



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

6 | Blik naar buiten: de verhouding tot de Europese Commissie

6.1 INLEIDING

Nederlandse huishoudens produceren een indrukwekkende hoeveelheid afval die moet worden ingezameld en verwerkt. Daarom sluit een aantal Brabantse gemeenten een overeenkomst met afvalverwerker Attero, die tegen betaling verantwoordelijk wordt voor het verwerken van GFT-afval. Dit tot ergernis van concurrerende afvalinzamelaar Shanks, volgens wie de overeenkomst leidt tot onrechtmatige staatssteun aan Attero. Shanks dient daarom een klacht in bij de Europese Commissie en dagvaardt de gemeenten en Attero voor de burgerlijke rechter. Terwijl de procedure bij de rechter loopt, meldt de Commissie in een brief aan Shanks dat de overeenkomst geen staatssteun lijkt te vormen en dat de Commissie de klacht als ingetrokken zal beschouwen tenzij Shanks de conclusies van de Commissie wenst te betwisten. Shanks heeft op de brief van de Commissie gereageerd, maar heeft op het moment van schrijven van haar memorie van grieven nog geen reactie van de Commissie ontvangen. Volgens de gemeenten heeft de Commissie sindsdien wel gereageerd en heeft zij daarbij vastgehouden aan haar eerdere voorlopige conclusie, namelijk dat er geen sprake lijkt te zijn van staatssteun. Het hof oordeelt dat, nu de Europese Commissie bij uitstek geëquipeerd is om zich een oordeel te vormen over de vraag of er sprake is van onrechtmatige staatssteun, het van belang is dat Shanks het hof nader inlicht over de stand van zaken met betrekking tot de ingediende klacht. Het hof overweegt daarnaast om, als de reactie van Shanks daartoe aanleiding geeft, bij de Commissie om inlichtingen te vragen over de stand van zaken van het onderzoek, en verwijst de zaak naar de rol.¹

De nationale rechter is niet de enige instantie waarvoor een vermeende schending van de standstillbepaling aan de kaak kan worden gesteld. De oorspronkelijke – en meest bekende – handhaver van de staatssteunregels is de Europese Commissie. Wanneer de staatssteunregels zijn geschonden, hebben zowel de Commissie als de nationale rechter een rol te vervullen. Het Hof van Justitie

¹ Hof 's-Hertogenbosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281 (*Shanks Nederland*). Inmiddels zijn deze vragen ook gesteld. Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:540 (*Shanks*).

heeft het in die context over ‘aanvullende en onderscheiden taken’.² Zo kan alleen de Commissie zich uitlaten over de verenigbaarheid van een steunmaatregel, terwijl de nationale rechter toeziet – totdat de Commissie haar eindbeslissing heeft vastgesteld – ‘op de vrijwaring van de rechten van de justitiabelen in geval van een eventuele schending door de overheidsinstanties van het verbod waarin artikel 108, lid 3, VWEU voorziet’.³

De rolverdeling tussen de Commissie en de rechter is van meer dan alleen theoretisch belang. Het komt regelmatig voor, zoals ook in de zaak *Shanks* uit het voorbeeld hierboven, dat de Nederlandse rechter wordt geconfronteerd met een staatssteungeschil waarin de Commissie ook al op enige manier is betrokken, of waarin het advies van de Commissie gewenst is. In zulke gevallen kan de rechter zich voor de vraag gesteld zien hoe hij invulling moet geven aan zijn eigen rol in verhouding tot die van de Commissie. Wat is, om bij het hierboven genoemde voorbeeld te blijven, de taak van de nationale rechter wanneer al een klacht bij de Commissie is ingediend? Mag of moet hij de zaak opschorten totdat de Commissie haar onderzoek heeft afgerond? Welke rol speelt het voorlopig oordeel van de Commissie dat geen sprake lijkt te zijn van staatssteun voor de beoordeling van de rechter? Is het wenselijk en gerechtvaardigd om, zoals het gerechtshof nu doet, de inhoudelijke beoordeling van het geschil aan te houden totdat over dat voorlopig oordeel meer duidelijkheid bestaat? En wanneer is het zinvol of nodig om de Commissie te benaderen met vragen?

Sommige van de zojuist genoemde vragen zijn in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de *soft law* van de Commissie al (deels) beantwoord. De Nederlandse jurisprudentie laat echter zien dat desondanks nog veel vragen openstaan. De Nederlandse rechter worstelt met zijn precieze verhouding tot de Commissie. Enerzijds is de Commissie immers expert op het gebied van het gecompliceerde staatssteunrecht en geniet zij als Unierechtelijke institutie een niet te onderschatten autoriteit. Anderzijds maakt de Commissie geen deel uit van de rechterlijke macht, kan zij telkens worden gecorrigeerd door de Luxemburgse Unierechters en vervult zij binnen de ‘onderscheiden en aanvullende taken’ toch een andere rol dan de nationale rechter. Deze ingewikkelde verhouding en de worsteling daarmee in de Nederlandse rechtspraak rechtvaardigt de vraag die in dit hoofdstuk centraal zal worden gesteld: hoe geeft de Nederlandse rechter invulling aan zijn juridische verhouding tot de Europese Commissie wanneer zij beide bevoegd zijn om zich over de staatssteunconformiteit van een bepaalde handeling uit te laten?

2 HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset*), r.o. 19; HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 27; HvJ EU 5 oktober 2006, (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 37; HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 41.

3 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 28; HvJ EU 21 oktober 2003, nrs. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 75; HvJ EU 5 oktober 2006, (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 38.

De beantwoording van deze vraag biedt belangrijke bouwstenen voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag, welke rol de Nederlandse rechter vervult bij de handhaving van het Europese staatssteunrecht en in hoeverre daarbij verschillen bestaan tussen de bestuursrechter, de belastingrechter en de burgerlijke rechter. De rol van de Nederlandse rechter kan namelijk worden beperkt, ingekleurd of verrijkt door zijn verhouding tot de bij de handhaving van het staatssteunrecht zo belangrijke Europese Commissie. De verhouding van de Nederlandse rechter tot de Europese Commissie vormt daarom het derde kernthema op basis waarvan de centrale onderzoeksvraag wordt beantwoord, naast de vraag wie zich kan beroepen op de standstill-bepaling (hoofdstuk 4), hoe die rechter bepaalt of sprake is van staatssteun (hoofdstuk 5) en welke gevolgen hij aan een schending van de staatssteunregels bereid is te verbinden (hoofdstuk 7).

6.1.1 Afbakening

Het in dit hoofdstuk weergegeven onderzoek steunt voor het belangrijkste deel op een analyse van de Nederlandse rechtspraak in de periode 1 november 2005 tot en met 1 november 2015 waarin het woord 'staatssteun' voorkomt, aangevuld met een literatuurstudie. Omdat de situatie waarin zowel de Nederlandse rechter als de Commissie een rol hebben bij de handhaving van een Europeesrechtelijke norm ook in andere rechtsgebieden voorkomt, wordt waar relevant ook gesteund op met name de mededingingsrechtelijke literatuur. De in dit hoofdstuk gestelde onderzoeksvraag brengt met zich dat dit onderzoek zich heeft toegespitst op de uitspraken waarin de verhouding van de Nederlandse rechter tot de Europese Commissie ten opzichte van een concrete (vermeende) steunmaatregel aan de orde komt – voor zover dat althans blijkt uit de tekst van de uitspraak. Daarvan kan sprake zijn wanneer de Commissie de betrokken maatregel zelf ook onderzoekt en ook wanneer zij ten aanzien van een dergelijke maatregel al een besluit heeft genomen. Het is ook mogelijk dat de Commissie de betrokken maatregel zelf niet onderzoekt of heeft onderzocht, maar dat de rechter haar met een specifieke vraag over die maatregel benadert en vraagt om advies, dan wel dat de Commissie uit eigen beweging de nationale rechter van advies voorziet. Met de analyse van uitspraken waar deze situaties zich voordoen kan de in dit hoofdstuk gestelde onderzoeksvraag worden beantwoord.

De beperking tot de onderzoeksvraag naar de situatie waarin de nationale rechter en de Commissie beide bevoegd zijn om zich over de staatssteunconformiteit *van een bepaalde handeling* uit te laten, betekent dat de toepassing van algemene *soft law* instrumenten van de Commissie door de Nederlandse rechter buiten het bestek van dit hoofdstuk valt. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan de situatie waarin in een mededeling is uitgewerkt onder welke omstandig-

heden een garantie leidt tot onrechtmatige staatssteun.⁴ In dat soort *soft law* instrumenten kan de Commissie ook sturing geven aan de manier waarop de nationale rechter een staatssteungeschil beoordeelt. In dit hoofdstuk is ervoor gekozen om dit soort indirecte en algemene sturingsinstrumenten niet afzonderlijk te onderzoeken. De toepassing en het belang van zulke *soft law* instrumenten is en wordt elders wel in breder verband onderzocht.⁵ Voor deze afbakening is gekozen omdat de verhouding tussen de Europese Commissie en de nationale rechter vermoedelijk het meest scherp naar voren komt in zaken waarin zij zich beide over dezelfde concrete steunmaatregel uitlaten. Een eventueel andere beoordeling door de rechter valt in zulke gevallen moeilijker te wijten aan de bijzondere omstandigheden van de zaak of de manier waarop breder toepasbare *soft law* regels op het concrete geval worden toegepast.⁶

Buiten de reikwijdte van dit hoofdstuk vallen ook situaties waarin de Nederlandse rechter de toelaatbaarheid van een steunmaatregel beoordeelt met verwijzing naar een Commissiebesluit dat ten aanzien van een andere maatregel is genomen.⁷ Hoewel dergelijke besluiten inzicht kunnen geven in de manier waarop de Commissie de bestreden steunmaatregel zou beoordelen, gaat het ook hier niet om een situatie waarin de rechter en de Commissie zich over *dezelfde handeling* (kunnen) uitlaten. Evenmin wordt in dit hoofdstuk ingegaan op situaties waarin aan de orde komt of in het kader van een op basis van de Europese subsidieregels door de Commissie goedgekeurde regeling onder omstandigheden leidt tot schendingen van de staatssteunregels.⁸

Het valt niet te negeren dat de verhouding tussen de nationale rechter en de Europese Commissie door de in 2012 geïntroduceerde staatssteunmodernisering is komen te verschuiven.⁹ Hoe deze verschuiving zich in de rechtspraak van de Nederlandse rechter precies zal manifesteren, valt nog te bezien. De voor dit onderzoek bestudeerde uitspraken zijn voor een belangrijk deel gewezen vóór de moderniseringsslag. Dat betekent dat een aantal vraagstukken

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

5 Zie voornamelijk Senden 2015; Van den Brink en Van Dam 2014; Van Dam 2013; Ştefan 2012; Luijendijk en Senden 2011.

6 Voor voorbeelden van situaties waarin *soft law* instrumenten door de Nederlandse rechter zijn toegepast, zie in hoofdstuk 5 § 5.5.1.3 en § 5.5.2.1.

7 Zie bijvoorbeeld Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaanssen Holding*), r.o. 5.28.

8 Dit onderwerp is wel uitgebreid onderzocht door Van den Brink 2012, p. 42-45 en p. 313-517. Deze problematiek speelde in ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8962 (*Adaptive and Mobile*).

9 Mededeling van de Commissie van 8 mei 2012 aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, De modernisering van het EU-staatssteunbeleid, COM(2012) 209 def. Zie nader in hoofdstuk 2 § 2.5.

aarvan kan worden verwacht dat zij in de toekomst belangrijker zullen worden, nu nog niet of weinig aandacht krijgen in de jurisprudentie. Te voorspellen valt dat drie punten voor de verhouding tussen de rechter en de Commissie vooral van belang zullen worden. Ten eerste is het aannemelijk, met de afname van het belang van (*ex ante*) goedkeuringsbesluiten, dat de problematiek rond de uitleg van zulke besluiten enigszins zal afnemen en juist meer vragen zullen ontstaan over de juiste uitleg van de toepasselijke vrijstellingsverordeningen.¹⁰ Als uitvloeisel daarvan is het, ten tweede, denkbaar en volgens sommigen ook wenselijk dat de Nederlandse rechter vaker dan nu het geval is aanleiding zal zien om de Commissie te benaderen met vragen over de reikwijdte van zulke vrijstellingen.¹¹ Ten derde kan de – zo niet juridische dan toch wel feitelijke¹² – verschuiving in de taakverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter tot gevolg hebben dat de Nederlandse rechter zijn rol ten opzichte van die van de Commissie in de toekomst (iets) anders gaat definiëren. Als de Commissie zich duidelijker gaat toeleggen op ‘grote’ mededingingsvervalsingen, is de situatie denkbaar dat ‘kleine’ vervalsingen van de mededinging meer tot het domein van de nationale rechter gaan behoren.¹³

6.1.2 Gebruikte begrippen

In dit hoofdstuk wordt een aantal begrippen gebruikt die nu al nadere uitleg verdienen. Met het begrip ‘goedkeuringsbesluit’ wordt bedoeld op de door de Commissie genomen besluiten waarin wordt bepaald dat een steunmaatregel of steunregeling mag worden uitgevoerd. Daaronder vallen in de context van dit onderzoek besluiten om geen bezwaar te maken (artikel 4 lid 3 Pvo), voorwaardelijke besluiten (artikel 7 lid 4 Pvo), positieve besluiten (artikel 7

10 Zie over de uitleg van goedkeuringsbesluiten in meer detail hierna § 6.7.1. De uitleg van vrijstellingsverordeningen komt in de bestudeerde jurisprudentie nog verrassend weinig aan de orde. Wel in: Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*); ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarhef-fing*). Ook: Cbb 1 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:175 (*Mestdroogstelsysteem*), met betrekking tot (destijds) Commissieverordening 1857/2006, die inmiddels is vervangen door Commissieverordening 702/2014 (landbouwwijzigingsverordening). Een interessante ontwikkeling in dit kader is de Conclusie van A-G Wahl van 17 maart 2016, nr. C-493/14 (*Dilly's Wellness-hotel GmbH*).

11 Zie over de situaties waarin tot nu toe vragen aan de Commissie zijn voorgelegd in meer detail in dit hoofdstuk § 6.9. Van Herwijnen 2015, p. 231, bepleit het vaker vragen om informatie of advies aan de Commissie om de afname in rechtszekerheid op te vangen die wordt veroorzaakt door de verminderde mogelijkheid om voor een steunmaatregel *ex ante* goedkeuring van de Commissie te verkrijgen.

12 De oude Machtigingsverordening stelde voorop dat het gebruik van vrijstellingen het toezicht van de Commissie niet moet verzwakken. Verordening 994/98 (oude machtigingsverordening), preambule, randnr. 4.

13 In die richting lijkt ook te denken Van Herwijnen 2015, p. 231; Beeston, De Meij en Geilmann 2016, p. 65.

lid 3 Pvo) en de rechtshandeling waarbij de Commissie de door een lidstaat in het kader van bestaande steun aanvaarde maatregelen vastlegt (artikel 19 Pvo). De beslissing om geen bezwaar te maken en de positieve besluiten worden ook wel eens aangeduid met de term 'generieke goedkeuring'. Daarmee wordt bedoeld dat in het goedkeuringsbesluit aan de goedkeuring geen expliciete voorwaarden zijn verbonden (zoals in het geval van artikel 7 lid 4 Pvo) en dat het goedkeuringsbesluit evenmin is gebaseerd op specifieke toezeggingen door de betrokken lidstaat (zoals in het geval van artikel 19 Pvo).

In dit hoofdstuk wordt onderscheiden tussen nieuwe steun, goedgekeurde en bestaande steun. Zoals in § 2.4.5 al aan de orde kwam, vallen de begrippen goedgekeurde en bestaande steun beide onder de definitie van bestaande steun in artikel 1, sub b onder ii van de Procedureverordening. In afwijking van de Procedureverordening en om verwarring te voorkomen wordt toch een verschil in terminologie gehanteerd omdat een belangrijk verschil bestaat in de juridische kwalificatie van beide soorten steun wanneer zij worden uitgevoerd op een manier die afwijkt van de beslissing van de Commissie. In het eerste geval is, zoals in dit hoofdstuk zal worden betoogd, gehandeld in strijd met het Unierecht maar is geen sprake van strijd met de opschortingsplicht. Goedgekeurde steun die wordt uitgekeerd in afwijking van het goedkeuringsbesluit van de Commissie moet daarentegen worden gekwalificeerd als onrechtmatig.¹⁴

Ten slotte wordt met het begrip 'eindbeslissing' bedoeld op het besluit waarmee de in § 2.4.2 beschreven procedure waarbij de Commissie een mogelijke steunmaatregel onderzoekt, wordt afgesloten. Het gaat dan niet om het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure, aangezien daarmee 'slechts' een volgende fase van het onderzoek wordt gestart. De inleiding van de formele onderzoeksprocedure zal wel leiden tot het nemen van een eindbeslissing.

6.1.3 Opbouw van dit hoofdstuk

In de paragrafen hierna wordt, voortbouwend op hoofdstuk 2, eerst uit Unierechtelijk en vervolgens uit Nederlandsrechtelijk perspectief uiteengezet in welke juridische verhouding de Europese Commissie en de nationale rechter in staatssteunzaken tot elkaar staan (§ 6.2 en § 6.3). Omdat blijkt dat deze verhouding de nodige verwarring met zich kan brengen, wordt in § 6.4 besproken hoe de Nederlandse rechter zich in zijn rechtspraak in algemene zin over deze rolverdeling uitlaat. Vervolgens wordt deze rolverdeling specifieker onderzocht ten aanzien van de belangrijkste situaties waarin deze aan bod kan komen. In § 6.5 wordt uiteengezet hoe de Nederlandse rechter omgaat met de omstandigheid dat een vermeende steunmaatregel ook bij de Commis-

14 Zie nader hierna in § 6.2.2 en § 6.2.3.

sie voorligt, maar de Commissie over de toelaatbaarheid van de maatregel nog geen (voorlopig dan wel definitief) besluit heeft genomen. Paragraaf 6.6 gaat in op de specifieke (en voor begunstigden van de vermeende steun spannendere) situatie waarin de Commissie de zogenaamde formele onderzoeksprocedure heeft ingeleid. In § 6.7 komt aan bod welke rol de rechter vervult wanneer de Commissie inmiddels haar onderzoek heeft afgerond en een eindbeslissing heeft genomen in de vorm van een besluit. In § 6.8 gaat de aandacht uit naar de bijzondere situatie waarin de Commissie de verenigbaarheid van bestaande steun (zoals zojuist gedefinieerd) onderzoekt. Om de verschillende mogelijke verhoudingen tot de Commissie goed tot hun recht te laten komen, is er in dit hoofdstuk voor gekozen om niet systematisch te onderscheiden tussen uitspraken van de bestuursrechter, de belastingrechter en de burgerlijke rechter, maar relevante verschillen wel in de afzonderlijke paragrafen en in de slotbeschouwing de nodige aandacht te geven.

De laatste inhoudelijke paragraaf gaat over de rol van de Commissie als adviserend orgaan. De nationale rechter kan de Commissie bijvoorbeeld benaderen met vragen waarvan beantwoording kan bijdragen aan de oplossing van het aanhangige staatssteungeschil. In § 6.9 wordt besproken wanneer de rechter zulke vragen stelt en wanneer hij daarvan afziet, en hoe hij met een eventueel antwoord van de Commissie omgaat.¹⁵ Het hoofdstuk wordt afgesloten met een slotbeschouwing (§ 6.10).

6.2 EUROPESE INKADERING VAN DE ROLVERDELING TUSSEN DE COMMISSIE EN DE NATIONALE RECHTER

Volgens vaste Europese jurisprudentie vervullen de nationale rechters en de Commissie bij de handhaving van het Europese staatssteunrecht aanvullende en onderscheiden taken.¹⁶ Beide zijn zij daarbij gebonden aan de loyaliteitsverplichting in artikel 4 lid 3 VEU. In grote lijnen kan hun taakverdeling als volgt worden weergegeven. De Commissie heeft het monopolie op de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de interne markt en kan aanpassing of terugvordering van de steun eisen om aan de door het Unierecht gestelde eisen te voldoen. Zij heeft echter nauwelijks mogelijkheden om vóór afronding van haar onderzoek op te treden.¹⁷ De nationale rechter is op zijn beurt bevoegd en verplicht, strijd met de standstillbepaling zo nodig door

15 Hoewel de Commissie zoals hierna te bespreken ook uit eigen beweging adviserend kan optreden (zie hierna § 6.2.4), heeft deze situatie heeft zich in Nederland nog niet voorgedaan en wordt daarop in dit hoofdstuk dus ook niet nader ingegaan.

16 HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset*), r.o. 19; HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 27; HvJ EU 5 oktober 2006, (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 37; HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 41.

17 Zie over de (beperkte) mogelijkheden voor de Commissie om voorlopig op te treden in hoofdstuk 2 § 2.5.2.

middel van terugvordering effectief te sanctioneren – in beginsel onafhankelijk van een eventuele parallelle procedure bij de Commissie en zonder in de mogelijkheden van voorlopige rechtsbescherming beperkt te zijn.¹⁸ Die algemene taakverdeling neemt verschillende vormen aan afhankelijk van de mate waarin de Commissie bij het onderzoek naar een vermeende steunmaatregel betrokken is. Hierna wordt ingegaan op de situatie waarin zowel de Commissie als de nationale rechter de staatssteunconformiteit van een maatregel onderzoekt (§ 6.2.1), de situatie waarin de Commissie in het geval van nieuwe steun een eindbeslissing heeft genomen (§ 6.2.2), de situatie waarin de Commissie in het geval van bestaande steun een eindbeslissing heeft genomen (§ 6.2.3) en de situatie waarin de Commissie optreedt als adviserend orgaan (§ 6.2.4).

Bij deze bespreking is het belangrijk om een meer praktische kant van de rolverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter in het achterhoofd te houden. De Europese Commissie heeft namelijk met de jaren een enorme expertise in staatssteungeschillen opgebouwd. Dat is niet het geval voor de Nederlandse rechters, die op uitzonderingen na wellicht één of twee keer met een staatssteungeschil worden geconfronteerd.¹⁹ Dit verschil in expertise en ervaring zal zeker een rol spelen in de daadwerkelijke verhouding tussen de Commissie en de nationale rechter. Het zou niet overeenkomen met hun juridische rolverdeling, maar wel met de feitelijke, als rechters om deze reden eerder geneigd zouden zijn om de (mogelijke) beoordeling van de Commissie te volgen ook wanneer daarvoor geen juridische noodzaak bestaat.

6.2.1 De verhouding tussen de nationale rechter en de Commissie bij parallelle procedures

Het is goed mogelijk dat een vermeende steunmaatregel ter beoordeling voorligt bij zowel de Europese Commissie als bij de nationale rechter. Dat ook bij de Commissie een procedure over een bepaalde maatregel loopt, onthefft de nationale rechter echter niet van de taak om justitiabelen te beschermen tegen de gevolgen van onrechtmatig verleende staatssteun. Dit betekent allereerst dat hij niet simpelweg de beoordeling van de Commissie mag afwachten.²⁰ Evenmin kan hij er bij zijn beoordeling van uitgaan dat de Commissie

18 Bartosch 2005, p. 396-7; Jaeger 2008, p. 279; Brandtner, Beranger en Lessenich 2010, p. 24. Zie ook 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. 19-23 (hierna: Mededeling 2009).

19 Onder de uitzonderingen vallen ook de meeste hoogste rechters.

20 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 44; HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 32. Zie ook Bartosch 2005, p. 400. Adriaanse en Joris 2010, p. 242, beschrijven mooi dat moet worden voorkomen dat de rechter in staat is 'de hete aardappel van de terugvordering van onrechtmatige steun door te schuiven tot en afhankelijk te maken van een nieuw oordeel van de Commissie.'

een positief besluit zal nemen, de steunverlening hangende een uitspraak van de Commissie opschorten, of volstaan met het vorderen van rente.²¹ De rechter heeft kortom een zelfstandige taak om te beoordelen of sprake is van een schending van de standstillbepaling en daaraan de nodige gevolgen te verbinden. Als de rechter dat niet zou doen, zou tot het uiteindelijke oordeel van de Commissie mogelijk een onrechtmatige steunmaatregel van kracht blijven. Dit zou volgens het Hof onverenigbaar zijn 'met het doel zelf' van artikel 108 lid 3 VWEU en zou het in die bepaling neergelegde stelsel van toezicht elke nuttige werking ontnemen.²²

Wat nu als de Commissie zich al wel voorlopig heeft uitgelaten over de kwalificatie van een vermeende steunmaatregel? Betekent de zelfstandige taak van de rechter dat hij mag afwijken van een (voorlopig) oordeel van de Commissie over de kwalificatie van een maatregel als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU? Sinds het arrest van het Hof in de zaak *Deutsche Lufthansa* is duidelijk dat dit er van afhangt of de Commissie de formele onderzoeksprocedure heeft ingeleid of nog niet.²³

Over het gevolg van de inleiding van de formele onderzoeksprocedure voor de rechterlijke beoordeling heeft lange tijd discussie bestaan. Aan de ene kant is op basis van de vaste rechtspraak over de rolverdeling tussen de Europese Commissie en de nationale rechters in staatssteunzaken betoogd dat de nationale rechter niet aan het openingsbesluit van de Commissie zou kunnen worden gebonden en altijd tot een eigen oordeel moet (kunnen) komen.²⁴ Deze visie is in eerste instantie ook gevolgd in de Duitse rechtspraak en, zoals hierna nog zal blijken, de Nederlandse.²⁵ Aan de andere kant is, op basis van mededingingsrechtelijke jurisprudentie en de rechtspraak over de rechtsgevolgen van het inleiden van de formele onderzoeksprocedure,

21 HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 34 en 38.

22 Idem, r.o. 31. Zie ook Struys en Abbott 2003, p. 176-177. Dit geldt zelfs wanneer er sprake is van een voorgeschiedenis waarin positieve Commissiebesluiten herhaaldelijk voor de Europese rechters zijn vernietigd. Zie de kritiek daarover van Adriaanse en Joris 2010, p. 239.

23 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*). Zie over de verschillende fases van het onderzoek door de Commissie in hoofdstuk 2 § 2.4.2.

24 Becker 2012, p. 727-9, met verwijzingen; Bartosch 2005, p. 397; Brandtner, Beranger en Lessenich 2010, p. 24; Soltész 2013, p. 643-4. Becker betoogt dat een eventueel verschil in beoordeling tussen de Commissie en de nationale rechter kan worden opgelost door de doorbreking van het gezag van gewijsde van de nationale uitspraak.

