden zijn dan andere. Op dezelfde manier is de rechter in zekere mate

afhankelijk van de procesopstelling van de partijen, niet alleen voor de vraag of überhaupt een procedure wordt gestart, maar ook voor de vraag welke informatie aan het licht komt en in welke mate bepaalde stellingen worden toegelicht en onderbouwd.

Deze kaders zijn van belang om de rol van de Nederlandse rechter bij de kwalificatie van steunmaatregelen goed te kunnen duiden. Er zijn ongetwijfeld meer factoren die deze rol kunnen beïnvloeden. Zo ligt het in de rede dat, met name bij een ingewikkelde beoordeling die in staatssteungeschillen vaak nodig is,⁴ de rol van de rechter mede afhangt van ‘logistieke’ elementen, zoals de in een procedure beschikbare tijd en expertise. Hiervan zal waar relevant in dit hoofdstuk nog melding worden gemaakt.

5.1.2 Afbakening van dit hoofdstuk

In dit hoofdstuk wordt de aandacht gericht op de rol van de Nederlandse rechter bij de beoordeling of in een concreet geval sprake is van staatssteun. Die vraagstelling brengt een bepaalde afbakening met zich. Het gaat in ieder geval de omvang van dit onderzoek te buiten om in individuele gevallen te onderzoeken of een rechter terecht of ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat van staatssteun wel of geen sprake is. Er is ook een afbakening aangebracht met betrekking tot de soorten uitspraken die in dit hoofdstuk worden bestudeerd. De kern van dit onderzoek wordt gevormd door de uitspraken van de Nederlandse rechter in de periode 1 november 2005 tot 1 november 2015 waarin het begrip staatssteun voorkomt. In dit hoofdstuk gaat specifiek de aandacht uit naar uitspraken waarin op enige wijze het bestaan van staatssteun in het concrete geval ter discussie wordt gesteld. Daarmee blijven uitspraken waarin het staatssteunrecht indirect aan de orde komt buiten beschouwing. Hoewel hierin wel ter discussie kan worden gesteld of een bepaalde situatie binnen de reikwijdte valt van in het Nederlands recht overgenomen staatssteunregelgeving,⁵ komt in zulke zaken niet expliciet aan bod of een bepaalde maatregel als staatssteun kwalificeert.

De focus op de kwalificatie van staatssteun betekent ook dat niet aan de orde komt of de betrokken maatregel had of zou moeten worden aangemeld en zo ja, of deze is aangemeld. Zoals uit hoofdstuk 2 blijkt, moeten deze vragen wel worden beantwoord om te kunnen vaststellen of sprake is van een (toekomstige) schending van de standstillbepaling.⁶ De vraag of een maatregel moe(s)t worden aangemeld, is in theorie in nationale procedures zelfs een zeer

4 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.4.

5 Zie bijv. Cbb 1 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:176 (*Mestdroogstelsysteem*). Daarin was aan de orde de toepassing van in Verordening 1875/2006 opgenomen staatssteunvoorschriften, waarnaar de toelichting bij een bijlage bij een subsidieregeling verwees.

6 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.3.

belangrijke. Het valt te verwachten dat met name de toepasselijkheid van de AGGV in toenemende mate belangrijk wordt, ook in nationale procedures.⁷ In dit hoofdstuk blijft dit onderwerp nog buiten beschouwing. In de bestudeerde jurisprudentie is namelijk vooralsnog het belangrijkste twistpunt of staatssteun is of zal worden verstrekt. Het bestaan van een aanmeldingsplicht, waaraan overigens de vraag of sprake is van staatssteun vooraf gaat, is in de Nederlandse rechtspraak tot nu toe (nog) weinig expliciet aan bod gekomen.⁸

Om dezelfde reden wordt in dit hoofdstuk niet ingegaan op de uitspraken waarin wel het staatssteunrecht wordt ingeroepen, maar aan een inhoudelijke beoordeling niet (meer) wordt toegekomen. Uit hoofdstuk 4 bleek al dat het bestaan van een belangvereiste eraan in de weg kan staan dat de rechter beoordeelt of van staatssteun sprake is. Ook bijvoorbeeld wanneer tegen het bestreden besluit niet meer met een beroep op het staatssteunrecht kan worden opgekomen of waarin de verkeerde rechtsingang is gekozen,⁹ komt de kwalificatie van staatssteun niet meer aan de orde. Hetzelfde geldt voor geschillen waarin de Commissie al heeft geoordeeld dat sprake is van staatssteun en deze heeft goedgekeurd of een terugvorderingsbesluit heeft genomen. In beide gevallen staat dan immers al vast dat sprake is van steun.¹⁰

De zojuist genoemde afbakeningen zijn een logisch gevolg van de vraag die in dit hoofdstuk centraal wordt gesteld. Om te zorgen dat het onderwerp niet uit zijn kleren groeit, is een nadere afbakening gemaakt. Ten eerste gaat dit hoofdstuk niet expliciet in op de feitenvaststelling door de rechter in gevallen waarin over hetzelfde geschil al een procedure bij de Europese Commissie loopt maar de Commissie nog geen eindoordeel heeft geveld. Doorgaans moet in zulke gevallen wel degelijk een discussie worden gevoerd over het al dan niet bestaan van staatssteun. In dat soort gevallen is het (al dan niet mogelijke of voorlopige) oordeel van de Commissie doorgaans uitermate relevant voor de rechterlijke feitenvaststelling en zou dit onderwerp dus zeker ook in dit hoofdstuk passen. Het onderwerp is echter voldoende interessant en op zichzelf staand om daarop apart in hoofdstuk 6 in te gaan.

Ten tweede wordt in dit hoofdstuk geen aandacht besteed aan procedures over heffingen en procedures in de sfeer van de ruimtelijke ordening.¹¹ Hoewel in beide soorten geschillen het al dan niet bestaan van staatssteun aan de orde kan komen, maakt deze beoordeling deel uit van een ruimere toets.

⁷ Zie in hoofdstuk 2 § 2.4.3.

⁸ Vgl. Adriaanse 2013, p. 529. Hij wijst in dat kader op de uitspraken Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*); ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*); ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234 (*Martiniplaza*).

⁹ Zie in hoofdstuk 4 § 4.1.1.

¹⁰ De volgende vragen, of de bestreden steunmaatregel conform de goedkeuring is uitgevoerd en hoe terugvorderingsbesluiten van de Commissie in het Nederlands recht worden nageleefd, komen aan de orde in respectievelijk hoofdstuk 6 en hoofdstuk 7.

¹¹ Zie nader in hoofdstuk 3, § 3.3.4, 3.4.4, 3.4.5 en 3.5.2.

In de geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening is niet alleen relevant of sprake is van staatssteun, maar ook (en veel meer) of het eventuele bestaan van staatssteun aan de financiële uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan in de weg staat. Vaak komt het bestaan van staatssteun in de uitspraak niet eens meer aan de orde.¹² Voor het aantasten van een heffingsmaatregel is niet alleen van belang of de daaraan gekoppelde maatregel staatssteun oplevert, maar ook of tussen de heffing en de steun een integraal bestemmingsverband bestaat. Hoewel deze toetsen in theorie los van elkaar staan, valt niet uit te sluiten dat de beoordeling over het bestaan van staatssteun op een andere wijze plaatsvindt wanneer er 'toch' geen integraal bestemmingsverband kon worden gevonden. Deze procedures worden dan ook buiten beschouwing gelaten.

Met name de keuze om procedures over heffingen buiten beeld te laten heeft tot gevolg dat de beoordeling door de belastingrechter in dit hoofdstuk verder niet aan de orde komt. Zulke zaken zijn in het belastingrecht überhaupt erg schaars, onder meer omdat binnen het belastingrecht slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal zijn voldaan aan het vereiste dat sprake is van een dwingend bestemmingsverband.¹³

5.1.3 Terminologie: geen woord Frans

Voordat wordt besproken welke regels naar Nederlands recht gelden wanneer de burgerlijke of algemene bestuursrechter desgevraagd beoordeelt of in een concreet geval sprake is van staatssteun, moet een belangrijke opmerking worden geplaatst. Net als in andere delen van dit onderzoek is het een grote uitdaging dat de begrippen die worden gebruikt afhankelijk van het rechtsgebied een geheel eigen betekenis en lading kunnen hebben. Het bewijsrecht is op zichzelf al gecompliceerd. Daar komt bij dat het civiele en bestuursrechtelijke bewijsrecht, hoewel zij gelijkenissen vertonen, ook op wezenlijke punten van elkaar verschillen. Zo heeft bijvoorbeeld de stelplicht – een fundamenteel onderdeel van het civiele bewijsrecht – in het bestuursrecht een andere betekenis, voor zover deze plicht daar überhaupt bestaat.¹⁴ In de context van het EU-recht kunnen bepaalde begrippen weer een andere lading hebben. Daarom wordt in dit hoofdstuk noodgedwongen gewerkt met meer generieke termen.

Zoals gezegd kan een onderscheid worden gemaakt tussen feitenvaststelling en kwalificatie. Daarmee wordt respectievelijk bedoeld het constateren van

12 Zie bijv. Rb Den Haag 12 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10589 (*Kolenbelasting*), r.o. 20. Voor twee opvallende uitzonderingen buiten de bestudeerde periode, zie Rb Rotterdam 10 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4329 (*Watersportgebied Rotterdam*); Rb Oost-Brabant 19 februari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:586 (*Kom Zuid Rosmalen*), m.n. r.o. 4.9.

13 Zie in hoofdstuk 3 § 3.5.6.

14 Schuurmans 2005, p. 65-6.

de feiten (wat is er gebeurd?) en de subsumptie daarvan onder een rechtsregel (vallen de feiten onder een in de wet of in een rechtsregel gehanteerd begrip?).¹⁵ Beide stappen, die niet altijd helder van elkaar gescheiden kunnen worden,¹⁶ zijn nodig om te kunnen beoordelen of in een concreet geval staatssteun is verleend. Met het in dit hoofdstuk gebruikte begrip 'kwalificatievraagstukken' wordt in brede zin bedoeld op de vraagstukken die betrekking hebben op het hele proces van feitenvergaring tot het oordeel van de rechter over het al dan niet bestaan van, in dit geval, staatssteun. Met 'bewijzen' wordt in dit hoofdstuk bedoeld op alle activiteiten die de procespartijen ten behoeve van deze kwalificatievraagstukken uitvoeren, dus het verzamelen en aanvoeren van zowel (blote) feiten als (juridische) argumenten.¹⁷ Het kan uitmaken wie deze feiten en argumenten moet aanvoeren ('bewijslastverdeling'),¹⁸ en hoe overtuigend hij daarin moet zijn ('bewijsmaatstaf').¹⁹ In de literatuur worden op basis van de rechtspraak verschillende begrippen gehanteerd om aan te geven hoe overtuigend bewijs moet zijn.²⁰ In dit hoofdstuk wordt regelmatig het begrip 'aannemelijk maken' (of soms: 'aantonen') gebruikt. In dit hoofdstuk wordt daarmee niet een specifieke bewijsmaatstaf bedoeld.

5.1.4 Opbouw van dit hoofdstuk

Hoe is dit hoofdstuk opgebouwd? In § 5.2 wordt een beeld geschetst van het soort geschil waarin de rechter zich over het bestaan van staatssteun moet uitlaten en welke voorwaarden van het steunbegrip daarbij de meeste stof doen opwaaien. Het doel daarvan is iets meer inzicht te geven in waar de in dit hoofdstuk besproken procedures eigenlijk over gaan. Daarna wordt toegewerkt naar de concrete beantwoording van de hoofdvraag. Eerst worden de juridische kaders getekend waarbinnen de rechter zijn taak uitoefent. In § 5.3 wordt weergegeven welke regels naar nationaal recht voor de feitenvast-

¹⁵ Vgl. Asser/Asser 2013 (3), aant. 31.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Bewijs heeft volgens Asser niet per definitie betrekking op blote feiten maar kan ook zijn gericht op rechten, rechtsverhoudingen en rechtstoestanden. Asser/Asser 2013 (3), aant. 34. Anders: Gerbrandy 2009, p. 85.

¹⁸ In de context van het burgerlijk recht bedoel ik daarmee dus ook de, in beginsel met de bewijslastverdeling samenvallende, stelselverdeling of stelselverdeling. Zie over deze terminologie Snijders 2015, p. 2665.

¹⁹ Schlössels 2009a, p. 22 heeft het over 'bewijsstandaard'. Hiermee bedoelt hij de mate van zekerheid waarmee feiten moeten vaststaan om ze in recht voor 'bewezen' te houden.

²⁰ Thoe Schwarzenberg 2011, p. 12, wijst erop dat in de wet en de rechtspraak de term 'aannemelijk maken' in plaats van 'bewijzen' wordt gebruikt om een lichtere vorm van bewijs aan te duiden. Schuurmans 2005, p. 21, wijst erop dat een discussie of in het bestuursrecht sprake is van 'aantonen', 'aannemelijk maken' of 'voldoende aannemelijk maken' relatief is omdat de bewijsmaatstaf sterk afhangt van de concrete omstandigheden van het geval.

stelling en kwalificatie door de verschillende Nederlandse rechters gelden. In § 5.4 komt dan aan de orde welke eisen daaraan naar Europees recht worden verbonden. Gegeven deze kaders wordt in § 5.5 op basis van jurisprudentieonderzoek uiteengezet welke rol de Nederlandse rechter vervult bij de beoordeling of in een concreet geval sprake is van staatssteun. Deze analyse van de onderzochte jurisprudentie vormt in dit hoofdstuk het zwaartepunt. Binnen deze paragraaf wordt voor de jurisprudentie van de burgerlijke rechter en de jurisprudentie van de bestuursrechter telkens onderscheiden tussen twee soorten procedures: in het ene geval betoogt een partij dat zijn concurrent ten onrechte staatssteun heeft of zal ontvangen, in het andere geval doet de overheid zelf een beroep op het staatssteunrecht om verleende steun terug te draaien of om te voorkomen dat onrechtmatige staatssteun zal worden verleend. Daarbij wordt apart aandacht besteed aan geschillen in kort geding en voorlopige voorzieningen. In § 5.6 wordt apart ingegaan op de vraag waarom zo weinig staatssteunberoepen voor de Nederlandse rechter slagen. Dit hoofdstuk sluit af met slotbeschouwingen waarin een antwoord op de gestelde hoofdvraag kan worden gegeven (§ 5.7).

5.2 EEN KORT OVERZICHT: SOORTEN GESCHILLEN WAARIN STAATSSTEUN MOET WORDEN GEKWALIFICEERD

Zoals gezegd is de feitelijke achtergrond van een geschil vaak erg belangrijk bij de rechterlijke beoordeling of sprake is van staatssteun. Voor een goed begrip van de thema's die in dit hoofdstuk aan de orde komen is het daarom zinvol om kort te schetsen in wat voor cases over het bestaan van staatssteun wordt gediscussieerd en welke elementen van het begrip staatssteun dan vooral aan de orde komen.

Voor de burgerlijke rechter spelen vooral beroepen van ondernemingen die menen dat hun concurrenten bepaalde diensten uitvoeren tegen niet-marktconforme voorwaarden. Vaak gaat het om de exploitatie van parkeergarages of het inzamelen dan wel verwerken van afval.²¹ Ook over de marktconformiteit van andere transacties, zoals grondverkoop of verhuur, wordt geprocedeerd.²²

21 Bijv.: HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*); Rb 's-Gravenhage 16 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6720 (*Parkeer Management Nederland*); Vzr. Rb Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451 (*P1 Holding*); Hof 's-Hertogenbosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281 (*Shanks Nederland*); Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR0389 (*Sita Recycling*); Vzr. Rb Alkmaar 3 december 2009, ECLI:NL:RBALK: 2009:BL4512 (*Kringloopbedrijf Goedwerk Alkmaar*). Ook bijv.: Hof Amsterdam 18 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6508 (*UPC Nederland*).

22 Bijv.: Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2032 (*EWf*); Rb Middelburg 14 januari 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BH9867 (*Beursgebouw Vlissingen*); Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Koppenhinksteeg*). Vgl. Vzr. Rb Maastricht

In andere zaken stellen partijen dat zij, anders dan de vermeende begunstigen, ten onrechte van een bepaald voordeel zijn uitgesloten of bepaalde kosten moeten dragen.²³ Met name in het civiele kort geding wordt daarnaast een belangrijke plaats ingenomen door geschillen over de verdeling van rechten of aanspraken. In zulke uitspraken is het argument op basis van de staatssteunregels eigenlijk een afgeleide van, of ondergeschikt aan, het betoog dat de aanbestedingsregels zijn geschonden. Te denken valt aan de stelling dat een onderneming door de onterechte uitbreiding van een eerder gegunde opdracht zou worden gesponsord om de markt te betreden, en daarmee staatssteun zou ontvangen.²⁴ Nog indirecter is bijvoorbeeld het betoog dat de aanbesteding zo is vormgegeven dat alleen bedrijven zich kunnen inschrijven die staatssteun ontvangen.²⁵

In het overgrote deel van de privaatrechtelijke zaken struikelt degene die zich op het staatssteunrecht beroept over het criterium van het bestaan van een voordeel: niet kan worden aangetoond dat de aangevochten maatregel niet-marktconform is.²⁶ Daarbij wordt steeds vaker ook uitdrukkelijk het beginsel van de private marktinvesterder toegepast.²⁷ In sommige gevallen strandt een beroep op de ontbrekende invloed van een maatregel op het handelsverkeer (of op de mededinging).²⁸ Vooral de burgerlijke rechter lijkt

-
- 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (AZM). Een ander voorbeeld: Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*).
- 23 Bijv.: Rb Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLLE:2012:BY5837 (*Eigen Veerdienst Terschelling*); Rb 's-Gravenhage 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK6917 (*Commissariaat voor de Media*); HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*Maastricht Aachen Airport*).
- 24 V zr. Rb 's-Gravenhage 18 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB5302 (*E-functionaliiteit*). Ook bijv.: V zr. Rb Amsterdam 21 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9050 (*CBS Outdoor*).
- 25 Bijv.: V zr. Rb 's-Gravenhage 27 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0018 (*Veolia Transport*). V gl. bijv.: V zr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva*). Uit art. 2.116 lid 2 sub e Aanbestedingswet 2012 volgt dat een aanbestedende dienst een inschrijving die abnormaal laag lijkt, kan afwijzen wanneer blijkt dat de inschrijver staatssteun heeft ontvangen. V gl. Ølykke 2011. Zie over dit soort geschillen ook hoofdstuk 4, § 4.5.5.
- 26 Bij wijze van voorbeeld: HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*); Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.7-4.1; Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*); Rb Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3569 (*P1 Holding*); Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EFW*); V zr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (AZM); Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*).
- 27 Bijv.: Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaanssen Holding*), r.o. 5.16; V zr. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*), r.o. 3.6.3.
- 28 Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8434 (*Apotheek Amerongen-Elst*); Rb Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451 (*P1 Holding*); Rb Alkmaar 3 december 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BL4512 (*Kringloopbedrijf Goedwerk Alkmaar*); Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*). V gl. in Oostenrijk en Spanje: Rumersdorfer 2011, p. 191; Muñoz de Juan en Panero Rivas 2010, p. 19.

dit criterium vrij strikt toe te passen, strikter dan wellicht nodig is – zeker totdat de Commissie in april 2015 haar beleid heeft gewijzigd.²⁹ Verder wordt sporadisch geoordeeld dat de selectiviteit ontbreekt,³⁰ dat geen sprake is van een onderneming³¹ of dat de vereiste staatsmiddelen ontbreken.³² Het komt in de civiele rechtspraak ten slotte voor, hoewel veel minder vaak dan voor de bestuursrechter, dat op basis van de uitspraak moeilijk valt in te schatten welk van de criteria van artikel 107 lid 1 VWEU voor de beoordeling van de rechter de doorslag heeft gegeven.³³

Een belangrijke categorie zaken in het bestuursrecht gaat over de vraag of de vermeende begunstigde voldoende betaalt voor het recht om bepaalde activiteiten uit te voeren of van bepaalde faciliteiten gebruik te maken.³⁴ Vergelijkbaar zijn uitspraken over de mededingingsvervalsing die zou worden veroorzaakt doordat een andere onderneming het (uitsluitend) recht heeft gekregen om, al dan niet tegen een vergoeding, een vermeend lucratieve activiteit uit te voeren.³⁵ Deze zaken vallen tot op zekere hoogte te vergelijken met de privaatrechtelijke geschillen over de verdeling van rechten en aanspraken. Te denken valt ook aan het argument dat een subsidie- of kortingsregeling zo zou zijn opgesteld dat deze leidt tot een oneerlijke verdeling en dus tot onrechtmatige staatssteun.³⁶ Er zijn opvallend weinig zaken waarin de kwalificatie van een subsidie als staatssteun aan de orde komt.³⁷ Gebeurt dat wel, dan is het doorgaans de overheid die het staatssteunrecht inroept. Slechts in een enkel geval speelt een zaak waarin een onderneming de door een andere onderneming ontvangen subsidie aanvecht, hoewel de bestuursrechter dan

29 Zie de kritiek van Steyger 2014, p. 74. Over de wijziging van het beleid van de Commissie, zie in hoofdstuk 2 § 2.3.4.2. Vgl. Beeston, De Meij en Geilmann 2016, p. 65.

30 Rb Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLLE:2012:BY5837 (*Eigen Veerdienst Terschelling*), r.o. 17.3; HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*Maastricht Aachen Airport*). Op zeer twijfelachtige wijze: Vzr. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*), r.o. 3.6.5.

31 Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*) (ten onrechte).

32 Vzr. Rb Zeeland-West-Brabant 27 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4421 (*Beelen Groep*); Vzr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*).

33 Rb Middelburg 14 januari 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BH9867 (*Beursgebouw Vlissingen*).

34 Bijv.: Cbb 30 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:31 (*Broadcast Newco Two*); ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2816 (*FBTO Zorgverzekeringen*); Cbb 19 oktober 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB6760 (*Radlon Media Limited*).

35 Bijv.: ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:NU9933 (*Open Universiteit Nederland*); ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847 (*NPO*); Rb 's-Gravenhage 26 september 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BB2397 (*Wet op de kansspelen*).

36 Bijv.: ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7375 (*Stichting Thuiszorg West-Brabant*); Vzr. ABRvS 21 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5609 (*Enecogen*).

37 Bijv.: ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378 (*Edufax*); Cbb 13 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6991 (*Thuiszorg Service Nederland*).

(frappant genoeg) om procedurele redenen niet aan een inhoudelijke beoordeling van het geschil toekomt.³⁸

In bestuursrechtelijke zaken is het niet altijd gemakkelijk aan te geven welke elementen van staatssteun de belangrijkste rol spelen. Zoals in de volgende paragrafen nog zal blijken, wordt in veel gevallen niet geëxpliciteerd aan welke criteria van het begrip 'staatssteun' uiteindelijk wel of niet is voldaan.³⁹ Wanneer dit wel duidelijk wordt, oordeelt de bestuursrechter in de meeste gevallen dat geen sprake is van een voordeel. Een verschil in toezichtskosten zou herleidbaar zijn tot een objectief verschil in de verrichte werkzaamheden,⁴⁰ of de vermeende steun zou voldoen aan de *Altmark*-criteria.⁴¹ Soms wordt 'gewoon' geconstateerd dat van een voordeel geen sprake is.⁴² Het bestaan van een voordeel lijkt het belangrijkste criterium waarop een staatssteunberoep voor de bestuursrechter kan 'sneuvelen'. Daarnaast wordt het vaakst getwist over de mogelijke invloed van een maatregel op het interstatelijk handelsverkeer⁴³ en het al dan niet betrokken zijn van staatsmiddelen.⁴⁴ In een enkel geval heeft de bestuursrechter ook geoordeeld dat geen sprake is van een onderneming in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU⁴⁵ of dat de bestreden maatregel niet selectief is.⁴⁶

38 Ook kan worden gedacht aan het wijzigen van een bestemming (waardoor een onderneming bepaalde winstgevendende activiteiten mag gaan uitvoeren die eerder niet mogelijk waren) of het niet handhavend optreden door de gemeente. Bijv. Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*), r.o. 4.9.

39 In sommige gevallen volstaat de rechter met de opmerking dat het beroep op het staatssteunrecht op geen enkele wijze is onderbouwd: ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7375 (*Stichting Thuiszorg West-Brabant*), r.o. 2.1; ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8962 (*Adaptive and Mobile*), r.o. 7. In andere gevallen vindt wel een inhoudelijke toets plaats, maar valt moeilijk te beoordelen welke elementen van de toetsing aan art. 107 lid 1 VWEU de doorslag geven: CbB 4 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP7546 (*VEMW*). Zie voor overige voorbeelden: Vz ABRvS 21 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5609 (*Enecogen*); CbB 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaart Ziekenhuis*); Vzr. CbB 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG1736 (*Openbaar Vervoer Zuidoost Fryslân 2008-2016*); Rb Rotterdam 9 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AW2324 (*Radlon Media Limited*). Vgl. in Spanje: Muñoz de Juan en Panero Rivas 2010, p. 18.

40 CbB 19 oktober 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB6760 (*Radlon Media Limited*). Vgl. Rb Rotterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6273 (*VCR*); Rb Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1202 (*Tele2*).

41 Vzr. CbB 12 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7753 (*Connexxion*).

42 Bijv.: ABRvS 20 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1335 (*Enecal*).

43 Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*); Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*); Rb Rotterdam 12 maart 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA5115 (*VCR*). Voor een voorbeeld waar de overheid een beroep deed op het staatssteunrecht: ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*).

44 CbB 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7946 (*Zondagopenstelling Albert Heijn*); Rb 's-Gravenhage 26 september 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BB2397 (*Wet op de Kansspelen*). Vgl. in Oostenrijk: Haslinger 2012, p. 7.

45 ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*Open Universiteit Nederland*).

46 ABRvS 20 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1335 (*Enecal*).

5.3 PROCEDURELE INKADERING VAN KWALIFICATIEVRAAGSTUKKEN NAAR NEDERLANDS RECHT

Wie moet naar Nederlands recht aantonen dat feiten zich op een bepaalde manier hebben voorgedaan, hoe kan hij dat doen en wat gebeurt er als dit hem niet lukt? Op deze vragen wordt hieronder ingegaan in de context van het burgerlijk recht en het bestuursrecht.⁴⁷ Het gaat noodzakelijkerwijs om een korte weergave; voor een completer beeld wordt verwezen naar de relevante literatuur.⁴⁸

5.3.1 De rol van de burgerlijke rechter bij feitenvaststelling en kwalificatie: algemeen

Het fundamentele uitgangspunt in de procedure voor de burgerlijke rechter is de partijautonomie.⁴⁹ Daartegenover staat zijn evenknie, de lijdelijkheid van de rechter. Dit betekent dat de partijen bepalen waar het geschil voor de rechter over gaat en dat de rechter zich daaraan behoudens bepaalde uitzonderingen moet houden. Wel kan de burgerlijke rechter de feitelijke stellingen van partijen tot op zekere hoogte met enige welwillendheid interpreteren of, bijvoorbeeld tijdens de comparitie, actief aan partijen nadere toelichting en informatie vragen.⁵⁰ Zo lijdelijk hoeft de burgerlijke rechter dus niet te zijn, hoewel moet worden voorkomen dat hij 'meeprocedeert'.⁵¹ De rechter dient vervolgens te beoordelen of de door de partijen aangevoerde feiten kunnen leiden tot toewijzing van de vordering en, voor zover deze feiten ook moeten worden bewezen, of hij voldoende overtuigd is dat de te bewijzen feiten waar zijn.⁵²

5.3.2 De grenzen van de civiele rechtsstrijd

Bij de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter hoort dat zijn rol bij de feitenvaststelling en kwalificatie voor een belangrijk deel wordt ingeperkt door de

47 Bedoeld wordt wederom het 'gewone' bestuursrecht, dus niet het belastingrecht.

48 Onder meer: Asser/Asser 2013(3); thoe Schwartzenberg 2011; Asser, Nijboer en Schuurmans 2010; Schlössels e.a. 2009; Schuurmans 2005.

49 Van Mierlo 2016 (T&C Rv, art. 24), aant. 1; Asser/Asser 2013 (3), aant. 91.

50 Van Mierlo 2016 (T&C Rv, art. 24), aant. 3b; Zippro 2009, p. 658. Zippro verwijst naar Bos 1999, p. 138, die opmerkt dat 'in de praktijk het algemene beeld van de actieve rechter op zoek naar de materiële waarheid is ontstaan'. Vgl. Schuurmans 2009, p. 181: 'Met die ervaring rijker is de lijdelijke rol van de rechter in het civiele proces vervangen door zijn regierol'.

51 Hierover in meer detail: Ancery 2012, p. 22-5.

52 Asser/Asser 2013 (3), aant. 246 en aant. 264.

rechtsstrijd zoals die door partijen wordt begrensd (artikel 24 Rv). De partijen bepalen waarover wordt gestreden (de feitelijke grondslag van het geschil, ook wel de rechtsfeiten), voeren daarbij de feiten aan die hun betoog ondersteunen (de gewone feiten) en geven aan welke regels daarop volgens hen van toepassing zijn (de rechtsgronden).⁵³ In het burgerlijk recht geldt dat de rechter zich *in beginsel* moet houden aan de door partijen gedefinieerde feitelijke grondslag van het geschil,⁵⁴ dat hij de gewone feiten *niet* aanvult (artikel 149 Rv) en dat hij de rechtsgronden ambtshalve aanvult (artikel 25 Rv).⁵⁵

Wanneer de burgerlijke rechter de rechtsgronden aanvult, neemt hij, wanneer een partij op grond van bepaalde feiten en argumenten een rechtsregel inroept terwijl daarop een andere rechtsregel (ook) van toepassing is, ook deze rechtsregel tot uitgangspunt ('u beroept zich op artikel 107 VWEU maar de door u aangevoerde feiten en argumenten zien duidelijk op een schending van artikel 108 lid 3 VWEU').⁵⁶ Bij aanvulling van de rechtsfeiten (de feitelijke grondslag) wordt het geschil opgerekt: 'u beroept zich op het aanbestedingsrecht en voert daarvoor relevante feiten en argumenten aan, maar op basis van de door u geschetste omstandigheden vraag ik mij ook af of de standstillbepaling wel in acht is genomen'. Als de rechter gewone feiten zou aanvullen, zou hij zijn beslissing baseren op andere feiten dan die door de partijen naar voren zijn gebracht (anders dan feiten van algemene bekendheid, daarop mag de rechter zijn oordeel wel baseren). Bijvoorbeeld: 'u beroept zich op een schending van het staatssteunrecht maar heeft over het mogelijke interstatelijke effect weinig aangevoerd. Toevallig weet ik dat veel buitenlandse bedrijven zich op de markt van inzameling van GFT-afval willen begeven'.

De rechter mag (en moet zelfs) wel buiten de grenzen van de rechtsstrijd van de partijen treden en dus de rechtsfeiten aanvullen wanneer sprake is van voorschriften van openbare orde.⁵⁷ Daarbij valt te denken aan bepaalde procesrechtelijke regels, maar ook aan regels die een belangrijk algemeen belang dienen.⁵⁸ Het op deze manier aanvullen van de rechtsfeiten mag niet het gevolg hebben dat de rechter zelf speurwerk gaat verrichten om mogelijk voor het geschil relevante feiten boven tafel te krijgen, en dus de gewone feiten aan te vullen.⁵⁹ Deze beperking valt te relativeren. Het verbod om feiten aan

53 Voor dit onderscheid sluit ik aan bij De Bock 2011, p. 117.

54 De Bock 2011, p. 117 verwijst bij wijze van voorbeeld naar HR 24 juni 2005, *NJ* 2006, 46; HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 158; HR 31 maart 2006, *NJ* 2006, 233. Zij pleit overigens voor een soepelere omgang met het verbod op het aanvullen van rechtsfeiten, zolang daaruit geen verrassingsbeslissing voortvloeit (p. 122).

55 Het verschil tussen rechtsgronden, rechtsfeiten en gewone feiten is ontleend aan De Bock 2011, p. 117 e.v.

56 Van Mierlo 2016 (T&C Rv, art. 25), aant. 1 en 2.

57 Idem, aant. 2b; Asser/Van Schaick 2011 (Procesrecht II), aant. 99.

58 Snijders 2008, onder 'Ambtshalve aanvulling van feitelijke gronden'. Ancery 2012, p. 25 met verwijzingen. Brugman 2010, p. 170-3, met verwijzingen.

59 Snijders 2008, onder 'Ambtshalve aanvulling van feitelijke gronden'.

te vullen (artikel 149 Rv) staat er in de praktijk niet aan in de weg dat de rechter, bijvoorbeeld tijdens de comparitie aan de partijen vragen stelt (zie artikel 22 Rv) die ertoe kunnen leiden dat een partij zelf meer feiten aan-draagt.⁶⁰ Sterker nog: in de privaatrechtelijke literatuur is bepleit om met dit verbod soepeler om te gaan.⁶¹

5.3.3 Feitenvaststelling in het burgerlijk recht

Wil de burgerlijke rechter een vordering kunnen toekennen of afwijzen, dan moet hij op de hoogte worden gebracht van de relevante feiten. De kern van het civiele bewijsrecht wordt gevormd door artikel 149 lid 1 Rv: de burgerlijke rechter baseert zijn oordeel op feiten die zijn komen vast te staan. Dat zijn bijvoorbeeld feiten of omstandigheden van algemene bekendheid, algemene ervaringsregels en feiten die de rechter zelf gedurende het geding heeft waargenomen. Vaker zal het partijdebat echter bepalen op welke feiten de burgerlijke rechter zijn oordeel kan baseren. Met de herziening van het burgerlijk procesrecht in de wet KEI⁶² is het overigens de bedoeling dat vroegtijdig contact met de rechter plaatsvindt, zodat partijen al vroeg hun standpunten mondeling kunnen toelichten en eventueel getuigen of deskundigen kunnen worden gehoord of een schikking kan worden beproefd.⁶³

Binnen het partijdebat geldt het volgende. De partij op wie de stelplicht rust, moet alle feiten stellen die benodigd zijn voor het intreden van het door haar beoogde rechtsgevolg.⁶⁴ Deze feiten kunnen vervolgens op twee manieren komen vast te staan. Ten eerste kunnen zij door de andere partij worden erkend, niet worden betwist of onvoldoende worden betwist.⁶⁵ Ten tweede kunnen zij wel voldoende zijn betwist maar vervolgens worden bewezen.⁶⁶ De stelplicht en zo nodig ook de bewijslast rusten in beginsel op degene die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten of rechten (artikel 150 Rv). Vaak is dat de eisende partij, maar zeker niet altijd. Wanneer de wederpartij zich bijvoorbeeld beroept op een bevrijdend verweer – dat wil

60 De Bock 2011, p. 111; Snijders 2008, onder 'Ambtshalve aanvulling van feitelijke gronden'.

61 De Bock 2011, p. 112; Asser e.a. 2006, m.n. p. 49 e.v.

62 Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 2 (*Voorstel van Wet*).

63 Memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 1. De Memorie van Toelichting benadrukt (op p. 7) dat het wetsvoorstel geen verandering brengt in het uitgangspunt dat partijen de omvang van het geding bepalen.

64 Beenders 2012 (*T&C Rv*), art. 149, aant. 2.

65 Stein/Rueb 2011, p. 139.

66 Idem. Beenders 2012 (*T&C Rv*), art. 149, aant. 2; thoe Schwartzenberg 2011, p. 33 en Van den Brink 2008.

zeggen: een grond aanvoert waarom de vordering ondanks de rechtscheppende feiten niet kan worden toegewezen – dient zij daartoe zelf voldoende te stellen en te bewijzen.⁶⁷ De partij op wie de stelplicht rust, draagt ook het bewijsrisico wanneer de feiten niet komen vast te staan.

Wie stelt dat onrechtmatige staatssteun is verleend, moet deze stelling in voldoende mate concretiseren. Het valt niet eenduidig aan te geven wanneer dat het geval is. Wanneer een stelling door de wederpartij gemotiveerd wordt betwist, zal de eiser zijn stelling namelijk nader moeten toelichten om het risico te voorkomen dat de door de wederpartij naar voren gebrachte feiten komen vast te staan.⁶⁸ Het is daarom zeer goed mogelijk dat helemaal niet wordt toegekomen aan de bewijslevering, omdat de rechter constateert dat de ene partij naar aanleiding van de betwisting van de ander onvoldoende aan zijn stelplicht heeft voldaan of dat de andere partij de stellingen in het licht van het partijdebat onvoldoende heeft betwist.⁶⁹ Dat vrij gemakkelijk wordt aangenomen dat partijen niet aan de stelplicht hebben voldaan en voor bewijslevering dus geen plaats meer bestaat, is in de literatuur wel bekritiseerd: 'Er wordt veel beweerd maar niet half zoveel uitgezocht. De kracht van argumenten, overreding, overtuiging spelen een grotere rol dan het onderzoek naar de feiten.'⁷⁰

De burgerlijke rechter heeft een paar mogelijkheden om aan de partij met de stelplicht en bewijslast tegemoet te komen. In wezen kan de burgerlijke rechter daarmee (net als de bestuursrechter) een soort 'ongelijkheidscompensatie' verlenen en een oplossing bieden in gevallen waarin het voor partijen bijzonder moeilijk is om aan de nodige feitelijke informatie te komen.⁷¹ De rechter kan

67 Stein/Rueb 2011, p. 145. Stein/Rueb geeft het voorbeeld van een teruggevorderde geldlening. De eiser dient te stellen en bewijzen dat sprake is van een nog niet betaalde geldlening. Dat wordt niet anders wanneer de verweerder betwist dat hij van de eiser geld heeft geleend. Hij betwist dan namelijk het rechtscheppende feit (een 'nee, want-verweer'). Wanneer de verweerder daarentegen betoogt dat de lening is kwijtescholden, dus tegenover de stellingen van eiser een ander rechtsfeit inbrengt, draagt hij daarvoor zelf de stelplicht en bewijslast (een 'ja, maar-verweer'). Zie ook Van den Brink 2008, p. 95: het voeren van een zelfstandig verweer brengt een eigen stelplicht met zich.