25 Becker 2012, p. 276, met verwijzingen. Zie hierna § 6.6. Ook de Nederlandse regering ging er blijkens haar schriftelijke opmerkingen in de zaak *Deutsche Lufthansa* van uit dat de inleiding van de formele onderzoeksprocedure de nationale rechter niet bindt. Schriftelijke opmerkingen van de Nederlandse regering van 24 september 2012 in de zaak C-284/12 (*Lufthansa*).

betoogd dat de inleiding van de formele onderzoeksprocedure de nationale rechter (tot op zekere hoogte) wel degelijk bindt.²⁶

Sinds de uitspraak in de zaak *Deutsche Lufthansa* is duidelijk dat het Hof van Justitie de tweede visie volgt. Zo lang de Commissie de formele onderzoeksprocedure nog niet heeft ingeleid, moet de nationale rechter zelfstandig beoordelen of sprake is van onrechtmatige staatssteun en daaraan de nodige gevolgen verbinden.²⁷ Zodra de Commissie echter de formele onderzoeksprocedure heeft ingeleid, aldus het Hof, kan de mogelijkheid van de nationale rechter om het al dan niet bestaan van onrechtmatige staatssteun zelfstandig vast te stellen het nuttig effect van de standstillbepaling ondermijnen.²⁸ Voor deze keuze geeft het Hof drie redenen. Als het voorlopig oordeel van de Commissie over het bestaan van staatssteun in haar eindbeslissing wordt bevestigd terwijl de rechter de steunmaatregel doorgang heeft laten vinden, heeft de rechter verzuimd om de opschortingsplicht te handhaven. Daarnaast: zelfs als de Commissie op haar voorlopig oordeel zou terugkomen, geldt dat de opschortingsplicht een preventieve doelstelling heeft. *Better safe than sorry*, zo lijkt de gedachte.²⁹ Tot slot benadrukt het Hof de verplichting tot loyale samenwerking tussen de nationale rechters en de Commissie. Deze verplichting brengt mee dat nationale rechters zich ervan moeten onthouden om beslissingen te nemen die tegen een eerder besluit van de Commissie indruisen, zelfs wanneer dat besluit een voorlopig karakter heeft.³⁰

Dit alles heeft tot gevolg dat de nationale rechter vanaf de opening van de formele onderzoeksprocedure aan de veronderstelde onrechtmatigheid van de eventuele steunmaatregel de nodige gevolgen moet verbinden, zoals de opschorting of terugvordering van betalingen. Het staat de nationale rechter met andere woorden niet meer (volledig) vrij om zelf te onderzoeken of van staatssteun sprake is.

26 Martin-Ehlers 2011, p. 588; Meij 2005, p. 25-6, met verwijzing naar HvJ EU 9 oktober 2001, nr. C-400/99 (*Italië/Commissie – Tirrenia*), r.o. 59. Zie ook later: HvJ EU 24 oktober 2013, nr. C-77/12 P (*Deutsche Post*), r.o. 55. Meij trekt ook een parallel met HvJ EU 14 december 2000, nr. C-344/98 (*Masterfoods en HB*), r.o. 60. Zie ook S.C.G. Van den Bogaert en A.J. Metselaar, 'Noot bij ABRvS (2011-11-02)(Staatssteun. de door het Centraal Fonds opgelegde 'Vogelaarheffing'...)', *AB* 2012,156, p. 980 (aant. 5).

27 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 34-5.

28 Idem, r.o. 38.

29 Vgl. Sohet 2014, p. 15, die het heeft over een 'nul-risico filosofie': 'Het Hof maakt dus een belangenafweging die is geïnspireerd door de preventieve doelstelling die aan artikel 108, lid 3 VWEU ten grondslag ligt'.

30 Vgl. HvJ EU 14 december 2000, nr. C-344/98 (*Masterfoods en HB*), r.o. 60 in de context van het algemene mededingingsrecht.

Deze uitleg wordt door de meeste commentatoren aan de uitspraak verbonden.³¹ Berrisch bepleit een andere uitleg van de uitspraak, waarbij de rechter juist wel zelfstandig kan en moet beoordelen of sprake is van onrechtmatige staatssteun en daaraan zelfstandig gevolgen kan verbinden.³² Hij leidt deze uitleg af uit de omstandigheid dat het Hof, anders dan de Advocaat-Generaal, expliciet wijst op de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen over de geldigheid en uitleg van het openingsbesluit, én over de vraag of de maatregel in kwestie kwalificeert als staatssteun. Die expliciet genoemde mogelijkheid zou geen zin hebben, aldus Berrisch, als de rechter zich met de kwalificatie van staatssteun niet meer bezig zou mogen houden. Berrisch noemt daarnaast dat het Hof niet ingaat op argumenten over een eerlijk proces, terwijl deze wel zijn aangevoerd. Hiermee valt volgens Berrisch niet te rijmen dat het Hof aan het openingsbesluit bindende werking heeft willen geven. Deze uitleg heeft in de literatuur geen navolging gevonden en valt volgens mij ook niet uit het arrest van het Hof af te leiden. De mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen wijst volgens mij niet op een zelfstandige kwalificatiebevoegdheid van de nationale rechter maar op de mogelijkheid dat de rechter over de bestreden maatregel (inmiddels) meer informatie heeft die de Commissie niet in haar beoordeling heeft kunnen betrekken. Het ligt m.i. ook niet voor de hand om uit het ontbreken van overwegingen ten aanzien van aangevoerde argumenten een bevoegdheid voor de nationale rechter af te leiden. Er kunnen veel meer redenen bestaan waarom het Hof deze argumenten niet heeft behandeld.

Op de uitspraak in de zaak *Deutsche Lufthansa* is in de literatuur wel felle – en terecht – kritiek geleverd. De meest zwaarwegende kritiek is dat de bindende werking van het voorlopig oordeel van de Commissie in strijd komt met het recht op een eerlijk proces.³³ Voordat definitief komt vast te staan dat begunstigden onrechtmatige staatssteun hebben ontvangen, staan zij namelijk al bloot aan het risico dat in een nationale procedure met succes wordt gevorderd dat de maatregel wordt opgeschort of dat al betaalde bedragen worden teruggevorderd. Dat is bezwaarlijk als deze begunstigden geen mogelijkheid hebben gehad om voorafgaand aan het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure hun standpunt kenbaar te maken of zich daartegen te

31 Zie onder meer Sohet 2014, p. 14; Ghazarian 2014, p. 109; Nicolaides 2014, p. 413. Ook: A.J. Metselaar, 'Noot bij HvJ EU (2013-11-21)(Staatssteun. de inleiding door de Europese Commissie van de formele onderzoeksprocedure bindt de nationale rechter)', *AB* 2014, 113.

32 Berrisch 2014, p. 253-5.

33 Soltész 2013, p. 644; Becker 2012, p. 727. Anders: Martin-Ehlers 2014a, p. 251. Hij voert aan dat de begunstigde in de procedure voorafgaand aan het openingsbesluit wel degelijk wordt betrokken en dat het hem vrijstaat om het openingsbesluit van de Commissie bij het Hof van Justitie aan te vechten.

verweren.³⁴ De – nog onzekere³⁵ – mogelijkheid om het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure in rechte aan te vechten biedt weinig soelaas, alleen al omdat de nationale rechter de terugvordering al kan hebben bevolen voordat het Gerecht zich (in eerste aanleg) over de geldigheid van het openingsbesluit heeft kunnen uitlaten.

Daarnaast is met recht beargumenteerd dat het arrest niet logisch aansluit bij de eerdere rechtspraak van het Hof, althans daaruit zeker niet noodzakelijkerwijs voortvloeit. Zo is de (impliciete) aansluiting bij de uit het reguliere mededingingsrecht afkomstige uitspraak *Masterfoods*³⁶ niet evident. In die uitspraak werd immers geoordeeld dat de nationale rechter met zijn uitspraak niet mag indruisen tegen een eerdere (eind)beslissing van de Commissie. De vraag kan worden gesteld of van een uitspraak van een nationale rechter waarin wordt vastgesteld dat geen sprake is van staatssteun, wel degelijk kan worden gezegd dat deze tegen een *voorlopig* besluit van de Commissie indruist.³⁷ Het blijft immers mogelijk dat de Commissie haar voorlopige beoordeling in de eindbeslissing verlaat,³⁸ en dat is beslist niet alleen een theoretische situatie.³⁹ Sterker nog: als de nationale rechter conform de verplichtingen op basis van *Deutsche Lufthansa* de terugvordering van gelden gelast terwijl de Commissie later oordeelt dat zij niet tot staatssteun leiden, heeft de rechter daarmee een beslissing genomen die tegen het uiteindelijke besluit van de Commissie indruist.

Deze kritiekpunten drukken zwaarder hoe ingrijpender de gevolgen zijn die de nationale rechter aan de inleiding van de formele onderzoeksprocedure moet verbinden. Volgens het Hof is de rechter in ieder geval verplicht ‘alle noodzakelijke maatregelen te nemen teneinde de consequenties te verbinden aan een eventuele niet-nakoming van de verplichting tot opschorting van de uitvoering van die maatregel.’⁴⁰ Daarbij valt volgens het Hof te denken aan de opschorting van de uitvoering van de betrokken maatregel en de terugvordering van al verrichte betalingen. Daarnaast kan de rechter besluiten om voorlopige maatregelen te gelasten die bijdragen aan het nuttige effect van

34 Anders dan art. 6 Pvo (formele onderzoeksprocedure) biedt art. 4 Pvo (eerste onderzoek) aan belanghebbenden geen mogelijkheid om hun opmerkingen mede te delen. Zie ook de kritiek van Soltész 2013, p. 644.

35 Zie in hoofdstuk 2 § 2.5.5. Drijber en Dictus 2014, p. 29, wijzen er daarnaast op dat de toetsing door het Gerecht in beginsel beperkt is tot de vraag of de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.

36 HvJ EU 14 december 2000, nr. C-344/98 (*Masterfoods en HB*), r.o. 60.

37 Sohet 2014, p. 15. Vgl. Becker 2012, p. 727; Drijber en Dictus 2014, p. 30. Genuanceerd: S.C.G. Van den Bogaert en A.J. Metselaar, ‘Noot bij ABRvS (2011-11-02)(Staatssteun. Vogelaarheffing)’, *AB* 2012, 156, p. 980-1.

38 O.m. Soltész 2013, p. 643.

39 Een mooi Nederlands voorbeeld kan worden gevonden in GvEA EU 30 juni 2015, nrs. T-186/13, T-190/13 en T-193/13 (*Leidschendam*).

40 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), *dictum*.

het besluit van de Commissie en aan de bescherming van de belangen van de betrokken partijen. Mochten over de kwalificatie van de betrokken maatregel of de geldigheid van het Commissiebesluit toch nog twijfels bestaan, dan kan de rechter volgens het Hof prejudiciële vragen stellen of verduidelijking vragen aan de Commissie zelf.⁴¹

De opschorting en terugvordering van steun zijn beide gevolgen die de rechter volgens vaste rechtspraak aan een maatregel moet verbinden wanneer vaststaat dat deze als staatssteun kan worden gekwalificeerd.⁴² De zaak *Deutsche Lufthansa* lijkt echter tot gevolg te hebben dat de rechter deze gevolgen evengoed aan een maatregel moet verbinden wanneer de Commissie vooralsnog meent, maar nog niet met voldoende zekerheid kan zeggen, dat deze als staatssteun kwalificeert. Van den Tweel heeft in dat kader de zorg geuit dat het onderscheid tussen een openingsbesluit en een opschortingsbevel komt te vervallen zodra de nationale rechter wordt geadieerd.⁴³ Dat zou zeker een onwenselijk gevolg van de uitspraak van het Hof zijn. Een openingsbesluit is per slot van rekening met veel minder materiële en procedurele waarborgen omkleed dan een opschortingsbevel.⁴⁴

Wellicht dat het allemaal zo'n vaart niet loopt. Verzachtend werkt in ieder geval de overweging van het Hof dat de rechter ook kan besluiten om voorlopige maatregelen te gelasten 'teneinde enerzijds de belangen van de betrokken partijen te beschermen en anderzijds het nuttige effect van het besluit van de Commissie tot opening van de formele onderzoeksprocedure te behouden'.⁴⁵ Uit de uitspraak van het Hof volgt niet eenduidig of dergelijke voorlopige maatregelen alleen naast of ook in plaats van de verdergaande terugvordering en opschorting kunnen worden opgelegd.⁴⁶ Te denken valt dan aan het opschorten van de procedure tot de eindbeslissing van de Commissie of – hoewel dat ook al erg ver gaat – storting van de steun op een geblokkeerde rekening.⁴⁷ Een andere mogelijkheid die recht kan doen aan de nuttige werking van de standstillbepaling zonder onnodig ingrijpend te zijn is het stellen

41 Idem, r.o. 38-44.

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

43 Van den Tweel 2015, p. 557.

44 Zie voor de eisen die aan een opschortingsbevel worden gesteld nader in hoofdstuk 2 § 2.5.2.

45 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 43.

46 De tweede interpretatie lijkt te worden gesteund door HvJ EU 11 november 2015, nr. C-505/14 (*Klausner Holz*), r.o. 26. Het is niet duidelijk of het Hof (tweede kamer en zonder conclusie) hiermee een principiële uitspraak heeft willen doen.

47 Vgl. Mededeling 2009, randnr. 61-2. Nicolaïdes 2014, p. 413. Nicolaïdes noemt in het geval van opschorting van de procedure wel de mogelijkheid dat de nationale rechter optreedt in het geval van 'clear evidence of eminent and serious damage on competitors.' Storting op een geblokkeerde rekening is voor de begunstigde van de steun een bijzonder ingrijpende maatregel die niet te snel moet worden toegepast. Nicolaïdes 2014, p. 413; A.J. Metselaar, 'Noot bij HvJEU (2013-11-21)(Staatssteun. de inleiding door de Europese Commissie van de formele onderzoeksprocedure bindt de nationale rechter)', *AB* 2014, 113, aant. 7.

van de voorwaarde dat de begunstigde van de vermeende steun een bankgarantie stelt ter waarde van het mogelijk terug te vorderen bedrag.⁴⁸

Wellicht dat het Hof ook nog aanleiding zal zien om aan te sluiten bij een inmiddels door het Gerecht aangebrachte nuancering. Volgens het Gerecht bestaat namelijk vanaf de inleiding van de formele onderzoeksprocedure geen absolute verplichting om vrijwaringsmaatregelen op te leggen. Een dergelijke verplichting, aldus het Gerecht, 'bestaat immers 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.'⁴⁹

Gezien de felle kritiek op de *Lufthansa*-uitspraak zal het niet verbazen dat stemmen zijn opgegaan dat de nationale rechter ervoor moet (durven) waken om aan een openingsbesluit te snel consequenties te verbinden.⁵⁰ Voorlopig valt hoe dan ook aan te nemen dat de rechter vanaf de opening van de formele onderzoeksprocedure aan de (waarschijnlijke) steun de nodige consequenties moet verbinden, zonder zelf te beoordelen of van een steunmaatregel sprake is. Tot het moment dat de formele onderzoeksprocedure is ingeleid, staat het aan de nationale rechter om zelfstandig vast te stellen of de opschortingsplicht is nageleefd.

6.2.2 De verhouding tussen de nationale rechter en de Commissie wanneer de Commissie een eindbeslissing heeft genomen

Wanneer de Commissie in een staatssteunzaak ten aanzien van nieuwe steunmaatregelen⁵¹ een eindbeslissing heeft genomen, staat al geruime tijd vast dat de nationale rechter aan die beslissing is gebonden.⁵² Wel kunnen belanghebbenden het Commissiebesluit voor de Europese rechter aanvechten en kan de nationale rechter bij twijfel over de geldigheid van het besluit een prejudiciële vraag stellen.⁵³ Zoals bekend kan de Commissie besluiten om geen bezwaar te maken (artikel 4 lid 3 Pvo) of een positief, voorwaardelijk of negatief

48 Deze mogelijkheid is toegepast door de Afdeling in ABRvS 10 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5642, AB 2005, 361, m.nt. W. den Ouden.

49 GvEA EU 3 maart 2015, nr. T-251/13 (*Gemeente Nijmegen/Europese Commissie*), r.o. 45. Het Gerecht verwijst naar HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 36. Vgl. Ghazarian 2016, p. 231. Gezien de bewoordingen van het Hof in het arrest *Deutsche Lufthansa* lijkt dit echter niet waarschijnlijk. Vgl. Gambaro en Mazzocchi 2016, p. 304.

50 Van den Tweel 2015, p. 557; Nicolaides 2014, p. 413.

51 De rol van de rechter in het geval van bestaande steun wordt hierna uitgewerkt in § 6.2.3.

52 Meij 2005, p. 26, met verwijzing naar HvJ EU 9 oktober 2001, nr. C-400/99 (*Italiaanse Republiek/Europese Commissie*) (tussenuitspraak), r.o. 59. Deze uitspraak is later bevestigd in GvEA 8 december 2011, nr. T-421/07 (*Deutsche Post/Commissie*), r.o. 51.

53 Artt. 263 resp. 267 VWEU.

besluit nemen (artikel 9 leden 3-5 Pvo). Dat zijn besluiten in de zin van artikel 288 VWEU, die verbindend zijn in al hun onderdelen en dus ook door de nationale rechter moeten worden nageleefd.⁵⁴ Wat dat precies betekent, hangt af van het soort door de Commissie genomen besluit.

Zoals al in hoofdstuk 2 van dit onderzoek aan de orde kwam, moet de nationale rechter in het geval dat de Commissie een terugvorderingsbesluit heeft genomen de volle werking van dat besluit waarborgen en in geval van een geschil daarover komen tot een oplossing in overeenstemming met het doel dat met het besluit wordt nagestreefd.⁵⁵ Het staat hem niet meer vrij om zelf te beoordelen of van staatssteun sprake is en of terugvordering daarvan aan de orde is. Naar aanleiding van het terugvorderingsbesluit zal hij in ieder geval ook uitspraak moeten doen over daaraan gekoppelde vorderingen tot de vergoeding van schade, tot de terugbetaling van heffingen en tot het treffen van voorlopige voorzieningen.⁵⁶

Wanneer de Commissie een voorwaardelijk besluit heeft genomen, is het mogelijk dat de steun door de betrokken lidstaat wordt uitgekeerd zonder dat de in het besluit opgenomen voorwaarden worden nageleefd. De lidstaat handelt in dat geval, door niet de voorwaarden na te leven, in strijd met het Commissiebesluit. De nationale rechter is verplicht om de naleving van voorwaardelijke besluiten te waarborgen en moet, na de vaststelling dat het voorwaardelijk besluit niet is nageleefd, de steunmaatregel op grond van de rechtstreekse werking van het besluit op zijn minst buiten toepassing laten.⁵⁷ Hoewel de Europese rechtspraak zich hierover niet expliciet heeft uitgelaten, ligt het daarnaast voor de hand dat de nationale rechter in gevallen waarin een steunmaatregel is uitgevoerd in strijd met een voorwaardelijk besluit moet constateren dat de daadwerkelijk uitgevoerde steunmaatregel niet door de Commissie is goedgekeurd.⁵⁸ Deze is dan uitgevoerd in strijd met de standstillbepaling, met alle gevolgen van dien.

Ook wanneer een maatregel of steunregeling zonder expliciete voorwaarden is goedgekeurd (of de Commissie heeft besloten om daartegen geen bezwaar te maken), kan het voorkomen dat de betrokken lidstaat de steun verleent op een manier die afwijkt van de maatregel of regeling zoals deze bij de Commis-

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

55 Hoofdstuk 2, § 2.6.2.

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

57 Dat lijkt mij althans de logische toepassing van HvJ EU 9 maart 1978, nr. 106/77 (*Simmenthal*), r.o. 24. Vgl. Quigley 2009, p. 456; HvJEU 19 juni 1973, nr. 77/72 (*Capolonga/Maya*), r.o. 6; art. 28 lid 1 Pvo.

58 Dit past ook in het systeem van art. 1 Pvo. Sub c van die bepaling schaaft onder 'nieuwe' (en dus meldingsplichtige) steun ook wijzigingen in bestaande steun. Met andere woorden leidt het afwijken van de goedkeuring van de Commissie tot de constatering dat sprake is van nieuwe steun.

sie is aangemeld en door haar is goedgekeurd.⁵⁹ In dat geval moet worden aangenomen dat de steun zoals deze daadwerkelijk is verleend niet door de Commissie is goedgekeurd en dus als onrechtmatig heeft te gelden. Anders dan in het geval van voorwaardelijke besluiten komt een van een generieke goedkeuring afwijkende steunmaatregel niet per definitie in strijd met het goedkeuringsbesluit zelf. Wel moet de nationale rechter vaststellen dat sprake is van een schending van de standstillbepaling en daaraan de nodige consequenties verbinden.⁶⁰ De rechter is in zulke gevallen niet bevoegd om vast te stellen dat de daadwerkelijk uitgevoerde maatregel, als deze zou zijn aangemeld, ook door de Commissie zou zijn goedgekeurd. Daarmee zou de nationale rechter uitspraak doen over de verenigbaarheid van de maatregel, terwijl dat behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de Commissie.⁶¹

In alle hierboven genoemde gevallen geldt dat als de geldigheid van een dergelijk Commissiebesluit in twijfel wordt getrokken, de rechter verplicht kan zijn om daarover een prejudiciële vraag te stellen.⁶²

6.2.3 De verhouding tussen de nationale rechter en de Commissie in gevallen van bestaande steun

Bestaande steun is voor dit hoofdstuk gedefinieerd als alle steun die voor de inwerkingtreding van het Verdrag in de respectieve lidstaat bestond. Daar-

⁵⁹ In het volgende wordt gezien deze context verondersteld dat de bepalingen over misbruik van steun in de Procedureverordening op deze situatie niet van toepassing zijn. Art. 1 sub g Pvo spreekt namelijk van steun die *door de begunstigde* wordt gebruikt in strijd met een besluit van de Commissie. Welke rol de nationale rechter in gevallen van misbruik van steun te vervullen heeft, is nog onduidelijk.

⁶⁰ HvJ EU 15 oktober 2015, nrs. C-352/14 en C-353/14 (*Gutiérrez*), r.o. 28; Joris 1994, p. 589. Vgl. Adriaanse 2006, p. 52, met betrekking tot misbruik van steun. De Commissie lijkt hiervan al langer uit te gaan. Beschikking 2001/521/EG van de Commissie van 13 december 2000 betreffende de steunregeling die het Koninkrijk der Nederlanden ten uitvoer heeft gelegd ten gunste van zes mestverwerkende bedrijven, *PbEU* 2001, L 13, randnr. 20 (over de verlening van steun na de door de Commissie goedgekeurde periode). Zie, vooruitlopend op het volgende, ook ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*), r.o. 4 en het advies van de Commissie in deze zaak.

⁶¹ HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 36; HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike & Weinlig*), r.o. 9.

⁶² Zie daarover in hoofdstuk 2 § 2.5.5. Hierover bestaat in Nederland een enkele uitspraak: ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5092 (*Luchtvaartterrein Eelde*). De Afdeling heeft in deze zaak afgezien van het stellen van een prejudiciële vraag over de geldigheid van een goedkeuringsbesluit. Uit hetgeen de appellanten hebben aangevoerd wordt volgens de Afdeling niet aannemelijk dat het besluit is gebaseerd op dusdanig onjuiste informatie dat de Commissie zich daarop niet heeft kunnen baseren. Dat is terecht. Zie randnr. 15 Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures, *PbEU* 2012, C 338/1. Een andere uitleg zou tot gevolg hebben dat iedere appellant die wel belanghebbende is maar geen toegang had tot de Unierechters, een procedure kan traineren door af te dwingen dat een prejudiciële vraag wordt gesteld.

onder valt binnen de context van dit hoofdstuk, om verwarring te voorkomen, dus niet de nieuwe steun die bij de Commissie is aangemeld en door haar is goedgekeurd.⁶³ Voor bestaande steun geldt de opschortingsplicht niet.⁶⁴ Wel kan de Commissie, wanneer zij oordeelt dat een steunregeling niet of niet langer verenigbaar is met de interne markt, de betrokken lidstaat daarvan op de hoogte stellen en een aanbeveling geven waarmee aan de lidstaat dienstige maatregelen worden voorgesteld (artikel 21 en 22 Pvo). Wanneer een lidstaat de dienstige maatregelen aanvaardt en de Commissie daarvan in kennis stelt, legt de Commissie dit volgens artikel 23 lid 1 Pvo vast en worden de maatregelen bindend.⁶⁵ Deze handeling moet worden gezien als een besluit in de zin van artikel 288 VWEU.⁶⁶ Wanneer een lidstaat de dienstige maatregelen niet aanvaardt, kan de Commissie de formele onderzoeksprocedure inleiden in de zin van artikel 4 lid 4 Pvo.⁶⁷

Wat nu als een lidstaat dienstige maatregelen heeft aanvaard maar de Commissie of een andere belanghebbende meent dat deze niet zijn nageleefd? Deze situatie is voor zover ik kan nagaan in de Europese rechtspraak en wetgeving nog niet als zodanig geadresseerd, maar blijkt in de Nederlandse rechtspraak wel tot de nodige vragen te leiden.⁶⁸ Er is wel eens beredeneerd dat steun die is uitgekeerd zonder inachtneming van de aanvaarde dienstige maatregelen moet worden gekwalificeerd als nieuwe steun die op grond van de standstillbepaling goedkeuring behoeft.⁶⁹ Voor de nationale rechter zou die benadering betekenen dat hij bij het niet naleven van de aanvaarde dienstige maatregelen zijn 'gewone' rol op grond van de rechtstreekse werking van de opschortingsplicht vervult, en dus zo nodig ook de terugvordering van uitgekeerde steun moet gelasten.⁷⁰

Deze redenering lijkt mij niet de juiste. Zij volgt namelijk niet logisch uit het systeem dat in de artikelen 21 tot en met 23 Pvo voor bestaande steunmaatregelen is neergelegd. Dit systeem houdt in dat de Commissie kan vaststellen dat een bestaande steunregeling niet (langer) verenigbaar is met de interne markt. De aan de betrokken lidstaat voorgestelde maatregelen zijn bedoeld om de onverenigbaarheid van de steun te remediëren. Worden de maatregelen niet nageleefd, dan moet worden vastgesteld dat de steun onverenigbaar is.

63 Zoals toegelicht in § 6.1.2.

64 Art. 108 lid 3 VWEU ziet immers op de aanmelding van de 'invoering of wijziging' van een steunmaatregel.

65 Hiermee is gecodificeerd HvJEU 15 oktober 1996, nr. C-311/94 (*IJssel-Vliet*).

66 HvJ EU 27 februari 2014, nr. C-132/12 P (*Stichting Woonpunt*); GvEA EU 11 maart 2009, nr. T-354/05 (*TF1/Europese Commissie*), r.o. 67-70 en 77. Vgl. Nicolaidis, Kekelekis en Kleis 2008, p. 104.

67 Art. 23 lid 2 Pvo.

68 Zie hierna § 6.8.2.

69 Zo redeneert Quigley 2015, p. 538.

70 Het zou dan gaan om de steun die is uitgekeerd vanaf het moment dat de aanvaarde dienstige maatregelen niet zijn uitgevoerd. Het spreekt voor zich dat het bepalen van de juiste ingangsdatum in zulke gevallen tot de nodige problemen kan leiden.

Er bestaat geen reden om aan te nemen dat buiten die maatregelen verleende steun transformeert tot nieuwe steun waarvoor de standstillbepaling wel geldt.⁷¹

Het ten faveure van deze benadering aangevoerde *CIRFS*-arrest⁷² maakt dat niet anders. Dat arrest, waarin het Hof oordeelde dat een steunmaatregel waarvoor dienstige maatregelen waren voorgesteld en aanvaard niet had mogen worden uitgevoerd zonder voorafgaande aanmelding bij de Commissie, ziet op een hele specifieke situatie. Het geval wil dat de aanvaarde dienstige maatregelen in die zaak een expliciete clausule bevatten waarin was opgenomen dat voor bepaalde soorten steun aanmelding en voorafgaande goedkeuring is vereist.⁷³ Dat de betrokken steunmaatregel volgens het Hof in het *CIRFS*-arrest had moeten worden aangemeld, was dus niet een gevolg van de toepassing van het derde lid van artikel 108 VWEU, maar van de dienstige maatregelen zelf. De uitspraak van het Hof ziet zodoende niet logischerwijs op gevallen waarin de dienstige maatregelen geen voorafgaande aanmelding voorschrijven. Sterker nog: uit het *CIRFS*-arrest valt volgens mij juist af te leiden dat niet-naleving van in het kader van bestaande steun voorgestelde dienstige maatregelen niet leidt tot het herleven van de opschortingsplicht.⁷⁴

Uitgaande van de tekst van artikel 23 Pvo is het logischer om aan te nemen dat de niet-naleving van de dienstige maatregelen in strijd komt met de bindende werking daarvan en met het loyaliteitsvereiste van artikel 4 lid 3 VEU. Het eerste lid van artikel 23 bepaalt namelijk dat de lidstaat zich er door zijn aanvaarding toe verbindt, de dienstige maatregelen ten uitvoer te leggen. De taak van de rechter bestaat er dan in, te waarborgen dat de dienstige maatregelen daadwerkelijk worden nageleefd. Het loyaliteitsbeginsel brengt daarnaast met zich, zo volgt uit een analoge toepassing van het arrest *Deutsche Lufthansa*, dat de nationale rechter geen beslissing mag nemen die tegen de

71 Er is in beginsel geen sprake van een wijziging ten opzichte van de steunmaatregel die door de Commissie op basis van art. 108 lid 1 VWEU aan een onderzoek is onderworpen. Als wel sprake is van een dergelijke wijziging, kan het zijn dat moet worden geconcludeerd dat alsnog van nieuwe steun sprake is. Art. 1 sub c Pvo.

72 HvJ EU 24 maart 1993, nr. C-313/90 (*CIRFS/Commissie*), r.o. 51. Daarnaast verwijst Quigley 2015, p. 538.

73 Zie Mededeling van de Europese Commissie van 8 juli 1989, Steun aan de synthetische vezelindustrie in de Gemeenschap, *PbEU* 1989, C 173/5. Een vergelijkbare situatie doet zich voor naar aanleiding van de Toetredingsakte 2003. In hoofdstuk 4 van bijlage IV bij deze akte is bepaald dat bepaalde steunmaatregelen tot het einde van het derde jaar na de datum van toetreding worden beschouwd als bestaande steun. Na die datum worden die onverenigbaar blijken te zijn met die richtsnoeren als nieuwe steunmaatregelen aange merkt.

74 Het Hof noemt expliciet dat de bestreden steun niet is onderworpen aan de procedure van voorafgaande aanmelding van art. 108 lid 3 VWEU. HvJ EU 24 maart 1993, nr. C-313/90 (*CIRFS/Commissie*), r.o. 25. De aanmeldingsplicht wordt afgeleid uit de 'code' waarin de dienstige maatregelen waren neergelegd.

beslissing van de Commissie indruist.⁷⁵ Betekent dit echter ook dat de rechter *de uitkering van de steun* zonder inachtneming van de dienstige maatregelen moet blokkeren? Dat is nog niet zo evident.

Het is vaste rechtspraak dat bestaande steun tot uitvoering mag worden gebracht zolang de Commissie deze niet onverenigbaar heeft verklaard.⁷⁶ Enerzijds kan worden vastgesteld dat de Commissie pas een aanbeveling tot dienstige maatregelen geeft wanneer zij overeenkomstig artikel 21 Pvo heeft geoordeeld dat een steunmaatregel niet (langer) verenigbaar is met de interne markt. Het kan dan dus worden aangenomen dat de steun vanaf dat moment niet meer tot uitvoering mag worden gebracht, en dat de nationale rechter dienovereenkomstig moet oordelen. Daar staat tegenover dat aan het oordeel van de Commissie geen formele onderzoeksprocedure vooraf is gegaan. Sterker nog: uit artikel 23 lid 2 Pvo volgt dat wanneer een lidstaat de dienstige maatregelen niet aanvaardt, de Commissie deze procedure inleidt *indien* zij bij haar zienswijze blijft dat de maatregelen noodzakelijk zijn. Het is in dat licht nog geen uitgemaakte zaak dat met het vastleggen van dienstige maatregelen ook vaststaat dat de Commissie de steun onverenigbaar heeft verklaard en de steun dus niet meer zonder meer mag worden uitgevoerd.

Hoewel hierover nog geen duidelijkheid bestaat, zou ik menen dat het vastleggen van dienstige maatregelen wel degelijk gevolgen heeft voor de mogelijkheid om de steun te blijven uitvoeren. Als de betrokken lidstaat het met het oordeel van de Commissie over de verenigbaarheid van de steun oneens was geweest, had deze immers ook de dienstige maatregelen kunnen verwerpen.⁷⁷ Zelfs dan is echter nog niet gegeven dat elke niet-nakoming, zo gering ook, van de dienstige maatregelen tot gevolg zou moeten hebben dat de uitvoering van de steun moet worden geblokkeerd. Een bijkomend probleem is namelijk dat uit de betrokken Commissiebeslissing niet per definitie

75 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*). In deze uitspraak leek het relevant dat tegen de beslissing van de Commissie wel rechtsbescherming openstaat op grond van art. 263, vierde alinea, VWEU. Dat is ook het geval, mits de betrokken justitiabele tenminste individueel en rechtstreeks door het besluit is geraakt. Vgl. HvJ EU 27 februari 2014, nr. C-132/12P (*Stichting Woonpunt*), r.o. 59.

76 HvJ EU 16 april 2015, nr. C-690/13 (*Trapeza Eurobank Ergasia*), r.o. 37; HvJ EU 18 juli 2013, nr. C-6/12 (*P Oy*), r.o. 41; HvJ EU 18 november 2010, nr. C-322/09P (*NDSHT/Commissie*), r.o. 52. Sterker nog: ook wanneer de Commissie de formele onderzoeksprocedure heeft geopend bestaat voor de betrokken lidstaat in beginsel geen verplichting om de uitvoering van de bestaande steunregeling op te schorten hangende het eindoordeel van de Commissie. Dat valt althans af te leiden uit HvJ EU 20 juni 1992, nr. C-312/90 (*Spanje/Commissie*), r.o. 17; HvJ EU 5 oktober 1994, nr. C-47/91 (*Italië/Commissie*), r.o. 25; HvJ EU 10 mei 2005, nr. C-400/99 (*Italië/Commissie*), r.o. 48; GvEA EU 3 maart 2015, nr. T-251/13 (*Gemeente Nijmegen/Commissie*), r.o. 36.

77 Hoewel deze lezing voor de rechtspositie van begunstigden verdergaande gevolgen heeft dan de 'enkele' bindendheid van de dienstige maatregelen, kunnen zij op zijn minst in beginsel tegen het besluit waarin de aanvaarding van de dienstige maatregelen is vastgelegd opkomen bij het Gerecht. HvJ EU 27 februari 2014, nr. C-132/12P (*Stichting Woonpunt*), r.o. 59.

volgt dat naleving van (elk van) de dienstige maatregelen *sine qua non* is voor het oordeel dat tegen die steun geen bezwaar (meer) bestaat. Er is geen sprake van een voorwaardelijke goedkeuring analoog aan die van artikel 9 lid 4 Pvo. Het Hof van Justitie zal dan ook duidelijkheid moeten bieden over de vraag of de nationale rechter aan de niet-naleving van aanvaarde dienstige maatregelen onder alle omstandigheden het gevolg moet verbinden dat de steun waarop de dienstige maatregelen zien niet meer mag worden uitgevoerd.

6.2.4 De rol van de Commissie als adviserend orgaan

In hoofdstuk 2 van dit onderzoek is beschreven dat de nationale rechter naar aanleiding van een staatssteungeschil kan besluiten om daarover advies- en informatievragen te stellen aan de Commissie, en dat de Commissie ook uit eigen beweging opmerkingen kan maken over de toepassing van de staatssteunregels.⁷⁸ Dit kan zowel wanneer de Commissie al op enige manier bij een staatssteungeschil betrokken is geweest, als wanneer de Commissie bij een vermeende steunmaatregel nog niet in beeld is gekomen. In het kader van dit hoofdstuk valt daaraan het volgende toe te voegen.

De Commissie benadrukt informeel graag de mogelijkheid om vragen te stellen. Het verdient echter opmerking dat de Commissie geen definitief juridisch oordeel kan geven. Deze taak is voorbehouden aan het Hof van Justitie, die als enige het Unierecht bindend mag uitleggen.⁷⁹ Dat betekent dat een nationale rechter de Commissie weliswaar een vraag kan stellen over de interpretatie van het begrip staatssteun in een specifiek geval, maar dat het antwoord alleen de visie van de Commissie weergeeft en niet als formeel besluit geldt. Het antwoord kan dus later door het Hof van Justitie worden weersproken, en ook de Commissie kan aanleiding zien om in een later besluit in het licht van nieuwe feiten of inzichten alsnog tot een ander oordeel te komen.

Het benaderen van de Commissie biedt voor de rechter een aantal voordelen. Ten eerste streeft de Commissie naar beantwoording van de gestelde vraag binnen één maand,⁸⁰ terwijl een prejudiciële procedure gemakkelijk 15 maanden in beslag neemt en daarmee een aanzienlijke vertraging van de procedure op nationaal niveau oplevert.⁸¹ Het antwoord van de Commissie kan daarnaast betrekking hebben op de stand van zaken van het bij de Commissie lopende onderzoek – relevante informatie die via een prejudiciële vraag niet kan worden achterhaald. In de literatuur is daarnaast opgemerkt dat het

⁷⁸ Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.6. Dit onderwerp is ook besproken in Metselaar 2015.

⁷⁹ Zoals ook bevestigd in overweging 19 van de preambule bij Verordening 734/2013 (wijziging Procedureverordening).

⁸⁰ Mededeling 2009, randnr. 84.

⁸¹ Jaarverslag Hof van Justitie van de Europese Unie 2015, p. 92.

benaderen van de Commissie voor advies niet leidt tot ontvankelijkheidsvraagstukken zodat rechters en arbiters een breed scala aan vragen kunnen stellen en dat het betrekken van de Commissie kan bijdragen aan het verlichten van de werkdruk van de Europese rechters.⁸² Zodoende kunnen de partijen en de nationale rechter, op zijn minst in theorie, het staatssteungeschil benaderen op basis van betere informatie zonder dat een tijdrovende prejudiciële procedure nodig is.

Dat gezegd hebbende: met name de mogelijkheid om de Commissie met adviesvragen te benaderen brengt de nodige (constitutionele) gevoeligheden met zich. Essentieel punt is dat, hoewel de Commissie en de nationale rechter bij de toepassing van het staatssteunrecht 'aanvullende en onderscheiden taken' vervullen, de Commissie een administratieve instantie is, waar de nationale rechters deel uitmaken van de rechterlijke macht. Zodoende bevinden zij zich op verschillende assen van de trias politica.⁸³ Binnen het systeem van de Unieverdragen geldt dat de nationale rechter daadwerkelijke rechtsbescherming moet bieden,⁸⁴ terwijl de Europese Commissie primair toeziet op de toepassing van de verdragen en de maatregelen die de instellingen krachtens de verdragen vaststellen.⁸⁵ Het is gezien deze verschillende functies van groot belang, zoals de EU-wetgever ook benadrukt,⁸⁶ dat de rechterlijke onafhankelijkheid behouden wordt en dat de procedurele rechten van partijen – waaronder met name het recht om te worden gehoord – worden beschermd.⁸⁷

Het belang van de bescherming van de procedurele rechten van de partijen moet niet worden onderschat. Hoewel de antwoorden van de Commissie namelijk formeel niet-bindend zijn, is het nog maar de vraag hoeveel ruimte een nationale rechter daadwerkelijk ziet om van diens advies af te wijken. Dit heeft te maken met wat in de literatuur wel eens als de 'kennisparadox' is aangeduid.⁸⁸ De kennisparadox houdt in het kort in dat, wanneer de rechter vanwege ontbrekende kennis of ervaring een deskundigenadvies nodig heeft, het voor hem om die reden moeilijker kan zijn om zelfstandig een oordeel

82 Wright 2010, p. 756.

83 Vgl. Wright 2010, p. 740; Komninos 2008, p. 91.

84 Art. 19 lid 2 VEU en art. 47 Hv. De rol van de nationale rechter wordt in dit kader uiteraard ook in belangrijke mate gevormd door art. 6 EVRM.

85 Art. 17 lid 1 VEU.

86 Preamble bij de Pvo, randnr. 38.

87 Zie ook kritisch Van den Tweel 2015, p. 556. Dilkova 2014, p. 91, wijst ook op het risico dat met de mogelijkheid voor de Commissie om bij de rechters stukken op te vragen inbreuk wordt gemaakt op de vertrouwelijkheid van de door de partijen ingediende opmerkingen, die de Commissie anders niet had kunnen bemachtigen. Dit is ook van belang omdat de Commissie naar aanleiding van een adviesvraag door een nationale rechter kan besluiten om een ambtshalve onderzoek in te stellen. Bijvoorbeeld: Besluit van de Europese Commissie van 11 december 2012 inzake steunmaatregel zaak SA.33083 (2012/C) (ex 2012/NN) en SA. 35083 (2012/C) (ex 2012/NN) – Italië, *PbEU* 2012, C 381/32.

88 De Groot 2008, p. 441. De Groot gebruikt het begrip in de context van het deskundigenadvies in civiele procedures, maar het biedt ook inzichten voor de in deze paragraaf besproken problematiek.

te vellen over de deskundigheid van de deskundige, de vragen die aan de deskundige moeten worden gesteld en de juistheid van het advies. Een van de implicaties van deze paradox is dat de voorwaarden waaronder de rechter van een deskundigenadvies kan afwijken, beperkt kunnen zijn. Zodra de rechter door het stellen van vragen immers heeft 'toegegeven' dat hij twijfels heeft over de juiste toepassing van de staatssteunregels in een specifiek geval, valt lastig uit te leggen waarom hij vervolgens kiest om het door de Commissie gegeven antwoord niet te volgen. Deze problematiek wordt, zo blijkt uit de in het kader van dit onderzoek gevoerde interviews, ook door de Nederlandse rechtersesignaleerd.

De kennisparadox kan juist in staatssteunzaken tot spanningen leiden. Dat ligt ten eerste aan de omstandigheid dat het oordeel van de Commissie de nationale rechter weliswaar niet bindt *in het geval van een gevraagd advies*, maar dat het dat in sommige andere omstandigheden zeer zeker wél doet.⁸⁹ Het moet dus worden onthouden dat de nationale rechter niet alleen de juistheid en relevantie van het advies van een expert (de Commissie) moet beoordelen, maar dat hij zich er tegelijkertijd van bewust zal zijn dat de beoordeling van die expert onder omstandigheden een hogere juridische status kan hebben dan die van hemzelf. Daar komt op praktisch niveau bij dat de Commissie in de loop van de jaren een enorme expertise op het gebied van het staatssteunrecht heeft opgebouwd. Dat hoeft zeker niet te gelden voor de Nederlandse rechter, die doorgaans maar sporadisch met staatssteungeschillen wordt geconfronteerd. De Commissie heeft in staatssteunzaken met andere woorden zowel juridisch als feitelijk als zwaargewicht te gelden en het is in dat licht aannemelijk dat de verleiding bestaat om de beoordeling van de Commissie ook in geval van een 'gewoon' advies ter harte te nemen.

Zorgwekkend is dat de adviezen van de Commissie zodoende *de facto* een groot gewicht kunnen hebben, terwijl de betrokken partijen bij de totstandkoming van het advies niet worden gehoord. De Commissie ziet haar taak om bijstand aan nationale rechterlijke instanties te verlenen namelijk als deel van haar verplichting om het openbaar belang te verdedigen en niet om de bij een geschil betrokken private belangen te beschermen.⁹⁰ Volgt de nationale rechter het advies van de Commissie vrij klakkeloos, dan blijft van de mogelijkheid voor de partijen om een bepaalde uitkomst van de rechtsstrijd te bepleiten nog maar weinig over zelfs als zij in de nationale procedure nog worden gehoord. Dit, terwijl het voor de Commissie moeilijk kan zijn om een gestelde vraag in de Nederlandse context te plaatsen.⁹¹ Belangrijker nog: het is goed denkbaar dat adviesvragen in staatssteungeschillen al snel betrekking zullen

89 Naast situaties waarin de Commissie een definitief besluit heeft genomen valt dan vooral te denken aan de situatie waarin de Commissie de formele onderzoeksprocedure heeft ingeleid. Zie hierboven § 6.2.1.

90 Preambule bij de Pvo, randnr. 37; Mededeling 2009, randnr. 80.

91 Van Herwijnen 2015, p. 231.

hebben op de interpretatie van het recht en de toepassing daarvan op de feiten. Die omstandigheid wordt niet helemaal verholpen door het streven van de Commissie om zich te beperken tot het verschaffen van de feitelijke informatie of de economische of juridische toelichting waarom is verzocht, zonder nader in te gaan op de grond van de bij de nationale rechter aanhangige zaak.⁹² Uiteindelijk is de interpretatie van het recht en de toepassing daarvan op de feiten echter een taak van de rechterlijke macht en niet van een administratief orgaan zoals de Commissie.⁹³

Samenvattend geldt dat de mogelijkheid om de Europese Commissie met vragen te benaderen in staatssteungeschillen uit het oogpunt van tijd en optimaal gebruik van expertise een aantrekkelijke is, maar dat de nodige voorzichtigheid geboden is. Het zou hoogst problematisch zijn als, door het hoge gewicht van een antwoord van de Commissie, een deel van de juridische beoordeling in een staatssteungeschil voor de nationale rechter *de facto* door de Commissie is uitgevoerd en maar beperkt door de rechter kan worden gecontroleerd.

6.2.5 Tussenconclusie

De Commissie en de nationale rechter opereren in staatssteunzaken niet (steeds) onafhankelijk van elkaar. Op sommige onderdelen hebben zij hun eigen taken en bevoegdheden. Op andere gebieden dansen zij samen een wals, waarbij de Commissie meestal leidt.⁹⁴ Wanneer de rechter en de Commissie tegelijkertijd een vermeende steunmaatregel onderzoeken, heeft de rechter in principe een zelfstandige taak om na te gaan of al dan niet sprake is van een schending van de standstillbepaling. Dat wordt anders vanaf het moment dat de Commissie de formele onderzoeksprocedure inleidt en daarmee een vermoeden van onverenigbare staatssteun uitspreekt. De rechter is dan aan dat oordeel gebonden en moet daaraan de nodige gevolgen verbinden, zoals de opschorting en zo nodig terugvordering van de steun. Aan het vermoeden van de Commissie dat sprake is van staatssteun worden daarmee ingrijpende consequenties verbonden – een uitleg van het staatssteunrecht die in de literatuur terecht is bekritiseerd. De rechter mag in zulke gevallen wel voorlopige maatregelen treffen en kan zo nodig vragen stellen aan de Commissie of aan het Hof van Justitie, hoewel dit op korte termijn waarschijnlijk weinig soelaas biedt.

⁹² Mededeling 2009, randnr. 93.

⁹³ De Commissie mag dan wel bevoegd zijn om bij besluit vast te stellen of een maatregel als staatssteun kwalificeert, dat neemt echter niet weg dat een dergelijk besluit ter toetsing aan de rechter moet kunnen worden voorgelegd. Zie ook: Sanderink 2009, p. 43.

⁹⁴ En, zo men wil, soms over de rechter heen walst.

Wanneer de Commissie een eindbeslissing heeft genomen, is die in ieder geval bindend voor de nationale rechter. In het geval van een terugvorderingsbesluit leidt dit tot de verplichting om de terugvordering van de steun inclusief rente te waarborgen. Het is ook mogelijk dat de Commissie heeft geoordeeld dat de steun mag worden uitgevoerd. Gebeurt dit door middel van een voorwaardelijk besluit en worden de voorwaarden niet nageleefd, dan moet de rechter vaststellen dat de overheid heeft gehandeld in strijd met een bindend Commissiebesluit en dat de daadwerkelijk verleende steun in strijd met de standstillbepaling niet is goedgekeurd. Dat laatste geldt ook wanneer een lidstaat na de generieke goedkeuring door de Commissie steun verleent op een manier die afwijkt van de maatregel of regeling zoals deze bij de Commissie is aangemeld en door haar is goedgekeurd. Een afwijkende regel geldt wanneer de Commissie de verenigbaarheid van bestaande steun heeft onderzocht en dienstige maatregelen heeft voorgesteld die door de lidstaat zijn aanvaard. Niet-naleving van de aanvaarde maatregelen leidt in dat geval niet tot herleving van de standstillbepaling, zodat de rechter niet bevoegd is om op grond van de rechtstreekse werking van artikel 108 lid 3 VWEU op te treden. Hij kan wel vaststellen dat het steunverlenend orgaan handelt in strijd met bindend Unierecht en bijvoorbeeld de betrokken steunregeling buiten toepassing laten.

De Commissie en de nationale rechter kunnen ook bij dezelfde vermeend steunverlenende handeling betrokken zijn wanneer de nationale rechter in een specifiek geval aan de Commissie advies vraagt, of wanneer de Commissie uit eigen beweging advies geeft. De Commissie is niet bij machte om zich bindend over de uitleg van Unierecht uit te laten, dat kan alleen het Hof van Justitie. Het antwoord van de Commissie bindt de rechter dan ook niet, hoewel valt aan te nemen dat de rechter het advies niet licht naast zich neer zal leggen. Sinds 2013 heeft de Commissie ook de mogelijkheid om uit eigen beweging bij de nationale rechter opmerkingen te maken. Ook deze opmerkingen zijn niet bindend.

6.3 DE ROLVERDELING TUSSEN DE COMMISSIE EN DE NATIONALE RECHTER UIT NEDERLANDSRECHTELIJK PERSPECTIEF

Over de hierboven uiteengezette juridische verhouding tussen de Nederlandse rechter en de Europese Commissie in staatssteungeschillen valt in het geschreven Nederlands (proces)recht nauwelijks iets terug te vinden. Er bestaat in Nederland geen wet- of regelgeving die deze specifieke verhouding nader normeert of inkleurt. Vanzelfsprekend wordt die verhouding op nationaal niveau wel ingekaderd door de fundamentele uitgangspunten die de rechtsstatelijke rol van de rechter vormgeven, zoals zij onder meer voortvloeien uit de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest. De rechter waarborgt zodoende het recht

op een eerlijke behandeling van de zaak door een onafhankelijke rechter en het recht op hoor en wederhoor.

Daarnaast kan worden verwacht dat de uitgangspunten van het bestuurs(proces)recht en het burgerlijk (proces)recht van invloed kunnen zijn op de wijze waarop de Nederlandse rechter zijn verhouding tot de Europese Commissie vormgeeft. Zo is het denkbaar dat de bestuursrechter, die veel meer affiniteit heeft met het toetsen van bestuurlijke besluitvorming dan de burgerlijke rechter, zich bij de toepassing van een goedkeuringsbesluit van de Commissie terughoudender zal opstellen dan de burgerlijke rechter. Dat geldt zeker wanneer de Commissie in het goedkeuringsbesluit discretionaire bevoegdheden uitoefent. Mogelijk ook dat de burgerlijke rechter vanwege zijn lijdelijke rol terughoudender zal zijn bij het stellen van vragen aan de Commissie dan de bestuursrechter.

Het is verder denkbaar dat de rechter in staatssteungeschillen enige inspiratie ontleent aan de wél in het Nederlands recht bestaande regelgeving, al ziet deze dan op andere rechtsgebieden. Te denken valt met name aan de artikelen 8:45 Awb, 8:45a Awb,⁹⁵ 44a Rv en 67 lid 1 Rv. In deze bepalingen zijn regels opgenomen voor de situatie waarin de rechter *in mededingingsgeschillen* een vraag aan de Commissie wil voorleggen en waarin de Commissie uit eigen beweging opmerkingen wil maken. Belangrijk is dat de genoemde artikelen voorzien in de mogelijkheid voor de partijen om schriftelijk te reageren op de te vragen inlichtingen of het te vragen advies, en om op die inlichtingen of dat advies opnieuw schriftelijk te reageren. Hiermee worden enkele van de hierboven in § 6.2.4 beschreven wezenlijke procedurele waarborgen in het Nederlands recht ingebouwd. In staatssteungeschillen kunnen deze op het mededingingsrecht toegeschreven bepalingen echter hooguit analoog worden toegepast. In de literatuur is daarom gepleit voor een wijziging van artikel 8:45 lid 6 Awb⁹⁶ en, in het licht van de *amicus curiae* bevoegdheden van de Commissie, van artikel 44a Rv.⁹⁷

Volgt men daarnaast De Poorter in zijn redenering – overigens buiten de context van het staatssteunrecht – dan zou zelfs artikel 8:45 lid 1 Awb kunnen dienen als een grondslag voor de mogelijkheid om de Commissie tot het maken van opmerkingen uit te nodigen.⁹⁸ Overigens benadrukt De Poorter dat de door hem bepleite ruimere lezing van artikel 8:45 lid 1 Awb voorbijgaat aan de oorspronkelijke gedachte achter deze bepaling, namelijk het bieden van de mogelijkheid om andere bestuursorganen te vragen om informatie die voor de beslechting van het geschil nodig is.⁹⁹

95 Vóór de introductie van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht waren dit de artt. 89h en 89i Mw.

96 Adriaanse en Van Angeren 2010, p. 684.

97 Huurmink en Van den Tweel 2014, p. 96.

98 De Poorter 2015, § 6.1.

99 Idem.

Er zijn ook andere bepalingen waarmee een voor het onderwerp van dit hoofdstuk relevante parallel kan worden getrokken. In 2012 is in de artikelen 392 tot en met 394 Rv de mogelijkheid gecreëerd voor rechters om een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad.¹⁰⁰ Ook hier wordt de partijen de gelegenheid geboden om zich uit te laten over het voornemen om een vraag te stellen, de inhoud van de te stellen vraag en het door de Hoge Raad gegeven antwoord.¹⁰¹ Daarnaast kunnen de partijen in de procedure voor de Hoge Raad hun schriftelijke opmerkingen indienen.