68 Beenders 2012 (*T&C Rv*), art. 149, aant. 2; Stein/Rueb 2011, p. 110; thoe Schwartzenberg 2011, p. 31.

69 Dit gebeurt zelfs regelmatig. Van den Brink 2008, p. 94; Ashmann 2010, p. 9.

70 Asser/Asser 2013 (3), punt. 71.

71 Thoe Schwartzenberg 2011, p. 77 e.v.; De Bock 2011, p. 227-232; Asser 2010, p. 57. Vgl. in de context van het staatssteunrecht Adriaanse 2006, p. 309. De Bock 2011, p. 227 verklaart de tegemoetkomingen in het civiel bewijsrecht vanuit het belang van waarheidsvinding. Zij concludeert op p. 232 'dat regels van bewijslastverdeling geen vast gegeven zijn, waarop de rechter "blind" kan varen. Het belang van waarheidsvinding kan vergen dat de regels worden bijgebogen. [...] Dit vergt een actieve opstelling van de rechter, omdat zij moet nagaan of sprake is van een zodanige bewijsnood bij een partij, dat daardoor geen recht kan worden gedaan aan de materiële rechtspositie van die partij, terwijl de wederpartij wél over de relevante bewijsmiddelen beschikt'.

de bewijslast omkeren of verlichten.⁷² Van omkering kan sprake zijn wanneer uit (de strekking van) een bijzondere regel of uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit (artikel 150 Rv). In dat geval landt de bewijslast en dus ook het bewijsrisico op de wederpartij.⁷³ Van deze mogelijkheid mag de rechter alleen terughoudend gebruik maken.⁷⁴ Bij het verlichten van de bewijslast krijgt degene op wie de bewijslast rust een steuntje in de rug, maar blijft het bewijsrisico wel op zijn schouders liggen. Een manier om de bewijslast te verlichten is de verzwaarde stelplicht (ook wel: verzwaarde motiveringsplicht). Daarmee wordt bedoeld dat de wederpartij haar betwisting zodanig moet onderbouwen dat de partij op wie de bewijslast voldoende aanknopingspunten heeft om haar stellingen te onderbouwen.⁷⁵ Deze laatste moet dan wel eerst hebben voldaan aan de eigen stelplicht. Een andere manier om het bewijs te verlichten is het gebruik van zogenaamde bewijsvermoedens. Daarbij wordt de juistheid van een bepaald feit op voorhand vermoed, maar verschuift het bewijsrisico niet.⁷⁶ Het is dan aan de wederpartij om overtuigend tegenbewijs te leveren.⁷⁷

In kort geding gelden de hierboven beschreven regels over stelplicht en bewijslast vanwege de nodige snelheid van de procedure niet zonder meer.⁷⁸ Uitgangspunt is dat de eiser zijn stellingen aannemelijk moet maken, waarbij als toetsingsmaatstaf geldt de waarschijnlijke uitkomst van de (al dan niet hypothetische) bodemprocedure.⁷⁹ Of daarbij moet worden uitgegaan van een hoge of juist van een lagere bewijsmaatstaf dan in bodemzaken valt niet in zijn algemeenheid te zeggen.⁸⁰ In sommige gevallen moet de voorzieningenrechter bij zijn beoordeling daarnaast terughoudendheid betrachten. Dat geldt onder meer wanneer een rechtsvraag in geschil is waarop het antwoord niet evident is.⁸¹ Ook bij geldvorderingen – die juist in het staatssteunrecht veel kunnen voorkomen – dient de rechter zich terughoudend op te stellen, met name bij de vraag of sprake is van een spoedeisend belang.⁸² Een geldsom kan immers ook nog op een later moment worden betaald en verschilt daarmee van situa-

72 Met deze terminologie sluit ik mij aan bij thoe Schwarzenberg 2011, p. 77.

73 Stein/Rueb 2011, p. 148.

74 HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99, r.o. 4.3.2.

75 Thoe Schwarzenberg 2011, p. 93. Zie ook, binnen de context van het reguliere mededingingsrecht, Tzankova, Plomp en Raats 2013, p. 183.

76 Stein/Rueb 2011, p. 149.

77 Of de rechter is uitgegaan van een bewijsvermoeden, valt over het algemeen af te leiden uit het vonnis over de bewijslastverdeling. Stein/Rueb 2011, p. 151.

78 Stein/Rueb 2011, p. 140; Asser/Van Schaick (Procesrecht), aant. 224.

79 Stein/Rueb 2011, p. 280, met verwijzing naar HR 21 april 1995, *NJ* 1996, 462; Asser/Van Schaick (Procesrecht), aant. 224.

80 De Bock 2011, p. 205.

81 Asser/Van Schaick (Procesrecht), aant. 225.

82 Hendrikse 2011, p. 317-8, met verwijzing naar HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5519, r.o. 3.2. Vgl. Asser/Van Schaick (Procesrecht), aant. 230. Zie ook in hoofdstuk 4 § 4.6.7.

ties die veel moeilijker kunnen worden teruggedraaid. Die terughoudendheid wordt in de rechtspraak overigens niet consequent toegepast.⁸³

5.3.4 Toegang tot informatie naar burgerlijk recht

Om het bestaan van staatssteun te kunnen aantonen, moet de partij op wie de stelplicht rust natuurlijk kunnen beschikken over de relevante informatie. Partijen in het civiele proces hebben over en weer een aantal informatieverplichtingen, de precieze inhoud waarvan wordt beïnvloed door verschillende ontwikkelingen.⁸⁴ Op grond van de artikelen 21 en 22 Rv moeten partijen de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aanvoeren en kan de rechter hen verplichten om bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen.⁸⁵ Partijen kunnen deze bescheiden met een beroep op artikel 843a Rv ook zelf opvragen. Het moet gaan om bepaalde bescheiden 'aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn'. Daarbij kan het ook gaan om een rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad.⁸⁶ Dat betekent dat een partij ook bescheiden kan opvragen die betrekking hebben op een tussen de overheid en een vermeend steunontvanger gesloten overeenkomst waarbij hij zelf geen partij is, wanneer die overeenkomst vanwege een schending van de opschortingsplicht jegens hem onrechtmatig is. Wanneer een concurrent de overheid aanspreekt vanwege een gestelde schending van de opschortingsplicht, is het de vraag of de nodige bescheiden ook bij de vermeende begunstigde kunnen worden opgevraagd. De meest recente ontwikkelingen wijzen wel die kant op, maar zekerheid bestaat er nog niet.⁸⁷ Het is ook om die reden⁸⁸ zinvol om de vermeende begunstigde bij het geschil te betrekken.

83 Hendrikse 2011, p. 317, met verwijzing naar de conclusie van A-G Bakels bij HR 14 april 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA5519.

84 Zie over deze ontwikkelingen: brief aan de Minister van 21 februari 2014, *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 079, nr. 6.

85 Partijen kunnen dit weigeren als daarvoor gewichtige redenen bestaan.

86 Zie thoe Schwartzenberg 2011, p. 48.

87 In de literatuur wordt van een dergelijke mogelijkheid wel uitgegaan, hoewel de Hoge Raad deze in twee (oudere) arresten heeft afgewezen. Ekelmans 2013 (Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering), aant. 8.1, met verwijzingen. Zie ook het Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken van de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, brief van 14 juli 2008, p. 7-8. Aanhangige wetgeving voorziet wel in de mogelijkheid om informatie bij derden op te vragen: *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 3 (*MvT*), p. 1. In één van de bestudeerde staatssteungeschillen heeft een justitiabele op grond van art. 843a Rv informatie bij de vermeende begunstigde opgevraagd ter onderbouwing van de stelling dat deze door het aanvaarden van staatssteun jegens haar onrechtmatig zou hebben gehandeld. Rb Limburg 9 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10461 (*Stichting Laurentius en Petronella*). Zie ook in dit hoofdstuk § 5.5.1.1.

88 Zie voor andere redenen ook hoofdstuk 7, § 7.2.4.

Het kan nodig zijn om al voorafgaand aan een procedure gebruik te maken van mogelijkheden om informatie te verzamelen. Naast de zojuist genoemde exhibitieplicht valt dan vooral te denken aan het voorlopig getuigenverhoor (art. 186 e.v. Rv) en het voorlopig deskundigenbericht (art. 202 e.v. Rv). Als een partij meent dat bepaalde noodzakelijke gegevens bij een bestuursorgaan berusten, kan zij ook op grond van de Wob een verzoek om informatie indienen. Dat verzoek kan door het bestuursorgaan enkel op grond van de in artikel 10 en 11 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) opgenomen gronden worden geweigerd. Dat kan ook betekenen dat bepaalde (voor de onderbouwing van een staatssteun argument wezenlijke) feitelijke en financiële gegevens worden weggelakt.⁸⁹ Ook gedurende het proces bestaan er mogelijkheden om de noodzakelijke feiten op tafel te krijgen. Met name kunnen getuigenverklaringen worden afgelegd en kan deskundigenbewijs worden gevraagd (art. 165 e.v. Rv resp. art. 194 e.v. Rv). Partijen kunnen daarnaast worden verplicht tot de openlegging van de boeken, bescheiden en geschriften die zij ingevolge de wet moeten houden, maken of bewaren (art. 162 Rv). De burgerlijke rechter kan deze verplichtingen ambtshalve of op verzoek opleggen. Met de herziening van het burgerlijk procesrecht in de hierboven al genoemde wet KEI moet het eerder mogelijk worden om tijdens een mondelinge behandeling getuigen en deskundigen te horen, waarbij aan de burgerlijke rechter een grotere regierol toekomt dan voorheen.⁹⁰

In mededingingszaken is opgemerkt dat het bijzonder lastig is om voorafgaand aan de procedure aan de juiste informatie te komen. Het is voor de benadeelde derde vaak moeilijk te weten welke bepaalde bescheiden moeten worden opgevraagd, wie voor een eventueel getuigenverhoor moet worden opgeroepen of wat de deskundige precies zou moeten onderzoeken. Daar komt bij dat het op deze manier verzamelen van informatie aanzienlijke kosten met zich brengt die, als al, maar gedeeltelijk worden vergoed.⁹¹ In hoeverre deze problemen zich ook in staatssteun geschillen zullen voordoen, is nog niet duidelijk. Het zal wel uitmaken dat de wederpartij in de meeste procedures de overheid is, die op grond van de Wob uit eigen beweging en op aanvraag verplicht is om bepaalde informatie te verstrekken. Dit betekent overigens ook dat justitiabelen in sommige gevallen geen gebruik kunnen maken van artikel 843a Rv, omdat zij een Wob-verzoek hadden moeten indienen.⁹²

89 Bijv. in Rb Limburg 9 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10461 (*Stichting Laurentius en Petronella*).

90 Memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 7.

91 Zippro 2009, p. 576-7.

92 Daarvoor bestaan een paar voorbeelden in de bestudeerde jurisprudentie. Rb Groningen 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8211 (*Montagne II*). De vordering tot inzage in ten behoeve van een bepaald project uitgevoerde studies moet worden aangemerkt als een verzoek in de zin van de Wob en had dus volgens de in die wet voorgeschreven procedures

5.3.5 De rol van de bestuursrechter bij feitenvaststelling en kwalificatie: algemeen

De rol van de bestuursrechter bij de feitenvaststelling en kwalificatie is een andere dan die van de burgerlijke rechter. Voordat de bestuursrechter aan bod komt, is doorgaans al een besluit genomen en is de juistheid van dat besluit in bezwaar aan de orde gekomen. Dat betekent dat de eerste 'feitenvaststeller' in het bestuursrecht doorgaans niet de rechter is, maar het bestuur.⁹³ Over de relevante feiten en de kwalificatie daarvan heeft dus al meermaals een debat kunnen plaatsvinden. Wanneer de rechter eenmaal aan bod komt, is zijn rol op papier een vrij actieve. Volgens de Awb-wetgever, in het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw, paste het bij uitstek bij de aard van het bestuursprocesrecht dat de rechter actief op zoek zou gaan naar de materiële waarheid.⁹⁴ Hij zou daarnaast de in vergelijking met de overheid 'zwakkere' burger bij wijze van ongelijkheidscompensatie een helpende hand kunnen bieden. In de praktijk moet de rol van de bestuursrechter als 'materiële waarheidsvinder' echter behoorlijk worden gerelativeerd.⁹⁵ De partijen voor de bestuursrechter hebben wel degelijk een belangrijke taak om de relevante feiten te presenteren, en lopen daarbij de nodige bewijsrisico's. De verwachting is dan ook dat het bestuursrecht zich steeds meer ontwikkelt tot een partijenproces waarin de rechter niet zozeer op zoek gaat naar de materiële waarheid maar wel de partijen begeleidt bij het aannemelijk maken van hun standpunten.⁹⁶ Specifiek ten aanzien van de idee van ongelijkheidscompensatie kan daarnaast de vraag worden gesteld in hoeverre daarvoor in staatssteungeschillen ruimte bestaat. De eiser is immers over het algemeen niet een zwakke burger, maar een marktpartij die van de marktomstandigheden goed op de hoogte zal zijn en zich kan laten bijstaan door gespecialiseerde advocaten.

Wanneer het bestuur beoordelingsruimte heeft bij de kwalificatie van bepaalde feiten, is de rol van de bestuursrechter ook op papier een stuk minder actief dan zojuist geschetst. In dat geval toetst de bestuursrechter marginaal, dus of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen.⁹⁷ Bij de vraag of sprake is van staatssteun heeft het bestuur echter geen enkele beoordelingsvrijheid.⁹⁸ De rechter moet hier dan ook vol toetsen.

moeten worden ingediend. De vordering is niet-ontvankelijk. Vgl. Rb 's-Gravenhage 16 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6720 (*Parkeer Management Nederland*).

93 Schuurmans 2010, p. 68 en 72.

94 PG Awb II, p. 173.

95 Schlössels 2010, p. 476; Schlössels 2009b, p. 36-39, met verwijzingen; Schuurmans 2005, p. 45 en p. 226, met verwijzingen.

96 Schuurmans en Verburg 2012, p. 125.

97 Vgl. ABRvS 9 mei 1996, AB 1997, 93. Zie ook de reeks annotaties van Damen, o.m. L.J.A. Damen, 'Annotatie bij ABRvS (2012-02-22)(Marginale toetsing)', AB 2012, 318.

98 Deze valt niet af te leiden uit de artt. 107 of 108 VWEU en is ook overigens in de Europese jurisprudentie niet aangenomen.

5.3.6 De omvang van het bestuursrechtelijk geding

In het bestuursprocesrecht bepalen, net als in het burgerlijk procesrecht, de partijen de omvang van het geding,⁹⁹ maar daarbij geldt wel dat een geschil voor de bestuursrechter betrekking moet hebben op een besluit – meestal de beslissing op bezwaar – dat ter vernietiging voorligt. De rechter baseert zijn uitspraak over het op die manier begrensde geschil op de grondslag van het beroepsschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting (artikel 8:69 lid 1 Awb). De eisende partij is als eerste aan zet om aan te geven welke feitelijke en juridische stellingen zij aan haar ‘vordering’ (gehele of gedeeltelijke vernietiging van het besluit) ten grondslag wil leggen en eventueel tegen welk deel van het besluit de procedure is gericht.¹⁰⁰ Ook hier wordt de feitelijke grondslag van het geschil dus in ieder geval tot op zekere hoogte door de partijen bepaald.¹⁰¹

Op grond van het tweede lid van artikel 8:69 Awb is de bestuursrechter net als de burgerlijke rechter verplicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Het gaat dan enkel om de juridische vormgeving van de bezwaren die door de justitiabele(n) tegen een besluit zijn ingebracht.¹⁰² Daarnaast is hij op grond van het derde lid bevoegd om ambtshalve de gewone feiten aan te vullen. Deze bevoegdheid om door te vragen is een uitwerking van de voor het bestuursrecht kenmerkende ongelijkheidscompensatie en zal vooral aan de orde zijn wanneer van een partij in mindere mate kan worden verwacht dat zij bepaalde feiten presenteert.¹⁰³ De rechter kan dan bijvoorbeeld bij de partijen inlichtingen inwinnen (artikel 8:45 Awb), getuigen oproepen (artikel 8:46 Awb), deskundigen benoemen (artikel 8:47 Awb) of een onderzoek ter plaatse instellen (artikel 8:50 Awb). Het gaat echter uitdrukkelijk om een *bevoegdheid*; in beginsel moeten partijen in de bestuursrechtelijke procedure zelf de feitelijke gegevens aanleveren die voor de beoordeling en beslissing door de rechter relevant zijn.¹⁰⁴ De bestuursrechter maakt van deze bevoegd-

99 NB. waar in het burgerlijk recht meestal wordt gesproken over de omvang of de grenzen van de rechtsstrijd (bijv. Ancery 2012), is in het bestuursprocesrecht het begrip omvang van het geding gangbaarder (bijv. Brugman 2010).

100 Zie de uitvoerige bespreking door Brugman 2010, p. 53-63.

101 Vgl. Brugman 2010, p. 54.

102 CBB 17 mei 2005, *JB* 2005/241, m.nt. L.J.M. Timmermans, r.o. 5.5.4.

103 PG Awb II, p. 464. Voor een mooi voorbeeld: CRvB 27 juni 2012, ECLI:NL:CRVB:2013:770. De burgerlijke rechter heeft deze bevoegdheid juist niet. Zie Ancery 2012, p. 40. Gerelativeerd door De Bock 2011, p. 114.

104 Vgl. CRvB 8 april 2011, *AB* 2012/214, m.nt. A.T. Marseille, r.o. 4.4. De bestuursrechter lijkt van de mogelijkheid om ambtshalve onderzoek te doen dan ook weinig gebruik te maken. Schlössels 2009a, p. 113; Schuurmans 2005, p. 235.

heid dan ook zelden gebruik.¹⁰⁵ Dat heeft er voor een deel mee te maken dat nog onenigheid bestaat over de vraag of het zorgvuldig onderzoeken van de feiten vooral een taak is van de rechter of van het bestuur, en of dat anders wordt in complexe zaken zoals staatssteungeschillen.¹⁰⁶ Artikel 8:69 lid 3 Awb dwingt er hoe dan ook niet toe dat de bestuursrechter het hele feitenonderzoek van een belanghebbende overneemt, al is het maar omdat het vaststellen van complexe feitenconstructies het vermogen van de bestuursrechter te boven gaat.¹⁰⁷ De mogelijkheid om feiten aan te vullen geeft de rechter evenmin de bevoegdheid om het betrokken bestuursorgaan in wezen te helpen het bestreden besluit te onderbouwen.¹⁰⁸

Van de ambtshalve aanvulling wordt in het bestuursprocesrecht de ambtshalve toetsing onderscheiden. De bestuursrechter moet voorschriften van openbare orde ook buiten de omvang van het geding ambtshalve toetsen. De voorschriften van openbare orde krijgen hier wel een andere, beperktere, invulling dan in het burgerlijk procesrecht. Het gaat om regels van procedurele aard die de hoofdstructuur van het bestuurs(proces)recht raken: de bevoegdheid van de rechter, de bevoegdheid van het bestuursorgaan om het besluit te nemen en de ontvankelijkheden.¹⁰⁹ Overigens: in het burgerlijk procesrecht wordt de toepassing van voorschriften van openbare orde buiten de grenzen van de rechtsstrijd (de omvang van het geding) niet aangeduid met de term 'toetsing'; er is 'gewoon' sprake van een bijzondere variant van ambtshalve aanvulling. Om verwarring te voorkomen wordt hierna voor de ambtshalve toepassing van regels buiten de grenzen van de rechtsstrijd wel van ambtshalve toetsing gesproken.

5.3.7 Feitenvaststelling in het bestuursrecht

Anders dan het civiele recht kent het bestuursrecht geen vast omlijnd geschreven bewijsrecht.¹¹⁰ Toch bestaan er wel degelijk regels over hoe de relevante

105 A.T. Marseille, 'Noot bij CRvB (2011-04-08)(Bewijslast. Feitenonderzoek door de rechter)', *AB* 2012, 214, aant. 4. Dat geldt zeker sinds de nieuwe zaaksbehandeling. Ook (en kritisch): Schlössels 2009a, p. 110 en 112-4.

106 Schuurmans 2007, p. 117-8 (met verwijzingen); A.T. Marseille, 'Noot bij CRvB (2011-04-08)(Bewijslast. Feitenonderzoek door de rechter)', *AB* 2012, 214, aant. 4; Verburg 2010, p. 272-3. Vgl. Adriaanse 2006, p. 197; Jacobs en Den Ouden 2005, p. 7-8.

107 Verburg 2010, p. 271. De rechter kan op basis van art. 8:69 lid 3 Awb bijvoorbeeld geen feiten aan zijn uitspraak ten gronde leggen waarover partijen zich niet hebben kunnen uitlaten, en het uitgangspunt blijft dat partijen voor hun vorderingen zelf de relevante feiten aanvoeren. *MvT, Parl. Gesch. Awb II*, p. 463; CRvB 8 april 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ0845, r.o. 4.4.

108 Schlössels 2009a, p. 113.

109 PG Awb II, p. 464; Damen e.a. 2012b, p. 255. Zie ook CBb 17 mei 2005, *JB* 2005, 282, m.nt. Timmermans.

110 Schuurmans 2005, p. 4, met betrekking tot de bewijslastverdeling.

feiten in rechte komen vast te staan. Een bestuursorgaan stelt door middel van een besluit eenzijdig en bindend een rechtsverhouding vast. Artikel 3:2 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart over de relevante feiten en de af te wegen belangen – waaronder ook de relevante belangen van derden. Het bestuursorgaan is dus de eerste die bindend de feiten vaststelt en is daarbij verantwoordelijk voor een zorgvuldige voorbereiding. Pas nadat het besluit is genomen en (meestal) in bezwaar opnieuw aan het bestuursorgaan is voorgelegd, waarbij over de feitenvaststelling en de kwalificatie al een debat heeft kunnen plaatsvinden, komt de bestuursrechter in beeld. Voor de feitenvaststelling door de rechter en het belang van diens motivering is deze context van groot belang.¹¹¹ Lange tijd heeft de bestuursrechter in de regel getoetst of het bestuursorgaan in zijn besluit de feiten rechtmatig heeft vastgesteld. Daarbij stelde hij in de praktijk, vooral in feitelijk complexe zaken, niet snel zijn oordeel in de plaats van dat van het bestuursorgaan, maar toetste hij eerder aan de hand van de formele beginselen van behoorlijk bestuur of de bestuurlijke feitenvaststelling overeind kon blijven.¹¹² Hij gaf dan zelf geen eindoordeel over de feiten. Door de toenemende nadruk op finale geschillenbeslechting komt deze benadering onder druk te staan.¹¹³

Voor de beoordeling van de rechtmatigheid van een besluit is het van belang wie moet bewijzen dat bepaalde feiten zich hebben voorgedaan en wie het risico draagt wanneer deze feiten niet komen vast te staan (samen vormen deze elementen de bewijslast).¹¹⁴ Voor dit onderzoek zijn drie situaties vooral relevant.

1. Wanneer een bestuursorgaan ambtshalve een besluit neemt, draagt het op basis van artikel 3:2 Awb in beginsel zelf de bewijslast.
2. Bij een besluit op aanvraag rust de bewijslast in beginsel op de aanvrager (artikel 4:2, lid 2, Awb). Deze last kan verschuiven naar het bestuursorgaan, bijvoorbeeld wanneer deze de afwijzing van de aanvraag baseert op een wettelijke weigeringsgrond of een ongeschreven zelfstandige norm. De zorgvuldigheidsverplichting ex artikel 3:2 Awb blijft voor het bestuursorgaan gewoon gelden wanneer de bewijslast primair bij de aanvrager ligt.
3. Een derde-belanghebbende die opkomt tegen een aan een ander geadresseerd besluit moet een begin van bewijs leveren voor zijn stelling dat het besluit niet

111 Ashmann 2015, p. 943-944.

112 Verburg 2010, p. 271: het nalopen van de bestuurlijke feitenvaststelling is bij complexe feiten 'niet zo zeer een principiële keuze, maar meer een noodzaak'. Schuurmans 2007, p. 115.

113 Vgl. Van Male 2007.

114 Met 'bewijslast' wordt, met Schuurmans, bedoeld dat de partij het bewijs moet leveren (bewijsvoeringslast) en het nadeel lijdt wanneer de nodige feiten niet komen vast te staan (bewijsrisico). Schuurmans 2005, p. 22-3. Zie ook Verburg 2010, p. 263. Het is mogelijk dat de bewijsvoeringslast en het bewijsrisico op verschillende partijen liggen.

(volledig) in stand kan blijven. Slaagt hij daarin, komt de bewijslast te liggen bij het bestuursorgaan.¹¹⁵

Slaagt de ene partij erin om haar stelling met voldoende feiten te onderbouwen, is de tegenpartij aan zet voor het leveren van tegenbewijs. Net als in het burgerlijk recht is het voor de partijen in die situaties niet altijd duidelijk wie 'aan de beurt' is om te bewijzen.¹¹⁶ Op grond van de wet of de redelijkheid en billijkheid kan daarnaast een andere verdeling van de bewijslast ontstaan.¹¹⁷ De bestuursrechter kan verder werken met bewijsvermoedens en het omkeren van de bewijslast.¹¹⁸ Hiermee kan – in bijzondere gevallen – worden voorzien in oplossingen wanneer het voor partijen bijzonder moeilijk is om aan de nodige feitelijke informatie te komen.¹¹⁹ De bestuursrechter schept hierover in zijn uitspraak en ter zitting vaak weinig duidelijkheid, hoewel door de nieuwe zaaksbehandeling wordt verwacht dat de bestuursrechter de partijen vroeger en duidelijker informatie geeft over de bewijsomvang, de bewijslastverdeling en de 'bewijstussenstand'.¹²⁰

5.3.8 Toegang tot informatie in het bestuursrecht

Ook in het bestuursrecht is een belangrijke vraag of partijen kunnen achterhalen – en vervolgens aantonen – of bepaalde feiten zich hebben voorgedaan. Een eerste aanknopingspunt zal daarbij worden gevormd door het bestreden besluit, dat immers voldoende moet worden gemotiveerd op basis van een zorgvuldige voorbereiding. Vervolgens kan de rechter bij de feitenvergaring, op grond van artikel 8:69 lid 3 Awb ook ambtshalve, een actieve rol spelen. De Awb biedt een aantal mogelijkheden om de rechter en de partijen van de nodige informatie te voorzien. Wanneer een belanghebbende zijn beroepschrift heeft ingediend, moeten bestuursorganen op grond van artikel 8:42 Awb de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de bestuursrechter zenden. Te denken valt dan onder meer aan adviezen en onderzoeksrapporten ten behoeve van de voorbereiding van het besluit.¹²¹ Op grond van artikel 8:29 Awb kan het bestuursorgaan in geval van gewichtige redenen het geven van inlichtingen of overleggen van stukken weigeren of de bestuursrechter mededelen dat

115 Schuurmans 2005, p. 146, 155 en 193-8.

116 AB 2012, 214, m.nt. A.T. Marseille. Bestuursrechters bieden daarbij overigens steeds meer een helpende hand.

117 In meer detail: Schuurmans 2005, p. 75-80.

118 Schlössels 2009a, p. 19-21.

119 Idem, p. 21; Schuurmans 2005, p. 124-5.

120 Schuurmans en Verburg 2012, p. 126. Met 'bewijstussenstand' bedoelen zij dat de rechter een voorlopig oordeel geeft over wat partijen tot op dat moment aan bewijs hebben ingebracht. Daaruit kunnen zij afleiden of zij nog nader bewijs moeten overleggen. Zie ook Schlössels 2009a, p. 107.

121 Borman 2013 (T&C Algemene wet bestuursrecht), artikel 8:42 Awb, aant. 2b.

uitsluitend hij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen of stukken. Artikel 8:45 lid 1 Awb geeft de bestuursrechter de bevoegdheid om partijen en anderen te verzoeken schriftelijk inlichtingen te geven en onder hen berustende stukken te overleggen.¹²² De bestuursrechter kan ook partijen horen (artikel 8:44 Awb), getuigen oproepen en deskundigen benoemen voor het instellen van een onderzoek (artikel 8:46 en 8:47 Awb). Hieraan zijn doorgaans wel kosten verbonden.

Voor partijen die tegen een besluit willen procederen is het vaak belangrijk om al vóór de procedure bij de rechter de nodige informatie in te winnen. Voor dergelijk onderzoek bestaat minder tijd dan in het burgerlijk recht, want tegen het betwiste besluit moet doorgaans binnen zes weken bezwaar worden gemaakt (artikel 6:7 Awb). Informatie die bij een bestuursorgaan ligt, kan buiten de context van artikel 8:42 Awb alleen via een Wob-verzoek worden opgevraagd.¹²³ Dat verzoek kan door het bestuursorgaan enkel op grond van de in artikel 10 en 11 van de Wob opgenomen gronden worden geweigerd. Het risico bestaat in staatssteunzaken vooral dat de openbaarmaking (gedeeltelijk) wordt geweigerd op grond van de aanwezigheid van bedrijfs- en fabricagegegevens die door de vermeende begunstigde vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld (zie artikel 10 lid 1 sub c Wob).¹²⁴ Worden zulke gegevens weggelakt, dan heeft de partij die zich op de standstillbepaling beroept veel minder – en mogelijk te weinig – aanknopingspunten om zijn beroep aannemelijk te maken. De Wob maakt het niet mogelijk om informatie op te vragen bij de begunstigten van een vermeende steunmaatregel. Daarvoor bestaan ook geen alternatieven.

5.3.9 Tussenconclusie

Het civiele bewijsrecht en het bestuursrechtelijk bewijsrecht in brede zin vertonen onderling een aantal fundamentele verschillen. De burgerlijke rechter heeft traditioneel een lijdelijke rol, waarbij de partijen verantwoordelijk zijn voor het bepalen van de omvang van de rechtsstrijd. Buiten de rechtsstrijd vult de burgerlijke rechter wel ambtshalve de feitelijke grondslag van het geschil aan wanneer sprake is van voorschriften van openbare orde. De burgerlijke rechter mag niet de feiten aanvullen, het aanleveren van de feiten is zuiver een taak van de partijen. In beginsel moet de partij die bepaalde rechtsgevolgen in het leven wil roepen de daarvoor relevante feiten en argumenten aanleveren.

122 Partijen zijn verplicht aan dit verzoek gevolg te geven (art. 8:28 Awb) en mogen enkel weigeren wanneer daarvoor gewichtige redenen bestaan (art. 8:29 Awb).

123 HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 825, m.nt. J.B.M. Vranken; ABRvS 4 december 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AF1476, r.o. 2.2. Borman 2013 (T&C Algemene wet bestuursrecht), commentaar op artikel 8:42 Awb, aant. 8.

124 Te denken valt ook aan de facultatieve weigeringsgronden in art. 10 lid 2 sub b en sub g Wob.

Doet hij dit niet of komen de feiten onvoldoende vast te staan (al dan niet door betwisting van de wederpartij), dan draagt hij daarvoor het bewijsrisico. De burgerlijke rechter kan de partij met de stelplicht onder omstandigheden tegemoetkomen door het omdraaien of verlichten van de bewijslast. De partijen in een civiele procedure hebben daarnaast over en weer bepaalde informatieverplichtingen die door de rechter kunnen worden afgedwongen.

In het bestuursrecht is de rol van de rechter op zijn minst op papier een actievere. De gedachte was oorspronkelijk dat hij op zoek zou gaan naar de materiële waarheid en ongelijkheidscompensatie kon bieden voor de zwakkere partij (niet het bestuursorgaan). De bestuursrechtelijke procedure heeft betrekking op een besluit waartegen doorgaans al bezwaar is gemaakt. Dat betekent dat de omvang van het geding voor een deel al door het besluit is beperkt en dat de relevante feiten voor het eerst door het bestuur en dus niet door de rechter zijn vastgesteld. Ook de bestuursrechter is echter tot op zekere hoogte gebonden aan de door de belanghebbende aangevoerde gronden waarom het bestreden besluit onjuist is. Hij is wel verplicht om ambtshalve de grondslag van het geschil aan te vullen (ambtshalve te toetsen) in het geval van voorschriften van openbare orde, die in het bestuursrecht een beperktere invulling krijgen dan in het burgerlijk recht. De bestuursrechter is wel bevoegd de feiten aan te vullen en zelf feitenonderzoek te doen. In beginsel hangt de verdeling van de bewijslast er echter vooral vanaf wat voor soort besluit (ambtshalve of op aanvraag, dan wel geadresseerd aan een ander) aan de orde is. Daarbij geldt dat de bewijslast op een derde die tegen een besluit opkomt op zijn minst in theorie minder zwaar rust dan op zijn evenknie in een civiele procedure. Ook de bestuursrechter kan de bewijslast omkeren of verlichten. Voorafgaand aan de procedure kan de belanghebbende op grond van de Wob informatie opvragen. Dat geldt overigens ook voor partijen die in een civiele procedure tegen de overheid procederen.

Het verschil tussen de feitenvaststelling in een civiele of bestuursrechtelijke procedure moet niet zwaar worden overdreven. De bouwstenen verschillen, maar de daaruit opgetrokken bouwwerken vertonen beslist ook gelijkenissen. De traditioneel lijdelijke burgerlijke rechter is, binnen bepaalde grenzen, wel degelijk in staat om ter zitting ten behoeve van de feitenvaststelling door te vragen. De oorspronkelijk meer op materiële waarheidsvinding en ongelijkheidscompensatie gerichte bestuursrechtelijke procedure ontwikkelt zich daarentegen veel meer tot een partijenproces. Daarnaast geldt dat belangrijke redenen waarom het bestuursrechtelijke bewijsrecht afwijkt van het civiele bewijsrecht, zoals de expertise van bestuursorganen op specifieke terreinen, de mogelijkheid voor bestuursorganen om zelf (politieke) afwegingen te maken en de mogelijkheid om zonder rechtshulp een bestuursrechtelijke procedure in te leiden¹²⁵ in de context van het staatssteunrecht veel minder spelen dan,

125 Vgl. Schuurmans 2009, p. 178-9 en 182.

om maar wat te noemen, in het vreemdelingenrecht.¹²⁶ Hoewel het bewijsrecht in het bestuursrecht en in het burgerlijk recht verschillend DNA heeft, is het daarom belangrijk te beseffen dat het voor de mate waarin deze verschillen zich manifesteren ook relevant is wat voor soort geschil aan de rechter wordt voorgelegd.

5.4 EUROPESE EISEN AAN HET NEDERLANDS RECHT BIJ KWALIFICATIEVRAAGSTUKKEN

Zoals in hoofdstuk 2 al is beschreven, heeft de Nederlandse rechter de taak om de standstillbepaling te handhaven. Daartoe moet hij zo nodig vaststellen of een maatregel kwalificeert als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU (en zo ja, of deze had moeten worden aangemeld en of deze is aangemeld).¹²⁷ Wanneer sprake is van staatssteun, is grotendeels in de Europese jurisprudentie uitgewerkt. Daarnaast heeft de Europese Commissie door middel van *soft law* een aantal handvatten gegeven om te kunnen beoordelen of bepaalde maatregelen kwalificeren als staatssteun.¹²⁸ Biedt de beschikbare jurisprudentie of *soft law* te weinig houvast, dan kan de rechter vragen voorleggen aan de Europese Commissie en is hij bevoegd (en soms verplicht) om aan het Hof van Justitie prejudiciële vragen voor te leggen. Het spreekt voor zich dat onduidelijkheid over de precieze invulling van het begrip staatssteun de rechter kan belemmeren in zijn taak om staatssteun te kwalificeren.¹²⁹

Dat de rechter moet vaststellen of sprake is van staatssteun en daarbij hulp kan krijgen, zegt nog niets over de manier waarop hij dat moet doen. Over de wijze waarop de nationale rechter vaststelt of in een concrete casus sprake is van (onrechtmatige) staatssteun, zijn op EU-niveau geen regels vastgesteld.¹³⁰ Daarom is het nationale bewijsrecht bepalend, binnen de grenzen

126 Schuurmans 2009, p. 184 waarschuwt dan ook voor een te uniform procesrecht ‘voor een rechtsgebied dat zich uitstrekt van punitief besluit tot begunstigende beschikking’.