De Nederlandse rechtspraak wijst overigens uit dat het ontbreken van specifieke regelgeving over het inwinnen van advies of het stellen van een prejudiciële vraag aan het gebruik van die instrumenten niet in de weg hoeft te staan. Er bestaan althans geen aanwijzingen dat het ontbreken van een wettelijke regeling Nederlandse rechters heeft verhinderd om gebruik te maken van hun bevoegdheid (of gehoor te geven aan hun verplichting) om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie, zoals bedoeld in artikel 267 VWEU.¹⁰² Gevolg hiervan is wel dat de procedurele inkadering van de prejudiciële procedure per rechter kan verschillen, met mogelijke onzekerheid bij de partijen tot gevolg. Op zijn minst worden de betrokken partijen, zo blijkt uit door Barkhuysen uitgevoerd jurisprudentieonderzoek, hoe dan ook in de gelegenheid gesteld om na het arrest van het Hof van Justitie schriftelijk, en doorgaans ook mondeling, te reageren op het arrest en de wederzijds ingenomen standpunten.¹⁰³

6.4 HOE FORMULEERT DE NEDERLANDSE RECHTER ZIJN ROL TEN OPZICHTE VAN DIE VAN DE COMMISSIE?

Tot zo ver de theorie uit Unierechtelijk perspectief. De voor dit onderzoek interessantere vraag is hoe de Nederlandse rechter aan de zojuist geschetste verhouding tussen de rechter en de Commissie invulling geeft. Valt de hierboven geschetste verhouding in de Nederlandse rechtspraak te herkennen? Biedt de bestaande kennis de Nederlandse rechter wel voldoende houvast om zijn weg te vinden in de 'aanvullende en onderscheiden taken' van de rechter en de Commissie, en hoe vult hij eventuele gaten op? Deze vragen komen in

100 *Stb.* 2012, 65.

101 De Hoge Raad heeft gepreciseerd dat de vragen in een tussenvonnis aan de partijen moeten worden voorgelegd zodat de precieze tekst van de vragen met de partijen kan worden besproken. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099.

102 Barkhuysen 2007, p. 339, met verwijzingen.

103 *Idem.*

de hiernavolgende paragrafen aan de orde. Daarbij wordt aangesloten bij de verschillende mogelijke taakverdelingen tussen de Commissie en de nationale rechter zoals ze hierboven uit Unierechtelijk perspectief zijn weergegeven. Eerst loont het echter de moeite om te bekijken of en hoe de Nederlandse rechter zich in algemene zin uitlaat over zijn juridische verhouding tot de Europese Commissie, voor zover hij dat althans doet.

Hoewel de conclusie niet moet worden overtrokken, kan worden geconstateerd dat de rolverdeling tussen de rechter en de Commissie niet iedereen even helder op het netvlies staat. Soms zijn het de partijen die een onduidelijk beeld hebben van de rol die de nationale rechter in staatssteunzaken kan vervullen. Zo kent een aantal projectontwikkelaars de Nederlandse rechter in een civiel kort geding wel een heel beperkte rol toe met de stellingname dat de nationale rechter enkel dient te toetsen 'of op het eerste gezicht sprake zou kunnen zijn van een steunmaatregel'.¹⁰⁴ Zo beperkt ziet de voorzieningenrechter zijn rol blijkens de uitspraak zelf niet.

Soms is het de rechter – veel belangrijker – die voor zichzelf wel een heel beperkte rol ten opzichte van die van de Commissie ziet weggelegd. Een civiele rechter in een bodemzaak heeft zodoende aangegeven geen beslissing met een definitief karakter te willen (en mogen) nemen omdat hij daarmee een 'onwenselijk voorschot' zou nemen op het oordeel van de Europese Commissie. De conclusie die de rechtbank daaruit trekt, is vergaand:

'Met het vorenstaande verdraagt zich naar het oordeel van de rechtbank niet dat de nationale rechter voor recht verklaart dat de [overeenkomsten] steun in de zin van artikel [107 lid 1 VWEU] inhouden en als zodanig hadden moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie. Een dergelijke beslissing heeft immers een definitief karakter.'¹⁰⁵

De rechtbank heeft hierbij expliciet verwezen naar een uitspraak van het hof Amsterdam in de zaak *Baby Dan*.¹⁰⁶ Die zaak is voor de Nederlandse staatssteunrechtspraak atypisch omdat hier aan de orde is of de ontvanger van onrechtmatige staatssteun jegens zijn concurrent aansprakelijk is voor door hem geleden schade als gevolg van de schending van de standstillbepaling.¹⁰⁷ Volgens de concurrent (*Baby Dan*) is dat al het geval wanneer de rechter zou vaststellen dat sprake is van onrechtmatige staatssteun. Het oordeel van het hof geeft veel prijs over zijn visie op de rolverdeling tussen de nationale rechter en de Commissie:

104 V.zr. Rb Den Haag 18 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15949 (*Stichting Wonen Wateringen*), r.o. 2.2.

105 Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLLE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*), r.o. 4.46.

106 Idem, verwijzing naar Hof Amsterdam 29 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1425 (*Baby Dan*).

107 Zie over deze zaak in meer detail in hoofdstuk 7 § 7.4.7.2.

‘Baby Dan ziet echter over het hoofd dat het uiteindelijke oordeel over de toelaatbaarheid van deze staatssteun toekomt aan de Europese Commissie. Het is weliswaar denkbaar [...] dat de nationale rechter een voorlopig oordeel dient uit te spreken over deze kwestie [...], maar het kan niet als juist worden aanvaard dat de nationale rechter in een (bodem)procedure als de onderhavige een (definitieve) uitspraak doet over het al dan niet in strijd met het [Unierecht] verschaffen van staatssteun.’¹⁰⁸

‘De nationale rechter zal dan in voorkomende gevallen een (voorlopig) oordeel over de steunmaatregel moeten vellen met betrekking tot de vraag of opschorting van de uitvoering van de steunmaatregel noodzakelijk is en of de ontvanger gehouden is de steun terug te betalen.’¹⁰⁹

Het mag duidelijk zijn dat deze overwegingen van de rechtbank en het hof Amsterdam geen steun vinden in het Europese staatssteunrecht.¹¹⁰ Tot het moment dat de formele onderzoeksprocedure is ingeleid, staat het per slot van rekening aan de nationale rechter om zelfstandig vast te stellen of de opschortingsplicht is nageleefd en daaraan de nodige gevolgen te verbinden.

Ook bij de bestuursrechter wil sporadisch nog onduidelijkheid bestaan over de taakverdeling tussen de rechter en de Commissie. Zo heeft de Afdeling in een uitspraak uit 2007 overwogen dat niet valt in te zien dat appellant met een beroep op de standstillbepaling ‘die in concreto door de Europese Commissie wordt toegepast’ alsnog voor een vergunning in aanmerking kan komen.¹¹¹ Verwarring ontstond ook in een uitspraak van het CBb, waarin aan de orde was of het vermeend steunverlenende bestuursorgaan zich had moeten vergewissen van de staatssteunconformiteit van een door hem genomen besluit. Het bestuursorgaan beargumenteerde dat het niet aan hem, ‘maar aan de [Autoriteit Consument en Markt], dan wel aan de Europese Commissie [is] om te beoordelen of de bestreden tariefbeschikking concurrentievervalsend zou werken of in strijd zou zijn met het verbod op staatssteun’.¹¹² Het College overweegt daarop dat niet op voorhand aannemelijk is dat verweerster verplicht was te onderzoeken of het staatssteunrecht is geschonden – ‘voor zover verweerster hiervoor al de aangewezen instantie zou zijn’.¹¹³ Het is niet duidelijk wat het College met deze toevoeging precies bedoelt. Dat is ongelukkig, zeker nu hiermee het belangrijke misverstand in stand wordt gelaten dat het bestuursorgaan met zijn argumentatie in leven heeft geroepen. Zonder nadere uitleg lijkt het erop alsof het CBb hier miskent dat de Europese Commissie en

108 Hof Amsterdam 29 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1425 (*Baby Dan*), r.o. 5.14. Het hof verwijst naar HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*) en HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6370 (*AZ*).

109 Hof Amsterdam 29 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1425 (*Baby Dan*), r.o. 5.14.

110 Zoals hierboven uiteengezet in § 6.2.1.

111 ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Wet op de kansspelen*), r.o. 2.6.

112 CBb 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaart Ziekenhuis*), r.o. 3.

113 Idem, r.o. 5.3.

de nationale rechter een gezamenlijke verantwoordelijkheid hebben voor de handhaving van de staatssteunregels en dat het uitvoeringsverbod van artikel 108 lid 3 VWEU zich ook uitstrekt tot het verwerende bestuursorgaan.

De bovenstaande zaken zijn voorbeelden waar het (bijna) misging. Uit de rechtspraak van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter blijkt doorgaans echter dat deze rechters zich van de theoretische taakverdeling tussen de Commissie en de rechter zeer bewust zijn.¹¹⁴ Hoe zij daaraan vervolgens precies en in het concrete geval invulling moeten geven, kan een lastige tweede vraag zijn. Daarover gaan de volgende paragrafen.

6.5 DE ROL VAN DE NEDERLANDSE RECHTER WANNEER DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE NOG NIET IS INGELEID

Het komt regelmatig voor dat de Nederlandse rechter zich buigt over een staatssteungeschil dat ook ter beoordeling voorligt bij de Europese Commissie. Dat kan het geval zijn omdat een concurrent een klacht heeft ingediend die al dan niet al door de Commissie in behandeling is genomen, of omdat de overheid de betrokken maatregel (zekerheidshalve) heeft aangemeld. Het is ook mogelijk dat de Commissie ambtshalve een onderzoek naar de betrokken maatregel heeft ingesteld, maar die situatie heeft zich in de Nederlandse jurisprudentie tijdens de bestudeerde periode niet voorgedaan. In de meeste van deze parallelle procedures is (nog) niet aan de orde dat de Commissie de formele onderzoeksprocedure heeft ingeleid.

Hierboven is al beschreven dat de nationale rechter, zo lang de Commissie nog geen formele onderzoeksprocedure heeft ingeleid, zelfstandig moet nagaan of van een schending van de standstillbepaling sprake is. De rechter hoeft zich dus niet naar het oordeel van de Commissie te richten en mag er zeker niet van afzien, aan degene die door een schending van de standstillbepaling is gedupeerd de nodige rechtsbescherming te bieden. Het zou echter nog niet zo vreemd zijn als de rechter in de verleiding komt om zich een beeld te vormen van het mogelijke of voorlopige oordeel van de Commissie, voor zover daarover al iets bekend is. In wezen anticipeert de Commissie en inmiddels de Europese wetgever daar ook op, door rechters de mogelijkheid te bieden om advies in te winnen over de stand van zaken van lopende procedures van de Commissie.¹¹⁵ De Commissie heeft een duidelijke expertise op het gebied van staatssteun en haar eindbeslissingen zijn voor de lidstaten (en de rechters) bindend. Het valt daarom te verwachten dat het mogelijke of voorlopige oordeel van de Commissie al vóór de inleiding van de formele onderzoekspro-

114 Voor sprekende voorbeelden, zie onder meer: CBB 13 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6991 (*Thuiszorg Service Nederland*), r.o. 5.4; V zr. Rb Limburg 26 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8299 (*Petronella*), r.o. 4.4.

115 Mededeling 2009, randnr. 83. Art. 29 lid 1 Pvo.

cedure onder omstandigheden een zeker gewicht zal hebben in de procedures voor de Nederlandse rechter.

In de volgende paragrafen wordt daarom onderzocht welke rol de Nederlandse rechter zichzelf toebedeelt ten opzichte van die van de Commissie in situaties waarin een vermeende steunmaatregel al wel onder de aandacht van de Commissie is gebracht, maar nog geen formele onderzoeksprocedure is ingeleid of eindbeslissing is genomen.

6.5.1 Fase 1: De Commissie heeft nog niet inhoudelijk op de mogelijke staatssteun gereageerd

Met name in het civiel kort geding willen partijen ter onderbouwing van hun betoog dat sprake is van staatssteun nog wel eens aanvoeren dat over de bestreden maatregel een klacht bij de Commissie zal worden ingediend,¹¹⁶ is ingediend¹¹⁷ of in behandeling is genomen.¹¹⁸ Zulke argumenten mogen hen voor de Nederlandse rechter niet baten. De (in de meeste gevallen) burgerlijke rechter ziet daarin doorgaans geen aanleiding om, zoals door de partijen wordt gevraagd, de procedure aan te houden of af te zien van een zelfstandige beoordeling of sprake is van staatssteun.¹¹⁹ Dit komt overeen met de in de Europese jurisprudentie beschreven zelfstandige rol van de nationale rechter in staatssteunzaken.¹²⁰

Ook het enkele feit dat de overheid zelf mogelijke steun heeft aangemeld is voor de Nederlandse (burgerlijke) rechter geen reden om hangende het besluit van de Commissie de zaak aan te houden. Dat ligt iets minder voor de hand, want de rechter zou in een dergelijke omstandigheid ook een erkenning van de overheid kunnen lezen dat sprake is van staatssteun die moet

116 Rb Rotterdam 4 januari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC3244 (*SLAM!FM*).

117 Vزر. Rb Limburg 26 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8299 (*Petronella*); Vزر. Rb 's-Gravenhage 12 oktober 2007, ECLI:NL:RBSCR:2007:BB5509 (*Taskforce Woningbouw*).

118 Vزر. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*); Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLER:2010:BL0852 (*Sita Nederland*), r.o. 2.17; Vزر. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*); Vزر. Rb 's-Gravenhage 24 september 2008, ECLI:NL:RBSCR:2008:BF4232 (*De Raad Bouw*), r.o. 1.16 en 2.2; Rb Breda 24 april 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD3313 (*Bioscoop Exploitatie Minerva*), r.o. 2.14.

119 Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*); Vزر. Rb 's-Gravenhage 8 januari 2010, ECLI:NL:RBSCR:2010:BK9654 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*); Vزر. Rb 's-Gravenhage 2007, ECLI:NL:RBSCR:2007:BB5509 (*Taskforce Woningbouw*), r.o. 4.3. In één geval is geoordeeld dat de omstandigheid dat een klacht door de Commissie in behandeling is genomen, niet afdoet aan het belang van eiseressen bij de door hen gevorderde voorzieningen. Vزر. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*), r.o. 3.6.1.

120 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 44. Zie meer uitgebreid hierboven § 6.2.1.

worden aangemeld.¹²¹ In een geval waarin de overheid zelf heeft aangevoerd dat een steunbedrag niet mag worden uitgekeerd en dat die vermeende steunverlening bij de Commissie is aangemeld, heeft de burgerlijke rechter besloten om de zaak niet aan te houden maar meteen eindvonnis te wijzen. Het zou namelijk nog onduidelijk zijn wanneer het Commissiebesluit op de aanmelding zou volgen.¹²² In een ander geval heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam geoordeeld dat aan de melding om redenen van rechtszekerheid niet de gevolgtrekking kan worden verbonden dat sprake is van een steunmaatregel waarvoor de opschortingsplicht in acht moet worden genomen.¹²³

In de meeste gevallen geldt dus de hoofdregel dat het feit dat een maatregel onder de aandacht van de Commissie is gebracht, zonder dat deze zich daar inhoudelijk over heeft uitgelaten, op de rechterlijke beoordeling van een vermeende schending van de standstillbepaling geen kenbare invloed heeft.¹²⁴ Die beoordeling wordt, afgaande op de gepubliceerde jurisprudentie, zelfstandig uitgevoerd. Op dezelfde manier weigert de rechter mee te gaan in het betoog dat het uitblijven van een reactie van de Commissie betekent dat van steun '*a prima facie*' geen sprake is. Dat oordeelde althans de rechtbank Leeuwarden in een civiele zaak,¹²⁵ en terecht: de enkele omstandigheid dat de Commissie geen gebruik maakt van bevoegdheden bij evidente staatssteun betekent nog niet dat het bestaan van staatssteun niet aannemelijk is. Deze omstandigheid kan evengoed betekenen dat het bestaan van staatssteun niet gemakkelijk of zonder meer informatie kan worden vastgesteld of dat de Commissie aan de zaak geen prioriteit heeft gegeven.¹²⁶

Op deze hoofdregel bestaat één uitzondering. Aan de orde is een civiel geschil over een gebruiksvergoeding voor de exploitatie van snellaadpalen voor elektrische auto's.¹²⁷ Hierover is bij de Commissie een klacht ingediend,

121 Een vergelijking is mogelijk met de zaak Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*), hoofdstuk 5, § 5.5.3.2.

122 Rb 's-Gravenhage 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBGR:2007:BB1424 (*NEA*).

123 V.zr. Rb Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9229 (*UPC Nederland*), r.o. 9. Over de melding omwille van rechtszekerheid, zie hoofdstuk 2 § 2.4.2.

124 Deze hoofdregel vindt ook steun in oude jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin werd aangenomen dat zelfs het inleiden van de formele onderzoeksprocedure niet kon afdoen aan de zelfstandige taak van de nationale rechter om het begrip steun uit te leggen en toe te passen. HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6370 (*AZ*), r.o. 3.4.2.

125 Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBL:2010:BL0852 (*Sita Nederland*), m.n. r.o. 4.40.

126 De Commissie kan in theorie ook nog na afronding van de formele onderzoeksprocedure tot de conclusie komen dat een maatregel geen steun vormt. Art. 9 lid 2 P.v.o. De Commissie heeft ook opgemerkt dat aan veel klachten een lage prioriteit wordt gegeven, waardoor de doorlooptijden kunnen oplopen. 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.

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

waarop de Nederlandse regering inmiddels heeft gereageerd door onder meer een berekening aan de Commissie te sturen. De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag richt zich in deze zaak op het argument van eiseressen dat die berekening uitgaat van onjuiste aannames, zodat de klacht wellicht ten onrechte tot niets zal leiden. De Haagse rechter oordeelt dat de Staat voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de berekening is gebaseerd op de gebruikelijke systematiek en dat een correctiefactor mocht worden toegepast.

‘De voorzieningenrechter ziet daarom geen aanleiding om vooruit te lopen op het oordeel van de Europese Commissie met betrekking tot de staatssteunklacht, door thans reeds te verbieden dat laadstations worden opgericht en geëxploiteerd’.¹²⁸

Door de aandacht te verleggen van de vraag of sprake is van onrechtmatige staatssteun naar de vraag of, in wezen, de Commissie de juiste informatie heeft om tot een beoordeling van de vermeende staatssteun te komen, wijkt de voorzieningenrechter in deze zaak af van de hoofdregel dat het enkel betrokken zijn van de Commissie voor de beoordeling van het geschil nauwelijks relevant geacht kan worden.

Mogelijk heeft de Haagse voorzieningenrechter zich bij zijn oordeel laten leiden door de argumenten van eiseressen, die zich blijkens de uitspraak richtten op de informatievoorziening naar de Commissie. Hoe dan ook past de door deze rechter gekozen benadering niet in de rol die de nationale rechter volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie moet vervullen. Het is tenslotte per definitie de taak van de rechter om vooruit te lopen op het oordeel van de Europese Commissie.¹²⁹ In wezen laat de voorzieningenrechter de beoordeling of sprake is van een schending van de standstillbepaling nu over aan de Commissie en controleert hij alleen of de Commissie daarbij juist is geïnformeerd. Dit biedt eiseressen geen bescherming tegen de door hen gestelde schending van de standstillbepaling; zij zullen nu, ten onrechte, moeten wachten totdat de Commissie zelf tot een eindbeslissing is gekomen.

6.5.2 Fase 2: De Commissie heeft een voorlopige reactie gegeven

Het is natuurlijk ook mogelijk dat de Commissie, zonder nog de formele onderzoeksprocedure te hebben ingeleid, zich al wel op enige manier voorlopig over de staatssteunconformiteit van de bestreden maatregel heeft uitgelaten. Die situatie doet zich ook in staatssteunprocedures voor de Nederlandse rechter

¹²⁸ Idem, r.o. 4.7.

¹²⁹ Zoals blijkt uit de bespreking eerder in dit hoofdstuk, § 6.2.1.

voor.¹³⁰ Het gaat dan telkens om gevallen waarin de Commissie voorlopig meent dat van onrechtmatige staatssteun waarschijnlijk géén sprake is.¹³¹ In sommige gevallen heeft zij daaraan expliciet toegevoegd dat zij onvoldoende gronden ziet om het onderzoek naar de gestelde staatssteun voort te zetten. Een dergelijke mededeling is geen formeel besluit, maar vormt wel een belangrijke aanwijzing dat de Commissie (of eigenlijk: het bevoegde directoraat) op basis van de aangeleverde informatie geen schending van de opschortingsplicht ziet.¹³²

Het op deze manier gecommuniceerde voorlopig oordeel van de Commissie blijkt voor de Nederlandse burgerlijke rechter in veel gevallen richtinggevend, hoewel steeds op een iets andere manier. Het komt het meest voor dat het voorlopig oordeel van invloed is op de mogelijkheid om de gestelde aanwezigheid van staatssteun aan te tonen. Zo acht de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam het bestaan van staatssteun *in het licht van de voorlopige mening van de Commissie* niet aannemelijk.¹³³ De rechtbank Overijssel ziet in de mededeling dat de Commissie het onderzoek naar de klacht niet zal voortzetten, bevestiging voor het oordeel dat van onrechtmatige staatssteun geen sprake is. Interessant is dat deze rechtbank tot uitdrukking heeft gebracht dat weliswaar geen sprake is van een formeel besluit waarbij de klacht is afgewezen, maar dat dit een gevolg is van de werkwijze van de Commissie die het concipiëren van een dergelijk formeel besluit voorkomt, en die 'overigens geacht moet worden tot hetzelfde resultaat te leiden.'¹³⁴ De rechtbank 's-Hertogenbosch heeft uit een voorlopig oordeel van de Commissie zelfs een toetsingsmaatstaf afgeleid die lijkt op een verzwaarde stelplicht aan de zijde van de partij die stelt dat wél sprake is van staatssteun.¹³⁵ Volgens die rechtbank heeft eiseres 'tegen de achtergrond van dit voorlopige oordeel van de Commissie, die immers in Europeesrechtelijk verband bij uitstek geëquipeerd moet worden geacht en daarbij (exclusief) bevoegd is om zich een oordeel te vormen over de vraag of er sprake is van (onrechtmatige) staatssteun', 'onvol-

130 Zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 9 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4216 (*Snellaadpunten elektrische auto's*); Rb Overijssel 5 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6281 (*Gemeente Haaksbergen/Rotij*); Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*); Rb 's-Gravenhage 13 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK9316 (*Stichting Duurzaam Verpakkingsglas*).

131 Deze constatering biedt steun aan de in hoofdstuk 5, § 5.6 aangedragen mogelijke verklaring dat de Nederlandse rechter nauwelijks aanneemt dat sprake is van staatssteun omdat in de betrokken geschillen zelden sprake is van staatssteun.

132 De Commissie beschouwt klacht in een dergelijk geval als ingetrokken tenzij binnen één maand opmerkingen ten gronde worden ingediend. Europese Commissie 16 juni 2009, 'Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures', *PbEU* 2009, C 136/13, randnrs. 49-50.

133 V.zr. Rb Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9229 (*UPC Nederland*), r.o. 9.

134 Rb Overijssel 5 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6281 (*Gemeente Haaksbergen/Rotij*), r.o. 5.12.

135 Zie over de verzwaarde stelplicht: hoofdstuk 5, § 5.3.3 en § 5.5.1.2.

doende gemotiveerd gesteld dat er sprake is van selectieve begunstiging in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.¹³⁶ In het kort geding in dezelfde zaak leidt het hof Den Bosch uit de voorlopige conclusie van de Commissie af dat 'vooralsnog onvoldoende aanwijzingen voorhanden [zijn] dat de bodemrechter, oordelend over deze zaak de [bestreden overeenkomst] in strijd zal achten met de regels inzake staatssteun'.¹³⁷

In geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening kan een voorlopig oordeel van de Commissie relevant zijn voor de beoordeling of het betrokken bestuursorgaan ervan uit had moeten gaan dat de financiële uitvoerbaarheid van het plan onvoldoende zou zijn gewaarborgd in verband met mogelijke aspecten van staatssteun.¹³⁸ Zodoende wordt het standpunt van de Commissie relevant voor de in RO-geschillen bijzondere toetsingsmaatstaf, namelijk of verweerder (onder meer in het licht van het oordeel van de Commissie)¹³⁹ op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat het RO-besluit niet kan worden uitgevoerd.¹⁴⁰

Voorlopige reacties van de Commissie blijken in een enkel geval te leiden tot het (in het licht van het Unierecht twijfelachtige) oordeel dat een (enigszins) zelfstandige beoordeling van de rechtmatigheid van een vermeende steunmaatregel niet meer aan de orde is. Die suggestie wekt althans een uitspraak van het hof Den Haag in een geschil over snellaadpalen voor elektrische auto's. Het hof oordeelt dat nu een, 'zij het voorlopig', oordeel van de Commissie aanwezig is dat haaks staat op de stellingen van de eisende partijen, reeds om die reden geen aanleiding zou bestaan voor het treffen van de gevorderde voorlopige voorziening.¹⁴¹ De implicatie is dat het voorlopig oordeel van de Commissie aanleiding kan vormen om op nationaal niveau van voorlopige rechtsbescherming af te zien. Heel onbegrijpelijk is dat in deze zaak overigens nog niet, nu de gevraagde voorziening bestond uit het treffen van maatregelen

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

137 Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*), r.o. 4.3.9-4.3.10.

138 ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7312 (*Compressorstation Wijngaarden*), r.o. 2.9.1.2. Vgl. Rb Oost-Brabant 16 februari 2015, ECLI:NL:ROBR:2015:756 (*Energielaadpunten*), r.o. 20.

139 In ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7312 (*Compressorstation Wijngaarden*), r.o. 2.9.1.2, heft de Afdeling ook betrokken dat in een civiel kort geding over dezelfde feiten is geoordeeld dat geen sprake is van een schending van de staatssteunregels. Verwezen wordt naar V.zr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*), waarin overigens is geoordeeld dat van staatssteun geen sprake is, in plaats van het mildere oordeel dat het bestaan van staatssteun niet aannemelijk is geworden.

140 Zie over de bijzondere toetsingsmaatstaf in geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening hoofdstuk 7 § 7.3.6.

141 Hof Den Haag 9 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4216 (*Snellaadpunten elektrische auto's*), r.o. 6.4.

totdat de Commissie heeft besloten of van aanmeldingsplichtige staatssteun sprake is. Nog verder ging de rechtbank Den Haag, die in een civiel kort geding¹⁴² oordeelde dat uit de reactie van de Commissie 'slechts de conclusie kan worden getrokken dat de Europese Commissie van oordeel is dat er geen sprake is van staatssteun.'¹⁴³ Aan dit oordeel heeft de rechtbank de verstrekkende consequentie verbonden dat zij voor zichzelf geen taak meer ziet weggelegd en de ingediende vorderingen afwijst.

Het beeld ontstaat dat het voor justitiabelen moeilijk zal zijn om de rechter van het bestaan van onrechtmatige staatssteun te overtuigen wanneer de Commissie zich daarover al voorlopig in negatieve zin heeft uitgelaten. Daarbij moet wel worden bedacht dat een dergelijk voorlopig oordeel *kan*, maar niet *hoeft* te betekenen dat van onrechtmatige staatssteun geen sprake is.¹⁴⁴ Op dezelfde manier dat de rechter voorzichtigheid moet betrachten wanneer de Commissie naar aanleiding van een gestelde vraag een advies heeft gegeven,¹⁴⁵ moet hij er daarom ook voor waken om zich te gemakkelijk door een reactie van de Commissie laten leiden. In twee uitspraken blijkt het belang van een voorlopig oordeel van de Commissie voor de beoordeling door de Nederlandse rechter dan ook te worden genuanceerd. Het CbB heeft in 2011 geoordeeld dat een bestreden besluit geen staatssteun inhoudt. Daarbij noemt het College wel, maar betreft het verder niet expliciet, de omstandigheid dat de Commissie eerder heeft aangegeven dat het bestreden besluit niet hoefde te worden aangemeld.¹⁴⁶ Daarnaast heeft het hof Den Bosch er in de aan het begin van dit hoofdstuk al genoemde zaak voor gekozen om de Commissie om verdere informatie te vragen over de stand van zaken van het onderzoek.¹⁴⁷ Dit, hoewel de Commissie had aangegeven dat de betrokken maatregel naar haar oordeel geen staatssteun leek te vormen en de rechter er dus ook voor had kunnen kiezen om de staatssteunclaim 'weg te schrijven'.

Wanneer het oordeel van de Commissie op meer indirecte wijze uit haar handelen moet worden afgeleid, verbindt de rechter daaraan minder vergaande

142 Eigenlijk was sprake van een provisionele vordering. De procedures zijn sterk vergelijkbaar. Den Besten 2007.

143 Rb 's-Gravenhage 13 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK9316 (*Stichting Duurzaam Verpakkingsglas*), r.o. 5.15.

144 De Commissie noemt onder meer expliciet de mogelijkheid open om de klager te herinneren aan de mogelijkheid om een procedure in te stellen bij de nationale rechter in gevallen waarin onvoldoende gronden bestaan om een standpunt ten aanzien van de zaak in te nemen, maar de Commissie wel meent dat sprake is van onrechtmatige staatssteun. Europese Commissie 16 juni 2009, 'Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures', *PbEU* 2009, C 136/13, randnrs. 49-50.

145 Zoals hierboven bepleit in § 6.2.4.

146 CbB 4 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP7546 (*VEMW*), r.o. 2.5.

147 Hof 's-Hertogenbosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.29; Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:540 (*Shanks*). Zie voor de verdere bespreking van deze zaken hierna ook § 6.9.2.

gevolgen.¹⁴⁸ Zo ziet het hof Arnhem-Leeuwarden in een civiele zaak in het feit dat een onderzoek van de Commissie niet ingaat op de staatssteunimplicaties van een project, een aanwijzing dat van staatssteun geen sprake is. Deze aanwijzing betreft het hof in zijn oordeel, maar het beoordeelt inhoudelijk wel zelf of sprake is van staatssteun.¹⁴⁹ Dat geldt in vergelijkbare zin ook voor het oordeel van de Afdeling in een zaak in de sfeer van de ruimtelijke ordening, waarin blijkt dat informeel overleg met de Commissie over mogelijke staatssteun heeft plaatsgevonden hetgeen niet heeft geleid tot een formele aanmelding bij de Commissie. De Afdeling betreft deze omstandigheid in haar oordeel, maar laat het oordeel er niet volledig op rusten.¹⁵⁰

6.5.3 Het hypothetisch oordeel van de Commissie als toetsingsmaatstaf in civiele zaken

Een bijzonder verschijnsel verdient afzonderlijk bespreking. De oorsprong daarvan ligt in een arrest in kort geding uit 2005. Daarin heeft de Hoge Raad uiteengezet waarop de Nederlandse burgerlijke voorzieningenrechter zijn oordeel over een staatssteunvordering in kort geding dient te baseren – namelijk

‘op zijn oordeel omtrent de kans dat de bodemrechter of een andere bij de toepassing van de communautaire staatssteunregels betrokken instantie, zoals met name de Europese Commissie, tot het oordeel zal komen dat de bestreden maatregel als steun in de zin van art. [107 VWEU] moet worden beschouwd.’¹⁵¹

Hiermee sluit de Hoge Raad aan bij de in het civiel kort geding gebruikelijke toetsingsmaatstaf, waarbij relevant is hoe de rechter inschat dat de bodemrechter zal oordelen, ook al is nog geen bodemprocedure ingesteld.¹⁵² Aan het hypothetisch oordeel van de bodemrechter wordt dat van de Commissie toegevoegd. Deze toetsingsmaatstaf is in de staatssteunrechtelijke rechtspraak van de lagere kortgedingrechter verschillende keren herhaald.¹⁵³

148 Zie echter ook: Conclusie van A-G Wattel 22 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2206 (*X/ Staatssecretaris van Financiën*), ov. 8.8.

149 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675 (*Sita Nederland*), r.o. 4.29.

150 ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8833 (*Meerstad-Midden*), r.o. 2.12.

151 HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6370 (*AZ*), r.o. 3.4.2.

152 Stein/Rueb 2011, p. 280, met verwijzing naar HR 21 april 1995, NJ 1996/462; Asser/Van Schaick (Procesrecht), aant. 224. Zie ook in hoofdstuk 5 § 5.3.3.

153 V zr. Rb Limburg 26 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8299 (*Petronella*), r.o. 4.2; Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*), r.o. 4.3.9-10; V zr. Rb 's-Gravenhage 8 januari 2010; ECLI:NL:RBSGR:2010:BK8654 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*), r.o. 5.4; Hof Amsterdam 18 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6508 (*UPC Nederland*), r.o. 2.4.

Interessanter nog is dat deze toetsingsmaatstaf ook in bodemprocedures van de civiele rechter voorkomt, hoewel niet vaak. Aan de orde zijn twee (sterk met elkaar vergelijkbare) uitspraken waarin de rechtbank Alkmaar en de rechtbank Arnhem beide overwegen:

‘voor de toewijsbaarheid van de vorderingen geldt als maatstaf dat er voldoende aanwijzingen moeten zijn dat de Commissie tot het oordeel zal komen dat de bestreden maatregel als steun in de zin van het Verdrag moet worden beschouwd’.¹⁵⁴

De verwijzing naar dit arrest, in een bodemprocedure, door de rechtbanken Alkmaar en Arnhem impliceert dat zij hun rol in staatssteungeschillen tot op zekere hoogte zien als die van een kortgedingrechter, waarbij de Commissie in overdrachtelijke zin de plek van de bodemrechter inneemt. Die opvatting blijkt ook uit een andere civiele uitspraak, van de rechtbank Leeuwarden.¹⁵⁵

Hoe moeten deze oordelen worden geduid? In ieder geval valt daaruit af te leiden dat de burgerlijke rechter bij zijn beoordeling van staatssteungeschillen houvast zoekt en dat lijkt te vinden bij het waarschijnlijke oordeel van de Commissie. Deze benadering is begrijpelijk. Niet alleen heeft de Commissie een uitgebreide expertise en ervaring bij de kwalificatie van steunmaatregelen, maar de rechter zal waarschijnlijk het risico willen voorkomen dat hij met betrekking tot de kwalificatie van de betrokken maatregel tot een andere conclusie komt dan de Commissie.¹⁵⁶ Dat zou de rechtszekerheid niet ten goede komen en kan voor de betrokken partijen onnodige lasten met zich brengen.

Daarnaast lijkt de burgerlijke rechter, meestal in kort geding maar soms ook in bodemzaken, zijn rol te beperken tot het bieden van voorlopige rechtsbescherming terwijl de daadwerkelijke beslissing door de Commissie moet worden genomen. Tot op bepaalde hoogte is dit niet vreemd. De nationale rechter dient namelijk ‘maatregelen op te leggen die de onwettigheid van de uitvoering van de steunmaatregelen kunnen opheffen, zodat de ontvanger niet vrijelijk kan blijven beschikken over de steun in de periode die resteert tot de beschikking van de Commissie’.¹⁵⁷ In zekere zin biedt de nationale

154 Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2032 (EWF); Rb Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3569 (*P1 Holding*), r.o. 4.14, met verwijzing naar HR7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6730.

155 Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*), r.o. 4.46. ‘Met het vorenstaande verdraagt zich naar het oordeel van de rechtbank niet dat de nationale rechter voor recht verklaart dat de [overeenkomsten] steun in de zin van artikel 87 lid 1 EG-Verdrag inhouden en als zodanig hadden moeten worden gemeld bij de Europese Commissie. Een dergelijke beslissing heeft immers een definitief karakter.’ Vgl. Hof ‘s-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*), r.o. 4.3.9-4.3.10.

156 Natuurlijk mag alleen de Commissie zich uitlaten over de verenigbaarheid van een maatregel. Hoofdstuk 2, § 2.4.1.

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

rechter dus ook voorlopige rechtsbescherming, zoals ook de voorzieningenrechter dat binnen het nationale recht doet. Toch heeft het Hof van Justitie er met klem op gewezen dat de opdracht van de nationale rechter ‘verder reikt dan die van een rechter die een voorlopige beslissing neemt’.¹⁵⁸ De nationale rechter heeft op grond van de rechtstreekse werking van artikel 108 lid 3 VWEU een zelfstandige taak te vervullen.

De retorica in de zojuist genoemde uitspraken is dus misleidend. Toch verzet het Europese recht zich naar mijn mening niet zonder meer tegen een aanpak waarin de nationale rechter aangeeft op het mogelijk oordeel van de Commissie te anticiperen. Dat komt doordat geen aanwijzingen bestaan dat de gehanteerde toetsingsmaatstaf leidt tot een andere inhoudelijke conclusie. Uit de uitspraken blijkt niet waarop de inschatting over het waarschijnlijke oordeel van de Commissie is gebaseerd, zoals bijvoorbeeld op aan de Commissie gestelde vragen of een analyse van de besluitenpraktijk van de Commissie. Uiteindelijk gaat de rechter ‘gewoon’ na of in casu aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan. De gehanteerde toetsingsmaatstaf leidt er dus niet toe dat de rechter niet zijn taken vervult door een mogelijke steunmaatregel te kwalificeren en aan een schending van de standstillbepaling de nodige consequenties te verbinden. Wel laat deze rechtspraak zien dat de burgerlijke rechter worstelt met zijn verhouding tot de Commissie en zijn vermogen om een schending van de standstillbepaling vast te stellen.

De hierboven aangelegde toetsingsmaatstaf is in zeven gepubliceerde uitspraken, en alleen voor de burgerlijke rechter, benoemd. Mogelijk zien rechters in de andere zaken geen aanleiding om bij hun uitspraak op het mogelijk oordeel van de Commissie te anticiperen. Het gaat hier echter om gevallen waarin de rechter zijn toetsingsmaatstaf in zijn uitspraak heeft geëxpliciteerd. Het blijft, in het licht van de hierboven geschetste gecompliceerde verhouding tussen de nationale rechter en de Commissie, denkbaar dat het hypothetisch oordeel van de Commissie ook in andere zaken een belangrijke rol speelt maar dat dit in de uitspraak niet zo expliciet valt terug te lezen.

6.5.4 Tussenconclusie

De rechter vervult een zelfstandige rol door het bieden van rechtsbescherming wanneer sprake is van een schending van de standstillbepaling, waarbij hij doorgaans zelf moet nagaan of van een dergelijke schending sprake is. Dat bieden van rechtsbescherming is een taak die hij niet ‘gewoon’ aan de Commissie mag overlaten, ook wanneer de vermeende steunmaatregel ook onder de aandacht van de Commissie is gebracht. Het zal echter niet verbazen dat de Nederlandse rechter toch direct of indirect houvast zoekt bij het toekomstige en soms zelfs hypothetische oordeel van de Commissie. De Commissie heeft

¹⁵⁸ HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 67.

vergeleken met de Nederlandse rechter veel meer expertise en ervaring bij het vaststellen of sprake is van onrechtmatige staatssteun. Het is dan ook logisch dat het oordeel van de Commissie over het aan de orde zijnde geschil, voor zover al bekend, in de beoordeling van de rechter een rol speelt – hoewel het geen bindende werking heeft zoals wanneer de formele onderzoeksprocedure is ingeleid. Daarnaast zou het onwenselijk zijn als blijkt dat de rechter en de Commissie uiteindelijk tot tegenovergestelde oordelen zijn gekomen over dezelfde maatregel. In grote lijnen geldt, zo lang de rechter niet zijn taak om rechtsbescherming te bieden naast zich neerlegt (door bijvoorbeeld de zaak op te schorten totdat de Commissie een eindbeslissing heeft genomen), dat het verdedigbaar en misschien zelfs wenselijk is dat de rechter bij de Commissie enige houvast zoekt. Hij hoeft niet in een juridisch vacuüm tot een oordeel te komen, zoals ook al blijkt uit de omstandigheid dat hij de Commissie met vragen kan benaderen.

Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt dan ook dat de rechter in de gevallen waarin de Commissie zich al voorlopig over het bestaan van staatssteun heeft uitgelaten, aan dat oordeel veel waarde hecht – op een enkele uitzondering na. Telkens gaat het om gevallen waarin de Commissie voorlopig meent dat van staatssteun geen sprake is. Wanneer dat oordeel slechts indirect uit het gedrag valt af te leiden, vormt het voor de rechter slechts een aanwijzing naast de andere aangevoerde argumenten. In gevallen waarin de Commissie dat oordeel in een (informele) brief heeft neergelegd, is dat vaak al voldoende om de rechter tot het oordeel te brengen dat een schending van de standstill-bepaling niet aannemelijk is. Het meest invloedrijk lijkt de beslissing van de Commissie om de zaak niet verder te onderzoeken. Het gaat dan weliswaar niet om een formeel besluit, maar de bestudeerde rechtspraak laat zien dat de rechter in zulke gevallen weinig ruimte voor zichzelf ziet weggelegd om nog tot een ander oordeel dan de Commissie te komen.

Dat de rechter waarde hecht aan het mogelijk oordeel van de Commissie blijkt het sterkst uit de gevallen waarin het hypothetisch oordeel van de Commissie door de burgerlijke rechter als toetsingsmaatstaf geldt. Het gaat dan om een variant op de in het burgerlijk recht gebruikelijke toetsingsmaatstaf in kort geding, waarbij wordt geanticipeerd op het mogelijk oordeel van de bodemrechter. In staatssteunzaken wordt daaraan met name in kort geding maar soms zelfs ook in bodemzaken het mogelijk oordeel van de Commissie toegevoegd. Die maatstaf wordt ook gebruikt wanneer bij de Commissie geen parallelle procedure loopt, en zonder over dat mogelijk oordeel informatie bij de Commissie in te winnen. In de vorige paragrafen is betoogd dat deze jurisprudentie een onjuist beeld schept van de taakverdeling tussen de nationale rechter en de Europese Commissie. Het Unierecht verzet zich echter niet zonder meer tegen deze benadering, zo lang de rechter er niet vanaf ziet om te beoordelen of sprake is van onrechtmatige staatssteun en bereid is daaraan de nodige gevolgen te verbinden.

Zo heet wordt de soep dus niet gegeten. Dat blijkt ook uit het feit dat de Nederlandse rechter doorgaans niet onder de indruk is van het betoog dat bij de Commissie een klacht is ingediend of in behandeling is genomen, of dat een vermeende steunmaatregel bij de Commissie is aangemeld. Dergelijke argumenten weerhouden de rechter er, op één uitzondering na, niet van om zelfstandig, dat wil zeggen zonder volledig op een mogelijk negatief oordeel van de Commissie te anticiperen, te beoordelen of sprake is van onrechtmatige staatssteun.¹⁵⁹ Dat is terecht. Het feit dat de Commissie op een mogelijke steunmaatregel is geattendeerd, bevrijdt de nationale rechter volgens vaste Europese jurisprudentie nog niet van de taak om zelfstandig rechtsbescherming te bieden. Aan het enkele indienen of in behandeling nemen van een klacht valt daarnaast nog geen houvast te ontfangen over de manier waarop de Commissie de maatregel zal beoordelen.

Het valt op dat de in de vorige paragrafen besproken uitspraken vooral zijn gewezen door de burgerlijke kortgedingrechter. Het is onduidelijk waarom de zojuist geschetste problematiek van parallelle procedures zich in bestuursrechtelijke geschillen minder vaak voordoet. Aan de beroepstermijnen (en dus de tijd om bij de Commissie een klacht in te dienen) zal dat niet liggen. Niet alleen gaat het hier immers om procedures in kort geding, maar in bestuursrechtelijke procedures zal het ondanks de korte beroepstermijnen wel even duren voordat de rechter zich over een geschil buigt, nu daaraan doorgaans een bestuurlijke voorprocedure vooraf gaat. Misschien valt het verschil te wijten aan het arrest van de Hoge Raad in *AZ*, waardoor het mogelijk oordeel van de Commissie in civiele zaken veel meer op de voorgrond is getreden (en van het indienen van een klacht veel meer heil wordt verwacht). Of dit daadwerkelijk het geval is, valt moeilijk te zeggen. Tot wezenlijke verschillen in benadering tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter heeft dit blijkens de jurisprudentie in ieder geval niet geleid.

6.6 DE ROL VAN DE NEDERLANDSE RECHTER WANNEER DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE IS INGELEID

Vanaf het moment dat de Commissie besluit de formele onderzoeksprocedure in te leiden, verandert de taakverdeling tussen de Commissie en de Nederlandse rechter. Uit de Europese rechtspraak blijkt inmiddels duidelijk dat de nationale rechter vanaf de opening van de formele onderzoeksprocedure aan de onrechtmatigheid van de eventuele steunmaatregel de nodige gevolgen moet verbinden, zoals de opschorting of terugvordering van betalingen.¹⁶⁰ In drie geschillen – heel vaak komt de problematiek niet voor – heeft de Neder-

¹⁵⁹ Ter herinnering: de uitzondering betreft *Vzr.* Rb Den Haag 25 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9096 (*Snellaadpunten elektrische auto's*).

¹⁶⁰ Zie nader hierboven § 6.2.1.

landse rechter zich met een besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure uiteengezet.

Het gerechtshof Amsterdam heeft in 2005 in een fiscaal geschil geoordeeld dat op de toepassing van een belastingfaciliteit niet meer rechtvaardig kan worden vertrouwd vanaf het moment dat (bekend is dat) de Commissie de formele onderzoeksprocedure heeft ingeleid.¹⁶¹ Hetzelfde hof – dit keer in een civiele zaak – bleek eerder ook al aan de inleiding van de formele onderzoeksprocedure grote waarde te hechten:

‘Nu de bevindingen van de Commissie hebben geleid tot het instellen van de procedure van artikel [108 lid 2 VWEU], mag ingevolge artikel [108 lid 3] geen uitvoering worden gegeven aan de door de gemeente met AZ gesloten overeenkomsten voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.’¹⁶²

In deze uitspraak, in de zaak *AZ*, was bijzonder dat de Commissie, anders dan in het fiscale geschil, nog geen eindbeslissing had genomen en dus nog openstond tot welk inhoudelijk resultaat de formele onderzoeksprocedure zou leiden. De Hoge Raad heeft het gerechtshof in het belangrijke arrest *AZ* dan ook teruggefloten. Oordelend op basis van de toen geldende jurisprudentie van het Hof van Justitie¹⁶³ overwoog de Hoge Raad:

‘Op een maatregel die niet als steunmaatregel in de zin van art. [107 lid 1 VWEU] kan worden beschouwd, is art. [108 lid 3 VWEU] en is het daarvan deel uitmakende verbod van uitvoering niet van toepassing. Dat wordt niet anders als de Commissie besluit een dergelijke, niet-aangemelde maatregel aan het onderzoek van art. [108 lid 2] te onderwerpen op de enkele grond dat zij ‘niet kan uitsluiten’ dat van een steunmaatregel sprake is, in welke uitlating zelfs niet een voorlopig oordeel ligt besloten dat van staatssteun sprake zou zijn.’¹⁶⁴

Met andere woorden: volgens de Hoge Raad is de voorzieningenrechter pas gehouden om een vordering tot opschorting van een maatregel toe te wijzen wanneer de maatregel naar zijn eigen oordeel voldoet aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU, en niet om de enkele reden dat de Commissie een onderzoek naar de maatregel heeft gestart. Dat betekent zeker niet dat de inleiding van de formele onderzoeksprocedure volgens de Hoge Raad in de

161 Hof Amsterdam 30 november 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV0177 (*CFM-regime*), r.o. 5.15.

162 Hof Amsterdam 1 april 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO6912 (*AZ*), r.o. 4.8.

163 HvJ EU 15 juli 2004, nr. C-354/02 (*Pearle*), r.o. 28 en 32.

164 HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6370 (*AZ*), r.o. 3.4.1. Vgl. de conclusie van A-G Keus in deze zaak, ov. 2.7. Uiteindelijk heeft de Europese Commissie overigens de formele onderzoeksprocedure beëindigd omdat de bestreden overeenkomst in 2004 zou zijn ontbonden en de Gemeente met AZ opnieuw in onderhandeling is getreden. Beschikking 2006/743/EG van de Commissie van 15 januari 2006 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde staatssteun ten gunste van AZ en AZ Vastgoed BV, *PbEU* 2006, L 307/194, randnr. 10.

zaak *AZ* helemaal zonder gevolgen blijft. Deze omstandigheid vormt namelijk een 'belangrijke aanwijzing' voor de kans dat de bodemrechter of de Europese Commissie tot het oordeel komt dat de bestreden maatregel als staatssteun moet worden beschouwd.¹⁶⁵ Dat laatste geldt volgens de Hoge Raad echter alleen indien de Commissie enig oordeel heeft kenbaar gemaakt met betrekking tot het mogelijke steunkarakter van de maatregel. Dat de Commissie aangeeft niet op voorhand te kunnen uitsluiten dat sprake is van staatssteun is voor het oordeel van de voorzieningenrechter niet relevant.¹⁶⁶

Het arrest van de Hoge Raad lijkt te zijn gevolgd door het hof Amsterdam in de zaak *UPC*. In die zaak heeft de Commissie aangegeven dat de kwalificatie van de bestreden maatregel nader onderzoek vergt en dat de formele onderzoeksprocedure wordt ingeleid. Het hof Amsterdam constateert in kort geding dat het over de uitkomst van dat onderzoek zelf op voorhand weinig kan zeggen. Immers: 'Het [hof] is niet toegerust om zich dadelijk een zelfstandig oordeel over het businessplan te vormen en een kort geding leent zich niet voor een uitgebreid deskundigenonderzoek om in die leemte te voorzien.'¹⁶⁷ Daarom oordeelt het hof als volgt:

'Hetgeen hiervoor [...] is overwogen leidt tot de conclusie dat er weliswaar bij de Commissie twijfel bestaat over het antwoord op de vraag of is voldaan aan het MEIP-beginsel,¹⁶⁸ maar dat de Gemeente door het verstrekken van nadere informatie alsnog aannemelijk kan maken dat zulks wel het geval is. Bij die stand van zaken acht het hof een gerede kans aanwezig dat de Commissie, voor wie het in dit stadium niet mogelijk is om uit te sluiten dat sprake is van (ontoelaatbare) staatssteun, alsnog tot de conclusie zal komen dat er bij het Citynetproject geen sprake is van begunstiging en derhalve ook niet van staatssteun'.¹⁶⁹

Ook het hof Amsterdam leidt uit het enkele inleiden van de formele onderzoeksprocedure dus niet af dat de steun moet worden stopgezet en, voor zover al uitgekeerd, moet worden teruggevorderd.

Het is duidelijk dat de huidige rechtspraak van de Nederlandse rechter over de gevolgen van het inleiden van de formele onderzoeksprocedure moet worden herzien.¹⁷⁰ Sinds het arrest *Deutsche Lufthansa* is helder dat de opening van de formele onderzoeksprocedure de rechter bindt en daarmee veel meer betekent dan een 'belangrijke aanwijzing' dat van onrechtmatige staatssteun sprake is. Met zijn oordeel bevond de Hoge Raad zich in de zaak *AZ*

165 HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6370 (*AZ*), r.o. 3.4.2. Zie over deze toetsingsmaatstaf uitgebreider in dit hoofdstuk § 6.5.3.

166 Idem. Zie ook de conclusie van A-G Keus in deze zaak, ov. 2.15.

167 Hof Amsterdam 18 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6508 (*UPC Nederland*), r.o. 2.10.

168 Gedoeld wordt op het beginsel van de overheid als marktdeelnemer in een markteconomie, zie nader in hoofdstuk 2 § 2.3.1.1.