127 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 34; HvJ EU 18 juli 2013, nr. C-6/12 (*P Oy*), r.o. 38; HvJ EU 18 juli 2007, nr. C-119/05 (*Lucchini*), r.o. 50; HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike&Weinlig*), r.o. 14.

128 Zie dan met name de 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. Deze lijkt ook al te zijn toegepast in Rb Den Haag ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*), r.o. 4.4. Opvallend omdat ten tijde van de uitspraak nog geen definitieve versie van de Mededeling beschikbaar was, en omdat de rechtbank niet expliciteert of de door haar genoemde criteria inderdaad aan de (ontwerp)mededeling zijn ontleend.

129 Vgl. Parret 2015, p. 50.

130 Op sommige terreinen van EU-recht worden wel regels gesteld over de bewijsregels die in nationale procedures moeten worden gehanteerd. In het mededingingsrecht bijvoorbeeld rust de bewijslast op degene die stelt dat een inbreuk is gepleegd op art. 101, lid 1 of art. 102 VWEU. Art. 2 Verordening 1/2003 (mededingingsverordening). Deze verordening doet blijken de preambule (vijfde considerans) geen afbreuk aan de nationale voorschriften

van het effectiviteits- en het gelijkwaardigheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming.¹³¹ In de volgende paragrafen wordt onderzocht waar deze grenzen liggen: kunnen uit de rechtspraak van het Hof aanknopingspunten worden afgeleid om te bepalen wanneer nationale regels van bewijsrecht in strijd komen met het effectiviteits- en gelijkwaardigheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming? Met andere woorden: welke eisen stelt het EU-recht aan het Nederlandse recht bij de kwalificatie van staatssteun?

Het gelijkwaardigheidsbeginsel kan aan de orde komen wanneer het in geschillen met een Europeesrechtelijke component rechtens of in de praktijk moeilijker is om aan te tonen dat bepaalde feiten zich hebben voorgedaan die moeten leiden tot een bepaald rechtsgevolg. Of dat het geval is, hangt af van het nationale recht. Daarover kan in abstracto dus weinig worden gezegd. Voor het effectiviteitsbeginsel geldt dat de uitoefening van de door de Europese rechtsorde verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mag worden gemaakt. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer een partij die zich op het staatssteunrecht beroept moet bewijzen dat sprake is van onrechtmatige staatssteun terwijl het voor hem onmogelijk of uiterst moeilijk is om dat bewijs te leveren – bijvoorbeeld omdat de bewijslast betrekking heeft op gegevens waarover hij niet kan beschikken. In een dergelijk geval moet de nationale rechter volgens de rechtspraak van het Hof gebruik maken van alle procedurele middelen die hem door het nationale recht ter beschikking worden gesteld, waaronder het bevelen van de overlegging van stukken door één van de partijen of door een derde. Dat blijkt uit de uitspraak in de zaak *Laboratoires Boiron*.¹³²

5.4.1 Laboratoires Boiron: bewijslastverdeling en toegang tot informatie

De zojuist genoemde uitspraak is een belangrijke. Het is namelijk geen geheim dat het in de praktijk zeer moeilijk kan zijn om aan te tonen dat een bepaalde maatregel kwalificeert als staatssteun, onder andere omdat het lastig kan zijn om aan de nodige feitelijke gegevens te komen.¹³³ Daarmee kan de handhaving van het staatssteunrecht op de tocht komen te staan.¹³⁴ Als de gebrek-

over de bewijsstandaard of de wijze van feitenvaststelling. Zie bijv. ook Richtlijn 2006/54 (gelijke behandeling mannen en vrouwen).

131 Zie daarover in meer detail hoofdstuk 2, § 2.6.1.4.

132 HvJ EU 7 september 2006, nr. C-526/04 (*Laboratoires Boiron*), r.o. 55.

133 Jaeger 2014; Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 5. Ook: Conclusie A-G Tizzano 30 maart 2006, nr. C-526/04 (*Laboratoires Boiron*), punt 70. Het probleem van informatie-asymmetrie is ook in de context van het algemene mededingingsrecht aan de orde gesteld. Bijv. Cauffman 2015, p. 127 e.v.; Zippro 2009, p. 453 e.v.

134 Vgl. Kellerbauer 2014 in de context van het kartelrecht.

kige toegang tot informatie in combinatie met de verdeling van de bewijslast ertoe leidt dat het uiterst moeilijk of nagenoeg onmogelijk is om het bestaan van staatssteun aan te tonen, dient de nationale rechter dus in te grijpen met de mogelijkheden die het nationale procesrecht hem biedt.

Wat houdt dat ingrijpen in? Mok heeft op basis van de uitspraak van het Hof geopperd dat de rechter in een civiele procedure onder omstandigheden moet overgaan tot een andere verdeling van de bewijslast.¹³⁵ Steyger houdt het erop dat de rechter verplicht is het bewijs te (helpen) bemachtigen.¹³⁶ Uiteindelijk hangt de manier waarop de rechter bij informatie-asymmetrie in staatssteunzaken moet optreden af van de omstandigheden van het geval en, specifieker, van het daarop toepasselijke procesrecht. De toepassing van dat procesrecht moet ervoor zorgen dat de informatie-asymmetrie die aan een succesvol beroep op het staatssteunrecht in de weg staat, wordt gecompenseerd. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de mogelijkheden om hulp te bieden bij het verzamelen van de nodige informatie (zie § 5.3.4 en § 5.3.8). Het is ook mogelijk om een oplossing te vinden in het *verlichten* van de bewijslast.¹³⁷ Onder omstandigheden is het denkbaar dat de rechter ervoor kiest om een andere verdeling van de bewijslast toe te passen. Het is echter belangrijk te benadrukken dat het EU-recht als zodanig niet tot zo'n andere verdeling dwingt.¹³⁸ Daarvan zal slechts sprake zijn wanneer het nationale recht daarvoor zelf ruimte biedt.

135 M.R. Mok, 'Noot bij HvJEU (2006-09-07)(Staatssteun. Heffing op rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen)', *NJ* 2006, 280. Hij ziet ook mogelijkheden voor een omkering van de bewijslast of een 'zachte omkering van de bewijslast', 'waarbij de rechter de stellingen van de zwakste partij, op wie de bewijslast rust voorshands bewezen acht, behoudens tegenbewijs door de sterkste partij.'

136 E. Steyger, 'Noot bij HvJEU (2006-09-07)(Verplichting uit eigen hoofde nationale rechter tot opvragen bewijs bij schending EG-recht)', *AB* 2006, 355.

137 Krans 2010, p. 64 geeft terecht aan dat dit begrip voor meerder uitleg vatbaar is. Zie echter ook thoe Schwarzenberg 2011, p. 91 e.v. 'Bij verlichten van het bewijsrisico kan de partij die volgens de hoofdregel het bewijsrisico draagt, profiteren van hetzij een verzwaarde motiveringsplicht die wordt opgelegd aan de wederpartij hetzij een vermoeden (een wettelijk, feitelijk, processueel of jurisprudentieel vermoeden) waartegen de wederpartij tegenbewijs kan leveren.' In de context van het mededingingsrecht zijn in de privaatrechtelijke literatuur bijvoorbeeld de verzwaarde stelplicht en het rechterlijk vermoeden genoemd. Krans 2010, p. 63-4. Voor een volle omkering van de bewijslast, waarbij het bewijsrisico meeschuift, zou echter geen plaats zijn.

138 Vgl. Gerbrandy 2009, p. 89. De Europese jurisprudentie wijst er niet op dat het Hof van Justitie zich snel in regels van nationaal bewijsrecht mengt. Dat is wel het geval in situaties waarin de voor bewijs benodigde informatie vanwege de aard van de rechtsverhouding niet in het bezit is (of op een andere manier in het bezit kan komen) van de partij met de bewijslast. HvJ EU 7 september 2006, nr. C-526/04 (*Laboratoires Boiron*); HvJ EU 17 oktober 1989, nr. 109/88 (*Denfoss*). De bewijslast wordt in gelijkebehandelingszaken na een begin

De rechter moet dus van geval tot geval beoordelen welke procedurele middelen geschikt zijn om deze asymmetrie te compenseren of op te heffen. Daarbij kan het nodig zijn om deze middelen ruimer uit te leggen dan gebruikelijk.¹³⁹ Het is echter wel van belang dat het Hof het in de uitspraak *Laboratoires Boiron* heeft over alle procedurele middelen 'die de rechter door het nationale recht ter beschikking worden gesteld'. Er bestaat dus geen aanleiding om aan te nemen dat het EU recht zou verplichten tot maatregelen die de kaders van het nationale procesrecht te buiten zouden gaan.

Het verdient opmerking dat, zoals in hoofdstuk 2 is opgemerkt,¹⁴⁰ met name met de nieuwe AGGV voor de lidstaten bepaalde transparantieverplichtingen in het leven zijn geroepen. Deze zien vooral op maatregelen die volgens de lidstaten wel staatssteun opleveren maar van aanmelding zijn vrijgesteld. Voor de vraag of een maatregel staatssteun oplevert bieden dergelijke transparantieverplichtingen weinig uitkomst. Jaeger heeft naar aanleiding van de staatssteunmodernisering opgemerkt dat met de modernisering meer transparantie moet ontstaan, wat vanuit een handhavingsperspectief kan worden toegejuicht, maar dat alsnog weinig hulp wordt geboden in situaties waarin een lidstaat staatssteun niet herkent of hoopt dat deze niet onder de aandacht van de Commissie komt.¹⁴¹

5.4.2 Europese eisen aan de toetsingsmaatstaf en -intensiteit

Een volgende belangrijke vraag is of het Europese recht eisen stelt aan de door de rechter te hanteren toetsingsmaatstaf. Moet de rechter al maatregelen treffen bij gerede twijfel dat sprake is van staatssteun? Moet hij, integendeel, eisen dat onomstotelijk vaststaat dat een bestreden maatregel kwalificeert als staats-

van bewijs omgedraaid wanneer de (verwerende) werkgever een volstrekt ondoorzichtig beloningssysteem hanteert. Ook wanneer de bewijslast onevenredig zwaar is omdat van één van de partijen een negatief bewijs wordt gevraagd (bijvoorbeeld dat een betaalde heffing *niet* aan derden is doorberekend), kan het EU-recht rechterlijk ingrijpen verlangen. HvJ EU 2 oktober 2003, nr. C-174/01 (*Weber's Wine World*), r.o. 111. Een onderneming die terugbetaling vorderde van een onverschuldigd betaalde heffing moest naar Oostenrijks recht aantonen dat de heffing niet aan derden was doorberekend. Dit zou het uiterst moeilijk of nagenoeg onmogelijk maken om terugbetaling van onverschuldigd betaalde heffingen te verkrijgen. Voor andere voorbeelden, zie Jans, Prechal en Widdershoven 2011, p. 301-307. Zie ook HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-138/09 (*Todaro Nuziatina*), r.o. 54.

139 Dit valt af te leiden uit HvJ EU 10 april 1984, nr. 14/83 (*Von Colson en Kamann*), r.o. 26.

140 Zie in hoofdstuk 2 § 2.5.1.

141 Jaeger 2014, p. 336.

steun? Of is het iets daartussenin?¹⁴² Voor de eerste opvatting valt in de literatuur steun te vinden. Als het bestaan van twijfel in het voordeel van de steunverlener en -ontvanger zou worden uitgelegd, zou dit namelijk afbreuk doen aan de daadwerkelijke handhaving van de standstillbepaling.¹⁴³ Ook de tegenovergestelde visie is in de literatuur verdedigd. De nationale rechter zou pas terugvordering mogen gelasten wanneer de bestreden maatregel duidelijk binnen de steundefinitie valt, of toch op zijn minst wanneer over het steunkarakter van die maatregel ‘*reasonable certainty*’ bestaat.¹⁴⁴ Het Hof lijkt deze laatste visie in de uitspraak *CELF II* te hebben bevestigd:

‘Een verplichting om vrijwaringsmaatregelen¹⁴⁵ op te leggen bestaat slechts indien aan de voorwaarden die dergelijke maatregelen rechtvaardigen is voldaan, namelijk dat vaststaat dat de maatregel als staatssteun kan worden gekwalificeerd, de steunmaatregel op het punt staat te worden uitgevoerd of is uitgevoerd, en geen buitengewone omstandigheden zijn geconstateerd die zich tegen een terugvordering verzetten. Indien niet aan deze voorwaarden is voldaan, moet de nationale rechter het verzoek afwijzen.’¹⁴⁶

Wat moet uit deze woorden van het Hof worden afgeleid? De geciteerde overweging, en met name de laatste zin, lijkt te betekenen dat de rechter in staatssteunzaken over de kwalificatie van een bestreden maatregel niet alleen zekerheid mag eisen, maar dat ook *moet* doen voordat hij vrijwaringsmaatregelen treft zoals de terugvordering van steun.¹⁴⁷ Dit impliceert in ieder geval dat de nationale rechter (toch) niet al bij twijfel over het staatssteunkarakter van een bestreden maatregel definitieve maatregelen moet treffen.

Toch gaat het wel erg ver om uit de bewoordingen van het Hof af te leiden dat elke mogelijke twijfel over het staatssteunkarakter van een maatregel aan de opschorting of terugvordering daarvan in de weg staat. De rechter, en zeker de kortgedingrechter, handelt per slot van rekening niet in absolute zekerheden en daarvan zal het Hof van Justitie zich bewust zijn. De vraag of sprake is

142 Als dit een multiple-choice tentamen was, zou ik in geval van twijfel de laatste optie aanraden.

143 Vgl. Ottervanger 2006, p. 67 en Luja 2012, p. 765.

144 Van Cleynenbreugel 2015, p. 192; Winter 2004, p. 478.

145 Met vrijwaringsmaatregelen doelt het Hof hier onder meer op de terugvordering van de onrechtmatig verleende steun met rente, hoewel ook de opschorting van steun of het storten van de steun op een geblokkeerde bankrekening daaronder kan vallen. HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 37.

146 HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 36.

147 Vgl. Vajda en Stuart 2010, p. 633. Steun hiervoor valt ook te vinden in de andere taalversies van de uitspraak, waarin de eis wordt gesteld dat ‘...there is no doubt regarding the classification as State aid’; ‘... die Qualifizierung als staatliche Beihilfe nicht zweifelhaft ist’; ‘la qualification d’aide d’État ne fait pas de doute’.

van staatssteun valt daarbij in concrete gevallen nog niet zo gemakkelijk te beantwoorden, zoals al aan de orde kwam in hoofdstuk 2.¹⁴⁸ Van enige mate van twijfel kan dus al snel sprake zijn. Als het voor steunverlenende overheden (of de steunontvanger) voldoende is om over het bestaan van staatssteun enige twijfel te zaaien om zich aan vrijwaringsmaatregelen te onttrekken, dan zou van de nuttige werking van de standstillbepaling dus weinig overblijven. Daar komt bij dat de in *CELF II* geïmpliceerde toetsingsmaatstaf, zoals Giraud opmerkt, op gespannen voet staat met artikel 267 VWEU. Op grond van deze bepaling kunnen (en soms moeten) nationale rechters in geval van twijfel over de uitleg van de Verdragen (en dus ook de kwalificatie van staatssteun) per slot van rekening prejudiciële vragen stellen.¹⁴⁹ Een dergelijke zware toetsingsmaatstaf staat daarnaast in contrast met de hierboven besproken in *Laboratoires Boiron* neergelegde regel dat de rechter, wanneer het uiterst moeilijk of nagenoeg onmogelijk is om het bestaan van staatssteun aan te tonen, moet ingrijpen met de mogelijkheden die het nationale procesrecht hem biedt.¹⁵⁰

Belangrijker nog wellicht is de omstandigheid dat de bewoordingen in *CELF II* in de jurisprudentie van het Hof sindsdien nauwelijks – bij mijn weten één keer – zijn herhaald.¹⁵¹ Het Hof van Justitie wijst doorgaans, recenter nog in de zaak *Deutsche Lufthansa*, in neutralere zin naar de taak van de nationale rechter om het begrip steun uit te leggen en toe te passen.¹⁵² Volgens deze jurisprudentie dienen de nationale rechters zich ‘eerst uit te spreken over de vraag of de betrokken maatregelen staatssteun vormen.’¹⁵³ De eis dat het bestaan van staatssteun vaststaat komt in deze jurisprudentie niet terug, hoewel het Hof daartoe zeker wel de kans zou hebben gehad.

In het hiernavolgende wordt om deze reden aangenomen dat niet elke mogelijkheid dat sprake is van onrechtmatige staatssteun tot een terugvoeringsverplichting leidt, maar dat het evenmin zo is dat het bestaan van staatssteun onomstotelijk vast moet staan. Aannemelijker is dat voor de te hanteren toetsingsmaatstaf moet worden aangesloten bij het nationale recht, binnen de grenzen van het effectiviteits- en gelijkwaardigheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

148 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.4.

149 Giraud 2010, p. 674.

150 Zie hierboven in § 5.4.1.

151 GvEA EU 3 maart 2015, nr. T-251/13 (*Gemeente Nijmegen/Commissie*), r.o. 45.

152 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 34; HvJ EU 29 november 2004, nr. C-345/03 (*Commissie/België*), r.o. 31; HvJ EU 30 november 1993, nr. C-189/91 (*Kirsammer-Hack*), r.o. 49; HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike&Weinlig*), r.o. 14.

153 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 35.

5.4.3 Zelfstandige of indirecte feitenvaststelling in het bestuursrecht

Specifiek in het kader van het bestuursrecht is het relevant of de bestuursrechter in geschillen met een Europeesrechtelijke component mag volstaan met een beoordeling of het bestuur het besluit zorgvuldig heeft voorbereid, of dat hij de juistheid van het besluit door middel van een nieuwe en volledige beoordeling moet toetsen. Op basis van de zaak *Upjohn*¹⁵⁴ is in de Nederlandse literatuur voorzichtig geconcludeerd dat een ‘indirecte’ beoordeling over de band van de formele beginselen van bestuur ook in geschillen met een Europese achtergrond is toegestaan.¹⁵⁵ Dit zou echter anders zijn voor staatssteun-geschillen. Volgens Jacobs en Den Ouden betekent een toets aan de beginselen van behoorlijk bestuur namelijk ten onrechte dat de rechter er niet aan toekomt om aan de onrechtmatigheid van de steun de nodige gevolgen te verbinden.¹⁵⁶ Een dergelijke toets zou met andere woorden te halfslachtig zijn, terwijl het Europese staatssteunrecht een rechter vraagt die doorbijt.

Widdershoven heeft deze conclusies onderschreven, maar genuanceerd. Een toetsing aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur zou mogelijk zijn, maar mag er niet aan in de weg staan dat de rechter aan het bestaan van staatssteun de nodige gevolgen verbindt. Het is namelijk onder omstandigheden denkbaar dat een bestuursrechter een steunbesluit op grond van schending van de formele beginselen van behoorlijk bestuur vernietigt en toch ten aanzien van de betrokken onrechtmatige staatssteun de door het Hof vereiste maatregelen neemt.¹⁵⁷ Kortom: een toetsing aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur zou niet in alle gevallen betekenen dat de rechter niet kan doorbijten. Deze conclusies vallen te onderschrijven, maar met een verdere nuancering waarop nader wordt ingegaan in § 5.5.3.4.

5.4.4 Feitenvaststelling in kort geding uit Europees perspectief

Sommige procedures zijn geschikter dan andere om uitsluitel te krijgen over de vraag of sprake is van staatssteun. Het kort geding, waarin snelheid van de procedure een wezenlijke rol speelt, is daarvoor minder geschikt. Uit

154 HvJ EU 21 januari 1999, nr. C-120/97 (*Upjohn*).

155 Schuurmans 2007, p. 121-2, met verwijzingen.

156 Jacobs en Den Ouden 2005, p. 7-8. Ook: Adriaanse 2006, p. 194-5; R. Ortlep, ‘Noot bij ABRvS (2013-05-01)(Toetsing, Eisen EU-recht aan rechterlijke toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling)’, *AB* 2013, 345, aant. 2.

157 Widdershoven 2005, p. 50-4. Het gaat dan om het geval waarin geen bezwaarprocedure is gevoerd en naast vernietiging van het bestreden besluit dus geen herroeping van het primaire besluit noodzakelijk is. Daarnaast gaat het om het geval waarin de bestuursrechter, naast vernietiging van het bestreden besluit, op grond van art. 8:72 lid 5 Awb bij wijze van voorlopige voorziening de werking van het primaire besluit opschort. Dat zou uitkomst kunnen bieden wanneer de bestreden steun nog niet is uitgekeerd.

Europees perspectief hoeft dat niet problematisch te zijn. In het kader van het civiele kort geding heeft het Hof in 2010 in een aanbestedingszaak geoordeeld dat met het beginsel van effectieve rechtsbescherming niet in strijd is

‘een stelsel waarin voor het op korte termijn verkrijgen van een rechterlijke beslissing slechts een procedure beschikbaar is die erdoor wordt gekenmerkt dat zij is gericht op een snelle ordemaatregel, er geen recht is op uitwisseling van conclusies door advocaten, er in de regel geen ander bewijs is dan door geschrift [en] de wettelijke bewijsregels niet van toepassing zijn.’¹⁵⁸

Er kan van worden uitgegaan dat deze conclusie zich niet beperkt tot het aanbestedingsrecht.¹⁵⁹ Over het Nederlands bestuursrechtelijk ‘kort geding’ heeft het Hof zich bij mijn weten nog niet uitgelaten, maar het is op basis van de uitspraak van het Hof waarschijnlijk dat deze hier ook analoog kan worden toegepast. Dat zal al helemaal gelden nu op grond van de connexiteitseis in het bestuursrecht ook een bodemzaak aanhangig is gemaakt en in dat kader dus nog ruimte bestaat voor een uitgebreidere behandeling van het geschil.

5.4.5 Ambtshalve toetsing van EU-staatssteunrecht

Verplicht het Unierecht de nationale rechter om ook aan het staatssteunrecht te toetsen wanneer geen van de partijen zich daarop heeft beroepen? Een bevestigend antwoord kan betekenen dat de rechter over het bestaan van staatssteun moet oordelen onafhankelijk van de door partijen naar voren gebrachte feiten en argumenten – en kan diep ingrijpen in de nationaalrechtelijke taakverdeling tussen de rechter en de procespartijen.¹⁶⁰ Uit het arrest *Van Schijndel* volgt dat een verplichting tot ambtshalve toetsing van EU-recht op drie manieren kan ontstaan.¹⁶¹ Ten eerste moet de rechter, als hij naar nationaal recht verplicht is om ambtshalve aan een interne regel van dwingende aard te toetsen, dit ook doen bij dwingende regels van Unierecht.¹⁶² Dat geldt

¹⁵⁸ HvJ EU 9 december 2010, nr. C-568/08 (*Combinatie Spijker*), dictum.

¹⁵⁹ Meijer 2011, p. 109.

¹⁶⁰ Van een bevestigend antwoord moet juist om die reden niet te snel worden uitgegaan: Brugman 2010, p. 217; Engström 2008, p. 81. Toch is in het verleden wel aangenomen dat de nationale rechter de standstillbepaling desnoods ambtshalve moet toepassen. Adriaanse 2006, p. 192; conclusie van A-G Geelhoed van 4 maart 2004 in de zaak C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*) en in de zaak C-174/02 (*Pape*), ov. 51. Die bevinding is in het licht van de meer recente jurisprudentie van het Hof niet meer zonder meer gerechtvaardigd.

¹⁶¹ 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. Deze driedeling wordt ook expliciet gebruikt door Engström 2008, p. 75-6.

¹⁶² Dit volgt uit het gelijkwaardigheidsbeginsel.

ten tweede ook wanneer de rechter daartoe niet verplicht, maar bevoegd is.¹⁶³ Tot slot kan het doeltreffendheidsbeginsel een verplichting tot ambtshalve toetsing creëren zelfs wanneer het nationale recht voor een dergelijke toets geen ruimte biedt. In dat laatste geval moet de rechter volgens de procedurele *rule of reason* een afweging maken tussen het belang van de doorwerking van het EU-recht en het belang van de nationale procedureregels die ambtshalve toepassing onmogelijk maken. Deze toets zal in beginsel (pas) in het voordeel van ambtshalve toepassing uitvallen wanneer een rechthebbende (bijvoorbeeld door een strenge fatale termijn) anders geen enkele mogelijkheid zou hebben om een regel van EU-recht in te roepen.¹⁶⁴ Hierbij is terughoudendheid op zijn plaats.¹⁶⁵

Wat betekent dit in de Nederlandse context? Voor een antwoord op die vraag moet worden onderscheiden tussen het aanvullen van rechtsgronden, het aanvullen van de feitelijke grondslag van het geschil en het aanvullen van feiten. Zowel in het bestuursrecht als in het privaatrecht geldt een verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen.¹⁶⁶ Die verplichting zal zich dus ook uitstrekken tot gronden gebaseerd op EU-recht. Te denken valt dan vooral aan de situatie dat een eiser zich ten onrechte beroept op artikel 107 lid 1 VWEU in plaats van het rechtstreeks werkende artikel 108 lid 3 VWEU. Anders dan in bijvoorbeeld Frankrijk het geval was levert dit in Nederland overigens geen problemen op.¹⁶⁷

Interessanter is de vraag of de Nederlandse rechter aan het staatssteunrecht kan (of moet) toetsen wanneer het in het geheel niet is ingeroepen maar de feiten daartoe wel aanleiding geven. Het antwoord op deze vraag is voor het bestuursrecht betrekkelijk makkelijk. Zoals gezegd beperkt de verplichting tot ambtshalve toetsing zich in het bestuursrecht tot voorschriften van openbare orde die niet met het staatssteunrecht vergelijkbaar zijn.¹⁶⁸ Op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel hoeft het staatssteunrecht dus niet ambtshalve te worden getoetst. In 2005 heeft het CBb de prejudiciële vraag gesteld of het doelmatigheidsbeginsel de Nederlandse bestuursrechter desondanks verplicht om materiële Unierechtelijke regels ambtshalve te toetsen.¹⁶⁹ Het Hof heeft,

163 Dit volgt uit het gelijkwaardigheidsbeginsel in combinatie met het loyaliteitsvereiste. Zie ook Jans, Prechal en Widdershoven 2011, p. 47. Deze regel wordt wel aangeduid als 'nationale bevoegdheid = Europese verplichting' (bijv. Van den Brink 2012, p. 131) of de 'mogen-is-moeten-regel' (bijv. Ancery 2012, p. 80).

164 HvJ EU 14 december 1995, nr. C-312/93 (*Peterbroeck*); Brugman 2010, p. 86-8; Van de Griend 2007, p. 54. Vgl. Recenter: HvJ EU 3 oktober 2013, nr. C-32/12 (*Duarte*), r.o. 34-41, instemmend becommentarieerd door Hartkamp 2015.

165 Brugman 2010, p. 217; Engström 2008, p. 81; Eliantonio 2008, p. 111.

166 Zie in dit hoofdstuk § 5.3.2 en § 5.3.6.

167 In Frankrijk zijn wel staatssteunberoepen gestrand op het inroepen van het verkeerde artikel. Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 6; Chérot 2009, p. 177.

168 Zie in dit hoofdstuk § 5.3.6.

169 CBb 17 mei 2005, *JB* 2005, 241, m.nt. Timmermans, *AB* 2005, 282 m.nt. Veen, *JIN* 2005, 366 m.nt. Timmermans.

in het licht van de beperkte plaats van ambtshalve toetsing in het Nederlandse bestuursrecht, in het arrest *Van der Weerd* ontkennend geantwoord.¹⁷⁰ Hiervan mag in het bestuursrecht dus worden uitgegaan.¹⁷¹

In het burgerlijk recht ligt het iets gecompliceerder. Ook hier geldt dat het EU-recht de burgerlijke rechter niet zonder meer verplicht om buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden.¹⁷² Complicerend is echter dat – sterker dan in het bestuursrecht – de vraag kan worden gesteld of het staatssteunrecht van openbare orde is in de zin van artikel 25 Rv.¹⁷³ Voorop kan worden gesteld dat het Hof zich hierover nog niet direct of indirect heeft uitgelaten.¹⁷⁴ Dat deed het Hof bijvoorbeeld wel ten aanzien van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten,¹⁷⁵ waarover het Hof heeft geoordeeld dat de bescherming van de zwakkere en mogelijk onwetende consument ambtshalve toetsing kan verlangen.¹⁷⁶

Of de door een schending van de staatssteunregels gedupeerde derde op dit punt met consumenten gelijk gesteld kan worden, valt te betwijfelen. Wel kan mogelijk een relevante parallel worden getrokken met artikel 101 VWEU,

170 HvJ EU 7 juni 2007, nr. C-220/05 t/m C-225/05 (*Van der Weerd*). Met Gerbrandy en Verhoeven zie ik in het arrest T-mobile geen aanleiding om op dit punt tot een andere conclusie te komen. A. Gerbrandy en M.J.M. Verhoeven, 'Noot bij HvJ EU (2009-06-04)(Bewijsvermoeden bij art. 81 EG onderdeel van materieel begrip)', *AB* 2009, 273, aant. 5-6.

171 Zie ook CbB 19 december 2008, ECLI:NL:CBB:BH2627, r.o. 3.2. De Afdeling was, zonder prejudiciële vragen te stellen, al van deze lezing uitgegaan. ABRvS 2 maart 2004, *AB* 2004, 152, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Recent nog: ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:86 (*Omgevingsvergunning Haaksbergen*), r.o. 81; ABRvS 6 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2014:BZ3338, r.o. 4. In de literatuur is nog wel de vraag gesteld of de jurisprudentie van het Hof in consumentenzaken, waarin de bescherming van de zwakkere partij een belangrijke rol speelt, zou kunnen betekenen dat de bestuursrechter bij wijze van ongelijkheidscompensatie ook tot ambtshalve toetsing verplicht zou zijn. Die vraag is echter ontkennend beantwoord. Engström 2008, p. 81-4. Keus 2011, p. 147, merkt op dat het Hof zelf ook niet ambtshalve toetst aan regels van materieel EU-recht.

172 HvJ EU 14 december 1995, nr. C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*), r.o. 22.

173 Vgl. Ancery 2012, p. 166; Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6548, r.o. 2.13.3 en prejudiciële vraag Va.

174 Vooruitlopend op de volgende paragrafen kan worden opgemerkt dat de rechtbank Rotterdam in eerste aanleg in de zaak *Residex* wel uitging van de plicht om het staatssteunrecht ambtshalve te toetsen. Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6904 (*Residex*), r.o. 5.10.

175 Richtlijn 93/13/EEG (richtlijn oneerlijke bedingen) (m.n. art. 6).

176 De eerste drie – en meest aangehaalde – zaken zijn: HvJ EU 27 juni 2000, nr. C-240/98 t/m C-244/98 (*Océano*); HvJ EU 21 november 2002, nr. C-473/00 (*Codifis*); HvJ EU 26 oktober 2006, nr. C-168/05 (*Mostaza Claro*). Deze arresten gaan uit van de gedachte van bescherming van de consument; zonder ambtshalve toetsing zou hij door onwetendheid of om andere redenen waarschijnlijk geen bescherming kunnen krijgen van de bepalingen die juist expliciet zijn bescherming willen waarborgen. Ancery 2012, p. 110 ziet hierin een belangrijke invloed van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. De Hoge Raad legt de jurisprudentie van het Hof (m.i. terecht) zo uit dat de ambtshalve toetsing in de context van de bescherming van consumenten voortvloeit uit het effectiviteitsbeginsel. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236. Anders: Snijders 2014, p. 116.

dat ziet op verboden kartelafspraken. Over de verplichting om ook deze bepaling al dan niet ambtshalve toe te passen heeft in de literatuur een uitgebreide discussie plaatsgevonden, die nog niet tot consensus heeft geleid. In deze discussie komt een belangrijke rol toe aan de arresten *Manfredi* en *T-mobile*. Het Hof heeft daar in een *obiter dictum* geoordeeld dat artikel 101 VWEU moet worden gezien als ‘een voor de vervulling van de taken van de [EU] onontbeerlijke bepaling van openbare orde, die door de nationale rechter ambtshalve moet worden toegepast’.¹⁷⁷ Uit deze uitspraken wordt aan de ene kant logischerwijs afgeleid dat artikel 101 VWEU (ook) naar Nederlands recht van openbare orde is en, belangrijker in deze context, ambtshalve moet worden toegepast.¹⁷⁸

Die opvatting wordt echter aan de andere kant op goede gronden bestreden.¹⁷⁹ Bij de huidige stand van het recht lijkt mij dit terecht; er moet niet te snel van worden uitgegaan dat het Hof aan dit *obiter dictum* – de vraag naar ambtshalve toetsing was in de zaak *T-mobile* juist niet aan de orde – zonder verdere onderbouwing – zoals dat ten aanzien van het consumentenrecht wél het geval was – dergelijke principiële consequenties heeft willen verbinden. Zoals gezegd past hier terughoudendheid. Daar komt bij dat het Hof van Justitie naar aanleiding van een prejudiciële vraag van het hof Amsterdam de mogelijkheid heeft gehad om zich over de status van artikel 101 VWEU expliciet uit te laten, en daarvan geen gebruik heeft gemaakt.¹⁸⁰ Dit gezegd hebbende: ook als wel komt vast te staan dat artikel 101 VWEU door de nationale rechter ambtshalve moet worden toegepast, is het nog niet zeker of de parallel tussen artikel 101 VWEU en artikel 108 lid 3 VWEU gerechtvaardigd is en dus ook dat dit laatste artikel waar nodig buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou moeten worden toegepast.¹⁸¹

177 HvJ EU 4 juni 2009, nr. C-8/08 (*T-mobile*), r.o. 49, met verwijzing naar HvJ EU 1 juni 1999, nr. C-126/97 (*Eco Swiss*), r.o. 36 en 39; HvJ EU 13 juli 2006, nrs. C-295/04-298/04 (*Manfredi*), r.o. 31 en 39.

178 Onder andere: Asser/Hartkamp 2015 (3-I), aant. 127; Hartkamp 2014, p. 417-8; Hartkamp 2013, p. 13-7; Ancery 2012, p. 168; Van Mierlo 2016 (T&C Rv, art. 25), aant. 2b; Van Aerde 2009, p. 141.

179 Onder andere: Snijders 2014, m.n. p. 106; Zippro 2009, p. 272; A. Gerbrandy en M.J.M. Verhoeven, ‘Noot bij HvJ EU (2009-06-04)(Bewijsvermoeden bij art. 81 EG onderdeel van materieel begrip)’, *AB* 2009, 273, aant. 5-6; Snijders 2008. In ieder geval kan worden betoogd dat over de betekenis van de arresten nog weinig duidelijkheid bestaat. Vgl. Keus 2011, p. 154; M.R. Mok, ‘Noot bij HvJ EU (2009-06-04)(Begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging)’, *NJ* 2009, 432, aant. 3.

180 Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6548, vraag Va; HvJ EU 7 november 2013, nr. C-518/11 (*UPC Nederland BV*), r.o. 64. Dat is anders in het hierboven al genoemde consumentenrecht, waar wél duidelijk is geoordeeld en onderbouwd dat een noodzaak tot ambtshalve toetsing bestaat. Zie bijv. HvJ EU 4 oktober 2007, nr. C-429/05 (*Rampion*), r.o. 61 met verwijzingen.

181 Op basis van de door Ancery geschetste elementen zou ik menen van wel, hoewel de door hem gesignaleerde eis dat de bepaling rechtstreekse gevolgen teweeg brengt in de betrekking tussen partijen in het geval van het staatssteunrecht niet kan worden vertaald naar de eis

Hartkamp heeft op grond van artikel 25 Rv verdedigd dat de verplichting tot ambtshalve toepassing ook zou moeten gelden voor wetsbepalingen die niet van openbare orde zijn, maar wel leiden tot absolute nietigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen.¹⁸² Dit zou dan ook kunnen gelden voor de nietigheid op grond van artikel 108 lid 3 VWEU.¹⁸³ Zoals hij zelf aangeeft, is deze opvatting in Nederland geen heersende leer.¹⁸⁴ Het gaat de reikwijdte van dit al omvangrijke onderzoek te buiten om op deze interessante discussie verder in te gaan. Wel kan worden opgemerkt dat deze discussie mooi demonstreert hoe de mate waarin het Unierecht in de nationale rechtsorde doorwerkt afhankelijk kan zijn van de strekking en interpretatie van het nationale recht, nog los van de daaraan door het Unierecht te stellen eisen.