169 Hof Amsterdam 18 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6508 (*UPC Nederland*), r.o. 2.11.

170 Zo ook Drijber en Dictus 2014, p. 30.

overigens niet in slecht gezelschap. Eerder is al opgemerkt dat de door de Hoge Raad gekozen benadering ook in de Duitse rechtspraak leidend was en dat de (voornamelijk Duitse) literatuur in overwegende mate in dezelfde richting wees.¹⁷¹

Dat gezegd hebbende verdient het opmerking dat in de zaak *UPC* de formele onderzoeksprocedure uiteindelijk heeft geleid tot de conclusie dat geen sprake was van staatssteun.¹⁷² Als deze zaak had gespeeld na de publicatie van het arrest van het Hof in de zaak *Deutsche Lufthansa*, had de rechter waarschijnlijk de terugvordering van de verleende steun (die achteraf geen steun bleek te zijn) moeten gelasten, tot grote schade van alle bij die overeenkomst betrokken partijen. Deze zaak laat daarmee zien dat de in de literatuur geuite en in § 6.2.1 genoemde kritiek op de verstrekkendheid van het arrest *Deutsche Lufthansa* alles behalve hypothetisch is.¹⁷³

Tegelijkertijd laat de zaak *UPC* echter zien dat het Hof van Justitie onder omstandigheden gelijk heeft in zijn oordeel dat de mogelijkheid om na de opening van de formele onderzoeksprocedure zelfstandig te beoordelen of van onrechtmatige staatssteun sprake is, de nuttige werking van de standstillbepaling kan ondermijnen.¹⁷⁴ Dat geldt in ieder geval in kort geding. Het hof Amsterdam kan namelijk worden gevolgd in zijn overweging dat als de Europese Commissie al meer informatie nodig heeft om tot een beslissing te kunnen komen, in een nationaal kort geding weinig ruimte zal bestaan om het al dan niet bestaan van onrechtmatige staatssteun te kunnen vaststellen. In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat het kort geding voor complexere staatssteungeschillen geen oplossingen biedt, althans niet binnen de rechtszaal.¹⁷⁵ Dat zal *a fortiori* opgaan voor de situatie waarin de Commissie aanleiding heeft gezien voor het inleiden van een formele onderzoeksprocedure.

171 Hierboven § 6.2.1.

172 Art. 1 Beschikking van de Commissie van 11 december 2007 betreffende een steunmaatregel ten gunste van Glasvezelnet Amsterdam voor een investering in een glasvezeltoegangsnetwerk door de gemeente Amsterdam, Steunmaatregel Nr. C 53/2006 (ex N 262/2005, ex CP 127/2004), C(2007) 6072 def.

173 Zie ook Drijber en Dictus 2014, p. 30, die opmerken dat het op zichzelf goed denkbaar is dat de rechter op basis van de stellingen van partijen tot het oordeel komt dat niet aan alle voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU is voldaan en dat de rechters in de zaken *AZ* en *UPC* dat ook goed hadden gemotiveerd. De problematiek doet zich ook voor op basis van de *Masterfoods*-jurisprudentie in reguliere mededingingszaken. Zo achtte de rechtbank Den Haag zich gebonden aan een Commissiebesluit ondanks de omstandigheid dat dit het onderwerp was van beroepsprocedures. Rb Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:15722.

174 Dit spreekt elkaar niet tegen. Het Hof van Justitie had kunnen kiezen voor minder vergaande verplichtingen voor de nationale rechter, zoals onder meer voorgesteld door Nicolaïdes 2014, p. 413.

175 Zie in hoofdstuk 5 § 5.5.1.4.

Dat laat ook het hof Amsterdam zien wanneer het aanneemt dat een voorlopige voorziening niet aan de orde is wanneer de overheid de Commissie nog met nadere informatie kan overtuigen dat van staatssteun geen sprake is. Met een dergelijke benadering wordt de voorlopige voorziening als mogelijk rechtsbeschermingsinstrument uit de markt gedrukt. Hangende het uiteindelijke besluit van de Commissie zal immers altijd nog informatie kunnen worden verstrekt. Dat in dit geval voorlopige rechtsbescherming niet aan de orde was omdat achteraf bleek dat geen staatssteun was verstrekt, doet daaraan niet af.

Het is nog niet duidelijk tot welke veranderingen de zaak *Deutsche Lufthansa* in de Nederlandse rechtspraak zal leiden. Wel heeft een vermeende steunontvanger in een civielrechtelijke procedure voor de rechtbank Noord-Nederland betoogd dat uit de zaak *Deutsche Lufthansa* zou volgen dat de overheid zo nodig veroordeeld moet worden tot het aanmelden van de betrokken steunmaatregel bij de Commissie.¹⁷⁶ Veel valt daar niet van te leren. Het valt moeilijk voor te stellen hoe een dergelijke gevolgtrekking aan het arrest van het Hof kan worden ontleend, maar belangrijker nog was in deze zaak nog geen formele onderzoeksprocedure ingeleid. De vorderingen van de steunontvanger op dit punt zijn hoe dan ook afgewezen.

6.7 DE ROL VAN DE NEDERLANDSE RECHTER WANNEER DE COMMISSIE EEN DEFINITIEF BESLUIT HEEFT GENOMEN

De juridische verhouding tussen de Nederlandse rechter en de Europese Commissie neemt weer een nieuwe vorm aan wanneer de Commissie eenmaal een eindbeslissing over een steunmaatregel heeft genomen. Zulke eindbeslissingen zijn op grond van artikel 288 VWEU bindend, ook voor de nationale rechter. Deze rechter kan een belangrijke taak hebben bij het effectueren van de eindbeslissing, zoals in het geval van terugvorderingsbesluiten die moeten worden uitgevoerd. In de bestudeerde periode zijn over twee terugvorderingsbesluiten van de Commissie procedures gevoerd, die in hoofdstuk 7 uitgebreid worden besproken en hier dus verder buiten bespreking blijven.¹⁷⁷ Het kan ook voorkomen, zoals in een enkele uitspraak aan de orde was, dat de vraag opkomt in hoeverre het oordeel van de Commissie over de onverenigbaarheid van maatregelen op een bepaalde markt in de weg staat aan het introduceren van

¹⁷⁶ Rb Noord-Nederland 7 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*), r.o. 7.8-7.10. Zie nader in hoofdstuk 7 § 7.4.8.

¹⁷⁷ Zie hoofdstuk 7, § 7.3.1.1 en § 7.4.1.1. Het gaat om de zaken: Rb Rotterdam 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR6507 (*Kliq Re-integratie*); Rb Rotterdam 4 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270 (*Fleuren Compost*); ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416 (*BPM*); ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9415 (*BPM*).

andere nieuwe maatregelen op dezelfde markt.¹⁷⁸ In deze paragraaf gaat de aandacht echter uit naar een onderwerp dat in de Nederlandse jurisprudentie vaker om aandacht vraagt. Het gaat dan om de uitleg van besluiten waarbij de Commissie aangemelde nieuwe steunmaatregelen heeft goedgekeurd.¹⁷⁹ In de bestudeerde jurisprudentie ontstaan over de betekenis en toepassing van zulke goedkeuringsbesluiten met enige regelmaat vragen waarover de nationale rechter zich onder omstandigheden moet uitlaten. De vraag is in zulke zaken of de daadwerkelijk verleende steun door dat goedkeuringsbesluit wordt gedekt en welke gevolgen daaraan moeten worden verbonden.

Wanneer een nieuwe steunmaatregel is aangemeld en met de interne markt verenigbaar is, kan de Commissie op grond van de Procedureverordening besluiten om tegen die maatregel geen bezwaar te maken (artikel 4 lid 3), de maatregel goed te keuren (artikel 9 lid 3) of deze onder voorwaarden goed te keuren (artikel 9 lid 4).¹⁸⁰ Wanneer de Commissie een steunmaatregel op een van deze manieren heeft goedgekeurd, staat in beginsel niets meer aan de uitvoering van deze steunmaatregel in de weg.¹⁸¹ Daarmee is nog niet alles gezegd, zo blijkt uit de Nederlandse jurisprudentie. In verschillende zaken wordt namelijk betoogd dat de daadwerkelijk uitgevoerde steunmaatregel afwijkt van de steunmaatregel zoals deze door de Commissie is goedgekeurd. Als dat het geval is, moet zoals gezegd worden aangenomen dat de uitgevoerde steun is verstrekt in strijd met artikel 108 lid 3 VWEU.¹⁸²

Om te kunnen vaststellen of een uitgevoerde steunmaatregel valt onder de goedkeuring van de Commissie, is het in veel gevallen noodzakelijk om (de reikwijdte van) het Commissiebesluit uit te leggen. Daarin schuilt echter een belangrijk risico: door al te veel in een Commissiebesluit 'in te lezen' kan de rechter indirect uitlatingen doen over de verenigbaarheid van een steun-

178 Het gaat dan om de belastingrechtelijke zaak Rb Den Haag 1 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6282 (*Verhuurderheffing*), r.o. 21. De rechtbank heeft geoordeeld dat het enkele feit dat de Commissie in het verleden heeft geconstateerd dat bepaalde steunmaatregelen ten aanzien van woningcorporaties niet verenigbaar zijn met de interne markt, niet betekent dat ten aanzien van de desbetreffende woningmarkt geen nieuwe belastingwetgeving mag worden ingevoerd of dat die nieuwe wetgeving reeds daardoor verboden staatssteun oplevert.

179 Geen aandacht gaat uit naar de in hoofdstuk 2, § 2.6.5.7 besproken situatie waarin de Commissie een onrechtmatige steunmaatregel als verenigbaar met de interne markt beoordeelt. Een dergelijke situatie heeft zich in de bestudeerde jurisprudentie niet voorgedaan. Evenmin komen situaties aan de orde waarin steunmaatregelen op grond van een besluit of verordening van de Commissie van aanmelding zijn vrijgesteld, zoals hierboven toegelicht in § 6.1.1.

180 Op de mogelijkheden in het geval van bestaande steun wordt hierna ingegaan in § 6.8.2.

181 Het is overigens nog wel van belang of een Commissiebesluit onherroepelijk is of nog kan worden vernietigd. Die problematiek kwam aan de orde in het arrest HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*). Uitspraken waarin de Nederlandse rechter de reikwijdte van een Commissiebesluit uitlegt, vermelden dan ook meestal expliciet dat het besluit inmiddels onherroepelijk is geworden.

182 Zoals betoogd in § 6.2.2.

maatregel met de interne markt, wat nu juist expliciet niet tot zijn takenpakket behoort.¹⁸³ In dit soort geschillen kunnen rechters dus gemakkelijk tegen de grenzen van hun bevoegdheden aanlopen. Veel houvast wordt aan rechters die zich over dit soort geschillen moeten buigen echter niet gegeven. In haar mededeling uit 2009 schrijft de Commissie:

‘Wanneer de toepasselijkheid van een [groepsvrijstellingsverordening of een bestaande of goedgekeurde steunregeling] aan de orde is, moet de nationale rechterlijke instantie zich ertoe beperken na te gaan of aan alle in de verordening of regeling genoemde voorwaarden is voldaan.’¹⁸⁴

Verder dan dat mag de rechter niet gaan, om te voorkomen dat hij zich zelf uitlaat over de verenigbaarheid van de steun. Wel staat het de rechter natuurlijk vrij om de Commissie om advies te vragen wanneer hij twijfels heeft over de toepasselijkheid van een bestaande of goedgekeurde steunregeling.¹⁸⁵

Hoe kan de rechter in concrete gevallen nagaan of ‘aan alle in de verordening of regeling genoemde voorwaarden is voldaan’? Wanneer de Commissie een voorwaardelijk besluit heeft genomen in de zin van artikel 7 lid 4 Pvo valt die vraag in principe goed te beantwoorden. De Commissie heeft tenslotte expliciet aan de steunverlening voorwaarden verbonden en verplichtingen opgelegd die het toezicht op de naleving van het besluit mogelijk maken. De nationale rechter kan dan in theorie betrekkelijk gemakkelijk nagaan of aan deze voorwaarden is voldaan.¹⁸⁶ Lastiger ligt het in het geval van de generieke goedkeuring van artikel 7 lid 3 Pvo en artikel 4 lid 3 Pvo. Toch kan en moet de rechter ook in zulke gevallen onder omstandigheden vaststellen of een uitgevoerde steunmaatregel onder de goedkeuring van de Commissie valt. Juist met dit soort geschillen wordt de Nederlandse rechter met enige regelmaat geconfronteerd.

In zulke gevallen is het vaak nodig dat de Nederlandse rechter een Commissiebesluit uitlegt om te bepalen of een bestreden steunmaatregel door de goedkeuring van de Commissie is gedekt. Soms hoeft hij daaraan niet toe te komen omdat de implicatie van het goedkeuringsbesluit voor de steunverlening op nationaal niveau aan de orde is, zonder dat nog relevant is wat nu

183 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 38; HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 36; HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike & Weinlig*), r.o. 9.

184 Mededeling 2009, randnr. 16. Iets meer houvast volgt uit HvJ EU 15 oktober 2015, nrs. C-352/14 en C-353/14 (*Gutiérrez*), r.o. 28: relevant is dat ‘alle elementen waarmee de Commissie bij haar beoordeling van de verenigbaarheid van deze maatregel rekening heeft gehouden, in acht worden genomen’.

185 Mededeling 2009, randnr. 18.

186 Gesteld dat deze voorwaarden in het concrete geval voldoende duidelijkheid bieden.

precies is goedgekeurd.¹⁸⁷ Doorgaans moet echter worden bepaald of een concrete maatregel binnen het goedkeuringsbesluit van de Commissie valt.¹⁸⁸ Betoogd wordt dan dat een maatregel sinds de goedkeuring van de Commissie is gewijzigd en daar inmiddels buiten valt,¹⁸⁹ of dat de maatregel van meet af aan niet binnen de reikwijdte van het Commissiebesluit viel. Deze geschillen komen hieronder aan de orde in § 6.7.1.1. Aparte aandacht wordt besteed aan gevallen waarin wordt betoogd dat een goedgekeurde steunmaatregel op een ongeoorloofde manier cumuleert met een andere steunmaatregel (§ 6.7.1.2). In § 6.7.1.3 wordt vervolgens besproken welke ruimte de Nederlandse ziet om naast het besluit van de Commissie zelfstandig een rechtmatigheidstoets van de bestreden steunmaatregel uit te voeren.

De hieronder te bespreken jurisprudentie komt vooral uit de pen van de bestuursrechter; slechts twee uitspraken waarin de inhoud en reikwijdte van een goedkeuringsbesluit aan de orde is, zijn gewezen door de burgerlijke rechter.¹⁹⁰

187 CbB 10 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV7299 (*Solanic*), r.o. 5.2: een partij betoogt dat de goedkeuring van een subsidieregeling met zich brengt dat alle op grondslag daarvan verleende subsidies automatisch staatssteunproof zijn. Het CbB overweegt dat niet de wettelijke grondslag van de subsidieverlening doorslaggevend is, maar of in materiële zin bij de subsidieverlening voor een belanghebbende sprake is van staatssteun. Rb Almelo 25 juli 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX3635 (*Ruilverkaveling Rijssen West*), r.o. 1.2: Een partij voert terecht aan dat in een Commissiebesluit is vastgesteld dat de betrokken subsidie staatssteun behelst. Deze is echter ook als verenigbaar beoordeeld en dus is van een schending van de standstillbepaling geen sprake.

188 Dat is het geval in de volgende zaken: ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*); ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5092 (*Vliegveld Eelde*); ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*); ABRvS 23 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP5454 (*Agis Zorgverzekeringen NV*); CbB 16 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP6917 (*MEP-subsidie*); ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2816 (*FBTO Zorgverzekeringen*); Rb Utrecht 26 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO5098 (*Vogelaarheffing*); ABRvS 25 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4923 (*X-Flow*); CbB 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4954 (*Bloemkwekerijheffing*); Rb Arnhem 22 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ1171 (*E.ON*); CbB 8 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8217 (*MEP-subsidie*); CbB 8 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8212 (*MEP-subsidie*). In één uitspraak van de belastingrechter was aan de orde of een vennootschap viel onder de in een terugvorderingsbesluit van de Commissie opgenomen overgangsregeling. Hof Amsterdam 30 november 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV0177 (*CFM-regime*).

189 De wijziging van een goedgekeurde steunmaatregel kan ertoe leiden dat de gewijzigde maatregel niet langer als goedgekeurd (en dus bestaand) maar als nieuw moet worden aangemerkt en opnieuw aan de aanmeldings- en opschortingsplicht is onderworpen. Art. 1 sub c Pvo.

190 Het gaat om: Rb 's-Gravenhage 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBGR:2007:BB1424 (*NEA*) en Rb Almelo 25 juli 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX3635 (*Ruilverkaveling Rijssen West*).

6.7.1 Uitleg van goedkeuringsbesluiten door de Nederlandse rechter

Bij gebrek aan duidelijkere handvatten heeft de nationale rechter een aantal verschillende denkbare mogelijkheden om na te gaan of 'aan alle in de verordening of regeling genoemde voorwaarden is voldaan'. De meest beperkte (en veilige) variant die hij kan kiezen is de letterlijke uitleg van het Commissiebesluit: tenzij de Commissie expliciet de in concreto bestreden maatregel heeft goedgekeurd, valt die maatregel buiten de reikwijdte van het Commissiebesluit. Het voordeel van zo'n beperkte uitleg is dat de rechter niet het risico loopt buiten de reikwijdte van het Commissiebesluit te treden. Daar staat tegenover dat door allerlei omstandigheden de werkelijkheid enigszins kan afwijken van de maatregel zoals deze is aangemeld en beoordeeld, en dat het bij goedkeuringsbesluiten van de Commissie op wezenlijke punten nog wel eens aan duidelijkheid wil ontbreken.¹⁹¹ De meest ruime mogelijke benadering is een teleologische, waarbij de rechter het goedkeuringsbesluit uitlegt in het licht van wat de Commissie naar zijn oordeel heeft beoogd goed te keuren. Het mag duidelijk zijn dat de nationale rechter zich bij een dergelijke uitleg op glad ijs begeeft. De grens tussen uitleg van het Commissiebesluit en beoordeling van de verenigbaarheid van een steunmaatregel wordt met een dergelijke uitleg wel heel vaag.

Er zijn ook tussenvarianten mogelijk die minder rigide zijn dan de letterlijke uitleg, maar meer recht doen aan de taakverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter dan de teleologische. Nu de goedkeuring van de Commissie vaak niet alle details van een aangemelde regeling uitwerkt (en dat ook niet kan doen), is het denkbaar dat een maatregel alleen wordt geacht buiten de reikwijdte van een goedkeuringsbesluit te vallen wanneer deze op essentiële elementen afwijkt van hetgeen door de Commissie expliciet is goedgekeurd. Niet-essentiële afwijkingen van het Commissiebesluit zouden dan zijn toegestaan. Natuurlijk is hierbij de belangrijkste vraag wanneer sprake is van essentiële afwijkingen. Te denken valt bijvoorbeeld aan afwijkingen van elementen die door de Commissie expliciet in de beoordeling zijn betrokken. Hoe eerder een element als essentieel wordt beschouwd, hoe kleiner het risico dat buiten de reikwijdte van het goedkeuringsbesluit wordt getreden. Het voordeel van een dergelijke benadering is dat deze beter beantwoordt aan de werkelijkheid die altijd iets van de aangemelde maatregel kan afwijken.

Voor een dergelijke benadering valt een mooie parallel te trekken met de beoordeling wanneer een wijziging op een bestaande steunregeling leidt tot de kwalificatie van nieuwe steun die door de Commissie moet worden goedgekeurd. Hoewel wijzigingen van bestaande steun op grond van artikel 1 lid 1

191 Voor een mooi voorbeeld, zie Rb 's-Gravenhage 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB1424 (NEA) en Beschikking van de Commissie van 25 juli 2001, steunmaatregel N 597/1998 betreffende compensatie voor de gestrande kosten in de elektriciteitssector, *PbEU* 2001 C 268/6.

sub c Pvo leiden tot nieuwe steun, bepaalt artikel 4 van Verordening 794/2004 dat wijzigingen van louter formele of administratieve aard, en verhogingen van de middelen met maximaal 20 procent niet als wijzigingen van bestaande steun worden beschouwd.¹⁹² Deze parallel pleit wel voor een zeer ruime interpretatie van wat als een essentieel element van de steunregeling wordt beschouwd. De relativering van artikel 4 van Verordening 794/2004 ziet namelijk op wijzigingen waarvan 'weinig waarschijnlijk is dat zij van invloed zijn op de initiële beoordeling van de verenigbaarheid van de steunregeling door de Commissie.'¹⁹³ Daar komt bij dat de aanmeldingsprocedure aan belang kan inboeten als toegestaan wordt dat op niet-essentiële punten van de goedkeuring wordt afgeweken.¹⁹⁴

In de Nederlandse rechtspraak valt niet een enkele benadering van de uitleg van Commissiebesluiten te herkennen. Dat is niet zo vreemd: zó vaak komt de problematiek ook weer niet voor.¹⁹⁵ Daarnaast zijn bij de verschillende rechters uiteenlopende goedkeuringsbesluiten en uiteenlopende feitelijke omstandigheden aan de orde. In ieder geval beperkt de Nederlandse rechter zich niet tot een zuiver letterlijke uitleg van Commissiebesluiten waarin staatssteun is goedgekeurd. Op één uitzondering na kiest hij ook niet voor de meest ruime, teleologische uitleg. Over het algemeen wordt dus op de één of andere manier voor een tussenweg gekozen.

Hoewel de Nederlandse rechter zich niet beperkt tot een letterlijke uitleg, kan hij in sommige gevallen betrekkelijk gemakkelijk aansluiten bij de bewoordingen van een Commissiebesluit. Dat is bijvoorbeeld het geval in een uitspraak van de Afdeling over een aan de Nederlandse zorgverzekeraars te betalen en door de Commissie goedgekeurde vereveningsbijdrage.¹⁹⁶ Aan de orde is de vraag of de Staat de bijdrage had mogen berekenen op basis van het aantal verzekerden en hun risicoprofiel, of dat hij, zoals een zorgverzekeraar beargumenteert, had moeten zorgen voor een compensatiemechanisme van de *daadwerkelijke* schadelast. De Afdeling constateert (terecht) dat de Commissie een dergelijk compensatiemechanisme in het goedkeuringsbesluit weliswaar noemt, maar alleen met dien verstande dat het tijdelijk van aard is. De goedkeuring zelf, aldus de Afdeling, ziet op een bijdrage op basis van het aantal verzekerden en het risicoprofiel. De Afdeling blijkt in deze zaak kortom niet bereid om in een goedkeuringsbesluit een eis in te lezen wanneer

192 Commissieverordening 794/2004 (uitvoering Procedureverordening).

193 Preambule bij Commissieverordening 794/2004 (uitvoering Procedureverordening), randnr. 4.

194 Vgl. HvJ EU 15 oktober 2015, nrs. C-352/14 en C-353/14 (*Gutiérrez*), r.o.28 en r.o. 31-4; HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 38.

195 In de bestudeerde periode van tien jaar acht keer.

196 ABRvS 23 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP5454 (*Agis Zorgverzekeringen NV*). Aan de orde is Beschikking van de Commissie van 3 mei 2005 betreffende steunmaatregelen nr. N 541/2004 en N 542/2004 – Nederland, C(2005)139 fin.

de Commissie niet alleen de eis niet expliciet zelf stelt, maar de betrokken maatregel ook uitdrukkelijk als tijdelijke maatregel noemt, zonder welke de steun ook wordt goedgekeurd.¹⁹⁷ In een andere zaak bood het Commissiebesluit ook vrij veel houvast. De Afdeling oordeelt daar dat een subsidieregeling niet valt onder de goedkeuring van de Europese Commissie omdat de goedkeuring betrekking heeft op andere kosten dan die met de subsidieregeling worden gedekt.¹⁹⁸

Het komt ook voor dat de vraag voorligt of een maatregel kan worden geacht te zijn goedgekeurd hoewel bij de uitvoering daarvan bepaalde bij de Commissie aangekondigde wijzigingen niet zijn doorgevoerd. Aan de orde is de bijzondere projectsteun aan de zogenaamde Vogelaarwijken.¹⁹⁹ Deze steun is aangemeld en goedgekeurd met verwijzing naar een aantal in de Nederlandse regelgeving te verwezenlijken wijzigingen, maar de steun is uitgevoerd zonder dat de aangekondigde wijzigingen volledig zijn doorgevoerd. De rechtbank Utrecht overweegt dat de goedkeuring van een maatregel waarbij bepaalde wijzigingen zijn aangekondigd, niet kan worden geacht die maatregel te dekken wanneer deze zonder alle wijzigingen wordt uitgevoerd.²⁰⁰ Dit oordeel wordt in hoger beroep door de Afdeling bevestigd.²⁰¹ Hierin valt mogelijk een toepassing van de tweede hierboven genoemde benadering te lezen: de uitvoering van de maatregel blijkt namelijk op essentiële punten (punten die door de Commissie in haar beoordeling zijn betrokken) af te wijken van de goedgekeurde maatregel. Sindsdien heeft het Hof van Justitie de juistheid van dit oordeel bevestigd, door te oordelen dat verbin-tenissen die door de betrokken lidstaat bij de aanmelding van de steunmaatregel zijn aangegaan, integrerend deel uitmaken van de goedgekeurde maatregel.²⁰²

In een geschil over de stopzetting van een subsidie aan de onderneming X-Flow lijkt de Afdeling nog iets verder te gaan. In deze zaak heeft de Commissie een subsidie goedgekeurd, maar is aan de orde of het na beëindiging voortzetten van de subsidiërelatie gedurende een redelijke termijn, zoals het bestuursrecht op grond van artikel 4:51 Awb eist, ook onder de goedkeuring valt. De Afdeling constateert in deze zaak dat over de toepassing van de

197 Vgl. ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2816 (*FBTO Zorgverzekeringen*), r.o. 2.6.2.

198 ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3175 (*Herbestemming Kasteel Klimmen*), r.o. 3.5. Aan de orde is Beschikking van de Commissie van 15 april 2009 betreffende steunmaatregel N 606/2009 – Nederland, C(2009)9942 def.

199 ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*); Rb Utrecht 26 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO5098 (*Vogelaarheffing*). Aan de orde is Besluit van de Europese Commissie van 15 december 2009 inzake steunmaatregelen E 2/2005 en N 642/2009 – Nederland – Bestaande steun en bijzondere projectsteun voor woningcorporaties, C(2009)9963 def.

200 Rb Utrecht 26 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO5098 (*Vogelaarheffing*), r.o. 2.89.

201 Wel komt de Afdeling uiteindelijk tot een ander oordeel over de toelaatbaarheid van de steun: ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*), r.o. 2.7.7.

202 HvJ EU 15 oktober 2015, nrs. C-352/14 en C-353/14 (*Gutiérrez*), r.o.28.

redelijke termijn niet met de Commissie is gecommuniceerd en dat de Commissie in haar goedkeuringsbesluit over die redelijke termijn ook niets schrijft. In dat licht overweegt de Afdeling

‘dat de Europese Commissie in de beschikking van 17 juli 2002 in algemene zin de anti-afhaaksubsidie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar heeft geacht. Uit die beschikking volgt niet dat een gedurende het resterende deel van de redelijke termijn verleende subsidie, zonder meer onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.’²⁰³

Op het oog is dit een hele ruime uitleg van het Commissiebesluit: wat niet expliciet is afgekeurd, mag uitvoering vinden.²⁰⁴ Bijzonder aan deze zaak is echter dat de toepassing van de redelijke termijn naar Nederlands recht inherent deel uitmaakt van de toepasselijke subsidieregels. De implicatie lijkt te zijn dat de Afdeling van mening is dat maatregelen die naar nationaal recht inherent voortvloeien uit de goedgekeurde steunmaatregel moeten worden geacht mede onder die goedkeuring te vallen. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en de interne coherentie van het nationale recht valt een dergelijke benadering goed te begrijpen. Daar staat tegenover dat de Commissie bezwaarlijk in staat kan worden geacht om in te schatten welke aanspraken naar Nederlands recht uit een goedgekeurde steunmaatregel in deze ruime benadering allemaal zouden kunnen voortvloeien.²⁰⁵ Vanuit het uitgangspunt dat de Commissie de mogelijkheid moet hebben om de verenigbaarheid van steunmaatregelen te onderzoeken is het daarom onlogisch om aan te nemen dat een niet in de aanmelding genoemde *de facto* uitbreiding van een steunmaatregel kan worden geacht onder de goedkeuring van de Commissie te vallen.

Het meest vergaand lijkt de rechter te gaan in de zaak *NEA*, een civiele procedure.²⁰⁶ Aan de orde is de door de Commissie goedgekeurde compensatie van bepaalde door *NEA* gedragen niet-marktconforme kosten. *NEA* meent echter recht te hebben op een hoger compensatiebedrag en krijgt daarin gelijk in een arbitraal vonnis. De Staat vordert vernietiging van het arbitraal vonnis

203 ABRvS 25 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4923 (*X-Flow*), r.o. 2.6.5. Aan de orde is Beschikking van de Commissie van 17 juli 2002, steunmaatregel N 157/2002, vrijstelling heffing oppervlaktewateren, *PbEU* 2002 C 238/10.

204 Daarom kritisch: J.R. van Angeren en W. den Ouden, ‘Noot bij ABRvS (2010-08-25)(Beëindiging anti-afhaaksubsidie)’, *AB* 2011, 3, aant. 7.

205 Nog daargelaten of de overheid bij de aanmelding alle mogelijke naar Nederlands recht uit de maatregel voortvloeiende aanspraken volledig op het netvlies zal hebben. Het is dan ook nog maar de vraag hoe in zulke situaties invulling moet worden gegeven aan het oordeel van het Hof dat de goedkeuring geldt voor ‘alle elementen waarmee de Commissie bij de beoordeling van de verenigbaarheid van deze maatregel rekening heeft gehouden’. HvJ EU 15 oktober 2015, nrs. C-352/14 en C-353/14 (*Gutiérrez*), r.o.28

206 Rb ‘s-Gravenhage 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB1424 (*NEA*). Aan de orde is Beschikking van de Commissie van 25 juli 2001, steunmaatregel N 597/1998 betreffende compensatie voor de gestrande kosten in de elektriciteitssector, *PbEU* 2001 C 268/6.

omdat dit in strijd zou komen met de staatssteunregels. De vraag in deze zaak is welke kosten op grond van het Commissiebesluit precies mogen worden gecompenseerd. De bewoordingen van de rechtbank Den Haag in deze zaak zijn opmerkelijk. De rechtbank kiest ervoor om eerst ‘de essentie van die steunbeschikking’ vast te stellen en oordeelt dat de Commissie ‘naar de kern genomen’ het uitgangspunt goedkeurt,

‘dat het resultaat van de op dat moment nog niet afgeronde veiling de omvang van de vanaf 1 januari 2001 per definitie niet-marktconforme – en door de Staat der Nederlanden volledig te vergoeden – kosten van Demkolec zal bepalen.’²⁰⁷

Vervolgens worden de argumenten van de Staat één voor één verworpen omdat zij niet vallen te rijmen met de door de rechtbank vastgestelde essentie van het besluit. Hiermee gaat deze rechtbank, in ieder geval op papier, in haar uitleg van het Commissiebesluit veel verder dan het geval is in uitspraken van de bestuursrechters. Hoewel de bewoordingen van de Haagse rechtbank (te) vergaand zijn, bestaan er geen aanwijzingen dat deze rechtbank uiteindelijk inhoudelijk tot de verkeerde beslissing is gekomen.²⁰⁸

Hoe valt deze rechtspraak te duiden? In ieder geval demonstreert zij dat over de uitleg van goedkeuringsbesluiten nog te weinig duidelijkheid bestaat en dat meer nodig is dan de aanwijzing dat moet worden nagegaan of aan alle voorwaarden is voldaan. Hoe de reikwijdte van een goedkeuringsbesluit dan wel moet worden bepaald, is nog niet duidelijk. Natuurlijk bestaat wel de mogelijkheid om in geval van twijfel een vraag voor te leggen aan de Commissie of het Hof van Justitie. In een enkel geval kan een nadere brief van de Commissie ook houvast bieden.²⁰⁹ In het eerste geval ligt het voor de hand om de Commissie te vragen wat zij nu precies heeft bedoeld goed te keuren. Op één uitzondering na heeft de Nederlandse rechter tot nu toe echter nog geen aanleiding gezien om de Commissie met een dergelijke vraag te benaderen, en in het geval waarin dat wel gebeurde leek de vraag eerder betrekking te hebben op de noodzaak om het te veel betaalde terug te vorderen.²¹⁰ Hoe dan ook lijkt het weinig zinvol om voor de problematiek van de uitleg van goedkeuringsbesluiten een systematische oplossing te zoeken in de mogelijkheid om aan het Hof of de Commissie vragen voor te leggen.

²⁰⁷ Idem, r.o. 4.2.

²⁰⁸ De Staat meende dat de extra compensatie in strijd kwam met het goedkeuringsbesluit van de Commissie en heeft het extra betaalde daarom apart aangemeld. De Commissie heeft naar aanleiding van die aanmelding geen nieuw besluit gepubliceerd. Daaruit kan worden opgemaakt (hoewel het uitblijven van een reactie andere oorzaken kan hebben, zoals het bestaan van informeel overleg) dat de Commissie de extra steun niet zag als nieuwe, want nog niet goedgekeurde steun.

²⁰⁹ Zie bijv. hof Amsterdam 30 november 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV0177 (*CFM-regime*), r.o. 2.10.

²¹⁰ ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*). Zie nader in dit hoofdstuk § 6.9.3.

Dat zou het nationale proces aanzienlijk vertragen en een stelselmatige extra belasting vormen voor de Europese instanties.

Stelt de rechter geen vraag, dan is het niet realistisch om te denken dat hij kan volstaan met de meest beperkte, letterlijke, uitleg van een Commissiebesluit. In het concrete geval komt het te vaak voor dat het Commissiebesluit net te weinig duidelijkheid biedt of dat de werkelijkheid toch op subtiële manieren van de aangemelde maatregel afwijkt. Als de letterlijke tekst van het Commissiebesluit wel voldoende duidelijkheid zou bieden, zou er waarschijnlijk ook geen geschil over hebben bestaan; de rechter móét op een bepaalde manier een knoop doorhakken.

Aan de andere kant brengt een ruimere uitleg zoals die van de Afdeling in bijvoorbeeld de zaak *X-Flow* aanzienlijke risico's met zich. Het is goed denkbaar dat de Commissie zich tegen een 'inherente gevolgen'-uitleg zal verzetten. De Commissie zal zich doorgaans niet al bij de *ex ante* beoordeling van een steunmaatregel bewust (kunnen) zijn van de naar nationaal recht logische implicaties van die maatregel en zal de controle willen houden over wat wel en wat niet wordt goedgekeurd, wil het systeem van voorafgaande goedkeuring haar waarde behouden.²¹¹ Hoe de balans moet komen te vallen, is nog onduidelijk. Het zou dan ook toe te juichen zijn als een prejudiciële vraag wordt gesteld over de verhouding tussen en wederzijdse verplichtingen van de nationale rechter en de Commissie in deze omstandigheden.²¹²

6.7.2 Uitspraken over de cumulatie van goedgekeurde steun met andere maatregelen

Het komt voor dat de Commissie een bepaalde steunmaatregel goedkeurt, maar dat uit het Commissiebesluit zelf of uit de toepasselijke *soft law* blijkt dat deze steunmaatregel niet mag cumuleren met andere steunmaatregelen, om te voorkomen dat alsnog een onwenselijke verstoring van de mededinging en het interstatelijk handelsverkeer plaatsvindt. Voor de Nederlandse rechter kan dan een geschil ontstaan waarin wordt betoogd dat de goedgekeurde steunmaatregel ten onrechte cumuleert met een andere aan dezelfde onderneming uitgekeerde tegemoetkoming, die overigens zelf ook een al dan niet door de Commissie goedgekeurde steunmaatregel kan betreffen. Aan de orde is in dit soort gevallen dus niet zozeer hoe het goedkeuringsbesluit moet worden uitgelegd (hoewel dit wel relevant kan zijn). De centrale vraag is of het aan de goedkeuring (al dan niet expliciet) ten grondslag liggende cumula-

²¹¹ Zie over de controlemogelijkheden van de Commissie nader in hoofdstuk 2, § 2.5.1.

²¹² Wellicht dat bij de beantwoording daarvan aansluiting kan worden gezocht bij Conclusie van A-G Wahl van 17 maart 2016, nr. C-493/14 (*Dilly's Wellnesshotel GmbH*).

tieverbod is geëerbiedigd.²¹³ Deze problematiek komt in vier bestuursrechtelijke uitspraken voor.

Een mooi voorbeeld biedt de zogenaamde MEP-subsidie, waarover in Nederland verschillende keren is geprocedeerd. MEP-subsidies werden op basis van de MEP-subsidieregeling ter stimulering van de duurzame productie van elektriciteit verstrekt. De subsidieregeling is door de Commissie goedgekeurd omdat deze zou voldoen aan de criteria van het Europese Milieusteunkader.²¹⁴ Steunmaatregelen die op basis van het Milieusteunkader zijn goedgekeurd, mogen niet cumuleren met andere steunmaatregelen wanneer die cumulatie tot gevolg zou hebben dat de steunintensiteit het vastgestelde maximumniveau overschrijdt.²¹⁵ Het Nederlandse bestuursorgaan TenneT toetst daarom of verstrekte MEP-subsidies cumuleren met andere vergelijkbare subsidies op een manier die leidt tot overschrijding van het maximumniveau als bedoeld in het Milieusteunkader.²¹⁶ Is dat het geval, dan kan de subsidieverlening of -vaststelling op grond van artikel 72o Elektriciteitswet 1998 worden ingetrokken of ten nadele van de ontvanger worden gewijzigd.²¹⁷ In verschillende gevallen heeft TenneT besloten een aantal eerder verleende MEP-subsidies te verminderen. De ondernemingen die deze subsidies hebben ontvangen, hebben namelijk op enig moment ook aanspraak gemaakt op voordelen op basis van een andere regeling (de regulerende energiebelasting en de zogenaamde Vamil-regeling).²¹⁸ TenneT heeft de vermindering van de subsidies gemotiveerd met het argument dat de stapeling van de MEP-subsidie met de andere voordelen leidt tot een cumulatie in strijd met het Milieusteunkader.²¹⁹

Om te bepalen of het cumulatieverbod is geëerbiedigd, moet eerst worden vastgesteld *waarmee* cumulatie verboden is. In het geval van het hierboven

213 Hoewel een cumulatieverbod zoals gezegd uit *soft law* kan voortvloeien, bestaat een belangrijk verschil tussen de hier behandelde geschillen en de buiten de reikwijdte van dit hoofdstuk vallende geschillen waarin de toepassing van *soft law* instrumenten door de Nederlandse rechter aan de orde komen. In het geval van cumulatieverboden moet de rechter zich namelijk met zoveel woorden uitlaten over de voorwaarden waaronder een bepaalde steunmaatregel in het concrete geval door de Commissie is goedgekeurd.

214 Brief van de Europese Commissie van 19 maart 2003 met betrekking tot Steunmaatregel der Staten N 707/2002 – Nederland, C(2003)642fin; Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu, *PbEU* 2001, C 37/03.

215 Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu, *PbEU* 2001, C 37/03, randnr. 74.

216 Beleidsregels cumulatietoets exploitatiesteun duurzame energie-installaties, *Stcrt.* 2004, 237.

217 Art. 72o Elektriciteitswet 1998, dat door de relevante overgangsregeling op deze zaak van toepassing is. De netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet was ten tijde van de bestreden besluitvorming TenneT.

218 Deze regeling maakt het mogelijk voor ondernemingen om fiscaal voordelig te investeren in milieuvriendelijke producten of bedrijfsmiddelen.

219 CBB 8 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8212 (*MEP subsidie*); CBB 8 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8217 (*MEP subsidie*); CBB 16 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2008:BP6917 (*MEP subsidie*).

genoemde voorbeeld over de MEP-subsidie verbiedt het Milieusteunkader cumulatie met andere steunmaatregelen. Met andere woorden: kwalificeert de 'cumulerende' maatregel niet als steun, dan is het verbod niet van toepassing. Zodoende heeft het College in een geschil over de vermeend verboden cumulatie van een MEP-subsidie met een energiebelasting terecht een besluit vernietigd waarbij de subsidie is verminderd. Uit een later Commissiebesluit zou namelijk blijken dat de regulerende energiebelasting 'in de periode van 1 januari 2000 tot en met 31 december 2002 geen staatssteun in de zin van het EG-Verdrag betrof, zodat ten aanzien van deze regeling geen sprake kan zijn van cumulatie als bedoeld in punt 74 van het Milieusteunkader.'²²⁰ Het bestuursorgaan dat de subsidie had verminderd heeft daarom, aldus het College, ten onrechte geoordeeld dat het ontvangen van beide tegemoetkomingen in strijd komt met de Europese regelgeving, zodat het bestreden besluit moet worden vernietigd.²²¹

Het is ook mogelijk dat cumulatie met *een bepaalde soort* steunmaatregel wordt verboden. Het kan dan nodig zijn om de aard van het cumulatieverbod nader uit te leggen. In een geschil voor de rechtbank Arnhem was aan de orde of sprake was van verboden cumulatie in de situatie waarin twee goedgekeurde subsidies werden gegeven voor een enkel project (een stadsverwarmingsproject) maar beide met een ander doel (stimulering van milieuvriendelijke initiatieven in het ene geval en compensatie van gestrande kosten als gevolg van eerder regeringsbeleid in het andere).²²² In deze zaak heeft de rechtbank Arnhem op basis van uitleg van het goedkeuringsbesluit van de Commissie geoordeeld dat voor de vraag waarmee cumulatie is verboden in het betrokken geval niet relevant is met welk doel steun wordt verleend, maar alleen ten aanzien van welke kosten.

Een andere vraag die voor de Nederlandse bestuursrechter is gerezen is of de Commissie de in beginsel verboden cumulatie in het concrete geval wellicht (impliciet) heeft goedgekeurd. Daarover gaan twee uitspraken van het CbB, waarin sprake is van cumulatie met de MEP-subsidie met de zogenaamde Vamilregeling.²²³ Het staat vast dat de Vamil staatssteun oplevert en dat cumulatie van de MEP-subsidie met andere steunmaatregelen is verboden. In het geval van de Vamilregeling is niet in geschil dat bij subsidiëring op grond

220 CbB 8 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8212 (*MEP subsidie*), r.o. 3.1.

221 Specifieker heeft het College geoordeeld dat art. 72o Elektriciteitswet 1998, de wijzigingsgrondslag, in het licht van dit oordeel geen grondslag voor de vermindering bood.

222 Rb Arnhem 22 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ1171 (*E.ON*). Aan de orde is Beschikking van de Commissie van 25 juli 2001, steunmaatregel N 597/1998 betreffende compensatie voor de gestrande kosten in de elektriciteitssector, *PbEU* 2001 C 268/6.

223 CbB 8 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8217 (*MEP subsidie*); CbB 16 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2008:BP6917 (*MEP subsidie*).

van de MEP-regeling een cumulatietoets moet worden uitgevoerd,²²⁴ maar betwisten de appellanten dat de Vamilregeling in het concrete geval in die toets mocht worden betrokken. De Commissie zou namelijk bij het beoordelen en goedkeuren van de MEP-subsidieregeling al met de Vamilregeling rekening hebben gehouden. De goedkeuring van de MEP-regeling zou daarom ook een eventuele samenloop met de Vamilregeling dekken. Aan de orde is met andere woorden of het goedkeuringsbesluit van de Commissie zo kan worden uitgelegd dat een cumulatietoets in het concrete geval niet meer nodig is omdat de Vamilregeling in de goedkeuring van de Commissie is betrokken en dus mag worden geacht aan de voorwaarden van het Milieusteunkader te voldoen.

Het College overweegt dat 'uit hetgeen de Europese Commissie in [haar besluit] heeft overwogen, kan worden afgeleid dat zij bij haar beslissing tot goedkeuring van de MEP-regeling rekening heeft gehouden met de voordelen uit de Vamilregeling.'²²⁵ In een voetnoot heeft de Commissie namelijk geschreven dat de Nederlandse autoriteiten hebben aangegeven dat onder meer de Vamilregeling bij de investeringskosten te betrekken investeringssteun is betrokken. Meer aanwijzingen geeft het goedkeuringsbesluit niet, zodat het College betwijfelt 'hoe deze beoordeling door de Europese Commissie van de MEP-regeling in het algemeen zich verhoudt tot de ten aanzien van appellanten volgens de Beleidsregels in het bijzonder uitgevoerde cumulatietoets.'²²⁶ Om zich daarover een oordeel te kunnen vormen, meent het CbB meer informatie nodig te hebben. Met name gaat het dan om de brief aan de Commissie waarbij de MEP-subsidieregeling is aangemeld, die TenneT ondanks het schriftelijke verzoek van het College echter niet heeft overhandigd. De overige toelichting van TenneT wordt door het College omwille van de goede procesorde niet meer in de beoordeling betrokken omdat deze te laat in het proces naar voren is gebracht. 'Dit alles' brengt het College tot de conclusie dat de bestreden besluiten wegens strijd met het motiveringsbeginsel moeten worden vernietigd. Aan TenneT wordt opgedragen, opnieuw op de bezwaren te beslissen met inachtneming van de uitspraak.

In de nieuwe besluiten op bezwaar heeft TenneT de oorspronkelijke wijziging van de verleende steun in stand gelaten, maar nu voorzien van een uitgebreidere motivering. De appellanten gaan opnieuw in beroep. In een uitspraak uit 2011 moet het CbB daarom beoordelen 'of TenneT thans de in die uitspraak gesignaleerde onduidelijkheid heeft weggenomen'.²²⁷ Het College beantwoordt deze vraag bevestigend, dit keer aan de hand van de vraag

224 Deze toets is neergelegd in de Beleidsregels cumulatietoets exploitatiesteun duurzame energie-installaties, *Stcrt.* 2004, 237 en bindt de Minister van Economische Zaken op grond van art. 4:48 Awb. Over de vraag of uit punt 74 van het Milieusteunkader een verplichting voor de lidstaat om een cumulatietoets uit te voeren voortvloeit, bestaat nog onzekerheid. Zie Ștefan 2013, p. 190, Luijendijk en Senden 2011, p. 337; Van Dam 2013, p. 4-5.

225 CbB 8 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8217 (*MEP subsidie*), r.o. 3.1.

226 Idem.

227 CbB 16 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2008:BP6917 (*MEP subsidie*), r.o. 5.1.

wat er daadwerkelijk bij de Commissie is aangemeld. Bij die beoordeling kent het CBB veel gewicht toe aan een bijlage bij de Aanwijzingsregeling willekeurige afschrijving milieu-investering 2002.²²⁸ Op basis daarvan concludeert het College dat de Nederlandse Staat bij de aanmelding van de MEP-subsidieregeling heeft overwogen dat samenloop van Vamil en MEP niet mogelijk was. Dit is in de aanmelding van de MEP-subsidieregeling tot uitdrukking gekomen doordat in een tabel achter de aanduiding Vamil driemaal 'n.v.t.' is ingevuld. De Vamilregeling zou dan ook bij de aanmelding en de goedkeuring niet betrokken zijn geweest.

Nu mogelijke cumulatie met de Vamilregeling klaarblijkelijk niet bij de Commissie bekend was en zich toch heeft voorgedaan, overweegt het College:

'In deze situatie is verweerder gehouden om de voordelen uit de Vamilregeling in mindering te brengen op de MEP-subsidie om te voorkomen dat sprake is van verboden staatsteun in de zin van artikel 107, eerste lid VWEU. Verweerder heeft hieraan uitvoering mogen geven middels de cumulatietoets.'²²⁹

Het College concludeert dat TenneT op juiste wijze uitvoering heeft gegeven aan de eerdere uitspraak van 8 juli 2008 en verklaart het beroep van appellanten ongegrond.

Interessant aan deze uitspraken is dat de rechter in deze geschillen expliciet aan de hand van de aanmelding door de Nederlandse regering onderzoekt wat de Commissie precies heeft goedgekeurd. Daarbij vallen vooral twee punten op, namelijk dat het College in het geheel niet onderzoekt of van cumulatie inderdaad sprake is, en dat de aanmelding en een daarop betrekking hebbende beleidsregel als maatstaf wordt genomen om te bepalen of de Commissie bij haar beoordeling al met een mogelijke cumulatie met de Vamilregeling rekening heeft gehouden. Dat het CBB niet heeft onderzocht of sprake is van cumulatie, zoals dat in het geval van de regulerende energiebelasting wel gebeurde, kan erdoor worden verklaard dat vaststond dat door cumulatie met een steunmaatregel zoals de Vamilregeling de steunintensiteit het in het Milieusteunkader bedoelde niveau zou worden overschreden.²³⁰

Dat de rechter hier de aanmelding door de Nederlandse autoriteiten (en de daaraan gekoppelde beleidsregel) tot uitgangspunt heeft genomen om te achterhalen wat de Commissie heeft willen goedkeuren, is mogelijk een elegan-

228 Bijlage bij de Aanwijzingsregeling willekeurige afschrijving milieu-investering 2002, *Stcrt.* 2002, 246.

229 CBB 16 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP6917 (*MEP subsidie*), r.o. 5.5. Het College voegt daar nog aan toe dat dit oordeel steun vindt in het al in de eerdere procedure aangevoerde Commissiebesluit ten aanzien van een windmolenpark op zee, waarin zowel de MEP-regeling als de Vamilregeling aan bod komen. De precieze relevantie of inhoud van dit besluit wordt ook in deze procedure niet inzichtelijk.

230 Dat volgt uit CBB 16 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP6917 (*MEP subsidie*), r.o. 5.4.

te oplossing wanneer een rechter de toepassing van een Commissiebesluit moet beoordelen in gevallen waarin de Commissie aan de goedkeuring geen voorwaarden heeft verbonden. Bij een dergelijke generieke goedkeuring is het relevant wát de Commissie heeft goedgekeurd, en dat kan worden afgeleid uit de aanmelding. Binnen deze redenering blijft het verwonderlijk dat het CBB de bijlage bij een beleidsregel tot uitgangspunt heeft genomen, nu op geen enkele wijze blijkt dat deze aan de Commissie is voorgelegd. Op basis van de bijlage valt dus moeilijk te concluderen of de Commissie de Vamilregeling bij haar beoordeling van de MEP-subsidieregeling heeft meegenomen.²³¹ Dat Nederland zelf ten tijde van de aanmelding meende dat cumulatie niet mogelijk was, is een vreemde graadmeter voor de vraag wat de Commissie bij haar goedkeuring heeft meegenomen. Een veel meer voor de hand liggende manier om te achterhalen wat de Commissie heeft bedoeld goed te keuren is om de Commissie met die vraag te benaderen. Dat is echter niet gebeurd.

6.7.3 Zelfstandige rechtmatigheidstoets naast de goedkeuring door de Commissie?

Zojuist is aan de orde geweest hoe de Nederlandse rechter goedkeuringsbesluiten van de Europese Commissie uitlegt. Een volgende vraag is welke ruimte deze rechter nog voor een eigen beoordeling ziet weggelegd wanneer de Commissie in een besluit heeft geoordeeld dat sprake is van staatssteun die met de interne markt verenigbaar is. Mag de rechter in dat geval alsnog oordelen dat geen sprake is van staatssteun of dat deze niet onder de aanmeldings- en opschortingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU valt?

Deze vraag is relevant geworden naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Vogelaarheffing*.²³² In deze zaak gaat het om aan bepaalde woningbouwcorporaties uit te keren bijzondere projectsteun. Daarmee moet de leefbaarheid in bepaalde achterstandswijken, waar sprake is van hoge werkloosheid, schooluitval, eenzijdige bevolkingssamenstelling, verouderde huisvesting of criminaliteit, worden verbeterd. Deze steunmaatregel is, vlak voordat zij daadwerkelijk zou worden uitgevoerd, bij de Commissie aangemeld en door haar goedgekeurd. Bij de aanmelding van de projectsteun is aangegeven dat deze steun met een aantal materiële en procedurele waarborgen zou worden omkleed. Zo zou Nederland per 1 januari 2010 nieuwe regelgeving invoeren waarin bepaald zou worden dat de woningcorporaties zich hoofzake-

231 Dit kan worden afgeleid uit CBB 16 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP6917 (*MEP subsidie*), r.o. 5.2. 'Zodoende heeft de Nederlandse Staat bij de aanmelding van de MEP-subsidieregeling [...] overwogen dat samenloop van Vamil en MEP niet mogelijk was. Dat is in de aanmelding aangegeven met de vermelding dat de Vamilregeling niet van toepassing was.'