De volgende belangrijke vraag is of de rechter in staatssteunzaken een actievere rol kan vervullen door dóór te vragen naar elementen waarover te weinig is gesteld of door ambtshalve de feiten aan te vullen. Ook hier leveren het bestuursrecht en het privaatrecht verschillende antwoorden op. De burgerlijke rechter is op grond van artikel 149 Rv op zijn minst in theorie niet bevoegd om ambtshalve feiten aan te vullen. Het gerechtshof Amsterdam heeft daarom ook de prejudiciële vraag gesteld, mocht het zo zijn dat de rechter artikel 101 VWEU ambtshalve buiten de rechtsstrijd zou moeten toepassen, hij hiertoe ook verplicht is indien deze toepassing (mogelijk) leidt tot aanvulling van de feiten in de zin van artikel 149 Rv.¹⁸⁵ Ook hier is het Hof niet aan beantwoording van de vraag toegekomen.¹⁸⁶ Dat neemt zoals gezegd niet weg dat de burgerlijke rechter wel degelijk actiever kan – en binnen de grenzen van zijn bevoegdheden eventueel ook moet – doorvragen om partijen de gelegenheid te geven om de relevante feiten boven tafel te krijgen.

De bestuursrechter is op grond van artikel 8:69 lid 3 Awb wel bevoegd om ambtshalve de feiten aan te vullen. Dat betekent volgens mij niet dat uit de ‘bevoegdheid is verplichting’-leer uit het *Van der Weerd*-arrest voor de bestuursrechter een verplichting voortvloeit om ten behoeve van de kwalificatie van een steunmaatregel zelf het feitenonderzoek te verrichten. Zoals in § 5.3.6 is beschreven gaat dat de strekking van artikel 8:69 lid 3 Awb te buiten. Dat

dat sprake is van directe horizontale werking. Ancery 2012, p. 177. Mamut en Paterno 2009, p. 348, benaderen de vraag naar de ambtshalve toepassing van de standstillbepaling vanuit de vraag of deze bepaling de bescherming van concurrenten tot doel heeft (dan is ambtshalve toepassing niet op zijn plaats), of juist de *effet utile* van de aanmeldingsplicht (dan zou wel ambtshalve moeten worden getoetst).

182 Hartkamp 2013, p. 140; Asser/Hartkamp 2015 (3-I), aant. 128.

183 Hartkamp 2014, p. 418. Over de nietigheid van steunverlenende handelingen, zie nader in hoofdstuk 7 § 7.2.5.2.

184 Asser/Hartkamp 2015 (3-I), aant. 128.

185 Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6548, r.o. 2.14.

186 HvJ EU 7 november 2013, nr. C-518/11 (*UPC Nederland*), r.o. 64: gezien de beantwoording van de overige door het hof gestelde vragen hoefde aan de beantwoording van deze vraag niet meer te worden toegekomen.

neemt niet weg dat de toepassing van de bevoegdheden onder artikel 8:69 lid 3 Awb nodig kan zijn wanneer het er om gaat, een gebrek aan informatie bij een zich op het staatssteunrecht beroepende derde te compenseren.¹⁸⁷

Een laatste opmerking geldt de – buiten de reikwijdte van dit hoofdstuk vallende – eventuele verplichting van de belastingrechter om ambtshalve aan het staatssteunrecht te toetsen. Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde kwam, kunnen schendingen van de staatssteunregels in fiscale zaken namelijk gemakkelijk buiten beeld blijven omdat het justitiabelen daarbij doorgaans aan een prikkel of het vereiste belang zal ontbreken.¹⁸⁸ Er zijn dan ook stemmen opgegaan dat het Unierecht de belastingrechter onder omstandigheden tot ambtshalve toetsing van de staatssteunregels verplicht. Zo heeft A-G Wattel uit de *FNCE*-uitspraak van het Hof van Justitie afgeleid ‘dat de nationale rechter zonodig van ambtswege onderzoekt of sprake is van niet-aangemelde steun’.¹⁸⁹ Dit uitgangspunt lijkt ook te zijn omarmd door de Hoge Raad, hoewel deze in de rechtspraak van het Hof geen verplichting leest om in cassatie nieuw feitenonderzoek te doen, ‘hetgeen aan de Hoge Raad naar regels van nationaal recht niet is toegestaan.’ Hoe ver de verplichting om de rechtstreeks werkende staatssteunregels ambtshalve toe te passen volgens de Hoge Raad dan wel reikt, wordt uit deze jurisprudentie dan ook nauwelijks duidelijk.¹⁹⁰ Ook Luja heeft betoogd dat de opschortingsplicht, als bepaling van openbare orde, vermoedelijk ambtshalve zou moeten worden toegepast. In de verplichting van de nationale rechter om de nuttige werking van de standstillbepaling te beschermen ziet hij zelfs aanleiding om op dit punt de lijn die in het *Van der Weerd*-arrest uiteen is gezet in staatssteunzaken te verlaten. Op zijn minst, aldus Luja, ligt het voor de hand dat over het al dan niet bestaan van een dergelijke verplichting een prejudiciële vraag wordt gesteld.¹⁹¹

Het verdient opmerking dat enkele rechters uit andere EU-lidstaten ambtshalve een prejudiciële vraag hebben gesteld over de toepassing van de staatssteunregels op een bij hen aanhangig geschil.¹⁹² Op één uitzondering na heeft het Hof

187 Zie in dit hoofdstuk § 5.4.1. Dat past ook goed in het bestuursprocesrecht; de bevoegdheid op grond van art. 8:69 lid 3 Awb kan immers zoals gezegd worden toegepast om ongelijkheid tussen de partijen te compenseren. MvA II, *Parl. Gesch. Awb II*, p. 464.

188 Zie in hoofdstuk 3, § 3.5.6.

189 Conclusie van A-G Wattel 22 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2206 (*X/Staatssecretaris van Financiën*), ov. 8.10, met verwijzing naar HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 11-4. Mij is niet geheel duidelijk hoe die gevolgtrekking uit deze uitspraak volgt.

190 HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7849 (*Precariobelasting*), r.o. 4.2; HR 17 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1841, r.o. 3.15-3.16. Kritisch: Luja 2014, p. 101, die opmerkt dat de Hoge Raad ook had kunnen (en waarschijnlijk moeten) kiezen om de zaak op grond van art. 29e lid 2 AWR naar het gerechtshof te verwijzen, zonder dat partijen daarmee tekort zou zijn gedaan.

191 Luja 2014, p. 101-3.

192 HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-66/14 (*Finanzamt Linz*), r.o. 20-4; HvJ EU 18 juli 2013, nr. C-6/12 (*P Oy*); HvJ EU 8 september 2011, nrs. C-78/08 t/m C-80/08 (*Paint Graphos*); HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*).

deze vragen ontvankelijk geacht en beantwoord.¹⁹³ Dat betekent echter zeker niet dat het Hof impliciet uitgaat van een verplichting tot ambtshalve toetsing van de staatssteunregels. Nog los van de vraag of de mogelijkheid of plicht tot ambtshalve toetsing niet al voortvloeide uit het relevante nationale recht, is het namelijk niet de taak van het Hof om te toetsen of de verwijzingsbeschikking in overeenstemming is met de nationale regels over de rechterlijke organisatie en de procesgang.¹⁹⁴ Het Hof heeft ook overigens niet de kans aangegrepen om zich in deze uitspraken over de wenselijkheid van of een verplichting tot ambtshalve toetsing van het staatssteunrecht uit te laten.

5.4.6 Europese eisen wanneer de overheid zich op de standstillbepaling beroept

De hierboven beschreven Europese eisen aan het nationale procesrecht zijn door het Hof van Justitie vooral ontwikkeld in de context van gevallen waarin justitiabelen zich tot de rechter wenden om aan het Europese recht (in dit geval: de standstillbepaling) daadwerkelijk bescherming te ontfangen. Inmiddels is het duidelijk dat deze eisen ook gelden wanneer het gaat om het effectueren van verplichtingen die uit het Europese recht voortvloeien.¹⁹⁵ Dat is belangrijk, want in de Nederlandse staatssteunrechtelijke jurisprudentie komt het regelmatig voor dat de overheid als normadressaat een beroep doet op de standstillbepaling.

Op het moment dat de nationale rechter in een dergelijk geschil wil beoordelen of sprake is van staatssteun, rust op hem onverkort de verplichting om de nuttige werking van de standstillbepaling te eerbiedigen.¹⁹⁶ Hoewel de hierboven beschreven eisen zijn geschreven in de context waarin een derde de bescherming van de standstillbepaling inroept, ligt het daarom voor de hand dat zij ook van toepassing zijn wanneer de overheid zich op het staatssteunrecht beroept. Aangezien ook de overheid zich op het staatssteunrecht mag beroepen,¹⁹⁷ is er geen reden om aan te nemen dat de rol van de rechter bij de beoordeling of sprake is van staatssteun uit Europees perspectief zou verschillen afhankelijk van wie dat aanvoert.

193 De niet-ontvankelijkheid werd uitgesproken in HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-66/14 (*Finanzamt Linz*), r.o. 20-4. Het bleek relevant of de partijen in het geschil bij de beantwoording van de (ambtshalve gestelde) vraag baat kunnen hebben.

194 HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*), r.o. 19, met verwijzingen.

195 Van den Brink 2012, p. 120; Geursen 2009, p. 135; HvJ EU 5 maart 1980, zaak 265/78 (*Ferwerda*), r.o. 10; HvJ EU 21 september 1983, gevoegde zaken 205/82-215/82 (*Deutsche Milchkontor*), r.o. 19; HvJ EU 19 september 2002, zaak C-336/00 (*Huber*), r.o. 55.

196 Zie in hoofdstuk 2, § 2.6.1.1.

197 Zie in hoofdstuk 4 § 4.3.3.

5.4.7 Tussenconclusie

Een van de belangrijkste taken van de nationale rechter in staatssteunzaken is het kwalificeren van een bestreden maatregel om te beoordelen of sprake is van onrechtmatige staatssteun.¹⁹⁸ De vraag hoe de rechter dat moet doen, hangt grotendeels af van zijn eigen procesrecht. Of een geschil zich afspeelt voor de bestuursrechter of voor de burgerlijke rechter, en in kort geding of in een bodemzaak, is dus cruciaal. Althans, tot op zekere hoogte, want de rechter is natuurlijk wel gebonden aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Het hangt van de concrete omstandigheden van het geval af wanneer het nationale procesrecht moet wijken, maar een paar hoofdregels kunnen al worden gedestilleerd. Het is in ieder geval duidelijk dat de Nederlandse rechter binnen de grenzen van zijn procesrecht een helpende hand moet bieden wanneer degene die het bewijs moet leveren daartoe buiten zijn schuld niet in staat is. Hoe de rechter dit kan doen, hangt af van de mogelijkheden die het procesrecht hem biedt.

Het is ook duidelijk dat de rechter niet al bij twijfel over mogelijke staatssteun maatregelen moet treffen zoals de terugvordering of opschorting van de vermeende steun. Het moet daadwerkelijk vaststaan dat sprake is van staatssteun. Wanneer dat het geval is en wie ervoor verantwoordelijk is dat dit komt vast te staan, is weer een kwestie van nationaal recht, natuurlijk binnen de grenzen van het gelijkwaardigheids- en effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat kan ertoe leiden dat de beoordeling of sprake is van staatssteun bijvoorbeeld in kort geding minder diepgaand is dan in een bodemprocedure. Het Hof lijkt daartegen geen principiële bezwaren te hebben. Het is wel de vraag of het Hof een benadering toestaat zoals die in het bestuursrecht wel wordt toegepast, waarbij in sommige gevallen niet wordt onderzocht of een Unierechtelijke norm is geschonden, maar wordt volstaan met het oordeel dat een besluit onzorgvuldig is voorbereid of onvoldoende is gemotiveerd. Op die vraag wordt later in dit hoofdstuk nog in meer detail ingegaan. Een andere vraag is of de rechter de standstillbepaling ook ambtshalve moet toepassen. In het geval van het bestuursrecht mag worden aangenomen dat dit niet het geval is. Voor wat betreft het burgerlijk recht is het echter zeker nog denkbaar dat, bijvoorbeeld naar aanleiding van een prejudiciële vraag, toch blijkt dat de standstillbepaling zo wezenlijk is dat daaraan zelfs moet worden getoetst wanneer geen van de partijen zich erop heeft beroepen.

Het bovenstaande geldt in ieder geval voor de in de jurisprudentie van het Hof best uitgewerkte situatie dat een derde bij de rechter de bescherming van de standstillbepaling inroept. Wanneer het de overheid zelf is die zich op het staatssteunrecht beroept, geldt eveneens de nationale procedurele

¹⁹⁸ Hoe belangrijk deze taak is, blijkt ook uit HvJ EU 13 juni 2006, nr. C-173/03 (*Traghetti del Mediterraneo*), r.o. 37-40.

autonomie met haar grenzen op basis van het gelijkwaardigheidsbeginsel, het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. In het concrete geval kan dit vanwege het toepasselijke nationale recht, de processuele en feitelijke positie van de overheid tot andere resultaten leiden.

5.5 KWALIFICATIE VAN STAATSSTEUN IN DE NEDERLANDSE JURISPRUDENTIE

Met deze achtergrondschets kan worden toegekomen aan de voor dit hoofdstuk belangrijkste vraag, namelijk hoe de Nederlandse rechter beoordeelt of in een specifieke casus sprake is van (onrechtmatige) staatssteun. Eerst wordt ingegaan op de burgerlijke rechter (§ 5.5.1 en 5.5.2) en vervolgens op de bestuursrechter (§ 5.5.3 en 5.5.4).

5.5.1 Burgerlijke rechter: een derde beroept zich op het staatssteunrecht

Het meest voorkomende staatssteungeschil in bodemzaken voor de burgerlijke rechter betreft zaken waarin de overheid wordt verweten het staatssteunrecht te hebben geschonden door aan een ander een voordeel toe te kennen.¹⁹⁹ Degene die zich op het staatssteunrecht beroept, de gedupeerde derde, zal dan bijvoorbeeld vorderen dat de vermeende steun wordt teruggedraaid of stopgezet, of dat de vermeend steunverlenende overheid wordt veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding. Op grond van artikel 150 Rv draagt deze partij voor de gestelde feiten of rechten in beginsel ook de bewijslast.

5.5.1.1 Feitenvaststelling door de burgerlijke rechter

Op basis van de bestudeerde jurisprudentie van de burgerlijke rechter kunnen twee constateringenvoorop worden gesteld. Ten eerste bevestigt deze jurisprudentie dat een derde die zich op het staatssteunrecht wil beroepen, de stelplicht en zo nodig ook de bewijslast draagt met betrekking tot elk van de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU.²⁰⁰ Die benadering wordt overigens niet in

¹⁹⁹ Zie bijlage I.

²⁰⁰ Expliciet in: Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675 (*Sita Nederland*), r.o. 4.27; Rb Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3569 (*P1 Holding*), r.o. 4.14; Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2032 (*EWf*); Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2009:BF7031 (*P1 Holding*), r.o. 3.7.1 en 3.7.3. Ook: Rb Amsterdam 9 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591 (*MuzyQ*), r.o. 4.13; Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.7.

alle EU-lidstaten gekozen.²⁰¹ Ook het Hof van Justitie wil de stelplicht in sommige gevallen, bijvoorbeeld wanneer aan het beginsel van de private markt-investeerder zou zijn voldaan, wel eens op de overheid zelf leggen – hoewel de parallel niet helemaal zuiver opgaat omdat de wederpartij in zulke gevallen niet een derde is maar de Europese Commissie.²⁰²

Ten tweede hebben de door de eisende concurrenten aangevoerde stellingen en eventuele bewijsmiddelen de rechters in geen van de ruim zestig bestudeerde gevallen van het bestaan van onrechtmatige staatssteun overtuigd. De vorderingen worden in deze procedures doorgaans afgewezen omdat zij niet toewijsbaar zijn, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat de zich op het staatssteunrecht beroepende derde niet aan haar stelplicht heeft voldaan.²⁰³ Een dergelijk oordeel valt in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter ook regelmatig buiten staatssteungeschillen te zien.²⁰⁴ De afwijzing van de vordering in de bestudeerde uitspraken kan eraan liggen dat de stellingen niet worden onderbouwd, dat zij onvoldoende worden onderbouwd om de vorderingen te dragen, of dat zij niet leiden tot de kwalificatie staatssteun.²⁰⁵

Een mooi voorbeeld voor alle drie de situaties biedt de zaak *Shanks*.²⁰⁶ Shanks stelt dat vermeend steunontvanger Attero voor het verwerken van GFT-afval hogere dan marktconforme tarieven ontvangt en heeft ontvangen. Concreet voert Shanks aan dat Attero met een tarief van €55 per ton GFT-afval ligt boven het markttarief van €30 tot €35 per ton dat volgens een rapport van de ACM²⁰⁷ op dat moment geldt. Deze onderbouwing acht de rechtbank onvoldoende. Eerst constateert de rechter dat Shanks buiten het benoemen dat Attero eerder een nog hoger tarief heeft gehanteerd, niets heeft aangevoerd over het al dan niet marktconform zijn van deze eerdere tarieven in enige periode in het verleden. Die periode kan dus buiten beschouwing blijven. Vervolgens overweegt de rechtbank dat het tarief van Attero een all-inclusive tarief is, inclusief op- en overslag. De op- en overslag middelt de rechter naar aanleiding van de stellingen van Shanks op €10. Aangezien

201 De hoogste Oostenrijkse burgerlijke rechter heeft bijvoorbeeld geoordeeld dat, wanneer een overheidsorgaan grond verkoopt en daarvoor een taxatie heeft laten uitvoeren door de eigen werknemers, dat overheidsorgaan bewijs moet aanleveren voor hun onafhankelijkheid. Rumersdorfer 2011, p. 191. De 'Nederlandse' benadering laat zich ook in andere rechtsgebieden zoals het mededingingsrecht zien. Lierop en Pijnacker Hordijk 2007, p. 68.

202 HvJ EU 5 juni 2012, nr. C-124/10 P (*Commissie/EDF*), r.o. 104.

203 Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.14 en, explicieter, r.o. 4.5. Vgl. Van den Brink 2008, p. 91. Zie ook Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*), r.o. 3.7.3: P1 heeft haar stelling 'onvoldoende onderbouwd', zodat de stelling zal worden gepasseerd 'zonder dat P1 tot bewijslevering hoeft te worden toegelaten'. Vgl. in het reguliere mededingingsrecht: Braeken en Eijberts 2015, p. 58.

204 Ashmann 2010, p. 9. Kritisch daarover: Asser 2012, p. 107.

205 Vgl. algemeen in het burgerlijk procesrecht: Asser/Van Schaick 2011 (Procesrecht), aant. 94. Beenders 2012 (T&C Rv), art. 149, aant. 2b.

206 Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*).

207 De Autoriteit Consument en Markt. Destijds: de Nederlandse Mededingingsautoriteit, NMa.

Attero haar (inclusieve) tarief vanaf juni 2012 heeft verlaagd naar € 45, concludeert de rechtbank dat het niet-inclusieve tarief van € 35 vanaf dat moment binnen de bandbreedte van de ACM valt. Over blijft de periode waarin Attero het tarief van € 55 per ton hanteerde. Daarover oordeelt de rechtbank dat Shanks onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld dat de vergelijking met het 'normale' markttarief daadwerkelijk betrekking had op vergelijkbare diensten die voor dit tarief worden verricht. Daarbij denkt de rechtbank bijvoorbeeld aan eisen op het gebied van duurzaamheid en milieubelasting.

Het komt met andere woorden voor dat een eiser over bepaalde elementen van het begrip staatssteun niets heeft gesteld of zich heeft beperkt tot een blote stelling zonder onderbouwing.²⁰⁸ Van eisers in staatssteunzaken mag volgens de burgerlijke rechter meer worden verwacht: 'Het had op de weg van [eisers] gelegen – die immers al sedert 2005 de vuilnisinzameling in de gemeente Leeuwarden en FM NW onder het vergrootglas leggen – om met concrete voorbeelden aan te geven op welke punten FM NW in de fout zou gaan'.²⁰⁹ Daartegenover staan zaken waar de rechter *inhoudelijk* beoordeelt of de gestelde feiten de conclusie rechtvaardigen dat sprake is van staatssteun. Te denken valt aan de situatie dat de rechter zelf gaat 'rekenen' of de in een procedure betwiste vergoeding inderdaad zoals gesteld hoger is dan de marktprijs, en concludeert dat dit niet het geval is. In dat geval zijn de stellingen van een eiser niet per se onvoldoende concreet, maar leiden zij niet tot de kwalificatie staatssteun.²¹⁰ Tot slot komt het voor dat een eiser zijn stellingen weliswaar in enige mate heeft onderbouwd, maar onvoldoende om zijn vorderingen te dragen. Te denken valt aan de mogelijkheid dat een onderneming weliswaar aannemelijk heeft gemaakt dat haar concurrent voor bepaalde diensten een bedrag boven de marktprijs ontvangt, maar niet kan aantonen dat deze marktprijs daadwerkelijk betrekking heeft op diensten die vergelijkbaar zijn met de door de concurrent uitgevoerde diensten.²¹¹

208 Rb Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5878 (*Stichting Energy Claim*), r.o. 4.18; Rb Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLLE:2012:BY5837 (*Eigen Veerdienst Terschelling*), r.o. 17.3. Vgl. Rb Amsterdam 9 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591 (*MuzyQ*), r.o. 4.13; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675 (*Sita Nederland*), r.o. 4.31; Rb Assen 30 mei 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW7185 (*Apotheek X*), r.o. 4.9; Rb Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3569 (*P1 Holding*), r.o. 4.17; Rb Middelburg 14 januari 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BH9867 (*Beursgebouw Vlissingen*).

209 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675 (*Sita Nederland*), r.o. 4.32.

210 Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.11. Zie ook: Rb Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLLE:2012:BY5837 (*Eigen Veerdienst Terschelling*), r.o. 17.3 en 17.4; Rb 's-Gravenhage 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN4777, r.o. 4.22. Vgl. Hof 's-Gravenhage 5 juni 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6256 (*Orange Nederland*), r.o. 11.

211 Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.12. Vgl. Rb Assen 30 mei 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW7185 (*Apotheek X*), r.o. 4.9; Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLLE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*), r.o. 4.49.

Met name uit de laatste categorie zaken valt af te leiden welke eisen de burgerlijke rechter stelt aan de ‘concreetheid’ van de stellingen van de partij die zich op een schending van het staatssteunrecht beroept. Het blijkt dat een eiser er niet mee kan volstaan, te stellen dat andere marktpartijen of hijzelf vergelijkbare diensten tegen een lagere prijs aanbieden dan de vermeende steunontvanger in rekening brengt. Om de rechter ervan te overtuigen dat de door de vermeende steunontvanger ontvangen vergoeding niet-marktconform is, dient een specifieke vergelijking te worden gemaakt tussen de concreet geleverde diensten en de context waarbinnen zij zijn geleverd.²¹²

Makkelijk lijkt dat niet te zijn. Het verdient opmerking dat de rechtbank Limburg in een na de bestudeerde periode gepubliceerde uitspraak een vordering heeft afgewezen die strekte tot het op grond van artikel 843a Rv veroordelen van een onderneming tot het verstrekken van bepaalde stukken. In deze stukken zou informatie besloten liggen over tussen de onderneming en de gemeente Heerlen gemaakte vermeend steunverlenende afspraken. Eiseressen in deze zaak hadden die informatie al via een Wob-verzoek opgevraagd, maar daarbij waren bepaalde delen ‘van feitelijke en financiële aard’ weggelakt. De rechtbank heeft geoordeeld dat het eiseressen bij de vordering aan belang ontbrak. Zij zouden onvoldoende hebben gesteld en onderbouwd dat de weggelakte gegevens nodig zijn voor het leveren van het bewijs van onrechtmatige staatssteun en/of enige onrechtmatige daad. Evenmin zou blijken dat de informatie nodig is voor het bepalen van de marktwaarde. Ten slotte zouden eiseressen niet in bewijsnood verkeren, ‘omdat ook gemeentebesturen zouden kunnen verklaren omtrent de (betekenis van) de weggelakte bedragen’ – dit ondanks de omstandigheid dat eiseressen hadden gesteld dat de informatie juist nodig was voor het effectief kunnen horen van deze ambtenaren. Het is niet wijs om uit een enkele uitspraak als deze al te vergaande conclusies te verbinden. In ieder geval wijst deze uitspraak niet op een overmatige bereidheid om justitiabelen in de gelegenheid te stellen om toegang te krijgen tot de – volgens hen voor een onderbouwing van een staatssteunargument noodzakelijke – specifieke informatie.²¹³

In deze zaak, waarin Sita Nederland aangaf dat in een andere, ‘vergelijkbare’, gemeente tegen een veel lagere prijs afval werd ingezameld, had de eiser volgens de rechtbank moeten ingaan op het inzamelgebied, het inzamelsysteem, de bebouwing en de infrastructuur binnen de andere gemeente. Vgl. hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675 (*Sita Nederland*), r.o. 4.29; Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2032 (*EWf*), onder ad (4).

212 In één uitspraak, waarin weliswaar niet het bestaan van staatssteun wordt aangenomen omdat een interstatelijk effect zou ontbreken, neemt de rechter wél aan dat van een niet-marktconform voordeel sprake is, terwijl bij gebrek aan concrete gegevens ‘niet een precieze vergelijking’ kan worden gemaakt tussen de marktconforme lening en de lening die een onderneming daadwerkelijk heeft gekregen. Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*), r.o. 4.17.

213 Rb Limburg 9 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10461 (*Stichting Laurentius en Petronella*), r.o. 4.10-4.11.

Ondanks het lage slagingspercentage van staatssteunberoepen ontstaat uit de bestudeerde jurisprudentie het beeld dat de burgerlijke rechter de aangevoerde stellingen, betwistingen en de onderbouwing daarvan over het algemeen uitvoerig bespreekt.²¹⁴ Daaruit kan worden afgeleid dat concurrenten hun staatssteunargumenten over de band genomen vrij uitgebreid onderbouwen en dat deze stellingen tegelijkertijd vrij uitvoerig worden betwist – hoewel dit nog niet hoeft te betekenen dat de argumenten ook voldoende zijn uitgewerkt om telkens aan de stelplicht te voldoen.²¹⁵ Anders zou ook de rechter op grond van artikel 24 Rv met een veel kortere motivering kunnen (en moeten) volstaan. Dit wijst er ook op dat de burgerlijke rechter in staatssteunzaken zijn taak om naar aanleiding van de vorderingen tot een inhoudelijk en afgewogen oordeel te komen (artikel 23 Rv) serieus opvat. Dat dit voor de appellant niet tot succes leidt, is een tweede. Het is een logisch gevolg van artikel 24 Rv dat partijen hun stellingen moeten onderbouwen en niet zomaar kunnen volstaan met een blote stelling of een plausibel begin van een onderbouwing.²¹⁶

Terzijde: als het in zaken waarin expliciet een beroep op het staatssteunrecht wordt gedaan al moeilijk is om te bepalen of de betrokken maatregel als staatssteun kwalificeert, zou men zich kunnen afvragen welke toegevoegde waarde de hierboven genoemde mogelijkheid tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden zou hebben, dus in gevallen waarin de partijen niet expliciet zelf de standstillbepaling betrekken.²¹⁷ Voorbeelden van ambtshalve toetsing aan de standstillbepaling biedt de bestudeerde jurisprudentie in ieder geval niet.²¹⁸

5.5.1.2 *Verzwaarde stelplicht?*

In het reguliere mededingingsrecht kan voor partijen een zware stelplicht gelden. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een partij stelt dat misbruik wordt gemaakt van een economische machtspositie. Hij zal dan onder meer moeten aangeven wat de relevante markt is, hoe die is afgebakend en wat de daarop ingenomen posities zijn – een stelplicht die ook door de burgerlijke rechter als zwaar wordt aangemerkt.²¹⁹ In staatssteungeschillen daarentegen geeft de burgerlijke rechter er geen blijk van de daar gehanteerde stelplicht als zwaar te ervaren. Wel zijn er twee soorten gevallen waarin de burgerlijke rechter uitgaat van een verzwaarde stelplicht van de eiser. In één geval oor-

214 In Zweden: Otken Eriksson 2011a, p. 18-9.

215 Vgl. Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2032 (*EWf*), r.o. 4.49.

216 Vgl. Van Mierlo 2012 (T&C Rv, art. 24), aant. 1.

217 Vgl., in de context van art. 101 VWEU, Hartkamp 2013, p. 136.

218 De rechtbank Limburg lijkt impliciet de noodzaak voor ambtshalve toetsing te hebben afgewezen, zie Rb Limburg 9 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10461 (*Stichting Laurentius en Petronella*), r.o. 4.11.

219 Zie bijv. Hof Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3702 (*Andes*), r.o. 27.

deelt de rechter dat aan de stellingen van degene die zich op het staatssteunrecht beroept hogere eisen kunnen worden gesteld wanneer de Europese Commissie al tot de voorlopige conclusie is gekomen dat de betwiste maatregel geen staatssteun oplevert.²²⁰ Hierop wordt in meer detail ingegaan in hoofdstuk 6.²²¹

In een ander geval eist de rechtbank Leeuwarden juist in het licht van de verstrekking van de gevraagde vordering (de afvalinzameling in de gemeente Leeuwarden zou komen stil te liggen) dat ‘in hoge mate aannemelijk [is] dat er sprake is van staatssteun’.²²² Deze benadering is vanuit Nederlands perspectief niet vreemd: het is gebruikelijk dat bij ingrijpende maatregelen zware eisen worden gesteld aan het bewijs.²²³ De vraag is wel hoe deze benadering zich verhoudt tot het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel. Het is niet onvoorstelbaar dat een benadering als die van de rechtbank Leeuwarden een beroep op de standstillbepaling bijzonder moeilijk of nagenoeg onmogelijk maakt. Zelfs zonder verzwaarde stelplicht is het zoals gezegd al buitengewoon moeilijk om de burgerlijke rechter van het bestaan van staatssteun te overtuigen. Dat maatregelen zoals de terugvordering of opschorting van steun ingrijpend kunnen zijn, is vanuit EU-rechtelijk perspectief in ieder geval onvoldoende reden om op dat punt nog zwaardere eisen te stellen. De jurisprudentie van het Hof is er duidelijk over dat deze maatregelen, als logisch gevolg van de onwettigheid van de steun, moeten worden toegepast en slechts in uitzonderlijke gevallen achterwege mogen blijven.²²⁴

5.5.1.3 Aanbestedingsrecht en de kwalificatie van staatssteun

In veel civiele bodemzaken – en overigens ook procedures in kort geding – waarin een partij betoogt dat een ander onrechtmatige staatssteun heeft ontvangen, wordt naast het staatssteunrecht ook het aanbestedingsrecht ingeroepen. Het verdient opmerking dat het staatssteun- en aanbestedingsrecht op zijn minst in theorie nauw aan elkaar verwant zijn. Er bestaat een zekere aanname dat overeenkomsten die volgens de juiste aanbestedingsprocedures tot stand zijn gekomen, marktconform zijn.²²⁵ Immers: marktpartijen concurreren met elkaar om het recht om tegen een bepaalde vergoeding een bepaalde activiteit uit te voeren. Het economisch meest gunstige bod vertegenwoordigt dan bij een eerlijke en open aanbesteding de marktprijs en leidt niet tot staatssteun.²²⁶ Een dergelijke redenering ligt onder meer ten grondslag aan de *soft law* rond

220 Rb ‘s-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.8.

221 Zie specifiek in hoofdstuk 6 § 6.5.2.

222 Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*), r.o. 4.47.

223 Thoe Schwartzenberg 2011, p. 192 en p. 11.

224 Zie nader in hoofdstuk 2, § 2.5.3.

225 Nicolaidis 2008, p. 174 en 186; Saanen 2013a, m.n. p. 278.

226 Vgl. Hillger 2003, p. 120.

staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties²²⁷ en aan de regels rondom de diensten van algemeen economisch belang.²²⁸

Er bestaat echter geen garantie dat een in 'eerlijke' aanbesteding tot stand gekomen overeenkomst is gevrijwaard van staatssteunelementen.²²⁹ Het is bijvoorbeeld mogelijk dat tegenover de overeengekomen activiteit ondanks de aanbesteding een te hoge vergoeding staat.²³⁰ Daarvan kan sprake zijn wanneer de gunningscriteria niet zijn gebaseerd op de laagste prijs, bijvoorbeeld omdat ook bepaalde horizontale doeleinden in de aanbesteding worden meegenomen.²³¹ Het is ook mogelijk dat wordt gecontracteerd hoewel voor de activiteit bij de overheid geen daadwerkelijke vraag bestond. In dat geval moet de vergoeding die de onderneming daarvoor ontvangt volgens het Hof worden gekwalificeerd als een economisch voordeel dat de begunstigde onderneming onder normale voorwaarden niet zou hebben verkregen.²³² Een overeenkomst die in aanbesteding tot stand kwam, kan dus leiden tot het verstrekken van onrechtmatige staatssteun, maar het is niet erg waarschijnlijk.²³³ Het tegenovergestelde geldt niet: er bestaat geen reden om aan te nemen dat een overeenkomst die (ten onrechte) niet volgens de aanbestedingsregels tot stand is gekomen, om die reden ook steunelementen bevat.²³⁴ De marktconformiteit van de overeenkomst kan immers ook op andere manieren

227 Mededeling van de Commissie van 10 juli 1997 betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, *PbEU* 1997, C 209/3 (oud), 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, randnrs. 89-97.

228 Zie met name HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark*), r.o. 95.

229 Nicolaïdes en Schoenmaekers 2015; Bartosch 2002, p. 570 ff.; Hillger 2003, p. 120.

230 Temple Lang 2014, p. 448; Karayigit 2009, p. 561; Hillger 2003, p. 111-112; Bartosch 2002, p. 554.

231 Bovis 2005, p. 103; Arrowsmith 2005, p. 1268. Recenter: HvJ EU 24 oktober 2013, gevoegde zaken C-214/12 P, C-215/12 P en C-223/12 P (*Land Burgenland/Commissie*), r.o. 94.

232 HvJ EU 23 maart 2006, nr. C-237/04 (*Enirisorse*), r.o. 30. Over de vraag of naar een activiteit werkelijk vraag bestaat, kan vooral discussie bestaan in het geval van diensten van algemeen economisch belang. Het gaat dan immers om diensten met een publiek belang die door de markt niet of onvoldoende (kunnen) worden aangeboden en die over het algemeen geen tegenprestatie opleveren voor de overheid. De 'tegenprestatie' komt meestal toe aan burgers, of aan meer abstracte concepten zoals een 'schone leefomgeving'. Saanen pleit ervoor dat ook aan de door DAEB's te bereiken doeleinden een economische waarde wordt verbonden. Deze kan volgens haar het beste worden vastgesteld door middel van een aanbestedingsprocedure. Saanen 2013a, p. 239 e.v.. Dit impliceert een verruiming ten opzichte van de *Altmark*-criteria.

233 Ook: Tosics en Gaál 2007, p. 18. Zie impliciet anders: het overzicht 'Onderscheid tussen overeenkomst (na opdracht) en subsidie' op <www.europadecentraal.nl> en Drahmman 2011. Vgl. Werkdocument van 4 oktober 2011 van de diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ('publiek-publieke samenwerking'), SEC (2011) 1169, p. 4.

234 Hillger 2003, p. 120.

zijn gewaarborgd. In een zaak over vermeende staatssteun voor de inzameling van afval is de rechtbank Leeuwarden dan ook op zich terecht niet meegegaan in het betoog dat, wanneer een activiteit ten onrechte niet is aanbesteed, het vermoeden bestaat dat sprake is van staatssteun en de vermeende steunverlener het tegendeel moet bewijzen.²³⁵

Anders dan in de zojuist genoemde uitspraak wordt in de meeste bestudeerde uitspraken door de partijen of rechters geen rechtstreeks verband gelegd tussen het staatssteunrecht en het aanbestedingsrecht. Beide regels worden parallel ingeroepen: de overeenkomst zou ten onrechte niet zijn aanbesteed én leiden tot onrechtmatige staatssteun. Zij worden ook los van elkaar beoordeeld. In de meeste bestudeerde zaken komt de burgerlijke rechter tot de conclusie dat de overeenkomst terecht niet is aanbesteed. In dat geval is het de vraag of de enkele omstandigheid dat (terecht) geen aanbestedingsprocedure is gevolgd, aanleiding kan geven tot een vermoeden over de marktconformiteit van de bestreden overeenkomst. Zoals gezegd ligt dat niet voor de hand. Ook in kort geding wordt doorgaans tussen het aanbestedings- en staatssteunrecht geen expliciet verband gelegd. Anders dan in de bodemzaken is in een paar gevallen wel vastgesteld dat een opdracht ten onrechte niet is aanbesteed. In deze uitspraken komt het beroep op het staatssteunrecht echter vervolgens niet meer aan de orde omdat toewijzing van de vorderingen op basis van het aanbestedingsrecht al tot de door de eiser gewenste gevolgen leidde.²³⁶

Hoewel zojuist is aangenomen dat het ten onrechte niet aanbesteden van een overeenkomst niet leidt tot een vermoeden dat de staatssteunregels zijn geschonden, valt daarover ook anders te denken als zou blijken dat het in de praktijk nagenoeg onmogelijk is om het bestaan van een voordeel aan te tonen.²³⁷ In dat geval valt te bepleiten dat het ten onrechte niet volgen van een aanbestedingsprocedure wel leidt tot een vermoeden dat een niet-marktconform voordeel is verstrekt, welk vermoeden door de overheid zou kunnen worden weerlegd. Of dit in de praktijk veel zou veranderen is overigens maar de vraag. In de meeste geschillen waarin het staatssteunrecht en het aanbestedingsrecht worden ingeroepen, blijven beide beroepen zonder succes. Slaagt het beroep op het aanbestedingsrecht toch, dan dekken de gevolgen van het ten onrechte niet volgen van een aanbestedingsprocedure (vernietigbaarheid

235 Rb. Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBL EE:2010:BL0852, (*Sita Nederland*), r.o. 4.39.

236 V.zr. Rb 's-Gravenhage 24 september 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BF4232 (*De Raad Bouw*); V.zr. Rb 's-Gravenhage 18 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB5302 (*E-functionality*). De toewijzing van de vorderingen op grond van het aanbestedingsrecht leidde al tot het door eiser gewenste resultaat; toewijzing van de vorderingen op grond van het staatssteunargument zou daar niets aan toevoegen.

237 De andere voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU moeten natuurlijk ook worden aangetoond.

van de overeenkomst en schadevergoeding) in zulke zaken in belangrijke mate de aan de schending van het staatssteunrecht te verbinden gevolgen af.²³⁸

Het verdient ten slotte kort opmerking dat het in sommige procedures voor de burgerlijke rechters concreter draait om de vraag of een aanbestedingsprocedure op de juiste manier is toegepast. Het betoog in zulke zaken is dat de winnaar zijn gunstige bod alleen heeft kunnen uitbrengen doordat hij uit andere bron staatssteun heeft ontvangen.²³⁹ In dit soort gevallen geldt de systematiek van artikel 2.116 lid 2 sub e Aanbestedingswet 2012: een aanbestedende dienst kan een inschrijving die abnormaal laag lijkt afwijzen wanneer blijkt dat de inschrijver staatssteun heeft ontvangen. De rechter toetst dan of de inschrijvingen 'evident slechts met flagrante schending van bedoeld verbod gedaan hebben kunnen worden'.²⁴⁰ Het zal niet verbazen dat op basis van deze toetsingsmaatstaf nooit wordt aangenomen dat de inschrijving wegens een schending van de standstillbepaling had moeten worden geweigerd. Toch lijkt deze maatstaf me in het licht van het Europese staatssteunrecht geoorloofd. Het geschil gaat namelijk niet om een schending van de standstillbepaling waaraan de nodige consequenties moeten worden verbonden. Het bestaan van staatssteun is slechts zijdelings relevant. In zoverre passen deze geschillen ook niet in dit hoofdstuk en blijven zij verder buiten bespreking.²⁴¹

5.5.1.4 Het kort geding

Ook in kort geding leiden vorderingen op grond van het staatssteunrecht in de bestudeerde civiele jurisprudentie niet tot succes. Het beeld in kort geding wijkt in zoverre af van de bodemprocedures dat de voorzieningenrechter in een belangrijk deel van de uitspraken kort is over de vraag of staatssteun is verleend.²⁴² Dat valt ook te verwachten bij deze procedures waarin de formele

238 De vernietigbaarheid van de overeenkomst volgt uit art. 4:15 Aanbestedingswet 2012. Het recht op schadevergoeding is neergelegd in de relevante Europese aanbestedingsrichtlijnen en vindt in Nederland haar grondslag in, voornamelijk, art. 6:162 BW. *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 446, nr. 3, p. 136. Een aanbestedingsprocedure volgt doorgaans kort op de gunning van de opdracht. Daardoor is de in het staatssteunrecht vereiste terugvordering van steun en rente in de meeste gevallen niet relevant in dit soort gemengde geschillen.

239 Bijv.: V zr. Rb 's-Gravenhage 27 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0018 (*Veolia Transport*); V zr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva*).

240 V zr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva*), r.o. 5.4.

241 Zie nader in hoofdstuk 4, § 4.5.5. Voor een vergelijkbare redenering, zie in hoofdstuk 7 § 7.3.6.

242 Rb Zeeland-West-Brabant 27 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4421 (*Beelen Groep*), r.o. 3.11; Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*); V zr. Rb 's-Hertogenbosch 28 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9487 (*Shanks Nederland*); V zr. Rb Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451 (*P1 Holding*); V zr. Rb Alkmaar 3 december 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BL4512 (*Kringloopbedrijf Goedwerk Alkmaar*), r.o. 4.8. Ook weinig gemotiveerd: Hof Arnhem 26 april 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ3090 (*P1 Holding*), r.o. 4.6. 'Evenmin bevat de (voorgenomen) contractuele relatie zoals onder 4.4 weergegeven elementen die de conclusie kunnen dragen dat sprake is van staatssteun.'

regels van burgerlijk bewijsrecht niet gelden en partijen minder tijd hebben om hun standpunt goed voor het voetlicht te brengen of gemotiveerd te onderbouwen. Er bestaan echter ook uitzonderingen. In een zaak over vermeende staatssteun verleend aan medisch en zorgconcern Orbis wordt bijvoorbeeld juist verhoudingsgewijs zeer diepgaand ingegaan op de vraag of sprake is van staatssteun.²⁴³ Ook uit sommige andere uitspraken, ook wanneer zij minder uitgebreid zijn, blijkt dat over het bestaan van onrechtmatige staatssteun een daadwerkelijke inhoudelijke discussie is gevoerd.²⁴⁴

In kort geding moet de rechter uitgaan van de kans dat de bodemrechter tot een bepaalde beoordeling zal komen.²⁴⁵ Verschillende conclusies die hierboven in het kader van bodemprocedures zijn getrokken, gelden dan ook in kort geding. Zo moeten eisers ook in kort geding stelling innemen over alle elementen van artikel 107(1) VWEU en deze aannemelijk maken.²⁴⁶ Het niet over alle elementen stellen, of alleen bloot stellen zonder nadere onderbouwing, leidt tot afwijzing van de vordering. De stellingen moeten uiteraard in het licht van de gemotiveerde betwisting door de overheid voldoende worden onderbouwd.²⁴⁷ Net als in bodemzaken is het daarbij ook in kort geding niet voldoende dat wordt aangetoond dat andere ondernemingen voor (gesteld) vergelijkbare activiteiten lagere prijzen rekenen om aan te tonen dat een door de overheid betaalde prijs niet marktconform is. Eisers moeten daarentegen

243 V.zr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (AZM). Zie ook zeer uitgebreid: V.zr. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*); Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD7068 (*Barin en MAA*). Bevestigd in HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*MAA*).

244 V.zr. Rb Utrecht 4 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP6990 (*Huidekoper*); Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWf*); Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Koppenhinksteeg*); V.zr. Rb 's-Gravenhage 8 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK8654 (*Koppenhinksteeg*); V.zr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*); V.zr. Rb Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9229 (*UPC Nederland*).

245 Zie in dit hoofdstuk § 5.3.3. Vgl. HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6370 (*AZ*), r.o. 3.4.2; V.zr. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*), r.o. 3.6.1; Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWf*), r.o. 6.24.

246 Zoals uit een klein tiental uitspraken blijkt. Bijv.: V.zr. Rb Alkmaar 3 december 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BL4512 (*Kringloopbedrijf Goedwerk Alkmaar*), r.o. 4.8. Vgl. V.zr. Rb Rotterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3091 (*Connexxion Openbaar Vervoer*), onder ad (h); Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV1367 (*Shanks*), r.o. 4.3.5; V.zr. Rb 's-Gravenhage 12 oktober 2007, ECLI:NL:RBSGR:BB5509 (*Taskforce Woningbouw*), r.o. 4.3; V.zr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva Openbaar Vervoer*), r.o. 5.4, overigens met een verhoogde toetsingsmaatstaf. Ook: Hof Den Haag 9 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4216 (*Snellaadpunten elektrische auto's*), r.o. 6.1-6.2. Argumenten dat de voorzieningenrechter al bij iedere twijfel over mogelijke staatssteun moet optreden, gaan niet op.

247 V.zr. Rb Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451 (*P1 Holding*), r.o. 4.21; V.zr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*), r.o. 4.8; V.zr. Rb Utrecht 4 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP6990 (*Huidekoper*), r.o. 4.7.

inzicht geven in onder meer 'de kostprijzen, de daadwerkelijk te verlenen diensten (waaronder milieubeschermingsmaatregelen) en een gemiddelde prijs op de langere termijn die los staat van een mogelijk recente overcapaciteit op de markt'.²⁴⁸ Ook hier wordt van de eisers, die als marktdeelnemers immers goed zicht zouden moeten hebben op de concurrentieverhoudingen, verwacht dat zij hun stellingen over vermeende schending van de standstillbepaling vrij nauwgezet en zo nodig met voorbeelden kunnen onderbouwen.²⁴⁹ Tot slot komt het ook in kort geding geregeld voor dat de voorzieningenrechter op basis van (een deel van) de door de partijen aangeleverde feiten om inhoudelijke redenen tot de slotsom komt dat het bestaan van staatssteun (voors-hands) niet aannemelijk is.²⁵⁰

Op één punt komt het verschil tussen kort geding en bodemzaak (op de diepgang van de onderbouwing en motivering na) het scherpst naar voren. In kort geding betekent de gemotiveerde betwisting door de overheid voor de eiser namelijk dat de kans op toewijzing van de gevraagde voorlopige voorziening onder omstandigheden buitengewoon klein wordt. Het meest sprekende voorbeeld biedt het kort geding over een vliegbelasting die veel zwaarder zou drukken op kleine luchthavens zoals Maastricht Aachen Airport dan op grotere luchthavens zoals Schiphol. Volgens Maastricht Aachen Airport wordt hiermee aan Schiphol een aanzienlijk voordeel verleend. Na een uitgebreide analyse, zeker voor een kort geding, oordeelt het hof 's-Gravenhage, daarin bevestigd door de Hoge Raad, dat voor een duidelijk antwoord een diepgaande economische analyse nodig is 'die Ryanair niet verschaft en voor het verrichten waarvan in dit kort geding geen plaats is.'²⁵¹ Nu een meer gemotiveerde betwisting door de overheid vaak betekent dat ook aan de stellingen van de eiser en de onderbouwing daarvan hogere eisen worden

248 Hof 's-Gravenhage 15 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK6928 (AVR), r.o. 6.2. Vergelijk in dezelfde procedure: HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900 (AVR *Afvalverwerking*); Vzm. Rb 's-Gravenhage 25 augustus 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ5981 (AVR *Afvalverwerking*). Onderschreven door M.R. Mok, 'Noot bij HR (2011-11-18)', NJ 2012./111, punt 2. Vgl. Vzm. Rb Rotterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3091 (*Connexxion Openbaar Vervoer*). Op basis hiervan is opgemerkt dat de bewijslast bij staatssteun in de praktijk wel heel zwaar is. Zie de opmerkingen in 'Bewijslast (wederom) erg zwaar bij aantonen ongeoorloofde staatssteun', <<http://www.nysingh.nl/smartsite.net?id=4758>>. Zie ok Vzm. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*); Vzm. Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (EWF), r.o. 6.23-6.25.

249 Voor een goed voorbeeld: Vzm. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (AZM), r.o. 4.29.

250 Vzm. Rb Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9229 (UPC), r.o. 9. Vgl. Vzm. Rb Zutphen 22 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW6294 (*Quarosand Zorgontwikkeling*), r.o. 4.7; Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*), r.o. 4.3.4; Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Koppenhinksteeg*), r.o. 18-20.

251 Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:BD7068 (*BARIN en MAA*), r.o. 3.11. Bevestigd in HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*MAA*), r.o. 4.6.4.

gesteld, terwijl het kort geding voor uitgebreide (economische) analyses geen ruimte biedt, bestaat het gevaar dat het kort geding in complexe zaken geen soelaas zal bieden.²⁵² Dit neemt niet weg dat de voorzieningenrechter in minder complexe zaken op basis van de over en weer aangevoerde argumenten prima in staat kan zijn om een (voorlopig) oordeel te geven over het al dan niet aanwezig zijn van staatssteun.²⁵³ Daarbij moet ook niet worden vergeten dat eisers in de zaak *Maastricht Aachen Airport* waren gebonden aan een hogere toetsingsmaatstaf omdat zij de buitenwerkingstelling van een bepaling van een wet in formele zin voor ogen hadden.²⁵⁴

Ook specifiek voor het kort geding is dat de voorzieningenrechter zich kan beperken tot het geven van een voorlopig oordeel over het bestaan van staatssteun. Een definitief oordeel hoeft alleen in bodemprocedures te worden gegeven. Dit betekent in privaatrechtelijke staatssteunzaken dat de voorzieningenrechter moet beoordelen of een ordemaatregel noodzakelijk is, zonder dat per se duidelijk is geworden of inderdaad sprake is van onrechtmatige staatssteun. Wordt voorlopig geoordeeld dat het bestaan van staatssteun onvoldoende is gemotiveerd, maar het ook niet valt uit te sluiten, ziet de voorzieningenrechter af van het treffen van ordemaatregelen.²⁵⁵ Dat geldt ook wanneer over de verenigbaarheid met het staatssteunrecht meer twijfel bestaat (het staat niet geheel buiten twijfel dat door een onderneming betaalde prijzen te laag zijn, maar ook niet dat zij wél marktconform zijn).²⁵⁶ Naar Nederlands recht is dit niet vreemd. Voordat de voorzieningenrechter een (ingrijpende) ordemaatregel treft, mag best duidelijkheid worden verlangd over de noodzaak daarvan en dus van een daadwerkelijke schending van het gestelde recht.²⁵⁷ Die teneur volgt ook uit de met rechters gevoerde gesprekken. Tot 2005 werd hierover in staatssteunzaken anders gedacht.²⁵⁸ Tot die tijd werd op basis van de Europese jurisprudentie aangenomen dat de aanmeldingsplicht, en

252 Het is de vraag of dat ook het probleem was in Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*). Zie m.n. r.o. 4.29-4.30. Zie ook: Rb Den Haag 7 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5582 (*Metterwoon*), r.o. 3.15 en 3.16. Ook: Vzr. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*), r.o. 3.6.3. Eiseressen hadden aangeboden om alsnog een taxatierapport in het geding te brengen, maar daaraan gaat de voorzieningenrechter voorbij nu in kort geding geen plaats is voor nadere bewijslevering.

253 Dat is m.i. het geval in Vzr. Rb 's-Gravenhage 8 januari 2010, ECLI:NL:RBGR:2010:BK8654 (*Koppenhinksteeg*), r.o. 5.7-5.9.

254 Vgl. R.J.B. Schutgens, 'Noot bij HR (2009-09-04)(EG-recht, Vliegbelasting, Kort geding, Steunmaatregel)', *JB* 2009, 229.

255 Vzr. Rb Rotterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3091 (*Connexxion Openbaar Vervoer*); Vzr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva*).

256 Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWf*). Vgl. Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD7086 (*BARIN en MAA*).

257 In ieder geval moet hij zelf zijn stelling aannemelijk maken, HR 15 januari 1999, *NJ* 1999, 665. Dat is anders dan de hierboven in dit hoofdstuk in § 5.5.1.2 bekritiseerde verzwaarde stelplicht.

258 Maar daarna zoals gezegd niet meer. De omslag werd ingeluid door HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6370 (*AZ*), r.o. 3.4.1.

daarmee de standstillbepaling, al gold bij twijfel over het staatssteunkarakter van een maatregel.²⁵⁹

Dat de burgerlijke voorzieningenrechter niet al bij twijfel ingrijpt en dat in kort geding weinig ruimte bestaat om over het bestaan van staatssteun duidelijkheid te verschaffen, heeft tot gevolg dat waarschijnlijk alleen in overduidelijke gevallen van staatssteun voorlopige rechtsbescherming kan worden gezocht.²⁶⁰ Dat is in zoverre problematisch dat de nationale rechter een essentiële rol heeft bij het voorkomen dat staatssteun wordt uitgekeerd.²⁶¹ Als daarvoor een bodemprocedure moet worden aangespannen, zal het in veel gevallen al te laat zijn. Die constatering is belangrijk, maar betekent nog niet dat de Nederlandse voorzieningenrechter dus een 'bij twijfel ingrijpen'-beleid moet volgen.²⁶² Voor de vraag wanneer het bestaan van staatssteun in rechte kan worden aangenomen, geldt zoals gezegd het nationale recht, binnen de perken van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Hoewel het in kort geding zeker in complexere zaken nagenoeg onmogelijk zal zijn om voorlopige bescherming tegen schending van de standstillbepaling te krijgen, is dat een uitvloeisel van de noodzakelijkerwijs korte procedure in kort geding. In het licht van de procedurele *rule of reason* is het onwaarschijnlijk dat het Hof op dat punt een diepgaandere of 'staatssteungevoeligere' opstelling van de voorzieningenrechter zou eisen.²⁶³ Daarnaast is het goed denkbaar dat het instellen van een kort geding, bijvoorbeeld door de mogelijkheid van een schikking, tot een voor de concurrent wenselijk resultaat kan leiden onafhankelijk van de inhoudelijke beoordeling van de voorzieningenrechter.

5.5.1.5 Tussenconclusie

Wie zich bij de burgerlijke rechter beroept op de standstillbepaling omdat zijn concurrent onrechtmatige staatssteun zou hebben ontvangen, moet aantonen dat sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU en, zo nodig, dat deze ten onrechte niet is aangemeld. Faalt hij daarin, dan wordt zijn vordering afgewezen. In de afgelopen tien jaar is het geen enkele derde gelukt om een schending van de standstillbepaling in dit soort civiele procedures aan te tonen.

259 V.zr. Rb Groningen 3 september 2004, ECLI:NL:RBGRO:2004:AQ8920 (*Essent Kabelcom*); V.zr. Rb Alkmaar 5 december 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AF1207 (*AZ*).

260 Bijvoorbeeld wanneer de overheid de maatregel inmiddels ook zelf al heeft aangemeld. V.zr. Rb 's-Gravenhage 17 februari 1995, ECLI:NL:RBSGR:1995:AH5132 (*VEWIN*).

261 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.5.2.

262 Het Unierecht eist dit niet: HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 36. Zie ook in dit hoofdstuk § 5.4.2.

263 Daarvoor valt steun te vinden in de in dit hoofdstuk in § 5.4.4 ook al genoemde uitspraak HvJ EU 9 december 2010, nr. C-568/08 (*Combinatie Spijker*).

Daarvan bestaan in de gepubliceerde jurisprudentie althans geen voorbeelden.²⁶⁴ Telkens heeft de burgerlijke rechter, met toepassing van het in Nederland geldende civiele bewijsrecht, geoordeeld dat niet aan de stelplicht is voldaan. Aan bewijzen in de betekenis van artikel 152 Rv komt men dan niet meer toe.

In sommige gevallen hebben eisers verzuimd om over alle cumulatieve elementen van het begrip staatssteun (onderbouwd) stelling in te nemen. In zulke gevallen kan de vordering, conform het civiel bewijsrecht, niet worden toegewezen.²⁶⁵ Soms ligt het probleem juist niet in de diepgang van de onderbouwing, maar leiden de aangevoerde stellingen op zich niet tot de kwalificatie staatssteun. Soms hebben zij hun stellingen wel onderbouwd, maar onvoldoende nauwkeurig. Onderbouwingen in de trant van 'een andere onderneming biedt vergelijkbare diensten aan voor een lagere prijs en dus is de prijs die mijn concurrent ontvangt niet marktconform' overtuigen de burgerlijke rechter in ieder geval niet. Er moet juist aannemelijk worden gemaakt dat de betaalde vergoeding in het licht van de specifiek door die concurrent uitgevoerde diensten te hoog is. Van concurrenten wordt verwacht dat zij daartoe ook in staat zijn. Zij zijn immers zelf marktdeelnemers en zouden (het ontbreken van) de marktconformiteit van een overeenkomst dus goed moeten kunnen inschatten en onderbouwen, zo lijkt de gedachte. Dit past overigens bij de aard van het burgerlijk recht. Degene die zich op een rechtsgevolg beroept moet zelf aantonen dat hij het gelijk aan zijn kant heeft; de burgerlijke rechter doet niet aan materiële waarheidsvinding. In de meeste gevallen lijken de door derden aangevoerde stellingen op basis van het staatssteunrecht (en de betwisting door de overheid) dan ook redelijk uitgebreid te zijn onderbouwd.

Het lijkt erop dat aan de concreetheid van stellingen op grond van het staatssteunrecht in civiele procedures betrekkelijk strenge eisen worden gesteld. Dat gaat overigens niet zo ver dat van partijen expliciet een marktanalyse wordt verlangd zoals dat in het mededingingsrecht gebruikelijk is.²⁶⁶ In een

264 Daarvóór wel: Vزر. Rb Groningen 3 september 2004, ECLI:NL:RBGRO:2004:AQ8920 (*Essent Kabelcom*); Hof Amsterdam 1 april 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO6912 (AZ); vزر. Rb Alkmaar 5 december 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AF1407 (AZ); vزر. Rb 's-Gravenhage 17 februari 1995, ECLI:NL:RBSGR:1995:AH5132 (*VEWIN*). Het succes van de vorderingen in die zaken (in kort geding!) lag in twee gevallen aan de overtuiging dat steunmaatregelen al bij twijfel moeten worden aangemeld, in één geval aan de omstandigheid dat de Commissie de formele onderzoeksprocedure van art. 108 lid 2 VWEU had ingeleid en in één geval waarschijnlijk aan het feit dat de Staat de steunmaatregel inmiddels al had aangemeld maar niet op de goedkeuring van de Commissie had gewacht.

265 Dit laat onverlet de mogelijkheid van de rechter om, bijvoorbeeld tijdens de comparitie, over deze elementen vragen te stellen die ertoe zouden kunnen leiden dat de stelling alsnog nader wordt onderbouwd.

266 HR 3 december 2004, NJ 2005, 118 (*Vreugdenhil/Bloemenveiling*), r.o. 3.7.3. In latere jurisprudentie bevestigd, o.m. in HR 25 oktober 2013, NJ 2014, 101 (*Rab/Mantje*), r.o. 3.5.1. Aan de marktanalyse worden volgens vaste jurisprudentie hoge eisen gesteld. Dat kan in de praktijk wel meevallen. Zie Conclusie A-G Keus, NJ 2014, 101, ov. 2.29-2.30, door de Hoge Raad

enkel geval heeft de burgerlijke rechter zelfs geoordeeld dat vanwege de ingrijpende gevolgen van een toewijzing van de vordering *in hoge mate* aanneemelijk moet zijn dat daadwerkelijk staatssteun wordt verleend. Het is niet waarschijnlijk dat het EU-recht voor een dergelijke benadering ruimte biedt.

Opvallend bij de burgerlijke rechter is daarnaast dat een beroep op het staatssteunrecht vaak wordt gecombineerd met een beroep op het aanbestedingsrecht. Een correct uitgevoerde aanbestedingsprocedure vormt een belangrijke aanwijzing dat geen voordeel is verstrekt maar dat de marktprijs is betaald. Met de aanbestedingsprocedure is de marktconformiteit van een gesteld steunverlenende handeling echter nog niet gegarandeerd. De theoretische band tussen het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht wordt door de burgerlijke rechters nog weinig gelegd. Het lijkt er niet op dat het ten onrechte niet volgen van een aanbestedingsprocedure kan leiden tot een juridisch vermoeden dat een niet-marktconform voordeel is verstrekt. Mocht het zo zijn dat het nagenoeg onmogelijk is om het bestaan van staatssteun in rechte aan te tonen, kan de keuze worden gemaakt om, anders dan nu impliciet in de rechtspraak is aangenomen, aan het ten onrechte niet volgen van de aanbestedingsprocedure het bewijsvermoeden te koppelen dat sprake is van een niet-marktconform voordeel.

Het zojuist geschetste beeld geldt in grote lijnen ook voor uitspraken in kort geding, hoewel zij zoals kan worden verwacht meestal minder uitgebreid worden gemotiveerd. Een belangrijke constatering is wel dat het kort geding voor complexere staatssteungeschillen geen oplossingen biedt, althans niet binnen de rechtszaal.²⁶⁷ De voorzieningenrechter is ook niet geneigd om de zich op het staatssteunrecht beroepende eiser het voordeel van de twijfel te geven. Dat maakt het kort geding in staatssteunzaken – die juist tot ingewikkelde vragen kunnen leiden – op het eerste gezicht minder zinvol. Dat is in zoverre problematisch dat juist in staatssteunzaken het kort geding belangrijk kan zijn om het ontstaan van concurrentievervalsing te voorkomen en niet pas achteraf te genezen. Dat daarvoor beperkt ruimte bestaat is echter een uitvloeisel van de aard van het kort geding, dat binnen beperkte tijd moet leiden tot het al dan niet treffen van een ordemaatregel. Het Unierecht verzet zich daar niet op voorhand tegen.

niet gevolgd. Zie ook Rb Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591 (*MuzyQ*).

²⁶⁷ Natuurlijk kan het instellen van, of dreigen met, een kort geding buiten de rechtszaal om in sommige gevallen wel leiden tot de gewenste resultaten. Dat is in dit onderzoek niet bestudeerd.

5.5.2 Burgerlijke rechter: de overheid beroept zich op het staatssteunrecht

5.5.2.1 De bewijspositie van de overheid in bodemzaken

Zo nu en dan doet ook de overheid voor de burgerlijke rechter een beroep op het staatssteunrecht. Denk dan aan de situatie waarin een eiser nakoming vordert van een overeenkomst, die echter volgens de overheid in strijd met het staatssteunrecht zou zijn en dus niet zou mogen worden nagekomen. Het gaat dan dus (in de meeste gevallen)²⁶⁸ om een verweer tegen de vordering van een eiser die voor de rechter een gesteld recht wil hardmaken. Het meest sprekende voorbeeld biedt een reeks uitspraken rondom vermeende steunverlening aan kredietverstrekkers Residex en Commerz.²⁶⁹

Aan de orde is een driehoeksverhouding: Residex (lees in de andere zaken: Commerz) heeft krediet verstrekt aan de onderneming Aerospace. Het Gemeentelijk Havenbedrijf, onderdeel van de gemeente Rotterdam, heeft aan Residex een garantie afgegeven voor het volle uitgeleende bedrag. Mocht Aerospace de lening niet (kunnen) terugbetalen, kan Residex het Gemeentelijk Havenbedrijf of de Gemeente Rotterdam voor het overgebleven bedrag aanspreken. Wanneer Aerospace slechts een deel van de lening terugbetaalt, weigert de gemeente echter om de rest van het gegarandeerde bedrag uit te keren. Residex vordert nakoming van de met het Gemeentelijk Havenbedrijf gesloten garantieovereenkomst. De gemeente zou dan moeten worden veroordeeld tot betaling van meer dan € 10 miljoen, vermeerderd met buitengerechtelijke rechtsbijstandkosten, rente en proceskosten. De gemeente verweert zich met als meest verstrekkend betoog dat de garantieovereenkomst wegens strijd met het staatssteunrecht nietig is in de zin van artikel 3:40 lid 2 BW.

Wanneer de overheid zich in een civiele bodemprocedure tegen een vordering tot nakoming verweert met een beroep op de nietigheid van de overeenkomst vanwege onrechtmatige staatssteun, geldt dat zij die stelling zelf voldoende moet onderbouwen. Het gaat immers om een bevrijdend verweer.²⁷⁰ Uit de

²⁶⁸ Een uitzondering is Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*).

²⁶⁹ Binnen de bestudeerde periode heeft de saga rondom Residex en Commerz geleid tot de volgende voor het staatssteun relevante uitspraken van de burgerlijke rechter: Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6902 (*Commerz*); Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6904 (*Residex*); Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6981 (*Residex*); HR 28 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4082 (*Residex*); Hof 's-Gravenhage 1 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP6129 (*Commerz*); HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex*); HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6102 (*Commerz*).

²⁷⁰ Bijv. Rb Overijssel 5 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6281 (*Gemeente Haaksbergen/Rotij*), r.o. 5.3. Zie ook in dit hoofdstuk § 5.3.3.

zojuist genoemde uitspraken in de *Residex*- en *Commerz*-zaken blijkt dat ook daadwerkelijk uitgebreid is gesteld – en door Residex en Commerz is betwist. De overheid, in dit geval de gemeente, heeft voldoende aannemelijk kunnen maken dat de gewraakte overeenkomst niet voldoet aan de voorwaarden uit de Commissiemededeling over staatssteun in de vorm van garanties.²⁷¹ ‘Hoewel dit nog niet betekent dat in zo’n geval de garantie automatisch als staatssteun dient te worden beschouwd’, aldus de rechtbank, is dit ‘wel een aanwijzing dat er wél sprake is van steun.’²⁷² Daarmee lijkt de bal weer te zijn teruggelegd bij Residex en Commerz. Hun impliciete beroep op het beginsel van de private marktinvesteerder (Aerospace zou een soortgelijke lening ook hebben kunnen verkrijgen bij andere geldverstrekkers) wordt verworpen omdat het onvoldoende concreet is onderbouwd in het licht van de door de gemeente in het geding gebrachte stukken. Dezelfde stelling, concreter uitgewerkt, wordt ook in hoger beroep verworpen.

Het valt op dat de bewoordingen van de rechtbank en het hof lijken te duiden op een bewijslast voor Residex en Commerz, hoewel zoals gezegd sprake is van een bevrijdend verweer. Dit kan erop duiden dat de gemeente zelf voldoende heeft aangevoerd om de bal weer bij Residex en Commerz te leggen, die de in beginsel voldoende onderbouwde stellingen van de Gemeente dienen te weerleggen (en dat onvoldoende doen). Het is ook voorstelbaar dat de rechters in deze spraakmakende zaken toch gemakkelijker zijn meegegaan in het verweer van de overheid dan in de gevallen waarin een concurrent zich op het staatssteunrecht beroept. Zo is de rechtbank – zoals onderkend door het hof – in eerste aanleg volledig voorbijgegaan aan het vereiste dat de steun de mededinging vervalst, terwijl op deze voorwaarde voor de civiele rechter nog wel eens een staatssteunberoep sneuvelt.²⁷³ Voor de materiële beoordeling maakt dit in hoger beroep niets uit, maar het lijkt er daardoor toch op dat in ieder geval in eerste aanleg losser met de stelplicht van de gemeente is omgegaan.

Dat beeld wordt echter niet bevestigd in andere bodemzaken waarin de overheid aan een vordering tot nakoming een staatssteunverweer tegenwerpt. De Amsterdamse rechtbank heeft in een andere zaak bijvoorbeeld een beroep op staatssteun van de gemeente Amsterdam, dat overigens de schijn wekt van een bevestiging op het laatste moment, als onvoldoende onderbouwd verworpen. Het had volgens de rechtbank op de weg van de gemeente gelegen om nadere feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit kan worden afgeleid

271 Mededeling van de Commissie 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.

272 Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6904 (*Residex*), r.o. 5.5. Identiek: Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6902 (*Commerz*), r.o. 5.5.

273 Hof 's-Gravenhage 1 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP6129 (*Commerz*), r.o. 3.20. Zie in dit hoofdstuk § 5.2.

dat sprake is van verboden staatssteun.²⁷⁴ Interessant genoeg lijkt de rechtbank Noord-Nederland in een ander geschil juist weinig aandacht te besteden aan de vraag wie wat moet aantonen, maar op basis van de aangeleverde stukken en argumenten op het oog vrij zelfstandig te beoordelen dat, in dit geval, een door de gemeente betaalde koopsom inderdaad als onrechtmatige steunmaatregel moet worden aangemerkt.²⁷⁵ Dat hoeft niet te betekenen dat de zich op het staatssteunrecht beroepende overheid minder sterk aan haar stelplicht wordt gehouden dan een derde. Het is immers goed mogelijk dat de gemeente, die per slot van rekening net als haar wederpartij vanaf het begin bij de vermeende steunverlening was betrokken, voldoende informatie heeft kunnen aanleveren om een vrij zelfstandige kwalificatie mogelijk te maken, zonder dat de vraag hoeft te worden gesteld wie voor het aanleveren van verdere informatie verantwoordelijk zou zijn geweest.

Harde aanwijzingen dat de burgerlijke rechter gemakkelijker meegaat in het staatssteunberoep van een overheid dan dat van een derde zijn er niet, maar dat neemt niet weg dat het voor de bewijspositie van de zich op het staatssteunrecht beroepende overheid wel degelijk voordelig kan zijn dat zij in de procedure de verwerende partij is. Voordat wordt toegekomen aan het staatssteunverweer moet de eiser namelijk zijn eigen vordering kunnen hardmaken. Als een eiser stelt dat de overheid een betalingsverplichting moet nakomen terwijl deze verplichting niet blijkt te bestaan, hoeft de overheid uiteraard niet aan te tonen dat de gevorderde betaling zou leiden tot onrechtmatige staatssteun.²⁷⁶ Dat geldt ook wanneer een eiser stelt dat de overheid voor een bepaalde prestatie een resultaatsverplichting heeft, terwijl uiteindelijk blijkt dat het slechts gaat om een inspanningsverplichting.²⁷⁷ Dit is belangrijk, want zeker in complexe staatssteunzaken zal het succes van een vordering in de praktijk voor een groot deel afhangen van de verdeling van de bewijslast.

274 Rb Amsterdam 3 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH1388 (*Westergasfabriek*), r.o. 24. Uitvoeriger onderbouwd, maar ook zonder succes, was de stelling van de gemeente Borne dat een door haar op zich genomen aankoopverplichting nietig was wegens strijd met het Europese staatssteunrecht. Rb Overijssel 12 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1474 (*Rabobank*), r.o. 5.12-5.14. Vgl. Rb Overijssel 5 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6281 (*Gemeente Haaksbergen/Rotij*), r.o. 5.4; Hof Amsterdam 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3167 (*De Pieterman Volendam*), r.o. 3.2.8.

275 Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaans Holding*), r.o. 5.29.

276 Dat was het geval in Rb Haarlem 2 mei 202, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY6465 (*Distriport*), r.o. 4.11.

277 Hof 's-Gravenhage 20 december 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU9031 (*Electrabel Nederland*), r.o. 6.3. De eiser had moeten aantonen dat de overheid, ook in het licht van de staatssteunregels, te weinig inspanningen heeft geleverd om de prestatie te verrichten. De rechtbank had aangenomen dat sprake was van een resultaatsverplichting en de bewijslast (dat dit resultaat in strijd zou komen met de staatssteunregels) neergelegd bij de verwerende overheid. Rb 's-Gravenhage 28 april 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM2864 (*Electrabel Nederland*).

5.5.2.2 Prejudiciële vragen

De zaken *Residex* en *Commerz* hebben allebei aanleiding gegeven tot het stellen van een prejudiciële vraag. Waar het in *Residex* ging om de gevolgen van de vaststelling dat staatssteun is verleend, kwam in *Commerz* de vraag aan de orde of de garantieverstreking wel als staatssteun kwalificeert. De discussie in deze zaak heeft zich toegespitst op de vraag of de borgstelling aan de Staat kan worden toegerekend, nu deze onder bijzondere omstandigheden tot stand is gekomen – namelijk door de bestuurder van het Gemeentelijk Havenbedrijf die eigenmachtig is opgetreden en de garantieverlening bewust geheim heeft gehouden. Volgens de Hoge Raad kunnen uit de tot dan toe geldende jurisprudentie over toerekening (met name het arrest *Stardust Marine*) voor de vaststelling van toerekenbaarheid onvoldoende aanknopingspunten worden afgeleid. Daarom heeft de Hoge Raad op aanraden van A-G Keus besloten aan het Hof de prejudiciële vraag voor te leggen of een garantieverlening onder deze omstandigheden aan de Staat moet worden toegerekend.²⁷⁸ Dit is het enige geval binnen de bestudeerde periode waarin een burgerlijke rechter aanleiding heeft gezien om over de kwalificatie van staatssteun een prejudiciële vraag te stellen. Net als in de situatie waarin een derde zich op het staatssteunrecht beroept, hebben de burgerlijke rechters in de bestudeerde uitspraken geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om over de definitie van staatssteun vragen aan de Commissie te stellen.

5.5.2.3 Toegang tot informatie door de overheid

Het lijkt logisch dat de zich op het staatssteunrecht beroepende overheid zich over de toegang tot de voor zijn stelling noodzakelijke informatie niet druk hoeft te maken. Als vermeende steunverlener zal zij zich immers bewust zijn van de over en weer gemaakte of te maken afspraken. Interviews met rechters bevestigen dat beeld. Dat dit niet automatisch het geval is, bewijst de zaak *Zeeland Seaports*.²⁷⁹ De publiekrechtelijke rechtspersoon Zeeland Seaports heeft in deze zaak verzocht om een voorlopig deskundigenonderzoek (artikel 202 Rv) om te achterhalen of bij een inmiddels verlopen overeenkomst met Martens Havenontvangst onrechtmatige staatssteun is verleend. Bij nader inzien bestond namelijk aanleiding om te vermoeden dat bij deze overeenkomst overcompensatie heeft plaatsgevonden waardoor deze niet meer zou voldoen aan de *Altmark*-criteria.²⁸⁰ Echter, vanwege nieuwe informatie wil Zeeland Seaports zich er achteraf van vergewissen of er gedurende de looptijd van de overeenkomst niet alsnog overcompensatie heeft plaatsgevonden. De

278 HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6102 (*Commerz*).

279 Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*).

280 HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark*). Zie over de *Altmark*-criteria hoofdstuk 2 § 2.3.1.2.

burgerlijke rechter heeft het verzoek afgewezen vanwege een gebrek aan belang (zie § 4.6.3). Volgt men de redenering van Zeeland Seaports, dan kan het hierdoor niet inschatten of daadwerkelijk staatssteun is verleend, en of het zinvol is om op basis daarvan verdere actie te ondernemen. Zelfs voor de steunverlenende overheid, met andere woorden, kan het onder omstandigheden nog lastig zijn om te achterhalen of van een schending van de standstillbepaling sprake is.

5.5.2.4 Het kort geding

Ook in kort geding komt het voor dat de overheid zich voor de burgerlijke rechter op het staatssteunrecht beroept. Zij meent dan bijvoorbeeld dat een gesloten intentieovereenkomst bij nader inzien nietig is, of verweert zich tegen een vordering tot dooronderhandelen.²⁸¹ Even leek het erop dat de voorzieningenrechter, wellicht geïnspireerd door de *Residex*-zaken, wel heel gemakkelijk met een dergelijk staatssteunverweer meeging.²⁸² Inmiddels is ook hier echter duidelijk dat de overheid de volledige stelplicht en bewijslast draagt bij de vraag of de gevorderde nakoming of dooronderhandeling zou leiden tot het verlenen van onrechtmatige staatssteun.²⁸³ Wordt aan die stelplicht niet voldaan, dan faalt het verweer. In één geval zal de rechter een beroep op het staatssteun wel zeer terughoudend beoordelen. Dat is het tegen het bestuursrecht aanliggende geval wanneer een algemene regeling ter toetsing voorligt waarbij de overheid een ruime beleidsvrijheid heeft en waarin blijkbaar het staatssteunrecht een rol heeft gespeeld. In een dergelijk geval wordt de regeling marginaal getoetst en zal de voorzieningenrechter de regeling eerder in stand laten.²⁸⁴

281 Zie over de door de overheid in staatssteungeschillen in te nemen posities hoofdstuk 7 § 7.4.

282 Vزر. Rb Groningen 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8221 (*Montagne II*), r.o. 4.13. Kritisch besproken door B.J.R. Loijmans, 'Staatssteun als opmaat voor nietigheid?', beschikbaar via <<http://www.bootadvocaten.nl>>; M.I. Jaarsma, 'Noot bij Vزر. Rb Groningen (2011-06-10)(*Montagne II BV*)', *Bouwwrecht* 2011, 142, aant. 9.

283 Hof Leeuwarden 15 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6167 (*Montagne II*), m.n. r.o. 5 en 13. Instemmend: M.I. Jaarsma, 'noot bij Hof Leeuwarden (2012-06-10)(Art. 107 en 108 lid 3 VWEU; hoger beroep; gebiedsontwikkeling)', *Bouwwrecht* 2012, 111, opm. 1. Kritisch: 'Montagne II, Stating the Obvious', beschikbaar via: <<http://www.nysingh.nl>> (via 'rechtsgebieden' en 'staatssteun'). Opgemerkt wordt dat moeilijk valt in te zien dat aan de laatste twee voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU niet is voldaan. Daar valt tegen in te brengen dat het hof, nu het gaat om een bevrijdend verweer, terecht heeft geoordeeld dat de bewijslast rust op de overheid. Ook: Vزر. Rb Middelburg 7 november 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:BA2471 (*Zeeland Seaports*).

284 Vزر. Rb Rotterdam 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB1401 (*Belangenvereniging ID Rotterdam*), r.o. 4.4.6.

5.5.2.5 Tussenconclusie

De overheid die zich in een civiele procedure tegenover een vermeend begunstigde op de standstillbepaling beroept bevindt zich bewijstechnisch in een gunstige positie. Zij is partij bij de (beoogde) overeenkomst waarmee staatssteun zou worden verleend en heeft daardoor in principe weet van de relevante elementen en omstandigheden die staatssteun kunnen opleveren. Daarnaast is de overheid in dit soort geschillen doorgaans de verweerder in de procedure in eerste aanleg. Het beroep op de standstillbepaling dient dan als verweer tegen de vordering van de vermeend begunstigde om een gesteld recht, zoals het recht op nakoming van de overeenkomst, af te dwingen. Dit betekent dat de eiser eerst aannemelijk moet maken dat de overheid een bepaalde verplichting heeft die zij moet nakomen. Pas dan hoeft de overheid immers aan te tonen dat naleving van die verplichting in strijd zou komen met het staatssteunrecht en dus achterwege moet blijven.

Beide omstandigheden werken in het voordeel van de overheid. Vorderingen van vermeende begunstigten worden dan ook met enige regelmaat afgewezen, hoewel niet altijd doordat een overheid het bestaan van staatssteun aannemelijk heeft weten te maken. Even leek het erop dat de burgerlijke rechter daarbij wel heel gemakkelijk meeging in het betoog van de overheid dat een rechtshandeling staatssteun zou opleveren, zeker in kort geding. Inmiddels wordt echter daadwerkelijk getoetst of de overheid alle elementen van het begrip staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU heeft aangetoond. Dat is terecht, want het gaat om een bevrijdend verweer waarvoor de overheid de stelplicht en bewijslast draagt. In deze categorie zaken valt overigens ook het enige voorbeeld te vinden van een prejudiciële vraag over de toepassing van een van de elementen van het staatssteunbegrip.

Het zou kunnen worden verwacht dat de overheid in een staatssteungeschil ook in zoverre een voordeel heeft dat zij, anders dan de zich op het staatssteunrecht beroepende derde, vrij gemakkelijk toegang heeft tot de relevante informatie. Dat is niet altijd het geval. Te denken valt aan de situatie waarin de overheid zich er achteraf van wil vergewissen of een eerder gesloten overeenkomst bij nader inzien tot overcompensatie heeft geleid. Een vordering om deze informatie via een voorlopig deskundigenbericht te achterhalen is afgewezen.

5.5.3 Bestuursrechter: een derde beroept zich op het staatssteunrecht

5.5.3.1 Feitenvaststelling en de vergewisplicht van de overheid

De kwalificatie van mogelijke staatssteun door de bestuursrechter vindt plaats op basis van andere, het bestuursrecht kenmerkende, regels dan bij de burgerlijke rechter. In het bestuursrecht is de primaire 'feitenvaststeller' per slot van

rekening niet de rechter maar het bestuur. De belangrijkste uitspraak over de feitenvaststelling in staatssteungeschillen voor de bestuursrechter dateert van vóór de in dit onderzoek gekozen periode. Het geschil betreft een subsidie van zo'n € 2 miljoen voor de verbouwing van een terrein bij de Groningse Martinihal.²⁸⁵ De exploitant van de nabijgelegen Prins Bernhardhoeve, 'hét evenementen centrum van het Noorden', heeft zich tegen deze subsidie verzet met het argument dat daarmee staatssteun zou worden verstrekt.²⁸⁶ Met betrekking tot de kwalificatie van de subsidie overweegt de Afdeling, kort gezegd, dat niet is uitgesloten dat de subsidieverlening invloed *kan* hebben op het interstatelijk handelsverkeer – en dus kan leiden tot onrechtmatige staatssteun. Nu niet zeker is dat de subsidieverlening staatssteun inhoudt en de bewijslast daarvoor op Martinihal rust,²⁸⁷ zou de Afdeling kunnen oordelen dat het bestreden besluit in stand moet blijven, dat de exploitant nadere feiten moet aanvoeren, of zelf onderzoek verrichten. In plaats daarvan overweegt de Afdeling:

'Gelet hierop had het op de weg van de [subsidieverlener] gelegen om zich er bij de Commissie afdoende van te vergewissen dat de aanmeldingsverplichting van art. [108 lid 3 VWEU] niet van toepassing is op de subsidieverlening, of dat de subsidieverlening valt onder de vrijstellingsregeling van verordening (EG) Nr. 70/2001, dan wel om het voornemen tot subsidieverlening overeenkomstig art. [108 lid 3 VWEU] aan te melden.'²⁸⁸

Omdat niet is uitgesloten dat de subsidie in casu als staatssteun kwalificeert en geen contact is opgenomen met de Europese Commissie, is het bestreden besluit volgens de Afdeling niet met de vereiste zorgvuldigheid voorbereid, en dus in strijd met artikel 3:2 Awb. De hiermee gecreëerde 'vergewisplicht' heeft voor de feitenvaststelling door de bestuursrechter twee betekenissen, zoals in de volgende paragrafen aan de orde komt.

5.5.3.2 Concrete toetsing of toetsing aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur

Ten eerste betekent de vergewisplicht dat de bestuursrechter in staatssteunzaken niet zelfstandig vaststelt of een bestreden maatregel kwalificeert als staatssteun. Hij beoordeelt eerder of het bestreden besluit is voorbereid met de nodige zorgvuldigheid en voldoende is gemotiveerd. Deze benadering komt overeen met de benadering die in het overige bestuursrecht lange tijd de

285 ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234 (*Martiniplaza*).

286 Het verdient opmerking dat de subsidie in kwestie is verstrekt door een openbaar lichaam aan het college van burgemeester en wethouders van Groningen. Dit is een van de weinige gevallen waar een bestuursorgaan de begunstigde van een vermeende steunmaatregel is.

287 Zie in dit hoofdstuk § 5.3.7.

288 ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234 (*Martiniplaza*), r.o. 2.4.1.

bovenaan heeft gevoerd en ook in andere landen kan worden herkend.²⁸⁹ Deze jurisprudentie houdt in dat de uiteindelijke kwalificatie van een vermeende steunmaatregel niet door de bestuursrechter maar door de vermeende steunverlenende overheid, al dan niet met de hulp van de Europese Commissie, moet plaatsvinden. Een dergelijke indirecte toets is in de staatssteunrechtelijke literatuur bekritiseerd.²⁹⁰

Eerder in dit hoofdstuk is al benoemd dat met de groter wordende rol van de finale geschilbeslechting steeds minder ruimte bestaat om de rechterlijke toets te beperken tot de formele beginselen van behoorlijk bestuur. Dat rechtvaardigt de vraag of de vergewisplicht nog steeds leidend is bij de beoordeling van staatssteungeschillen.²⁹¹ Dat valt moeilijk te zeggen, want de beste toets daarvoor is of de bestuursrechter bij een succesvol beroep op de staatssteunregels oordeelt dat sprake is van een schending van de formele beginselen van behoorlijk bestuur of van de staatssteunregels – en dergelijke gevallen doen zich net als bij de burgerlijke rechter zelden voor. De jurisprudentie levert op dit punt een gemengd beeld op. Enerzijds valt op te merken dat de bestuursrechter in enkele zaken sinds de *Martinihal*-uitspraak vermeend steunverlenende besluiten heeft vernietigd wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel. Het ging daarbij overigens om gevallen in de sfeer van de ruimtelijke ordening en een geschil waarin de overheid zich op het staatssteunrecht beriep.²⁹² Uit deze zaken valt af te leiden dat de vergewisplicht in de Nederlandse staatssteunrechtspraak wel degelijk nog wordt toegepast.

Anderzijds: lagere rechters onderzoeken zo nu en dan wél uitdrukkelijk of de bestreden handeling 'in strijd is met enige ander bepaling van nationaal of internationaal recht.'²⁹³ Het belangrijkste voorbeeld vormt de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in de zaak *Veerverbinding Boven Hardinxveld*. De rechtbank oordeelt dat,

289 Schuurmans 2007, p. 116. De hoogste Zweedse bestuursrechter heeft geoordeeld dat de bewijslast in het geval van vermeende staatssteun bij de verkoop van grond in sommige gevallen op de gemeente kan overgaan. Deze heeft een zekere verantwoordelijkheid voor het onderzoek van de procedure en moet de omstandigheden kunnen uitleggen waarin een specifiek besluit is genomen. Otken Eriksson 2011b, p. 204.

290 Zie in dit hoofdstuk § 5.4.3. Op deze kritiek wordt hierna in § 5.5.3.4 nader ingegaan.

291 Eerder in dit hoofdstuk § 5.3.7.

292 In een zaak waarin de overheid zich zelf op het staatssteunrecht beriep: ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*). Zie hierna ook § 5.5.4.2. In de context van de ruimtelijke ordening: ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS: 2012:BW7642; ABRvS 14 februari 2012, ECLI:NL:RVS:BV5119; Rb 's-Hertogenbosch 22 april 2011, ECLI:NL:RBSHE: 2011:BQ2331.

293 Rb Rotterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:AY6273 (*VCR*), r.o. 2.4. Vgl. in de context van geschillen over opgelegde heffingen: Rb Utrecht 26 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO5098 (*Vogelaarheffing*), r.o. 2.95.

‘nu de Vrijstellingsbeschikking noch het DAEB-besluit van toepassing is, verweerder gelet op de constatering dat niet aan alle Altmarkcriteria is voldaan, een melding had moeten doen bij de Commissie en, op grond van het bepaalde in artikel 108, derde lid, van het VWEU de maatregel niet alvast had mogen uitvoeren’.²⁹⁴

Deze benadering is qua feitenvaststelling en de daaraan te verbinden gevolgen een stuk doortastender dan de hierboven genoemde rechtspraak.²⁹⁵ Dat de rechtbank Rotterdam zijn toets in dit geval niet tot de vergewisplicht heeft willen beperken, wordt bevestigd door de omstandigheid dat deze rechtbank heeft gekozen om de Commissie te benaderen voor advies over de staatssteunconformiteit van het bestreden besluit. In de zaak *Martinihal* zag de Afdeling het immers juist als een taak van het betrokken bestuursorgaan om zich er bij de Commissie van te vergewissen dat het besluit zonder schending van de staatssteunregels kon worden genomen.

Ook de Afdeling lijkt niet zonder meer aan de vergewisplicht vast te houden. Dat blijkt onder meer uit een uitspraak uit 2008 waarin werd geoordeeld dat sprake was van staatssteun die was verstrekt in strijd met artikel 108 lid 3 VWEU.²⁹⁶ In deze uitspraak en ook recenter – in 2013 – heeft de Afdeling besloten om de Commissie te benaderen met vragen over de toepassing van artikel 107 lid 1 VWEU op het gesteld steunverlenend besluit.²⁹⁷ Dit kan zeker worden gezien als een aanwijzing dat ook de Afdeling zich niet zonder meer tot de in *Martinihal* gehanteerde vergewisplicht zal beperken.²⁹⁸

5.5.3.3 De bewijsvoeringslast in de praktijk

Ten tweede impliceert de vergewisplicht, voor zover deze dus nog wordt toegepast, voor het vermeend steunverlenend orgaan een bepaalde verantwoordelijkheid om de staatssteunconformiteit van een besluit te onderzoeken, maar pas vanaf een bepaald moment. De vraag is dan ook wat moet worden aangetoond voordat de vergewisplicht wordt getriggerd. Een concurrent die meent dat een bestuursorgaan zijn vergewisplicht heeft geschonden, moet daarvoor in ieder geval alsnog zelf zijn stelling (dat onrechtmatige staatssteun is verleend) voldoende onderbouwen. Pas wanneer een partij aannemelijk heeft

294 Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*), r.o. 11.

295 De rechtbank ziet aanleiding om, teneinde de situatie van vóór de steunverlening te herstellen, het primaire besluit te herroepen.

296 ABRvS 11 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3598 (*Luchtvaartterrein Eelde*), r.o. 2.21.5.10. In de bewoordingen van de Afdeling klinkt nog wel iets van de vergewisplicht door: na te hebben geoordeeld dat sprake is van staatssteun, oordeelt de Afdeling dat verweerdere de geconstateerde steun hadden moeten aanmelden, ‘dan wel de Commissie moeten benaderen teneinde zekerheid te verkrijgen dat aanmelding volgens de Commissie niet nodig is’.

297 ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*Open Universiteit*).

298 Zie over het stellen van vragen aan de Commissie nader hoofdstuk 6, § 6.9.

gemaakt dat op zijn minst een risico van staatssteun bestaat, is de bestuursrechter bereid om een concrete onderzoeksplicht bij het bestuursorgaan neer te leggen.²⁹⁹ In de praktijk betekent dit dat de bestuursrechter in het gros van de gevallen niet toekomt aan het oordeel of een vermeend steunverlenend besluit conform de eisen van artikel 3:2 Awb is voorbereid. Er wordt namelijk, net als in civiele zaken, nagenoeg nooit met succes onderbouwd dat een maatregel kwalificeert als staatssteun.³⁰⁰ Dit dus ondanks de in het bestuursrecht geldende hoofdregel dat een derde 'slechts' een begin van bewijs hoeft te leveren en het bestuursorgaan vervolgens instaat voor de deugdelijkheid van het besluit.³⁰¹

Die uitkomst wordt door de bestuursrechter overigens zelden erg uitgebreid gemotiveerd. Regelmatig wordt een betoog dat sprake is van staatssteun met een paar penningen afgedaan. Een goed voorbeeld biedt de rechtbank 's-Gravenhage in een uitspraak uit 2006:

'De omstandigheid dat de beperkte kring van vergunninghouders, waaronder de Staatsloterij, inkomsten verwerft die aan niet-vergunninghouders worden onthouden, is een gevolg van het beleid. Dit is echter niet aan te merken als verboden staatssteun in de zin van artikel [107 VWEU], alleen al omdat geen sprake is van bekostiging met staatsmiddelen.'³⁰²

Hoe en waarom de rechtbank tot deze conclusie komt, wordt niet verder toegelicht. Een vergelijkbaar korte motivering is te vinden in andere bestudeerde uitspraken.³⁰³ In twee gevallen constateert de rechter simpelweg dat een beroep op staatssteun niet kan leiden tot het door de appellant gewenste gevolg en dat het bestreden besluit daarom niet wordt vernietigd.³⁰⁴ De korte rechterlijke motivering kan eraan liggen dat een appellant zijn standpunten zelf ook zeer summier heeft toegelicht en de rechter daardoor voor zijn beoordeling

299 CBB 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaart Ziekenhuis*), r.o. 5.4. Vgl. Rb 's-Gravenhage 26 september 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BB2397 (*Wet op de kansspelen*).

300 Binnen de onderzochte periode is dit op een enkele, hierna nog te bespreken, uitzondering na niet gebeurd. Aan de orde is Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*).

301 Zie hierboven § 5.3.7.

302 Rb 's-Gravenhage 26 september 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BB2397 (*Wet op de Kansspelen*).

303 Bijv. CBB 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaartziekenhuis*), r.o. 5.3; ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Wet op de Kansspelen*), r.o. 2.6; Rb Rotterdam 9 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AW2324 (*Radlon Media Limited*).

304 ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Wet op de Kansspelen*), r.o. 2.6; Rb Rotterdam 9 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AW2324 (*Radlon Media Limited*). Een vergelijkbare redenering leidde in de zaak CBB 13 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6991 (*Thuiszorg Service Nederland*) juist tot de conclusie dat de appellant procesbelang miste.

ook weinig aanknopingspunten biedt.³⁰⁵ Deze verklaring is ook door verschillende bestuursrechters in de gevoerde interviews aangedragen. Daarnaast zal het een rol spelen dat de bestuursrechter anders dan de burgerlijke rechter niet zozeer één van de partijen gelijk moet geven, maar kan ‘volstaan’ met een beoordeling of het bestreden besluit in stand kan blijven.³⁰⁶

Tot relatief recent ging de bestuursrechter in het geval van een onvoldoende onderbouwde stelling nog wel zelf na of die stelling toch aannemelijk was.³⁰⁷ Zowel de Afdeling als het College lijken zich inmiddels wezenlijk lijdelijker op te stellen. Zij beperken zich er in de uitspraak toe, vast te stellen dat de concurrent zijn stelling dat sprake zou zijn van staatssteun, niet nader of onvoldoende heeft onderbouwd.³⁰⁸ Deze verandering past binnen de geschets- te ontwikkelingen binnen het bestuursprocesrecht, dat zich beweegt in de richting van een partijenproces met een meer lijdelijke en ‘geschillenoplossende’ rechter.³⁰⁹

Ook wanneer zij uitvoeriger zijn gemotiveerd, wordt in de bestudeerde uitspraken zelden helder en herkenbaar getoetst aan de voorwaarden van artikel 107(1) VWEU zoals deze in hoofdstuk 2 zijn besproken. In twee uitspraken komt de rechter bijvoorbeeld tot de, vanuit het staatssteunrecht redelijk vage, overweging dat de bestreden maatregel ‘naar haar aard’ geen staatssteun oplevert.³¹⁰ In een andere uitspraak oordeelt het CbB na een opsomming van verschillende omstandigheden dat geen sprake is van staatssteun, zonder dat

305 Vgl. ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7375 (*Stichting Thuiszorg West-Brabant*), r.o. 2.1. (‘... en de stichting op geen enkele wijze heeft onderbouwd of anderszins aannemelijk heeft gemaakt dat deze [door de minister uitgevoerde] toets onjuist is geweest’); ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8962 (*Adaptive and Mobile*), r.o. 7; CbB 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7946 (*Zondagopenstelling Albert Heijn*), r.o. 6.6. In Zweden heeft de hoogste bestuursrechter geoordeeld dat een belanghebbende niet kan volstaan met het aanvoeren van algemene kritische observaties in relatie tot de verkoopprijs om een besluit wegens strijd met de standstillbepaling te vernietigen. Otken Eriksson 2011b, p. 203-4.

306 Zie bijv. Rb Rotterdam 2 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7917 (*Frequentievergunningen*), r.o. 9.16. Deze uitleg is in de gevoerde interviews bevestigd. De bestuursrechter moet, in de woorden van één van de geïnterviewde bestuursrechters, knopen doorhakken – en die beslissing uiteraard ook motiveren.

307 ABRvS 20 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1335 (*Enecal*), r.o. 2.12.3; CbB 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaartziekenhuis*), r.o. 5.4. Vergelijk ook Rb Rotterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6273 (*VCR*), r.o. 2.4.

308 ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7375 (*Stichting Thuiszorg West-Brabant*); ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8962 (*Adaptive and Mobile*), r.o. 7; CbB 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7946 (*Zondagopenstelling Albert Heijn*), r.o. 6.6. Zie echter ook eerder: CbB 20 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN5472 (*Regeling Retributies*). Zie ook ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7375 (*Stichting Thuiszorg West-Brabant*), r.o. 2.1.

309 Zie Bots 2009, p. 31-2.

310 CbB 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaartziekenhuis*), r.o. 5.3; Rb Rotterdam 12 maart 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA5115 (*VCR*), r.o. 2. In de eerste uitspraak valt dit te verklaren door de omstandigheid dat de appellant zijn standpunt niet nader heeft onderbouwd. Het is dan niet onbegrijpelijk dat de rechter beziet of de aard van de maatregel aanleiding geeft om een risico van staatssteun aan te nemen.

het verband tussen de relevant geachte omstandigheden en de staatssteunregels verder inzichtelijk wordt gemaakt.³¹¹ De redenering van het CBB doet nog het meest denken aan een impliciet beroep op een dienst van algemeen economisch belang. Het blijft echter in het midden wat voor het CBB juridisch gezien de doorslag heeft gegeven. Voor een meerderheid van de bestudeerde uitspraken geldt dus dat zij zeer summier gemotiveerd zijn of onduidelijk blijven over de vraag waarom precies van staatssteun geen sprake zou zijn. Het bestaan van staatssteun wordt in zulke gevallen wel terecht vol getoetst: bij het begrip staatssteun, dat door het Hof van Justitie wordt uitgelegd, bestaat immers geen beoordelings- of beleidsvrijheid.³¹²

Dit algemene beeld neemt niet weg dat de rechter met enige regelmaat wel gestructureerd toelicht waarom naar zijn oordeel geen sprake is van staatssteun of het bestaan van staatssteun onvoldoende aannemelijk is gemaakt.³¹³ Een mooi voorbeeld hoe gericht de bestuursrechter op de kwalificatie van een mogelijke steunmaatregel in kan gaan, biedt de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Open Universiteit*.³¹⁴

De Open Universiteit heeft van de minister van OCW toestemming gekregen voor het verzorgen van de deeltijdse bachelor opleiding HBO-rechten. Tegen deze toestemming hebben concurrenten LOI en NTI zonder succes bezwaar en beroep ingesteld. De partijen blijken specifiek van mening te verschillen over de vraag of de Open Universiteit, door onderwijsdiensten aan te bieden, een economische activiteit verricht en dus als onderneming is aan te merken. De Afdeling heeft na het sluiten van het onderzoek ter zitting het onderzoek heropend en daarbij aan partijen over dit onderwerp een aantal nadere vragen voorgelegd. Gelet op dit interpretatieverschil heeft de Afdeling aan de Commissie de vraag voorgelegd of de Open Universiteit in deze omstandigheden kwalificeert als een onderneming. Nadat partijen op het antwoord hebben kunnen reageren, doet de Afdeling einduitspraak en komt tot de conclusie dat geen sprake is van een onderneming en dat dus ook de staatssteunregels niet aan de orde zijn.

311 CBB 4 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP7546 (*VEMW*), r.o. 2.5. Terzijde valt overigens op dat het CBB verder niet ingaat op de brief die TenneT in 2002 aan de toezichthouder heeft gestuurd met de mededeling dat de Europese Commissie heeft aangegeven dat de 'garantstelling' niet hoefde te worden aangemeld. Vgl. hoofdstuk 6 § 6.5.2.

312 Voor enige verwarring zorgt CBB 19 oktober 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB6760 (*Radlon Media Limited*), r.o. 2.7.2. In deze uitspraak lijkt het alsof het College tenminste deels op basis van een marginale toets tot de conclusie komt dat geen sprake is van staatssteun. Daar staat tegenover dat een enigszins gemêleerde toetsing plaatsvindt. Vgl. Rb Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1202 (*Tele2*).

313 Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*); ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*Open Universiteit*); ABRvS 20 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1335 (*Enecal*); Rb Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1202 (*Tele2*); CBB 19 oktober 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB6760 (*Radlon Media Limited*); Rb Rotterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6283 (*VCR*).

314 ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*Open Universiteit*).

De beroepen op het staatssteunrecht worden ook na een dergelijke uitgebreide motivering doorgaans ongegrond verklaard. In één geval is een eiser er wel in geslaagd om aannemelijk te maken dat sprake is van staatssteun.³¹⁵ Interessant aan deze zaak is dat het bestuursorgaan in het bestreden besluit zelf al aangeeft dat sprake is van staatssteun. Deze zou echter zijn vrijgesteld van aanmelding, waardoor de steun niet onrechtmatig is.³¹⁶ Wanneer de Commissie naar aanleiding van een vraag van de rechtbank aangeeft dat in dit specifieke geval geen vrijstelling geldt, wordt het voor het bestuursorgaan dus een stuk moeilijker om nog met succes te betwisten dat van staatssteun sprake is. Er wordt nog wel een poging gewaagd. Volgens het bestuursorgaan zou (bij nader inzien) geen sprake zijn van beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer. Het weersprekt echter niet het betoog van de eiser, dat ook buitenlandse ondernemingen de gesteunde activiteiten willen uitvoeren. Ook het argument dat wel is voldaan aan de Altmark-criteria sneuvelt voor de rechtbank. Het deskundigenrapport waarop het bestuursorgaan zijn beslissingen had gebaseerd, concludeerde namelijk al dat niet aan alle Altmark-criteria was voldaan. Gevolg van dit alles is dat het bestreden besluit wordt vernietigd en het primaire besluit wordt herroepen – de vergewisplicht van de overheid was hier blijkbaar niet meer nodig.

De uitgebreidere motivering van de rechter, en zeker de gegroundverklaring van het beroep, is eerder een regel die de uitzondering bevestigt. Het algemene beeld dat ontstaat is toch dat het staatssteunrecht, hoewel het betrekkelijk vaak wordt ingeroepen, in bestuursrechtelijke procedures nog geen comfortabel thuis heeft gevonden. Partijen moeten van goeden huize komen om de in *Martinihal* bedoelde vergewisplicht te activeren of de rechter te overtuigen dat een besluit in strijd met de opschortingsplicht is genomen. Interviews met bestuursrechters bevestigen het beeld dat zulke partijen zelden het voordeel van de twijfel zullen krijgen omdat wordt aangenomen dat zij prima in staat (zouden moeten) zijn om het bestaan van staatssteun aan te tonen. Als écht sprake is van staatssteun, zo lijkt de gedachte, zal het dossier daarvoor wel voldoende aanknopingspunten bieden en, interessanter nog, zal de Commissie ook al op enige manier zijn betrokken (zie daarvoor het volgende hoofdstuk). Deze ideeën vertalen zich naar de bestudeerde jurisprudentie: het komt maar hoogst zelden voor dat een besluit wordt vernietigd omdat iemand voor de bestuursrechter heeft aangevoerd dat het in strijd komt met het Europese staatssteunrecht.

315 Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*).

316 Dit op grond van Commissiebeschikking 2005/842 (DAEB-beschikking). Inmiddels vervangen door Commissiebesluit 2012/21 (DAEB-besluit).

5.5.3.4 De vergewisplicht: kritiek en mogelijkheden

In § 5.3.7 is beschreven dat de rechterlijke toets over de band van de algemene beginselen van bestuursrecht goed past in het bestuursrechtelijke systeem, met name van vóór de toenemende druk om te finaliseren. Toch is de door de Afdeling in de zaak *Martinihal* geïntroduceerde vergewisplicht in staatssteunzaken in de Nederlandse literatuur bekritiseerd.³¹⁷ De bestuursrechter zou daarmee niet beantwoorden aan zijn taak om vast te stellen of sprake is van staatssteun en daaraan zo nodig de door het Hof vereiste gevolgen te verbinden. De bestuursrechter stelt daarmee namelijk niet zelfstandig vast of een bestreden maatregel kwalificeert als staatssteun, maar legt de bal als het ware terug bij het vermeend steunverlenend bestuursorgaan. In de zaak *Martinihal* had de Afdeling volgens deze kritiek zelf moeten ingaan op de door de partijen opgeworpen ingewikkelde argumenten over het effect van de subsidie op de interstatelijke handel.

Inmiddels kan deze kritiek wellicht worden genuanceerd; uit de zaak *Open Universiteit* bleek zoals gezegd dat de Afdeling zich niet zonder meer van alle mogelijk ingewikkelde vragen verre houdt. Toch blijft de vraag interessant of het onder alle omstandigheden nodig is dat de bestuursrechter verder gaat dan een vernietiging op basis van de formele beginselen van behoorlijk bestuur en zelfstandig vaststelt of sprake is van onrechtmatige staatssteun. Ik zou denken van niet. Sterker nog: misschien biedt de aanvliegroute via de vergewisplicht zelfs kansen. Natuurlijk moet de rechter in geval van onrechtmatige staatssteun in beginsel bewerkstelligen dat deze wordt teruggevorderd of opgeschort, en kan hij er dus niet mee volstaan om de bal terug te leggen bij het steunverlenende bestuursorgaan.³¹⁸ De moeilijkheid zit hem er echter juist daarin dat het lastig blijkt te zijn om boven tafel te krijgen of er ook daadwerkelijk sprake is van staatssteun. Als het alternatief in zulke gevallen bestaat uit ongegrondverklaring van het beroep (het bestaan van staatssteun is immers niet komen vast te staan), dan is terugsturen naar het bestuur wellicht beter dan niets.³¹⁹

Met andere woorden: wanneer vaststaat dat sprake is van een schending van artikel 108 lid 3 VWEU mag de bestuursrechter inderdaad niet volstaan met vernietiging van de beslissing op bezwaar vanwege schending van formele

317 M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2003-12-17)(Subsidieverlening en de aanmeldingsplicht van art. 88, derde lid EG (staatssteun))', *AB* 2004, 262; Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 141-2.

318 Daarmee sluit ik mij aan bij de analyse van Adriaanse 2006, p. 197; Jacobs en Den Ouden 2005, p. 7-8 en Widdershoven 2005, p. 50-4. Vergelijkbare kritiek is hierboven ook al aan de orde gekomen in dit hoofdstuk in § 5.4.3.

319 Te denken valt ook nog aan de mogelijkheid dat de rechter op grond van art. 8:69 lid 3 Awb zelf het staatssteunkarakter van een maatregel onderzoekt. Zoals hierboven in § 5.3.6 aan de orde kwam, lijkt dit echter geen realistisch alternatief. Zie verder: Sterk 2009, p. 428.

beginselen van behoorlijk bestuur als dit in de weg staat aan de door hem aan de onrechtmatige staatssteun te verbinden gevolgen. Daarvoor bestaat ook naar Nederlands recht gezien de toenemende finaliseringstendens in het bestuursrecht steeds minder ruimte. Als de stukken en aangevoerde argumenten serieuze aanknopingspunten bieden voor het bestaan van staatssteun zonder echter alle twijfel weg te nemen, kan het een goede en in het bestuursprocesrecht passende oplossing zijn om het bestuursorgaan op te dragen zijn huiswerk opnieuw te doen. Dit komt dan in wezen neer op een bewijsvermoeden. Wordt de vergewisplicht getriggerd, dan moet het bestuursorgaan namelijk een nieuw besluit nemen en daarbij motiveren waarom dat wél de standstillbepaling eerbiedigt.

Inmiddels kan de bestuursrechter ook gebruik maken van de bestuurlijke lus (artikel 8:51a Awb). Dit is wellicht een geschikte manier om in het licht van de geuite kritiek Europese kool en Nederlandse geit te sparen. Op grond van artikel 8:51a Awb kan de rechter het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen om gebreken in het bestreden besluit, zoals het onvoldoende onderzoeken of daarmee staatssteun wordt verstrekt, te herstellen.³²⁰ Daarmee kan de rechter de feitenvaststelling bij het bestuursorgaan neerleggen, net als in de zaak *Martinihal*, maar houdt hij wel de regie in eigen handen en kan hij alsnog maatregelen treffen als de reactie van het bestuursorgaan onbevredigend is of te lang op zich laat wachten.

De zojuist geschetste benadering kent echter wel belangrijke beperkingen. Ten eerste biedt de vergewisplicht geen uitkomst wanneer de bestaande twijfel betrekking heeft op een juridisch en niet een feitelijk aspect van het geschil. In dat geval kan (of zelfs moet) de rechter namelijk een (prejudiciële) vraag stellen aan het Hof of aan de Commissie. De vergewisplicht biedt daarnaast geen oplossing voor de situatie waarin de partij die zich op het staatssteunrecht beroept buiten zijn schuld onvoldoende in staat is om de nodige feiten te verzamelen en dus ook geen serieuze aanknopingspunten of een begin van bewijs kan leveren voor het bestaan van onrechtmatige staatssteun. Daarnaast biedt de vergewisplicht voor de procederende derde geen onmiddellijk herstel en bestaat dus de mogelijkheid dat de vermeende steun nog lange tijd onaangetaast blijft. Ook de mogelijke toegevoegde waarde van de bestuurlijke lus moet wellicht worden gerelativeerd, nu aanwijzingen bestaan dat van dit instrument niet graag gebruik wordt gemaakt in complexe situaties, waarvan in staatssteungeschillen al vrij snel sprake kan zijn.³²¹

320 Deze regel vindt op grond van de tweede volzin van art. 8:51a Awb geen toepassing indien belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld. In staatssteungeschillen zou dat de vermeende begunstigde zijn. Het valt echter te betogen dat, nu opschorting en terugvordering de logische gevolgtrekking zijn van de vaststelling dat de steun onrechtmatig is, van onevenredige benadeling geen sprake is.

321 Backes e.a. 2014, par. 2.2.

Het is overigens niet zo dat de vergewisplicht alleen binnen het bestuursrecht denkbaar is. Zo is voor de burgerlijke rechter op grond van artikel 3:296 BW (subsidiair) gevorderd:

‘Gedaagden te verbieden verdere uitvoering te geven aan de [bestreden dienstverleningsovereenkomst] totdat is komen vast te staan dat de Europese Commissie op de hoogte is gebracht van de verleende overheidssteun aan Attero en de Commissie heeft kunnen onderzoeken en beoordelen of de steunmaatregelen in overeenstemming zijn met de artikelen 107 en 108 van het Verdrag’.³²²

Hier vordert de eiser in wezen dat aan de overheid wordt opgedragen zich ervan te vergewissen dat de vermeende steun verenigbaar is met de interne markt, door de maatregel aan te melden. Dat is niet helemaal hetzelfde als de *Martinihal*-vergewisplicht, nu deze ook ziet op de voorvraag of sprake is van staatssteun.

5.5.3.5 De voorlopige voorziening

Over de feitenvaststelling en kwalificatie in het bestuursrechtelijk kort geding valt kort te zijn; binnen de onderzochte periode zijn vier uitspraken in kort geding geweest, waarvan twee toekomen aan de vraag of daadwerkelijk sprake is van staatssteun.³²³ Deze uitspraken verschillen ook nog eens aanzienlijk van elkaar. De voorzitter van de Afdeling overweegt in een zaak over het besluit om broeikasgasemissierechten toe te kennen aan Corus Staal dat ‘de beoordeling of het hier gaat om staatssteun, als bedoeld in artikel 107 van het VWEU, nader onderzoek vergt waarvoor onderhavige procedure zich niet leent’.³²⁴ De voorzitter acht het hoe dan ook ‘niet erg waarschijnlijk dat in de bodemprocedure zal worden geoordeeld dat het bestreden besluit in strijd is met artikel 108, derde lid, van het VWEU’.³²⁵ Daarmee is het dan ook gedaan.³²⁶ Heel anders toetst de voorzieningenrechter van het CBb. Op de vraag of het bestreden concessiebesluit voldoet aan de Altmark-criteria wordt uitgebreid ingegaan. Uiteindelijk komt de rechter tot de conclusie dat onvoldoende grond bestaat voor het oordeel dat de bestreden concessie ‘in zodanige en niet

322 V.zr. Rb ‘s-Hertogenbosch 28 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9487 (*Shanks Nederland*), r.o. 3.1.

323 V.z. ABRvS 21 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5609 (*Enecogen*); v.zr. CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BG7753 (*Connexxion*). In de andere twee uitspraken ontbrak het vereiste belang. V.zr. CBb 28 oktober 2008, LJN BG1736 (*Openbaar Vervoer Zuidoost Fryslân 2008-2016*); V.zr. CBb 28 oktober 2008, LJN BG1734 (*Bus Streek overig*). Deze uitspraken zijn inhoudelijk gelijklopend.

324 V.z. ABRvS 21 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5609 (*Enecogen*), r.o. 2.8.

325 Idem.

326 De voorzitter voegt daar nog aan toe dat niet is uitgesloten dat de mededeling van het nationaal toewijzingsplan ex art. 9 lid 3 van Richtlijn 2003/87 mede kan worden beschouwd als een aanmelding in de zin van art. 108(3) VWEU. Dit lijkt mij een verkeerde inschatting.

te herstellen mate in strijd is met de [toepasselijke] voorschriften en rechtsnormen, dat een onverwijldde voorziening geboden is.³²⁷ De uitgebreide beoordeling door de voorzieningenrechter van het CBb valt des te meer op, nu deze eigenlijk alleen gericht was op de vraag of verzoeksters een spoedeisend belang hadden. Dat is, aldus de voorzieningenrechter, alleen het geval 'indien ook zonder diepgaand onderzoek naar de relevante feiten en/of het recht ernstig dient te worden getwijfeld of het bestreden besluit de toetsing van de rechtmatigheid daarvan kan weerstaan'.³²⁸

Dat er zo weinig uitspraken in kort geding zijn, ligt er volgens de geïnterviewde rechters waarschijnlijk aan dat staatssteungeschillen gemiddeld genomen te moeilijk zijn voor een kort geding. Als het nog mogelijk is om het vermeende voordeel terug te draaien, is het ook nog maar de vraag of het in het bestuursrechtelijk kort geding vereiste spoedeisend belang bestaat. Deze problematiek valt op te lossen door de bodemzaak naar voren te schuiven. Het verzoek om een voorlopige voorziening wordt dan ingetrokken. Net als in het burgerlijk recht is het ook hier mogelijk dat op het ingestelde kort geding geen uitspraak volgt omdat het geschil al buiten de rechtszaal is opgelost.

5.5.3.6 Tussenconclusie

In het burgerlijk procesrecht geldt zoals gezegd dat de partij die in rechte een bepaald rechtsgevolg in het leven wil roepen, daarvoor de noodzakelijke feiten moet aantonen. Doet hij dat niet, dan wordt zijn vordering afgewezen. In het bestuursrecht liggen traditioneel de verhoudingen anders. Er wordt geprocedeerd naar aanleiding van een besluit waarin de feiten al door het bestuur zijn vastgesteld, hoewel over de juistheid daarvan natuurlijk nog kan worden gestreden. Daarnaast heeft de steunverlenende overheid tegenover zijn 'zwakkere' wederpartij een aantal verplichtingen zoals de zorgvuldige voorbereiding van besluiten.³²⁹ Hoewel de partijen voor de bestuursrechter en de burgerlijke rechter in staatssteunzaken dezelfde kunnen zijn, vertaalt deze andere achtergrond zich ook naar de feitenvaststelling in bestuursrechtelijke procedures over staatssteun.

Op basis van alweer wat oudere jurisprudentie moet worden geconcludeerd dat een derde weliswaar zelf aannemelijk moet maken dat staatssteun aan de orde is, maar dat tegelijkertijd op de overheid ook een vergewisplicht rust op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel. Dat wil zeggen dat de overheid

327 V zr. CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7753 (*Connexxion*), r.o. 6.15. Met name kunnen vraagtekens gesteld worden bij de constatering dat de omstandigheid dat nog niet kan worden vastgesteld of de toe te kennen compensatie hoger zal zijn dan nodig, er niet aan in de weg staat dat aan de criteria van *Altmark* zou zijn voldaan. V zr. CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7753 (*Connexxion*), r.o. 6.13.

328 V zr. CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7753 (*Connexxion*), r.o. 6.4.

329 De algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden overigens ook in procedures voor de burgerlijke rechter. Art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb.

zich er onder omstandigheden van moet vergewissen dat van staatssteun geen sprake is en desnoods contact moet opnemen met de Commissie. In hoeverre deze vergewisplicht nog onverkort wordt toegepast, valt op basis van de bestudeerde jurisprudentie niet eenduidig te zeggen. Hoe dan ook betekent de vergewisplicht van de overheid voor derden geen vrijbrief om het staatssteunrecht in te roepen zonder duidelijke onderbouwing. Voordat de vergewisplicht aan de orde komt, moeten eisers zelf aannemelijk maken dat op zijn minst een risico bestaat dat sprake is van staatssteun. In die zin kan een vergelijking worden gemaakt met de civiele procedures waar de zich op het staatssteunrecht beroepende derde stelplicht en bewijslast draagt.

Daarmee boeken de derden in bestuursrechtelijke procedures weinig succes. Het beeld ontstaat dat in de uitspraken slechts zeer kort, en soms zelfs bijna cryptisch, op staatssteunargumenten wordt ingegaan. Dit kan eraan liggen dat eisers hun argumenten gebrekkig onderbouwen, of dat de complexiteit van de zaak de deskundigheid van de rechters te boven gaat. Dat valt zuiver op basis van de uitspraken niet vast te stellen. Er bestaan echter ook uitzonderingen die de regel bevestigen. Zo nu en dan wordt op het bestaan van staatssteun wel degelijk diepgaand ingegaan. In de zeldzame uitspraken in kort geding bestaat zelfs een extreem contrast tussen de zeer korte beoordeling van de Afdeling en de zeer uitgebreide door het CBB. Door de over het algemeen toch korte motivering valt moeilijk in zijn algemeenheid te zeggen wat van de onderbouwing wordt verwacht van partijen die zich op het staatssteunrecht beroepen. Voor een succesvol beroep op de staatssteunregels moeten zij hoe dan ook van goeden huize komen. Slechts in één uitspraak (van de 42)³³⁰ binnen de bestudeerde periode heeft de bestuursrechter een beroep op het staatssteunrecht gegrond verklaard – en in dat geval had de overheid dat ook al met zoveel woorden toegegeven.

Wanneer de bestuursrechter staatssteungeschillen beoordeelt via de vergewisplicht van de overheid, dus over de band van het zorgvuldigheidsbeginsel (of motiveringsbeginsel), betekent dat uiteindelijk dat hij niet zelf een eindoordeel geeft over de vraag of sprake is van staatssteun. Daarop is kritiek mogelijk en ook geuit. Deze kritiek valt echter op twee manieren te relativiseren. Ten eerste is de vergewisplicht nooit meer zo stellig toegepast als in de oorspronkelijke *Martinihal*-uitspraak, en toetst niet elke rechter op deze manier. In een aantal gevallen hebben (met name lagere) rechters wel degelijk rechtstreeks beoordeeld of met het bestreden besluit staatssteun wordt verleend. Dit past ook beter bij de finaliseringstendens in het bestuursrecht, maar luidt nog niet het einde van de vergewisplicht in.³³¹ Ten tweede is bepleit dat de vergewisplicht weliswaar onwenselijk is wanneer vaststaat dat sprake is van staatssteun, maar dat deze juist kansen biedt in de zeer goed denkbare situatie dat het bestaan van staatssteun niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld.

330 Zie bijlage I.

331 De twee benaderingen spreken elkaar ook niet per se tegen, zie eerder § 5.5.3.4.

5.5.4 Bestuursrechter: de overheid beroept zich op het staatssteunrecht

Ook in het bestuursrecht doet de overheid met enige regelmaat zelf een beroep op de standstillbepaling, overigens telkens in bodemzaken. De uitspraken die voor dit hoofdstuk interessant zijn, hebben telkens betrekking op de weigering om een gevraagd voordeel te verstrekken, zoals een subsidie, nadeelcompensatie of de toestemming om een bepaald project op te starten.³³² Anders dan in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter is dus geen sprake van het ontnemen van een al verleend (of toegezegd) voordeel. Dat betekent niet dat dergelijke situaties zich niet voordoen. Het gaat dan echter om de in hoofdstuk 6 beschreven situaties waarin steun is verleend na door de Commissie te zijn goedgekeurd, maar waarin de overheid bij nader inzien twijfelt of de daadwerkelijk verleende steun wel door het goedkeuringsbesluit wordt gedekt. De vraag naar de kwalificatie van steun komt in zulke zaken niet aan de orde.

5.5.4.1 De bewijslast bij een geweigerd voordeel

De aanvrager van een voordeel zoals een subsidie moet in beginsel aantonen dat hij daarvoor in aanmerking komt.³³³ Wat betekent dat voor de bewijslast ten aanzien van de vraag of het gewenste voordeel al dan niet in strijd komt met de standstillbepaling? Het duidelijkste antwoord volgt uit de uitspraken in de zaak *Ridderstee Holiday*.³³⁴

De onderneming Ridderstee Holiday heeft bij het college van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland (GS) op basis van een subsidieverordening een subsidie van €4,5 miljoen gevraagd.³³⁵ De verordening bepaalt in artikel 4 lid 4 dat geen subsidie wordt verleend indien daarmee de de-minimis-limiet wordt overschreden. GS heeft daarom een subsidie toegekend van €200.000, de relevante de-minimis-limiet. Tegen dit besluit gaat Ridderstee Holiday in bezwaar. De onderneming betoogt uitvoerig, onder meer aan de hand van een deskundigenrapport, dat de gevraagde €4,5 miljoen geen staatssteun oplevert. De toelichting bij artikel 4 lid 4 vermeldt dat dit artikel niet van toepassing is in geval van subsidieaanvragen waarbij geen sprake

332 Niet alle bestuursrechtelijke uitspraken waarin een bestuursorgaan een beroep doet op het staatssteunrecht, worden in dit hoofdstuk besproken. Zeven hebben betrekking op goedgekeurde steun, zij komen in hoofdstuk 6 aan de orde. In vijf uitspraken komt de rechter niet toe aan enige beoordeling van het staatssteunargument, omdat het beroep al om andere redenen gegrond of ongegrond wordt verklaard, of omdat een in gezag van gewijsde gegane uitspraak dit niet meer toelaat. Ook uitspraken over de terugvordering van steun naar aanleiding van een terugvorderingsbesluit van de Commissie komen hier niet aan de orde: daar staat het steunkarakter van de maatregel al vast. In dit hoofdstuk worden negen uitspraken besproken.

333 Zie in dit hoofdstuk § 5.3.7.

334 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*); Rb 's-Gravenhage 28 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT7119 (*Tijdelijke verordening stimulering Voordelta*).

335 Rb 's-Gravenhage 28 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT7119 (*Tijdelijke verordening stimulering Voordelta*).

is van staatssteun. Artikel 5 lid 3 van de verordening bepaalt dat de aanvrager de relevante informatie moet verstrekken voor de beoordeling van de drempel voor de-minimissteun.

Nu in de aan de zaak *Ridderstee* ten grondslag liggende subsidieverordening de verplichting was opgenomen voor de aanvrager om zelf informatie te verstrekken over relevante staatssteunaspecten, rust op de aanvrager volgens de Afdeling ook de bewijslast dat de subsidie *niet* neerkomt op onrechtmatige staatssteun.³³⁶ In zaken zoals *Ridderstee*, waarin op basis van een subsidieverordening een subsidie is gevraagd, hangt de bewijslast dus af van de inhoud van die verordening.³³⁷ Bij het opstellen van een subsidieverordening is het daarom belangrijk om te beseffen dat hiermee de bewijslastverdeling kan worden beïnvloed.³³⁸

Een niet in de bestudeerde jurisprudentie beantwoorde vraag is op wie de bewijslast rust wanneer een subsidieverordening over mogelijke staatssteun zwijgt. Mogelijk kan dan in de standstillbepaling zelf een wettelijke weigeringsgrond worden ingelezen, waarmee de bewijslast voor het bestaan van staatssteun ook op de overheid zou liggen. In de Nederlandse jurisprudentie is al aangenomen dat artikel 108 lid 3 VWEU een *terugvorderings*grondslag voor in strijd met de staatssteunregels verstrekte subsidies kan bieden.³³⁹ Het spreekt echter zeker niet voor zich om daaruit ook een wettelijke weigeringsgrond af te leiden met alle gevolgen voor de bewijslastverdeling van dien. Voert deze lezing (naar het oordeel van de Nederlandse bestuursrechter) te ver, dan ligt het alsnog voor de hand om aan te nemen dat, wanneer een justitiabele aan alle voorwaarden van een subsidieverordening voldoet terwijl een bestuursorgaan de subsidie omwille van het staatssteunrecht wil weigeren en de subsidieverordening over staatssteun zwijgt, het bestuursorgaan wordt geacht zich te beroepen op een ongeschreven zelfstandige norm en dus de bewijslast draagt voor het bestaan van staatssteun.³⁴⁰ Verwacht wordt dat op dit punt duidelijkheid zal komen via een te introduceren wet terugvordering staatssteun.³⁴¹ Het is de bedoeling dat daarmee in art. 4:35 Awb een expliciete weigeringsgrondslag wordt opgenomen, waarmee de bewijslast komt te rusten op het bestuursorgaan dat deze grondslag inroept.

336 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*), r.o. 4.1.

337 Vgl. Rb Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726 (*SLG Zuid-Holland*).

338 Uit interviews met rechters blijkt ook een zekere veronderstelling dat als in het kader van een subsidieverordening al over eventuele staatssteunaspecten is nagedacht, de daarop gebaseerde besluiten doorgaans door de beugel kunnen.

339 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*). Zie daarover nader in hoofdstuk 7, § 7.3.1.2.

340 Vgl. Schuurmans 2005, p. 193-6.

341 Beschikbaar via <<https://www.internetconsultatie.nl/wetterugvorderingstaatssteun>> (laatst geraadpleegd: 15-7-2016).

5.5.4.2 De 'Ridderstee-vergewisplicht'

Wat er daarna in het geval van de zaak *Ridderstee* gebeurt is interessanter. Dat de bewijslast (in dit geval) bij de aanvrager ligt, ontslaat de overheid in het bestuursrecht namelijk niet van zijn verplichtingen op grond van artikel 3:2 Awb om besluiten zorgvuldig voor te bereiden en te motiveren.³⁴² Een bestuursorgaan kan er dus niet mee volstaan, een gevraagd voordeel op grond van een vermeende schending van de standstillbepaling te weigeren. Dat bleek voor het eerst in de zaak *Ridderstee*, waarin de vermeende begunstigde uitgebreid en aan de hand van gegevens heeft betoogd dat verlening van de subsidie niet tot onrechtmatige staatssteun zou leiden. De gevolgtrekking van de Afdeling is als het ware een spiegelbeeld van de uitspraak *Martinihal*:

'Gelet op de rol van de Commissie bij de handhaving van staatssteunregels en de specifieke deskundigheid waarover zij beschikt bij de beoordeling of een overheidsmaatregel als staatssteun kwalificeert, dient het bestuursorgaan in de omstandigheden als hier aan de orde – waarin Ridderstee uitvoerig, aan de hand van gegevens en een deskundigenadvies, heeft uiteengezet waarom volgens haar geen sprake is van staatssteun – uit oogpunt van een zorgvuldige voorbereiding van zijn besluit, in contact te treden met de Commissie en deze om advies te vragen'.³⁴³

Met andere woorden: wanneer een aanvrager uitgebreid beargumenteert dat een gevraagd voordeel niet leidt tot staatssteun, eist het zorgvuldigheidsbeginsel dat een bestuursorgaan daarover contact opneemt met de Commissie – zelfs al was het door de argumenten niet overtuigd.³⁴⁴

Deze redenering is door andere bestuursrechters in meer of mindere mate gevolgd, waaronder de rechtbank Den Haag. Deze heeft, zonder echt in te gaan op de vraag of überhaupt sprake was van onrechtmatige staatssteun, een bestuursorgaan opgedragen contact met de Commissie te zoeken vanwege de omstandigheid dat de mogelijk onrechtmatige staatssteun, indien aangemeld, waarschijnlijk door de Commissie zou zijn goedgekeurd.³⁴⁵ Het CBb heeft op zijn beurt de weigering om compensatie te verlenen voor de volledige op grond van een visverbod geleden schade vernietigd op grond van het even-

³⁴² Zie in dit hoofdstuk § 5.3.7. Vgl. Rb Maastricht 19 mei 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AX3105 (*Sint Servatius*), 'De motivering van verweerder overtuigt dus niet.'

³⁴³ ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*), r.o. 5.5.

³⁴⁴ Interessant: de bezwaarschriftencommissie in deze procedure had ook al geadviseerd om de Commissie te benaderen, 'aangezien de door beide partijen ingeschakelde deskundigen op het gebied van staatssteunrecht geen eensluidend oordeel geven'. Rb 's-Gravenhage 28 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT7119 (*Tijdelijke verordening stimulering Voordelta*), r.o. 2.9. Er moet wel een daadwerkelijke discussie over het al dan niet bestaan van staatssteun zijn gevoerd. Dat valt althans indirect af te leiden uit ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2913 (*Stichting Innovatieprojecten OIZ*), r.o. 3.1. Al te vergezochte beroepen leiden voor de overheid niet tot succes: ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1986 (*QliQ*), r.o. 6.

³⁴⁵ Rb Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726 (*SLG Zuid-Holland*), r.o. 4.3.

redigheids- en het gelijkheidsbeginsel. De door het betrokken bestuursorgaan aangevoerde reden voor de beperking van de compensatie, 'namelijk toepassing van een subsidieplafond ten einde te verhinderen dat toepassing van de Regeling als staatssteun zou worden aangemerkt',³⁴⁶ maakte dit voor het College niet anders.

5.5.4.3 Een Europees kader en een nationale plicht

Wat betekenen deze uitspraken naar Nederlands en naar Europees recht? Het gaat in deze situaties om de weigering van een voordeel aan een mogelijke begunstigde. Het EU-recht stelt daarover in beginsel geen regels. Een mogelijke schending van de standstillbepaling is niet aan de orde en het EU-recht kent geen positieve verplichting om een voordeel toe te kennen.³⁴⁷ Het is in deze gevallen het Nederlands bestuursrecht dat, op basis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder omstandigheden een dergelijke plicht oplegt. Er kan worden aangenomen dat het EU-recht aan een dergelijke verplichting niet in de weg staat, zolang de opschortingsplicht, waar van toepassing, wordt geëerbiedigd.³⁴⁸

De belangrijke vraag is dan wie in dat soort gevallen moet bepalen of het gevraagde voordeel ook conform de staatssteunregels kan worden verleend. De bestuursrechter lijkt deze taak in de zojuist genoemde uitspraken in eerste instantie bij het betrokken bestuursorgaan en in tweede instantie bij de Europese Commissie neer te leggen. Helemaal onbegrijpelijk is dat niet. De Commissie zou daartoe gezien haar expertise veel beter in staat zijn dan de rechter. Daarnaast kan de Commissie zich, anders dan de rechter, zo nodig ook over de verenigbaarheid van een vermeende steunmaatregel uitlaten. Dat is relevant omdat de mogelijkheid om een gevraagd voordeel te verlenen in dit soort situaties niet alleen afhangt van de vraag of sprake is van onrechtmatige staatssteun.³⁴⁹ De bestuursrechter legt de verantwoordelijkheid voor een zorg-

346 CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:30 (*Visserijbedrijf*), r.o. 4.7. In gelijke zin: CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:29 (*Visserijbedrijf*). Zie kritisch: H.C. Lagrouw en M.K.G. Tjepkema, 'Noot bij ABRvS (2014-01-29) (Tegemoetkoming tijdelijk aalvisverbod)', *AB* 2014, 177.

347 Een dergelijke verplichting valt niet uit art. 108 lid 3 VWEU af te leiden, en evenmin uit de daarop gebaseerde jurisprudentie van het Hof van Justitie. Vgl. Rb 's-Gravenhage 28 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT7119 (*Tijdelijke Verordening stimulerend Voordelta*), r.o. 5.9-5.10.

348 Dit op grond van de voorrang van het EU-recht. Het CBb had dat dan ook moeten expliciteren in de zaken CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:30 (*Visserijbedrijf*) en CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:29 (*Visserijbedrijf*). Anders: Van Herwijnen 2015, p. 225, volgens wie de Ridderstee-vergawisplicht de tussen de nationale rechter en de Commissie bestaande bevoegdheidsverdeling feitelijk doorkruist. Van Herwijnen merkt terecht op dat een verplichting om met de Commissie in contact te treden niet volgt uit de gedragscode van de Commissie (p. 230).

349 Het gaat dan om de situatie waarin nog geen voordeel is verleend maar naar de toekomst toe moet worden beoordeeld of dat kan.

vuldige besluitvorming daarnaast op het bestuursorgaan, dat zo nodig zelf de Commissie moet betrekken in plaats van af te wachten of de vermeende begunstigde naar de rechter stapt om over de toepassing van het staatssteunrecht opheldering te vragen.³⁵⁰

Daar staat tegenover dat sterk kan worden betwijfeld dat de Commissie zit te wachten op vragen van bestuursorganen die een voordeel op grond van het staatssteunrecht willen weigeren.³⁵¹ Anders dan in de zaak *Martinihal* helpt een dergelijke vraag namelijk niet voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt uitgekeerd. Zij helpt hooguit voorkomen dat overheden zich te gemakkelijk op het staatssteunrecht beroepen – wat vanuit het oogpunt van een zorgvuldige besluitvorming beslist valt toe te juichen.³⁵² Met de naleving van de standstillbepaling heeft dat echter maar zijdelings te maken. De kans dat de door de bestuursrechter bedoelde vragen aan de Commissie prioriteit krijgen is daardoor klein, terwijl het risico bestaat dat de Commissie zich niet zal laten verleiden tot een concrete uitspraak (waarop de mogelijke begunstigde gerechtvaardigd zou kunnen vertrouwen).³⁵³ Ondertussen zal de belanghebbende op een eindbeslissing op zijn aanvraag moeten wachten en kan, bijvoorbeeld in het geval van een subsidieplafond, ook voor andere aanvragers onzekerheid blijven bestaan over hun rechtspositie. Het is de vraag of dit te rechtvaardigen valt, zeker nu de rechter op zijn minst in theorie volledig in staat moet zijn om (op de verenigbaarheid na) de staatssteunconformiteit van een maatregel te beoordelen.

Op het gebied van de in dit hoofdstuk bestudeerde kwalificatievraagstukken leidt het voorgaande tot op zijn minst één belangrijke conclusie. Waar een overheid zich op het staatssteunrecht beroept, ziet de bestuursrechter blijkbaar geen of slechts een beperkte rol voor zichzelf weggelegd bij de kwalificatie van de vermeende steun in het licht van artikel 107 lid 1 VWEU. Dat lijkt deze rechter het liefst over te laten aan de expert op dat gebied – de Commissie.

Het ziet ernaar uit dat de Ridderstee-vergawisplicht geen lang leven beschoren is. In de consultatieversie van een in juni 2016 geïntroduceerd wetsvoorstel terugvordering staatssteun is een derde lid toegevoegd aan art. 4:35 Awb. Op grond daarvan wordt een subsidieverlening geweigerd 'indien de verstrekking van

350 De Moor-van Vugt 2015, p. 606 wijst daarnaast op de mogelijkheid dat de keuze van de Afdeling om de zaak niet zelf af te doen mede is ingegeven door de wens van de partijen.

351 Vgl. Saanen 2013b, p. 245. Ook kritisch: Huurnink en Van den Tweel 2014, p. 96.

352 Zo ook J.R. van Angeren, 'Noot bij ABRvS (2013-02-13)(Niet zonder meer aannemelijk dat subsidieverlening staatssteun inhoudt)', *AB* 2014, 290, aant. 7.

353 Een rechterlijk oordeel biedt wat dat betreft veel meer rechtszekerheid, omdat het gezag van gewijsde wordt geëerbiedigd ook al blijkt achteraf dat een door de rechter toegestane steunverlening niet had mogen worden verleend. HvJ EU 22 december 2010, nr. C-507/08 (*Commissie/Slowakije*), *dictum*. Dit is anders wanneer de Commissie al heeft geoordeeld dat sprake is van een met de interne markt onverenigbare steunmaatregel. HvJ EU 18 juli 2007, nr. C-119/05 (*Lucchini SpA*), *dictum*.

subsidie naar het oordeel van het bestuursorgaan niet verenigbaar is met het bepaalde in de artikelen 107 en 108 [VWEU].³⁵⁴ Het blijkt uit de memorie van toelichting (p. 8) dat deze bepaling een reactie vormt op de Ridderstee-uitspraak. Het is de bedoeling dat een subsidie ook zonder overleg met de Commissie kan worden geweigerd, althans 'ingeval van evidente strijdigheid met de Europese staatssteunregels'. Daarmee wordt meer recht gedaan aan de door de Commissie opgestelde Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures,³⁵⁵ waarin de Commissie, aldus de memorie van toelichting (terecht), '(alleen) in het geval van beoogde aanmeldingen van steun aandringt op voorafgaand overleg'. In een eerder wetsvoorstel terugvordering staatssteun in 2008 werd over de wenselijkheid om met de Commissie overleg te voeren nog anders gedacht.³⁵⁶

5.5.4.4 De grote afwezigheid: geschillen over het terugdraaien van al verleende staatssteun

Het valt op dat in de bestudeerde bestuursrechtelijke jurisprudentie geen zaken opduiken waarin over het bestaan van staatssteun is gediscussieerd in het kader van het terugdraaien van vermeend ten onrechte verleende steun (bijvoorbeeld door middel van een terugvorderingsbesluit of zelfs de lagere vaststelling van een subsidie).³⁵⁷ Er zijn wel gevallen waarin over het terugdraaien van steun is geprocedeerd, maar dan in de in hoofdstuk 6 besproken gevallen waarin al duidelijk is dat sprake is van staatssteun en ter discussie staat of deze binnen het goedkeuringsbesluit van de Europese Commissie valt.³⁵⁸ Misschien is dat toeval. Het is waarschijnlijker dat de afwezigheid van dit soort zaken in dit hoofdstuk te wijten valt aan de bewijsrechtelijke regels die in het geval van het terugnemen van een voordeel gelden. Wanneer een verleend voordeel (ambtshalve) wordt teruggenomen, liggen bewijsvoeringslast en bewijsrisico op grond van artikel 3:2 Awb in beginsel op het bestuursorgaan dat het voordeel terugneemt.³⁵⁹ Het terugnemen van een voordeel is daarnaast een ingrijpendere maatregel dan een weigering om een voordeel toe te kennen. Het ligt voor de hand, zoals ook in de gevoerde interviews wordt bevestigd, dat aan de bestuurlijke beoordeling in zulke gevallen veel hogere eisen worden gesteld – mogelijk een belangrijke reden om van dergelijk ingrijpen af te zien.

354 Consultatieversie wetsvoorstel terugvordering staatssteun, beschikbaar via <<https://www.internetconsultatie.nl/wetterugvorderingstaatssteun>> (laatst geraadpleegd: 15-7-2016). Cursivering door AJM.

355 Mededeling van de Commissie van 16 juni 2009 'Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures', *PbEU* 2009, C 136/13.

356 Zie daarover in hoofdstuk 8 § 8.2.2.4.

357 Voor de burgerlijke rechter komen zulke zaken wel voor, zie in dit hoofdstuk § 5.5.2.

358 Een mooi voorbeeld van zo'n geschil is ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*). Zie daarover nader in hoofdstuk 6 § 6.7.1 en in hoofdstuk 7 § 7.3.1.2.

359 Schuurmans 2005, p. 87.

5.5.4.5 Tussenconclusie

Verskillende uitspraken van de bestuursrechter gaan over de situatie waarin de overheid zich op de standstillbepaling beroept. Anders dan in civiele zaken gaat het nooit om het terugdraaien van steun maar om het weigeren van een gevraagd voordeel. In zulke gevallen moet de aanvrager aantonen dat hij voor dat voordeel in aanmerking komt. Of hij ook moet aantonen dat toekenning van het voordeel (anders dan het betrokken bestuursorgaan meent) niet tot staatssteun leidt, hangt af van de regelgeving op basis waarvan het voordeel wordt gevraagd.

Ook in geschillen tussen de overheid en de vermeende begunstigde geldt een vergewisplicht voor de overheid. Als een aanvrager op wie de bewijslast rust uitvoerig en aan de hand van documenten heeft betoogd dat toewijzing van zijn aanvraag niet zal leiden tot staatssteun, mag het betrokken bestuursorgaan de aanvraag niet met een beroep op de standstillbepaling afwijzen zonder eerst met de Commissie in contact te treden. Dat volgt uit de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Ridderstee*. Het verdient opmerking dat deze vergewisplicht, anders dan in de uitspraak *Martinihal*, er niet toe leidt dat mogelijk onrechtmatige staatssteun niet wordt uitgekeerd. Het gaat er ‘alleen’ om dat de overheid een gevraagd voordeel niet te gemakkelijk met een beroep op het staatssteunrecht weigert. Met name het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen zich daartegen verzetten. Het bestaan van de vergewisplicht betekent daarentegen ook hier dat de uiteindelijke vraag of sprake is van staatssteun niet door de bestuursrechter wordt beantwoord, maar door het bestuur (wiens oordeel wel weer door de rechter kan worden gecontroleerd) met hulp van de Commissie. Of de Commissie op dit soort vragen zit te wachten, valt sterk te betwijfelen.

5.6 MOGELIJKE VERKLARINGEN VOOR EEN LAAG SLAGINGSPERCENTAGE

De meest in het oog springende constatering op basis van het verrichte jurisprudentieonderzoek is dat de rechter nagenoeg nooit tot het oordeel komt dat in een specifiek geval sprake is van staatssteun.³⁶⁰ Het is de moeite waard om daartegenover bij wijze van afsluiting de besluitenpraktijk van de Commissie te stellen. Het oordeel dat geen sprake is van staatssteun komt namelijk slechts in een kleine minderheid van de door de Commissie gepubliceerde besluiten voor. In het gros van de gevallen kwalificeert een maatregel of regeling wel als staatssteun maar wordt besloten om daartegen geen bezwaar te maken (artikel 4 lid 3 Procedureverordening) of wordt de formele onderzoeksprocedure geopend om over de verenigbaarheid van de staatssteun met

³⁶⁰ Vergelijkbare conclusies gelden ook voor het reguliere mededingingsrecht. Braeken en Eijberts 2015.

de interne markt een eindoordeel te vellen (artikel 4 lid 4 Procedureverordening).³⁶¹ Met andere woorden: waar de gepubliceerde jurisprudentie van de Nederlandse rechter slechts zelden het oordeel bevat dat aan de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan, ontstaat op basis van de gepubliceerde besluiten van de Commissie bijna het tegenovergestelde beeld.

Rechtvaardigt dit contrast de gevolgtrekking dat de Nederlandse rechter onvoldoende in staat is, of onvoldoende gebruik maakt van de mogelijkheden naar Nederlands recht, om het staatssteunrecht te handhaven? Die conclusie is verleidelijk, maar voorbarig. Naast het feit dat de Commissie werkt in een ander procedureel kader met eigen onderzoeksbevoegdheden, is het geen gegeven dat de Commissie te maken krijgt met vergelijkbare geschillen als waarover bij de Nederlandse rechter wordt geprocedeerd, en kunnen klachten die geen aanleiding geven tot nader onderzoek over de verenigbaarheid met de staatssteunregels ook zonder besluit worden afgedaan.³⁶² Sterker nog: bij het voorstel tot wijziging van de Procedureverordening heeft de Commissie gewezen op de ruim 300 klachten die per jaar worden ingediend, waarvan vele niet zijn ingegeven door daadwerkelijke mededingingsbelangen, dan wel onvoldoende gesubstantieerd zouden zijn.³⁶³

Daarnaast vallen voor het lage 'slagingspercentage' van staatssteunberoepen in de Nederlandse rechtspraak minimaal vijf verschillende verklaringen aan te dragen die er niet per se op neerkomen dat de rechter terughoudender (of: te terughoudend) is bij het kwalificeren van een maatregel als staatssteun.

Een eerste mogelijke verklaring voor het voor de Nederlandse rechtspraak geschetste beeld is dat de in dit onderzoek bestudeerde rechtspraak niet representatief is voor de stand van zaken van de handhaving van het staatssteunrecht op nationaal niveau. Gesprekken met advocaten en rechters bieden voor deze verklaring enige houvast. Het is denkbaar dat een procedure alleen tot een (gepubliceerde) (eind)uitspraak leidt in de gevallen waarin het bestaan van staatssteun niet of onvoldoende aannemelijk kan worden gemaakt. In andere gevallen is het al vóór of tijdens de procedure mogelijk om met de

361 In theorie kan dan alsnog worden geoordeeld dat niet aan de voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU is voldaan, maar dat is bij mijn weten in de praktijk nog niet gebeurd. De bovenstaande conclusies zijn gebaseerd op de website <<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>>. Daarbij is gefilterd op de periode 12 december 2013 tot en met 12 juni 2014 en de procedure NN, die wordt toegepast in het geval van niet-aangemelde steun (doorgaans naar aanleiding van een klacht van een concurrent). Dit heeft binnen de bestudeerde periode geleid tot 38 besluiten. In drie van deze besluiten is geoordeeld dat geen sprake is van steun (artt. 4 lid 2 en 9 lid 2 Pvo). Vgl. Nicolaides 2014, p. 411.

362 Europese Commissie 16 juni 2009, 'Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteun-procedures', *PbEU* 2009, C 136/13, randnrs. 49-50.

363 Voorstel van de Europese Commissie van 5 december 2012 voor een verordening van de Raad tot wijziging van Verordening nr. 659/1999/EG van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, COM(2012) 725 def., p. 4.

overheid tot een minnelijke schikking te komen, waardoor een (eind)uitspraak achterwege blijft.³⁶⁴ Specifiek voor het bestuursrecht geldt dat ‘terechte’ beroepen al tijdens de bezwaarfase kunnen zijn opgelost en een verdere procedure voor de rechter onnodig is. Deze verklaring houdt met andere woorden in dat de ‘succesvolle’ staatssteunzaken met de gekozen onderzoeksmethode buiten beeld blijven, waardoor het geschetste beeld op basis van de onderzochte jurisprudentie vertekend is. In hoofdstuk 3 is ook al de mogelijkheid genoemd dat gedupeerden van schendingen van de staatssteunregels afzien van het voeren van een procedure om hun goede relatie met de steunverlenende overheid niet op het spel te zetten.³⁶⁵

Een tweede mogelijke verklaring is dat in een belangrijk deel van de bestudeerde uitspraken daadwerkelijk geen sprake is van onrechtmatige staatssteun, dan wel dat partijen zonder steekhoudende onderbouwing een beroep op het staatssteunrecht doen onder het motto ‘baat het niet dan schaadt het niet’. Daaraan valt zeker te denken wanneer partijen naast de standstillbepaling een hele reeks andere argumenten aanvoeren waarom het door hen gewenste rechtsgevolg zou moeten intreden. Het is zeker niet ondenkbaar, zoals ook in verschillende gesprekken met rechters en advocaten is bevestigd, dat partijen een beroep op de standstillbepaling er met de haren bij slepen zonder heel concreet te (kunnen) maken waar de gestelde staatssteun dan precies in bestaat. Vriendelijker geformuleerd kunnen soms vraagtekens worden gezet bij de inschatting door deze partijen van de relevantie van het staatssteunrecht voor de situatie waartegen zij zich verzetten. Interviews met rechters bevestigen dat het EU recht in het algemeen, als machtig instrument, graag wordt ingeroepen. Dit heeft tot gevolg dat het verleidelijk is om aan te nemen dat een ‘echt’ staatssteunrechtelijk probleem wel gemakkelijk te herkennen zal zijn, bijvoorbeeld doordat in ieder geval ook de Commissie bij de zaak is betrokken. Het lage slagingspercentage van staatssteunzaken valt binnen deze verklaring dus in ieder geval voor een deel te wijten aan het procesgedrag van de betrokken partijen.

Een derde mogelijke verklaring is dat (in een deel van de geschillen) wel degelijk sprake is van onrechtmatige staatssteun, maar dat de partij die zich daarop beroept dit niet kan aantonen vanwege informatie-asymmetrie.³⁶⁶

364 Het verdient opmerking dat in een minnelijke schikking, zoals ook uit interviews naar voren is gekomen, de oplossing van het geschil centraal staat. Of die oplossing ‘staatssteunconform’ is, is een andere vraag.

365 Vgl. hoofdstuk 3, § 3.1.1.

366 Steun hiervoor biedt ook Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 5. De moeilijkheid om bewijs te verkrijgen geldt ook in algemene zin in het burgerlijk recht. Zie de Nederlandse reactie op het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, bijlage bij *Kamerstukken* 2007-2008, 22112, nr. 660, p. 7-8. Ook: Komninos 2008, p. 225-6, binnen de context van het mededingingsrecht: ‘Indeed, many actions fail because the plaintiff cannot have access to information held by the defendant or sometimes by third parties [...]. He essentially has the unenviable task of proving a competition law infringement in the slightest detail’.

Het is binnen deze verklaring vooral de toegang tot informatie die in staatssteunzaken de boosdoener is. Dat geldt vooral in de situatie waarin een concurrent jegens de overheid een beroep doet op de standstillbepaling. Waar een dergelijke marktdeelnemer in beginsel goed in staat zal zijn om de markt te analyseren en aan te geven wanneer een maatregel marktconform zou zijn, is het niet vanzelfsprekend dat hij de nodige informatie heeft om aan te tonen dat de specifieke door hem bestreden maatregel, waar relevant in het licht van alle tussen de vermeende begunstigde en de overheid gemaakte afspraken, van de normale marktsituatie afwijkt.³⁶⁷ Dit lijkt vooral in procedures voor de burgerlijke rechter van groot belang.³⁶⁸ Bevestiging voor deze verklaring kan worden gevonden in de omstandigheid dat het bestaan van staatssteun vaker wordt aangenomen wanneer de overheid een beroep doet op het staatssteunrecht dan wanneer een derde dat doet. Het is namelijk waarschijnlijk dat de overheid, als vermeend steunverlener, meer informatie tot zijn beschikking heeft over de precieze gemaakte afspraken, marktomstandigheden, aanvullende eisen en wat verder nog relevant is voor de vraag of aan een bepaalde onderneming een niet-marktconform voordeel is verstrekt.³⁶⁹ Tegelijkertijd valt het op dat maar zelden (bestuursrechtelijke) procedures worden gepubliceerd naar aanleiding van Wob-verzoeken in staatssteunzaken.³⁷⁰ Zulke verzoeken zullen niet altijd nodig zijn, nu de overheid in sommige gevallen de gevraagde informatie ook vrijwillig heeft verstrekt.³⁷¹ Als moet worden vastgesteld dat situaties van onrechtmatige staatssteun door de Nederlandse rechter onvoldoende worden herkend vanwege het bestaan van informatie-asymmetrie, kunnen constructies als bewijsvermoedens of een verzwaarde stelplicht uitkomst bieden.³⁷² Eerder in dit hoofdstuk is betoogd dat de be-

367 Vgl. Conclusie A-G Tizzano 30 maart 2006, bij HvJ EU 7 september 2006, nr. C-526/04 (*Laboratoires Boiron*), ov. 70.

368 Zie hierboven in dit hoofdstuk § 5.5.1. Een aantal bestuursrechters geeft desgevraagd aan in de interviews aan bij de toegang tot informatie in *bestuursrechtelijke* staatssteungeschillen geen probleem te zien. Voor zover hier wel moeilijkheden bestaan, zien zij voor de bestuursrechter in beginsel geen rol om deze asymmetrie op te lossen.

369 Zie echter voor een uitzondering: Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*).

370 ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8796 (*Berkhout is Bòós!*). Van de weinige procedures gaan de meeste over het opvragen van de communicatie tussen de overheid en de Europese Commissie in het kader van een staatssteunprocedure voor de Commissie. Zie Rb Amsterdam 30 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4769 (*GDF SUEZ*); ABRvS 23 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU6653 (*Openbaarmaking van documenten*); Rb Leeuwarden 12 mei 2000, ECLI:NL:RBLEE:2000:AA5771 (*SCI-affaire*). Zo lang het onderzoek van de Commissie nog loopt, zal zulke informatie doorgaans niet openbaar worden gemaakt: ABRvS 23 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU6653 (*Openbaarmaking van documenten*).

371 Rb 's-Gravenhage 24 september 2008, ECLI:NL:RBGR:2008:BF4232 (*De Raad Bouw*).

372 In het kader van het reguliere mededingingsrecht is een systeem van bewijsvergaring voorgesteld dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zou moeten versoepelen. Dat is neergelegd in Richtlijn 2014/104 (richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht). Tzankova, Plomp en Raats 2013, p. 183, merken op dat dit systeem

stuursrechtelijke vergewisplicht een dergelijke rol kan vervullen. Ook het burgerlijk recht biedt voor zulke constructies tot op bepaalde hoogte ruimte.³⁷³

Ten vierde is het mogelijk dat (in een deel van de geschillen) wel sprake is van onrechtmatige staatssteun maar dat het, nog onafhankelijk van de beschikbare informatie, te moeilijk is om de Nederlandse rechter daarvan te overtuigen vanwege de complexiteit van het begrip staatssteun.³⁷⁴ Dat de kwalificatie van een steunmaatregel moeilijk kan zijn, is bekend. Met name de vraag of sprake is van een niet-marktconform voordeel kan om ingewikkelde economische beoordelingen vragen, zeker wanneer geen aanbestedingsprocedure is gevolgd. Natuurlijk is het mogelijk (en soms zelfs verplicht) om bij zulke moeilijkheden een prejudiciële vraag te stellen. Dit biedt echter geen uitkomst wanneer problemen bij de feitenvaststelling vooral feitelijk van aard zijn – terwijl bij het aantonen van staatssteun vaak juist een vergaande feitelijke onderbouwing nodig is.³⁷⁵ De rechter lijkt de moeilijke staatssteunbeoordelingen in sommige gevallen veel liever door de Europese Commissie te laten uitvoeren.³⁷⁶ Sterker nog, sommige bestuursrechters hebben in de interviews expliciet aangegeven zichzelf slecht geëquipeerd te achten om het bestaan van staatssteun vast te stellen en de Commissie hiertoe veel beter in staat te achten. Als het probleem inderdaad ligt bij de expertise van de Nederlandse rechter, zou dit pleiten voor een betere staatssteunopleiding voor rechters of zelfs voor gespecialiseerde rechtscolleges.

Ook een (te) zware toetsingsmaatstaf kan, tot slot, aan een succesvol beroep op de staatssteunregels in de weg staan. Een zware toetsingsmaatstaf kan volgen uit het toepasselijke nationale procesrecht. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan het door middel van een besluit terugdraaien van een voordeel – een ingrijpende maatregel die op grond van het bestuursprocesrecht streng wordt getoetst. Van procedures over dit soort besluiten bestaan in de bestudeerde jurisprudentie alleen voorbeelden in gevallen waarin al vaststaat dat sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Aan een discussie of een maatregel kwalificeert als staatssteun willen bestuursorganen zich in zulke gevallen blijkbaar niet wagen. Een zware toetsingsmaatstaf kan daarnaast een goede oplossing zijn wanneer om enige reden een aarzeling bestaat om te concluderen dat de standstillbepaling is of zal worden geschonden. Wellicht dat de gevolgen daarvan te zwaar worden gevonden of te

op zijn minst gedeeltelijk wettelijke verankering behoeft omdat het een rechtspolitieke afwijking van de hoofdstegel van stelplicht en bewijslast inhoudt.

373 Zie eerder in dit hoofdstuk § 5.5.3.4.

374 In de context van grondtransacties: Sterk 2009, p. 429: het 'is, gelet op het feit dat zeer moeilijk is de waarde van grond en gebouwen vast te stellen, aan te raden dat de Afdeling voorzichtig is met het zelfstandig aannemen dat een transactie marktconform is'.

375 Vgl. Chérot 2007, p. 178. Zie daarnaast Parret 2015: 'Maar als op uitkristalliseren van de begrippen in Luxemburg wordt gewacht, kunnen we lang blijven wachten'.

376 Bijvoorbeeld via een vergewisplicht.

moeilijk vallen te overzien. Misschien ligt de zaak wel te gevoelig of wordt buiten de rechtszaal aan een andere oplossing gewerkt. Of zulke overwegingen in de bestudeerde jurisprudentie een rol spelen, valt moeilijk vast te stellen.³⁷⁷ Een andere omstandigheid wijst wel op deze mogelijkheid. Het gaat dan om het opvallende gebrek aan uitspraken waarin de bestuursrechter zich over de kwalificatie van een subsidie als mogelijke staatssteun uitlaat. Juist in dat soort zaken zou het betrekkelijk gemakkelijk moeten zijn om te bepalen of sprake is van staatssteun of niet. Aan een dergelijke beoordeling wordt echter doorgaans niet toegekomen omdat al wordt geoordeeld dat aan een belangvereiste niet is voldaan (zie hoofdstuk 4). Dat juist bij maatregelen die relatief gemakkelijk te kwalificeren zijn niet aan die kwalificatie wordt toegekomen, doet op zijn minst vermoeden dat er impliciete redenen kunnen bestaan om niet tot een schending van de standstillbepaling te concluderen. Ook het hanteren van een betrekkelijk hoge toetsingsmaatstaf kan daarvoor een geëigende manier zijn.

Tussen de complexiteit van de kwalificatie van staatssteun en het bestaan van een zware toetsingsmaatstaf is natuurlijk een wisselwerking denkbaar: als het erg moeilijk is om te beoordelen of sprake is van staatssteun, terwijl de consequenties van die kwalificatie zeer ingrijpend zijn of moeilijk vallen te overzien, is het goed denkbaar (en valt te verdedigen) dat de rechter ervoor waakt te snel van het bestaan van onrechtmatige staatssteun uit te gaan. Op deze problematiek wordt verder ingegaan in hoofdstuk 7.

Voor deze laatste drie verklaringen, de problematische toegang tot informatie, de complexiteit van de kwalificatie en de (te) hoge bewijsstandaard, pleit ook de omstandigheid dat in het ene geval waarin een derde met succes heeft aangevoerd dat een maatregel kwalificeert als staatssteun, de vermeende steunverlener dat al met zoveel woorden had toegegeven. Ook de ervaring in mededingingszaken wijst in deze richting. Het is veelzeggend dat procedures voor de Nederlandse burgerlijke rechter in reguliere mededingingszaken bijna altijd meeliften op een beslissing van een mededingingsautoriteit (de ACM of de Commissie) of 'regulator'.³⁷⁸ Terzijde kan worden opgemerkt dat in het burgerlijk recht een lichte tendens lijkt te bestaan om gedupeerde concurrenten die tevergeefs het staatssteunrecht inroepen wel enige rechts-

377 Dit zou een verklaring kunnen zijn voor de uitspraak van de Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*). In deze uitspraak is geoordeeld dat geen sprake was van onrechtmatige staatssteun wegens het ontbreken van een interstatelijk effect. De vordering tot terugvordering is zodoende afgewezen. Wel toegewezen is de (in het burgerlijk recht veel gebruikelijkere) vordering tot het verlenen van schadevergoeding, en wel omdat de gemeente een niet-marktconform voordeel zou hebben verstrekt aan een concurrent van eiseres en zo in strijd zou hebben gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel.

378 Zippro 2009, p. 616.

bescherming te bieden over de band van het zorgvuldigheidsbeginsel.³⁷⁹ Aan de handhaving van de staatssteunregels draagt dit niet bij, maar aan de niet onbelangrijke bescherming van concurrentiebelangen in Nederland wel.

Voor het lage slagingspercentage van staatssteunberoepen bij de Nederlandse bestuurs- en burgerlijke rechter vallen kortom verschillende verklaringen aan te dragen. Waarschijnlijk spelen zij allemaal een rol. Welke verklaringen het zwaarst wegen en hoe zij zich tot elkaar verhouden, valt nauwelijks vast te stellen. Wat zegt dit vervolgens over de rol van de Nederlandse rechter bij de kwalificatie van staatssteun? Die rol is in ieder geval niet wat men zich daarbij op basis van de Europese jurisprudentie en de mededelingen van de Commissie zou voorstellen. Bij de mededeling over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties uit 2009 was de hoop en verwachting van de Commissie dat de nationale rechter een grotere rol zouden spelen met de handhaving van de staatssteunregels en het bieden van rechtsbescherming aan justitiabelen.³⁸⁰ Men zou dan verwachten dat de rechter toch wat vaker dan nu het geval is een schending van de standstillbepaling ‘vangt’. Misschien doet hij dat ook wel, maar blijven deze gevallen in dit onderzoek onzichtbaar omdat zij eindigen in een schikking. Het bestaan van een proceduremogelijkheid bij de nationale rechter kan daarnaast een voorkomende werking hebben. Misschien heeft Nederland (mede om die reden) ook wel weinig staatssteunproblemen. Dat zou mooi zijn.

Dat neemt niet weg dat er nog steeds betrekkelijk veel zaken zijn waarin wél in een staatssteungeschil uitspraak is gewezen. Dat betekent ofwel dat het staatssteunrecht wordt ingeroepen in situaties waar het niet voor is bedoeld. Dat is een onwenselijke situatie, want dit veroorzaakt voor rechters en de betrokken partijen onnodige lasten en kan in het ergste geval betekenen dat *bona fide* staatssteunberoepen minder aandacht krijgen dan zij verdienen. De moraal van ‘de jongen die wolf riep’³⁸¹ dringt zich op. Het alternatief is niet veel aantrekkelijker: dat houdt namelijk in dat op basis van het huidige Nederlandse procesrecht onvoldoende mogelijkheden bestaan (of worden

379 Rb Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591 (*MuzyQ*); Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*). Het is mogelijk dat de betrokken rechters bij de concrete toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel inspiratie aan het (volgens hen niet van toepassing zijnde) staatssteunrecht hebben ontleend. A.A. al Khatib en T. Barkhuysen, ‘Annotatie bij Rb Den Haag (2013-09-11)(Rechtmatigheid financiële garantstelling door gemeente)’, *JG* 2013, 68, aant. 11.

380 Mededeling van de Commissie van 9 april 2009 over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties *PbEU* 2009, C 85/1, randnrs. 4-6.

381 Naar de fabel van Aesopus over een zoon die van zijn vader op de geiten moest passen en hem moest roepen als er een wolf kwam om de geiten op te eten. Drie keer sloeg hij loos alarm. Dat had hij niet moeten doen, want toen hij voor de vierde keer ‘wolf’ riep, luisterde zijn vader niet meer. De jongen en zijn geiten zijn door de wolf opgegeten – wat uiteraard een triester eind is dan dat van de *bona fide* concurrent die zich zonder succes op de standstillbepaling beroept.

gebruikt) om het staatssteunrecht te effectueren. In dat geval komt de last van de handhaving veel zwaarder op de Commissie te liggen. Onder het huidige systeem van 'vergelijkbare maar onderscheiden taken' is dat niet de bedoeling, nog nagelaten dat de Commissie zich blijkens de staatssteunmodernisering vooral op de grote mededingingsverstoringen wil richten.

In het vorige hoofdstuk is al opgemerkt dat het onder omstandigheden terecht kan zijn om oneigenlijke staatssteunberoepen via het belangvereiste te weren. In de overige gevallen geldt, zoals op verschillende punten in dit hoofdstuk naar voren is gekomen, dat zowel het burgerlijk recht als het bestuursrecht nog voldoende ruimte bieden om de problemen bij de kwalificatie van staatssteun op te lossen zonder dat (te) diep in het bestaande procesrecht hoeft te worden ingegrepen.³⁸² Ten overvloede: dat betekent nog niet dat de partijen van hun verantwoordelijkheden bij het aanleveren van de relevante feiten en argumenten worden ontheven. Er bestaat wel voldoende reden om aan te nemen dat deze verantwoordelijkheid op deze partijen zwaar drukt. Het toepasselijke procesrecht kan in zulke gevallen verlichting brengen en moet dat waar nodig ook doen.

5.7 SLOTBESCHOUWING

In dit hoofdstuk is de rol van de Nederlandse rechter bij de private handhaving van het Europese staatssteunrecht onderzocht in relatie tot één van zijn belangrijkste taken, de vaststelling of een bestreden maatregel daadwerkelijk staatssteun inhoudt. Als geen sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, komt immers ook de standstillbepaling niet aan de orde. Voor de vraag of de rechter zal meegaan in een betoog dat een maatregel kwalificeert als staatssteun is het niet alleen relevant wanneer volgens de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU van staatssteun sprake is, maar ook hoe de rechter tot deze beoordeling komt. Op deze laatste vraag richt zich dit hoofdstuk. Het zwaartepunt daarvan wordt gevormd door een analyse van de Nederlandse jurisprudentie waarin op enige manier het bestaan van staatssteun in het concrete geval ter discussie is gesteld. Dit jurisprudentieonderzoek is aangevuld met literatuuronderzoek om de juridische kaders weer te geven waarbinnen de Nederlandse rechter beoordeelt of sprake is van staatssteun, en met interviews met rechters en advocaten.

³⁸² Een andere mogelijkheid zou zijn het Nederlandse recht op een aantal punten aan te passen. Daar wordt overigens, en terecht, voor gewaarschuwd omdat het aanpassen van bewijsrecht op specifieke gebieden zoals het staatssteunrecht kan leiden tot versnippering van het Nederlandse systeem. Zie de Nederlandse reactie op het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, bijlage bij *Kamerstukken 2007-2008*, 22112, nr. 660, p. 2.

Omdat ervoor is gekozen om geschillen over de betaling van een heffing buiten het bereik van dit deel van het onderzoek te houden, concentreert dit hoofdstuk zich op de manier waarop de burgerlijke rechter en de bestuursrechter met zulke kwalificatievraagstukken omgaan. In de kleine handvol uitspraken waarin de belastingrechter daadwerkelijk aan een beoordeling van het staatssteunkarakter van een maatregel is toegekomen, ging het nauwelijks om een serieus staatssteunberoep. Dit heeft zich vertaald in een bijzonder summier motivering door de belastingrechter. Op basis daarvan valt over de rol van de belastingrechter *bij de kwalificatie* van steunmaatregelen nauwelijks iets te leren.

In aansluiting op de voor dit onderzoek gestelde deelvragen is dit hoofdstuk eerst het raamwerk geschetst waarbinnen de Nederlandse rechter moet vaststellen of al dan niet van staatssteun sprake is. Dat raamwerk bestaat enerzijds uit de regels van Nederlands (proces)recht die voor deze vaststelling de basis leggen, en anderzijds uit de eventuele eisen die het EU-recht daaraan stelt. De belangrijkste conclusies daarvoor zijn getrokken in de paragrafen 5.3.9 en 5.4.7.

Voor het nationale kader geldt dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter in ieder geval in theorie bij kwalificatievraagstukken een andere rol spelen – waaronder in dit hoofdstuk zoals gezegd zowel de vaststelling als de daarop volgende kwalificatie van de feiten worden geschaard. De theorie luidt dat de burgerlijke rechter lijdelijk is en de bal in een civiel geschil bijna volledig bij de procespartijen legt. Hij dient af te gaan op de door partijen gestelde feiten (voor zover zij niet of onvoldoende zijn betwist) en moet zich houden aan de grenzen van de rechtsstrijd zoals door de partijen bepaald. De bestuursrechter zou veel actiever zijn, want op zoek naar de materiële waarheid, en kan dus (bijvoorbeeld ter bescherming van de zwakkere partij die zich zonder procesvertegenwoordiging tegen een machtige overheid moet verweren) ook zelf een deel van het feitenonderzoek op zich nemen. Daarbij is het belangrijk dat de rechter doorgaans niet de eerste is die in een bestuursrechtelijke procedure de feiten vaststelt, maar het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen. De bestuursrechter volstaat er dus soms mee, te overwegen dat het bestuursorgaan die taak onvoldoende heeft vervuld en een nieuw besluit moet nemen – zonder dat hij zelf een eindoordeel geeft over de feiten. In § 5.3.9 is benadrukt dat deze verschillen steeds meer kunnen worden gerelativeerd. Desondanks blijven zij in het DNA van het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht zitten en kunnen zij wel degelijk van invloed zijn op de manier waarop in rechte met kwalificatievraagstukken wordt omgegaan – zij het dan in minder extreme mate dan de zojuist geschetste theorie.

Voor het Europese kader geldt dat de vraag hoe de kwalificatie van een maatregel met het oog op een mogelijke schending van de standstillbepaling wordt overgelaten aan het nationale procesrecht. Daarbij gelden wel de grenzen van het gelijkwaardigheidsbeginsel, het effectiviteitsbeginsel en het beginsel

van effectieve rechtsbescherming. De meest concrete regel die uit het EU-recht op basis van deze beginselen valt te destilleren is in deze context dat de rechter binnen de grenzen van zijn procesrecht een helpende hand moet bieden wanneer de partij die het bewijs moet leveren daartoe buiten haar schuld niet in staat is. Waar het EU-recht invulling geeft aan de materiële voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU, bepaalt het nationale recht wanneer het bestaan van staatssteun in rechte is komen vast te staan. Het is toegestaan dat daarvoor bijvoorbeeld in kort geding een andere maatstaf geldt dan in een bodemprocedure. De rechter hoeft het staatssteunrecht ook niet zonder meer ambtshalve toe te passen, hoewel deze vraag voor wat betreft het burgerlijk recht ook niet met zekerheid ontkennend kan worden beantwoord. Verder is geconcludeerd dat, waar de hierboven geschetste praktijk van de bestuursrechter om de feiten niet in alle gevallen zelf vast te stellen in principe geoorloofd lijkt, hierover specifiek in de context van het staatssteunrecht juist twijfel bestaat. Een bijzondere situatie bestaat wanneer niet een derde, maar de overheid zelf de standstillbepaling inroept. De Europese jurisprudentiële regels over de kwalificatie van staatssteun zijn niet op zulke geschillen toegeschreven. Waarschijnlijk gelden over de band genomen toch dezelfde regels, hoewel er rekening mee moet worden gehouden dat de toepasselijke nationale procesregels, de procesuele en de feitelijke positie van de overheid in zulke geschillen vaak zullen afwijken van die van een concurrent die de bescherming van de standstillbepaling inroept.

De zojuist geschetste regels vormen het belangrijkste juridische raamwerk waarbinnen de rechter bij de kwalificatie van steunmaatregelen werkt. Natuurlijk wordt de rol van de rechter bij deze taak ook door andere factoren beïnvloed, zoals bijvoorbeeld de beschikbare tijd en expertise, de procesopstelling van de partijen en de aan het geschil ten grondslag liggende feitencomplexen. Deze factoren moeten natuurlijk worden onderkend, maar zij zijn in dit hoofdstuk niet systematisch onderzocht. Wel kan worden geconstateerd dat beroepen op het staatssteunrecht op basis van verschillende feitencomplexen op verschillende manieren worden ingestoken. Rechters zullen kortom worden geconfronteerd met uiteenlopende dossiers.

Voor zover rechters op basis van deze dossiers toekomen aan een inhoudelijke beoordeling van het begrip staatssteun,³⁸³ is bij wijze van achtergrond kort bezien welke materiële voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU in hun uitspraken vooral van belang zijn. Daarbij valt het op dat niet altijd duidelijk wordt waaraan de rechter in een staatssteungeschil precies toetst. Voor zover dat wel kan worden beoordeeld, lijkt verreweg de meeste aandacht uit te gaan naar de vraag of sprake is van een voordeel, zeker bij de burgerlijke rechter. Dat neemt niet weg dat ook de andere elementen van het begrip staatssteun in de Nederlandse jurisprudentie een belangrijke rol kunnen innemen, zoals met name de vraag naar de beïnvloeding van de interstatelijke handel.

383 Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 4 voor gevallen waarin dit niet het geval is.

Tegen deze feitelijke en juridische achtergrond kan de rol van de rechter bij de kwalificatie van staatssteun verder worden uitgetekend. Het zwaartepunt van dit hoofdstuk lag bij de vraag welke rol de Nederlandse rechter blijkens zijn jurisprudentie vervult bij de beoordeling of in een specifiek geval sprake is van staatssteun. De belangrijkste conclusies daarvoor zijn in § 5.5 opgeschreven. Het meest opvallend is dat een beroep op het staatssteunrecht slechts zeer sporadisch slaagt. De rechter laat zich niet gemakkelijk van het bestaan van staatssteun overtuigen. De wegen naar dat oordeel voor de bestuursrechter en de burgerlijke rechter vertonen onderling verschillen en gelijkenissen. Bij wijze van conclusie worden hierna de belangrijkste verschillen en gelijkenissen naast elkaar gezet. Voor het overige verwijs ik naar de deelconclusies in § 5.5. Het eerste verschil ligt bij de wijze van toetsing van het begrip staatssteun.

De burgerlijke rechter toetst zelf of sprake is van staatssteun, de bestuursrechter niet (altijd).

In het bestuursrecht wordt uitgegaan van een zogenaamde vergisplicht. Deze houdt in dat een bestuursorgaan wiens besluit kan neerkomen op het verlenen van onrechtmatige staatssteun, onder omstandigheden zelf moet onderzoeken of dit het geval is en daarbij zo nodig de Commissie om advies moet vragen. De burgerlijke rechter stelt daarentegen, afgaande op de stellingen van partijen, zelfstandig vast of in een specifieke situatie sprake is van staatssteun. Dit is in de kern een fundamenteel verschil tussen de aanpak van de beide rechters. Dat verschil sluit aan bij de taakopvatting van deze rechters zoals die in dit hoofdstuk is geschetst. De benadering van de burgerlijke rechter sluit het meest nauw aan bij het door het Hof van Justitie voorgestane model waarin de rechter vaststelt of sprake is van steun en daaraan zo nodig de relevante consequenties verbindt. De burgerlijke rechter gaat overigens niet zo ver – evenmin als de bestuursrechter – om bij de beoordeling of sprake is van staatssteun zelf deskundigenonderzoek te gelasten. Wel kunnen door partijen aangeleverde rapporten zoals bijvoorbeeld taxatierapporten in de beoordeling worden meegenomen.

Bij beide rechters moeten de partijen die zich op het staatssteunrecht beroepen, zelf aantonen dat sprake is van staatssteun.

De zich op het staatssteunrecht beroepende partij moet zowel voor de bestuursrechter als voor de burgerlijke rechter eerst zelf aantonen dat van staatssteun sprake is. Daarbij hoeft zij niet op veel tegemoetkoming van de rechter te rekenen, in de vorm van een feitelijke of juridische verlichting van de bewijslast in het burgerlijk recht of in de vorm van het toepassen van eigen onderzoeksbevoegdheden door de bestuursrechter. Dat beeld komt ook in de gevoerde interviews met rechters terug. Concurrenten van steunontvangers worden zeer goed in staat geacht om het bestaan van staatssteun aan te tonen – zij kennen de markt immers het beste. Dat hiermee nog niet is gegeven dat zulke concurrenten voldoende op de hoogte zijn van de specifiek tussen de overheid en

de vermeende begunstigde gemaakte afspraken, lijkt in de bestudeerde rechtspraak minder relevant.

De in dit hoofdstuk besproken vergewisplicht ontslaat partijen in het bestuursrecht niet van de verplichting om het bestaan van staatssteun zelf aan te tonen. De vergewisplicht leidt er ook niet toe dat in bestuursrechtelijke geschillen vaker of gemakkelijker wordt aangenomen dat het staatssteunrecht in het geding is – althans dat het betrokken bestuursorgaan het mogelijk bestaan van staatssteun onvoldoende heeft onderzocht of gemotiveerd. Daarvoor bestaat wel ruimte, zoals uit het volgende punt blijkt.

In het bestuursrecht wordt in staatssteunzaken in bepaalde gevallen een (soort) bewijsvermoeden toegepast, in het burgerlijk recht niet.

De bestuursrechtelijke vergewisplicht is in de Nederlandse literatuur bekritiseerd omdat deze eraan in de weg zou staan dat de rechter zelf aan een onrechtmatige steunmaatregel de nodige consequenties verbindt. Deze kritiek is op zich terecht, maar gaat eraan voorbij dat juist niet altijd valt vast te stellen of sprake is van een steunmaatregel. Als de vergewisplicht zo wordt begrepen dat het mogelijk is om een staatssteungeschil te beslechten (hoewel niet finaal) zonder dat volledig kan worden vastgesteld of aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan, kan dit juist ook kansen opleveren. Dit zou betekenen dat, wanneer een partij tot op zekere hoogte aannemelijk heeft gemaakt dat een maatregel staatssteun oplevert, het vervolgens aan het bestuursorgaan is om in een nieuw besluit (beter) te motiveren dat geen sprake is van staatssteun – of een inhoudelijk andersluidend en wél staatssteunconform besluit te nemen. Hierin valt een soort bewijsvermoeden te herkennen. In de bestudeerde privaatrechtelijke jurisprudentie bestaan geen voorbeelden van een dergelijke omkering (of verlichting) van de bewijslast. Tot een groot verschil tussen de uitspraken van deze rechters lijkt dit echter niet te leiden, nu in de bestudeerde periode nog niet voldoende is aangevoerd om de vergewisplicht te triggeren.

In het burgerlijk recht bestaat in bepaalde gevallen wel in theorie ruimte voor bewijsvermoedens, maar deze ruimte wordt niet gebruikt. In de geschillen voor de burgerlijke rechter is het namelijk vaak mogelijk om aanbestedingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke problematiek met elkaar in verband te brengen. In dit hoofdstuk is voorgesteld dat een schending van het aanbestedingsrecht zou kunnen leiden tot een vermoeden dat de daarop gesloten overeenkomst niet marktconform is. Dit wordt overigens in de huidige jurisprudentie, en in principe terecht, niet gedaan. Dat verband ligt in het bestuursrecht veel minder voor de hand. Dat ligt niet per definitie aan een andere insteek van staatssteungeschillen: ook in het bestuursrecht wordt vaak geprocedeerd vanwege het vermeend oneerlijk verdelen van rechten of plichten. Geschillen over een vermeend onjuiste aanbesteding worden namelijk, met uitzondering van zaken over concessies, voor de burgerlijke rechter uitgevocht.

ten. Daardoor ligt een bewijsvermoeden naar aanleiding van een schending van het aanbestedingsrecht bij de bestuursrechter veel minder voor de hand.

De burgerlijke rechter motiveert duidelijker dan de bestuursrechter waarom in een concreet geval (geen) sprake is van staatssteun.

Op basis van het verrichte jurisprudentieonderzoek is geconcludeerd dat lang niet altijd duidelijk is waarom de bestuursrechter tot het oordeel komt dat van staatssteun in een specifiek geval geen sprake is. Een beroep op het staatssteunrecht wordt regelmatig in zeer korte of algemene bewoordingen afgedaan. Natuurlijk bestaan er uitzonderingen die de regel bevestigen. Een verklaring zou kunnen zijn dat partijen in zulke procedures zelf over het bestaan van staatssteun weinig aanvoeren en de rechter dus ook weinig aanknopingspunten geven voor een motivering. Op basis van dit onderzoek valt dat niet met zekerheid vast te stellen. De jurisprudentie van de burgerlijke rechter is op dat punt veel uitvoeriger. Daaruit vallen ook aanknopingspunten af te leiden hoe concreet een partij haar stelling dat sprake is van staatssteun moet onderbouwen. Wellicht dat partijen voor de burgerlijke rechter hun stellingen grondiger onderbouwen dan voor de bestuursrechter, zodat een duidelijkere motivering mogelijk is. Tegelijkertijd is het ook denkbaar dat de burgerlijke rechter vanuit zijn lijdelijke rol duidelijker moet motiveren waarom de door de partijen aangevoerde stellingen wel of niet tot toewijzing van het beroep leiden. Aan de rechterlijke procedure is immers niet al een primair besluit en een besluit in primo voorafgegaan waarin de feitenvaststelling al aan de orde kon worden gesteld. Een laatste mogelijke verklaring voor het geconstateerde verschil is natuurlijk dat de bestuursrechter ‘gewoon’ minder dan de burgerlijke rechter geneigd is om op aangevoerde staatssteunargumenten diepgaand in te gaan.

De bestuursrechter en de burgerlijke rechter toetsen het staatssteunrecht niet ambtshalve

Het jurisprudentieonderzoek heeft geen uitspraken opgeleverd waarin de Nederlandse rechter ambtshalve het bestaan van staatssteun onderzoekt. Of de rechter dit wel zou moeten doen is op basis van de Europese jurisprudentie nog niet duidelijk. In hoofdstuk 3, § 3.5.6 is al opgemerkt dat het met name bij de (in dit hoofdstuk niet onderzochte) belastingrechter, wiens rol nu nog erg beperkt is, zou kunnen uitmaken als deze ambtshalve zou toetsen of de staatssteunregels zijn geëerbiedigd. Voor wat betreft de burgerlijke rechter en de bestuursrechter is op basis van de Europese jurisprudentie zoals gezegd nog niet duidelijk of het staatssteunrecht ambtshalve moet worden getoetst. Bij de burgerlijke rechter is dat nog wel denkbaar, hoewel de interpretaties van de Europese rechtspraak op dat punt uiteenlopen. Zelfs als duidelijk zou zijn dat de burgerlijke rechter ambtshalve moet toetsen, is het echter nog maar de vraag hoeveel verschil dit daadwerkelijk zou maken. Het dossier zou dan voor het bestaan van staatssteun voldoende aanknopingspunten moeten bieden,

zoals ook in verschillende interviews met rechters is bevestigd. Als het, zoals uit het jurisprudentieonderzoek blijkt, al moeilijk is om bij een expliciet beroep op de standstillbepaling het bestaan van staatssteun aannemelijk te maken, is het nog maar zeer de vraag of de rechter (op uitzonderingen na) op basis van een dossier ambtshalve voldoende aanleiding zal zien om op dat punt door te vragen.

De bestuursrechter legt duidelijke plichten op aan de (ten onrechte niet) steunverlenende overheid.

Een bijzondere situatie geldt wanneer niet een derde, maar de overheid zelf een beroep doet op het staatssteunrecht. In het bestuursrecht is het duidelijk dat de verplichting om te beoordelen of sprake is van staatssteun in zulke gevallen in wezen voortvloeit uit het nationale recht en dus niet uit het EU-recht. Dit kan tot spanningen leiden omdat de bestuursrechter niet zelf de knoop doorhakt of sprake is van staatssteun, maar de overheid verplicht om daarover zo nodig contact op te nemen met de Commissie. Dit is geen gelukkige keuze. Deze spanning is in de privaatrechtelijke zaken waarin de overheid zich op het staatssteunrecht beroept veel minder expliciet aanwezig. Hier behandelt de burgerlijke rechter het beroep van de overheid op een vergelijkbare manier als beroepen van derden: hij gaat na of de partij op wie de bewijslast rust in voldoende mate heeft aangetoond dat van staatssteun sprake is.

In de bestudeerde jurisprudentie is maar zelden het bestaan van staatssteun aangetoond. Daarvoor vallen verschillende redenen aan te wijzen.

Het lage slagingspercentage van staatssteun geschillen kan ten eerste worden verklaard door de mogelijkheid dat de in dit onderzoek bestudeerde rechtspraak niet volledig representatief is voor de stand van zaken van de handhaving van het staatssteunrecht op nationaal niveau, waardoor wél succesvolle beroepen op de staatssteunregels grotendeels buiten beeld blijven. Ten tweede is gewezen op de mogelijkheid dat in een belangrijk deel van de bestudeerde uitspraken daadwerkelijk geen sprake is van onrechtmatige staatssteun. Op een vergelijkbare manier is het denkbaar dat partijen zonder steekhoudende onderbouwing een beroep op het staatssteunrecht doen onder het motto 'baat het niet dan schaadt het niet'. Ten derde is gewezen op de mogelijkheid dat justitiabelen het bestaan van onrechtmatige staatssteun niet kunnen aantonen vanwege informatie-asymmetrie. Het is ten vierde denkbaar dat (in een deel van de geschillen) wel sprake is van onrechtmatige staatssteun maar dat het, nog onafhankelijk van de beschikbare informatie, te moeilijk is om de Nederlandse rechter daarvan te overtuigen vanwege de complexiteit van het begrip staatssteun. Ten slotte is het mogelijk dat de Nederlandse rechter om enige reden een (te) zware toetsingsmaatstaf hanteert. Het valt nauwelijks te zeggen welke van deze verklaringen het zwaarst wegen en hoe zij zich tot elkaar verhouden, hoewel waarschijnlijk is dat zij allemaal tot op bepaalde hoogte de in dit hoofdstuk weergegeven onderzoeksresultaten kunnen verklaren.