232 ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*). Iets vergelijkbaars lijkt het geval te zijn geweest in een Franse bestuursrechtelijke zaak. Coutrelis 2011, p. 401.

lijk richten op personen met een inkomen van ten hoogste € 33.000 en sociale woningen aanbieden met een maximale huur van € 647,53. De Commissie heeft naar aanleiding van de aanmelding geoordeeld dat de bijzondere projectsteun voldoet aan de voorwaarden van onder meer het DAEB-besluit en daarom verenigbaar is met de interne markt.²³³ Dat de maatregel voldoet aan de voorwaarden van het DAEB-besluit betekent dat deze was uitgezonderd van de aanmeldingsplicht en dus niet wordt geraakt door de standstillbepaling.

Voor de rechtbank Utrecht en later de Afdeling heeft een aantal niet-begunstigde woningbouwcorporaties echter aangevoerd dat de projectsteun is uitgekeerd zonder dat de toepasselijke regelgeving op de aan de Commissie aangekondigde manier is aangepast.²³⁴ Zowel de rechtbank als de Afdeling hebben geconcludeerd dat de uitkering van de projectsteun zonder aanpassing van de toepasselijke regelgeving betekent dat die steunverlening niet door het goedkeuringsbesluit van de Commissie is gedekt.²³⁵ Waar de rechtbank echter oordeelt dat de steun dus niet had mogen worden uitgekeerd, gaat de Afdeling een stap verder. De Afdeling overweegt dat zij bevoegd blijft om zelfstandig te toetsen of de uitgevoerde steun, die buiten de goedkeuring van de Commissie valt, voldoet aan de voorwaarden van het DAEB-besluit.²³⁶ Een dergelijke beoordeling doorkruist volgens de Afdeling niet de 'aanvullende en onderscheiden taken' van de rechter en de Commissie. De rechter zou namelijk bevoegd zijn om aan het DAEB-besluit te toetsen, nu op basis daarvan wordt vastgesteld of de steun had moeten worden aangemeld. Bij de toetsing aan het DAEB-besluit haakt de Afdeling wel aan bij de beoordeling die de Commissie in het goedkeuringsbesluit heeft uitgevoerd, voor zover daarbij

233 Commissiebeschikking 2005/842 (DAEB-beschikking). Inmiddels vervangen door Commissiebesluit 2012/21 (DAEB-besluit).

234 Het beroep van de niet-begunstigde woningbouwcorporaties was gericht tegen de aan hen geadresseerde heffingsbesluiten waarmee de volgens hen onrechtmatige steun zou worden verleend. Zij zijn in een andere procedure ook opgekomen tegen de steunverlening zelf, door bezwaar en beroep in te stellen tegen de subsidiebesluiten. In die procedure zijn zij vanwege het ontbreken van belang niet-ontvankelijk verklaard. ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794 (*Vogelaarwijken*).

235 ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*), r.o. 2.7.7; Rb Utrecht 26 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO5098 (*Vogelaarheffing*), r.o. 2.89.

236 Dit oordeel lijkt op het eerste gezicht te worden bevestigd in de civielrechtelijke uitspraak Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:404 (*Metterwoon*), r.o. 3.5. In die zaak heeft het hof echter vastgesteld dat sprake was van nieuwe steunmaatregelen die ten tijde van het Commissiebesluit nog niet bestonden, en daaraan de conclusie verbonden dat het DAEB-besluit kan worden toegepast. Als het hof bedoelt dat het DAEB-besluit *alleen* kan worden toegepast nu sprake is van een nieuwe steunmaatregel (hetgeen de eerste twee zinnen van r.o. 3.5 lijken te impliceren), kan hieruit worden afgeleid dat het Haagse hof de Afdeling in haar redenering niet volgt. Dit lijkt des te waarschijnlijker nu een van de rechters bij deze uitspraak ook als rechter optrad in de uitspraak van de rechtbank Utrecht die door de Afdeling is vernietigd: Rb Utrecht 26 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO5098 (*Vogelaarheffing*).

aan het DAEB-besluit is getoetst.²³⁷ Dit brengt de Afdeling tot de conclusie dat de bijzondere projectsteun weliswaar niet door de Commissie is goedgekeurd maar wel mag worden uitgekeerd omdat de steun is vrijgesteld van aanmelding. Dat de Commissie naar aanleiding van de aanmelding door de Nederlandse autoriteiten al over de projectsteun heeft geoordeeld, vormt daarvoor voor de Afdeling geen belemmering.²³⁸

Had de Afdeling hier toch een belemmering moeten zien? Daarover kan worden getwist. Het staat buiten kijf dat de nationale rechter in beginsel bevoegd is om aan de voorwaarden van het DAEB-besluit te toetsen.²³⁹ In de reacties op de uitspraak van de Afdeling is echter de vraag opgeworpen of dat ook het geval is in de specifieke omstandigheden zoals die in het geval van de Vogelaarheffing aan de orde waren. Te redeneren valt dat de rechter hiertoe niet meer bevoegd was omdat de Nederlandse autoriteiten, door de steunmaatregel bij de Commissie aan te melden, deze buiten het bereik van een toetsing van de nationale rechter hebben geplaatst.²⁴⁰ Voor deze redenering zijn verschillende argumenten denkbaar, die hierna worden nagelopen.

Voor het standpunt dat de Afdeling niet meer bevoegd was om zelfstandig aan het DAEB-besluit te toetsen kan ten eerste bevestiging worden gezocht in de Commissiemededeling van 2009, waarin de Commissie heeft geschreven dat de nationale rechter zich in het geval van een goedgekeurde steunmaatregel moet beperken na te gaan of aan alle in het goedkeuringsbesluit genoemde voorwaarden is voldaan.²⁴¹ Voor een eigen toepassing van het DAEB-besluit bestaat dan niet langer ruimte. Daar staat tegenover dat de beperking tot het toetsen van de voorwaarden van het goedkeuringsbesluit is bedoeld om te voorkomen dat de rechter zelf de verenigbaarheid van een steunmaatregel beoordeelt, waarvoor uitsluitend de Commissie bevoegd is. Het is dan ook nog maar de vraag of hiermee ook de toetsing aan het DAEB-besluit wordt uitgesloten, waartoe namelijk niet uitsluitend de Commissie maar ook de rechter bevoegd is.

Ten tweede kan worden betoogd dat het beginsel van loyale samenwerking eraan in de weg staat dat de rechter na de goedkeuring van de Commissie beoordeelt of de steun had mogen worden uitgevoerd. Ten tijde van de uitspraak van de Afdeling mocht al worden aangenomen, en inmiddels is beves-

237 ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*), r.o. 2.9.1.

238 Vgl. ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3175 (*Herbestemming kasteel Klimmen*), r.o. 3.5. 'Het enkele feit dat de Subsidieregeling niet onder de goedkeuring in de voornoemde beschikking [van de Commissie] valt, leidt evenwel niet tot het oordeel dat aan de Subsidieregeling verbindende kracht moet worden onzegd.'

239 De rechtbank Utrecht lijkt – ten onrechte – aan te nemen van niet. Rb Utrecht 26 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO5098 (*Vogelaarheffing*), r.o. 2.94. Kritisch: Saanen 2011, p. 52.

240 S.C.G. Van den Bogaert en A.J. Metselaar, 'Noot bij ABRvS (2011-11-02)(Staatssteun. Vogelaarheffing)', *AB* 2012, 156, aant. 5, p. 981.

241 Mededeling 2009, randnr. 16.

tigd, dat de nationale rechter zich ervan moet onthouden beslissingen te nemen die tegen een besluit van de Commissie indruisen.²⁴² De vraag is daarom of het oordeel van de Afdeling tegen het goedkeuringsbesluit indruist. Voor een bevestigend antwoord daarop bestaat weinig steun. Er is namelijk in dit geval geen sprake van een situatie waarin de rechter en de Commissie ten aanzien van dezelfde maatregel tot een verschillend oordeel komen.²⁴³ Hooguit is sprake van een situatie waarin de rechter een van een goedgekeurde maatregel afwijkende steunmaatregel toestaat terwijl niet vaststaat dat de Commissie ook de afwijkende maatregel zou hebben goedgekeurd. Dat is echter een andere situatie dan die waarin de rechter een besluit neemt dat tegen een Commissiebesluit indruist. Uit het Commissiebesluit valt niet af te leiden dat de steun zonder de aanpassingen in de regelgeving niet had mogen worden uitgevoerd.²⁴⁴ De Commissie heeft de aanpassingen in de regelgeving niet op grond van artikel 7 lid 4 Pvo als voorwaarde aan de goedkeuring ten grondslag gelegd, maar de steun generiek goedgekeurd.²⁴⁵ Natuurlijk blijft wel het risico bestaan dat de Commissie, als deze de daadwerkelijk uitgevoerde steun zou toetsen, zou oordelen dat niet aan de voorwaarden van het DAEB-besluit is voldaan. Dat hoeft de Nederlandse rechter echter niet tot een andere benadering te dwingen. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof is de mogelijkheid dat de Commissie ten aanzien van de kwalificatie van steun tot een ander oordeel zal komen dan de rechter geen reden om van de zelfstandige kwalificatie af te zien.²⁴⁶

Een derde mogelijk argument is dat, nu in het goedkeuringsbesluit aan de voorwaarden van het DAEB-besluit is getoetst, het algemene beginsel *lex specialis derogat legi generali* eraan in de weg staat dat deze toets door de nationale rechter wordt overgedaan. Dit algemene beginsel moet voorkomen dat een rechter naar believen kan kiezen tussen de toepassing van meer of minder algemene regels om daarmee de meer specifieke bedoelingen van de wet- of regelgever te frustreren.²⁴⁷ Daarvan zou in ieder geval sprake zijn als de Afdeling in het geval dat de Commissie de aangemelde steun niet had goedgekeurd dezelfde steunmaatregel alsnog op grond van een toetsing aan het meer algemene DAEB-besluit had toegestaan. Het is echter nog maar de

242 Dat bleek uit de uitspraak HvJ EU 14 december 2000, nr. C-344/98 (*Masterfoods*), r.o. 52.

Als reactie op de uitspraak van de Afdeling is betoogd dat deze uitspraak analoog in staatssteunzaken kan worden toegepast. S.C.G. Van den Bogaert en A.J. Metselaar, 'Noot bij ABRvS (2011-11-02)(Staatssteun. Vogelaarheffing)', *AB* 2012, 156, p. 980. Inmiddels is dat bevestigd in HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Lufthansa*), r.o. 41.

243 Dat was wel het risico in HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Lufthansa*), waar het Hof de loyaliteitsverplichting in staatssteunzaken heeft uitgewerkt.

244 Vgl. Kreijger 2012, p. 12.

245 Ook de Afdeling gaat daarvan uit: ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*), r.o. 2.7.7.

246 Vgl. hoofdstuk 7, § 7.3.2. Dat ligt anders wanneer de Commissie de formele onderzoeksprocedure heeft ingeleid. Zie hierboven § 6.2.1.

247 Conway 2012, p. 155.

vraag of de *lex specialis* regel ook wordt geschonden in het geval zoals hier aan de orde is, waarin het specifiekere besluit niet van toepassing is (het goedkeuringsbesluit dekt niet de daadwerkelijk verleende steun) en een (iets) andere maatregel dan de goedgekeurde aan de algemenere regel wordt getoetst.²⁴⁸ De *lex specialis* ziet dan met andere woorden op een andere feitelijke situatie dan degene die aan de *legi generali* is getoetst.

De argumenten tegen de door de Afdeling gekozen aanpak overtuigen dus niet zonder meer. Toch had de Afdeling hier zeker een prejudiciële vraag moeten stellen.²⁴⁹ De juridische verhouding tussen de Europese Commissie en de nationale rechter is op dit punt namelijk nog verre van uitgekristalliseerd. Het is uiteindelijk alleen het Hof van Justitie dat uitsluitsel kan geven over de vraag in hoeverre de nationale rechter na de goedkeuring door de Commissie een zelfstandige taak behoudt om de (on)rechtmatigheid van een steunmaatregel vast te stellen.²⁵⁰

6.7.4 Tussenconclusie

Wanneer de Commissie een eindbeslissing heeft genomen, is deze bindend, ook voor de Nederlandse rechter. Het komt desalniettemin met enige regelmaat (en steeds vaker) voor dat deze rechter wordt geconfronteerd met geschillen over goedkeuringsbesluiten, dat wil zeggen besluiten waarin is vastgesteld dat een steunmaatregel met de interne markt verenigbaar is en mag worden uitgevoerd. De inzet van zulke geschillen is vaak dat de daadwerkelijk verleende steun afwijkt van de steun zoals deze is goedgekeurd en dus onrechtmatig is (bij goedgekeurde steun) of in strijd komt met het Commissiebesluit (bij bestaande steun). Als de rechter een dergelijk betoog volgt, dan heeft dit grote gevolgen voor de ontvanger van de steun, die in het ergste geval de onrechtmatig genoten steun inclusief rente moet terugbetalen.

Voor de Nederlandse rechter ligt in dit soort geschillen een grote uitdaging, want hoe moet hij vaststellen of een uitgevoerde steunmaatregel binnen of buiten de reikwijdte van een goedkeuringsbesluit van de Commissie valt? Veel aanwijzingen krijgt hij daarvoor niet: de Commissie beperkt zich tot de instructie dat de rechter zich er toe moet 'beperken na te gaan of aan alle in de verordening of regeling genoemde voorwaarden is voldaan'. De bestudeerde jurisprudentie laat zien dat dit nog niet zo gemakkelijk is. Het goedkeuringsbesluit zal (en kan) niet altijd volledige duidelijkheid bieden over hoe ver de

248 Vgl. HvJ EU 19 juni 2003, nr. C-444/00 (*Allied Steel and Wire*), r.o. 57: de bepalingen van een specifiekere regeling in een richtlijn krijgen voorrang boven een algemenere regeling 'in de situaties die deze richtlijn specifiek beoogt te regelen'.

249 En mogelijk eveneens in ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3175 (*Herbestemming kasteel Klimmen*).

250 In dat licht lijkt het mij dan ook niet gelukkig om op dit punt het advies van de Commissie in te winnen.

goedkeuring precies reikt. De uitvoering van de steunmaatregelen kan om allerlei redenen, en in verschillende maten, afwijken van de maatregel zoals die door de Commissie is goedgekeurd, terwijl het de vraag is of de maatregel in al die gevallen opnieuw zou moeten worden aangemeld. De goedgekeurde steunregeling kan bovendien bepaalde gevolgen hebben die door de Commissie mogelijk niet waren voorzien en waarvan een partij meent dat deze moeten worden geacht buiten de goedkeuring te vallen.

Betoogd kan worden dat de Nederlandse rechter in zulke gevallen moet constateren dat niet aan alle in de verordening of regeling genoemde voorwaarden is voldaan. Hooguit zou hij een vraag aan de Commissie kunnen stellen of een prejudiciële vraag richten aan het Hof van Justitie over de uitleg van het goedkeuringsbesluit. Dit is, naar mijn mening terecht, niet de benadering die de Nederlandse rechter in staatssteungeschillen volgt. In de vorige paragrafen is verdedigd dat dit tekort zou doen aan de realiteit, die altijd iets kan afwijken van wat formeel is goedgekeurd. Dat betekent niet dat het andere uiterste zou kunnen worden gekozen, dat wil zeggen een scenario waarin de rechter zelfstandig beoordeelt of de Commissie de daadwerkelijk uitgevoerde steunmaatregel ook zou hebben goedgekeurd. Hiermee zou de rechter per slot van rekening treden in de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om de verenigbaarheid van steunmaatregelen te beoordelen. Daarnaast komt de functie van de opschortingsplicht in het gedrang als de rechter uiteindelijk zou mogen bepalen of de afwijking van een aangemelde maatregel toch nog mag worden geacht te zijn goedgekeurd.

De Nederlandse rechtspraak over de uitleg van goedkeuringsbesluiten van de Commissie is niet eenduidig, maar het beeld ontstaat dat de rechter een pragmatische middenweg tussen de twee uitersten zoekt. Binnen bepaalde marges ziet hij ruimte om een Commissiebesluit zelf uit te leggen, daarbuiten weigert hij op de stoel van de Commissie te gaan zitten. Hoewel mij dit een terechte aanpak lijkt, begeeft de rechter zich hiermee op glad ijs. Een te terughoudende opstelling doet geen recht aan de werkelijkheid, een te voortvarende aanpak doet geen recht aan de exclusieve bevoegdheden van de Commissie en de loyaliteitsverplichting die de Nederlandse rechter bindt. Het is om die reden zaak dat over de precieze verhouding tussen de nationale rechter en de Commissie naar aanleiding van goedkeuringsbesluiten prejudiciële vragen worden gesteld, zodat het Hof daarover meer duidelijkheid kan scheppen. In een dergelijke vraag zou met name aan de orde kunnen worden gesteld in hoeverre de rechter verplicht is om bij de letterlijke tekst van het Commissiebesluit aan te sluiten, of het is toegestaan om te beoordelen of de maatregel *op essentiële punten* van de goedkeuring afwijkt, en of het loyaliteitsvereiste

de rechter ertoe kan verplichten om de Commissie met vragen te benaderen over de strekking van een goedkeuringsbesluit.²⁵¹

Een andere vraag waarover meer duidelijkheid nodig is, heeft betrekking op een ander aspect van de rol van de rechter wanneer de Commissie een steunmaatregel heeft goedgekeurd. Als vervolgens een maatregel wordt uitgevoerd die van de goedkeuring afwijkt, staat het de rechter dan nog vrij om zelfstandig na te gaan of deze mogelijk was vrijgesteld van aanmelding, of is die bevoegdheid vervallen op het moment dat de steun daadwerkelijk is aangemeld? Deze vraag is in één geschil aan de orde gekomen, waarbij de rechters in eerste instantie en in hoger beroep tot andere oordelen zijn gekomen. De in Nederland meest gezaghebbende uitspraak over dit onderwerp, van de Afdeling, kiest de eerste benadering. Hoewel veel valt te zeggen voor het betoog dat de rechter na een goedkeuringsbesluit van de Commissie niet zelf meer over de rechtmatigheid van een steunmaatregel mag oordelen, zijn de argumenten die voor dat betoog kunnen worden aangevoerd volgens mij uiteindelijk toch onvoldoende overtuigend. Dat neemt niet weg dat de verhouding tussen de Commissie en de rechter op dit punt nog zo weinig is uitgekristalliseerd dat de Afdeling daarover een prejudiciële vraag had moeten stellen. Bij een volgende gelegenheid zou dit zeker wenselijk zijn.

6.8 BIJZONDERE GEVALLEN: SITUATIES VAN BESTAANDE STEUN

6.8.1 De rol van de Nederlandse rechter hangende een onderzoek naar bestaande steun

Hierboven is in de paragrafen 6.5 en 6.6 beschreven welke invloed een onderzoek van de Commissie naar een ook bij de rechter voorliggende maatregel heeft op de rechterlijke beoordeling, in gevallen waar een nieuwe steunmaatregel wordt onderzocht. Wat is de situatie wanneer de Commissie onderzoek doet naar bestaande steun? Daarvoor geldt namelijk een ander regime. Hangende een dergelijk onderzoek van de Commissie geldt niet de standstillbepaling, zodat de constatering dat sprake is van staatssteun uit zichzelf nog geen gevolgen heeft voor de uitvoering van de steunmaatregel. Een onderzoek van de Commissie naar de verenigbaarheid van bestaande steun kan wel een voorbode zijn voor een eventuele conclusie van de Commissie dat de steun niet langer verenigbaar is met de interne markt en moet worden gewijzigd.

²⁵¹ Het verdient opmerking dat A-G Wahl, in de context van de uitleg van vrijstellingsverordeningen, heeft benadrukt dat in zijn visie geen aanleiding bestaat om een onderscheid aan te brengen in 'wezenlijke procedurele voorschriften' en 'overige procedurele voorschriften'. Conclusie van A-G Wahl van 17 maart 2016, nr. C-493/14 (*Dilly's Wellnesshotel GmbH*), m.n. ov. 46-7 en 51. Neemt het Hof deze redenering over, dan is het denkbaar dat deze ook zal gelden bij de uitleg van de voorwaarden opgenomen in goedkeuringsbesluiten.

Deze problematiek is weliswaar maar in twee (bestuursrechtelijke) uitspraken aan de orde geweest, maar voldoende interessant om hier te bespreken.

De eerste uitspraak betreft de financiering van de Nederlandse publieke omroep.²⁵² In geschil is een besluit waarin het Commissariaat voor de Media goedkeuring heeft verleend voor zogenaamde neventaken. Bij het nemen van dit besluit (en van de beslissing op bezwaar) was bekend dat bij de Commissie ernstige twijfels bestonden of de betrokken nationale wetgeving in overeenstemming was met het relevante Unierecht. Sterker nog: de Nederlandse regering had inmiddels al voorstellen gedaan om de wetgeving aan te scherpen. De Afdeling overweegt:

‘Onder die omstandigheden verdraagt het zich niet met de artikelen 3:2 en 3:4 van de Awb, gezien in het licht van de gemeenschapstrouw zoals geëist in [artikel 4 lid 3 VEU], dat het Commissariaat bij het nemen van de goedkeuringsbesluiten, met een beroep op het toen ontbreken van een concurrentietoets in de mediawetgeving, de effecten van de goedkeuring voor de marktpartijen en hun concurrentieposities welbewust op geen enkele wijze heeft willen betrekken.’²⁵³

Daarom oordeelt de Afdeling dat het Commissariaat zich ervan had moeten vergewissen dat de gekozen handelswijze in het bestreden besluit, gegeven het destijds lopende onderzoek van de Commissie, bij haar op bezwaren zou stuiten.²⁵⁴

De tweede uitspraak gaat over de goedkeuring van een baanverlenging op het luchtvaartterrein Eelde. In dit geval heeft de Commissie aangekondigd een deel van de daarbij betrokken steun te zullen onderzoeken in het kader van de procedure betreffende bestaande steun. De appellanten in de zaak voor de Afdeling, die de baanverlenging willen tegenhouden, voeren aan dat dit deel van de financiering moet worden opgeschort totdat de Commissie een eindbeslissing heeft genomen over de verenigbaarheid daarvan. Zonder succes, want de Afdeling oordeelt op basis van de Procedureverordening en de rechtspraak van het Hof

‘dat bestaande steunregelingen geldig blijven totdat de Commissie tot de gevolgtrekking komt dat de bestaande steunregeling niet of niet langer verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en zij in een aanbeveling de betrokken lidstaat dienstige maatregelen voorstelt.’²⁵⁵

252 ABRvS 13 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO0270 (*NPO*).

253 Idem, r.o. 2.9.1.

254 Idem. Het zal de Afdeling bij haar beoordeling hebben geholpen dat de Commissie ten tijde van de procedure bij de Afdeling al het lopende onderzoek had afgerond en een besluit had genomen. Besluit van de Europese Commissie van 26 januari 2010 betreffende steunmaatregel E 5/2005 (ex NN 170b/2003) – Nederland – Jaarlijkse financiering van de Nederlandse publieke omroep, *PbEU* 2010, C 74/4.

255 ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5092 (*Vliegveld Eelde*), r.o. 2.11.4.7.

Mogelijke door de Commissie in de toekomst voor te stellen dienstige maatregelen, aldus nog steeds de Afdeling, hebben dan ook geen terugwerkende kracht. Een ander oordeel zou in strijd komen met het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel.²⁵⁶

Deze twee uitspraken van de Afdeling, waarin in het ene geval op het oordeel van de Commissie moet worden geanticipeerd en in het andere geval niet, spreken elkaar niet tegen. Worden ze naast elkaar gelegd, dan valt het volgende te concluderen: hangende een onderzoek van de Commissie over de verenigbaarheid van bestaande steun hoeft de betrokken steun volgens de Afdeling niet zonder meer te worden opgeschort.²⁵⁷ Mocht de Commissie op een later moment dienstige maatregelen voorstellen, dan hebben zij geen terugwerkende kracht. Echter, wanneer duidelijk is dat de Commissie twijfels heeft over de verenigbaarheid van bepaalde specifieke aspecten van de steun en er door Nederland dienaangaande al voorstellen zijn gedaan, is het evenmin geoorloofd om met deze omstandigheid tijdens de besluitvorming bewust geen enkele rekening te houden. Dat overweegt de Afdeling overigens op basis van Nederlands recht (de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) in het licht van het loyaliteitsbeginsel.

Voor deze benadering valt in het licht van de voor bestaande steun geldende regels veel te zeggen, hoewel andere benaderingen denkbaar zijn.²⁵⁸ Zij past ook goed in de bestuursrechtelijke beoordeling: relevant is met welke omstandigheden en ontwikkelingen het betrokken bestuursorgaan op grond van de artikelen 3:2 en 3:4 Awb (in combinatie met het loyaliteitsbeginsel) rekening had moeten houden. Een interessante vraag is nog wel hoe de Afdeling zou oordelen als ten tijde van de bestreden besluitvorming nog geen dienstige maatregelen waren voorgesteld maar op het moment van de uitspraak wel. Op grond van artikel 3:2 en 3:4 Awb valt het bestuursorgaan dan niets te verwijten, terwijl de bestuursrechter zoals bekend *ex tunc* toetst. Als de bestuursrechter in een dergelijk geval zou volstaan met een toetsing *ex tunc*, zou dit leiden tot de instandlating van een besluit waarvan inmiddels vaststaat dat het in strijd is met het Unierecht. Of het Unierecht er in dat geval toe zou verplichten om de *ex tunc* toets los te laten, valt lastig te zeggen (en zou mogelijk in een prejudiciële procedure moeten worden beantwoord). Dit zou hoe dan ook een verregaande oprekking van het Nederlands bestuursproces-

256 De Afdeling verwijst naar HvJ EU 29 april 2004, nr. C-372/97 (*Italiaanse Republiek/Commissie*).

257 Daartoe is hij op grond van het Unierecht ook niet bevoegd: HvJ EU 16 april 2015, nr. C-690/13 (*Trapeza Eurobank Ergasias*), r.o. 37; HvJ EU 18 juli 2013, nr. C-6/12 (*P Oy*), r.o. 41.

258 Hierboven is in § 6.2.3 uiteengezet dat zelfs niet met zekerheid valt te zeggen dat de *aanvaarding* van dienstige maatregelen (laat staan het ophanden zijn daarvan) in alle gevallen aan de verdere uitvoering van de steunmaatregel in de weg staat. Vgl. het in de hiernavolgende paragraaf te bespreken oordeel van het Haagse gerechtshof (afdeling civiel recht): Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:404 (*Metterwoon*).

recht eisen.²⁵⁹ Die vraag hangt nauw samen met de hierna te bespreken rol van de rechter wanneer de Commissie al heeft geoordeeld dat een bestaande steunmaatregel niet langer met de interne markt verenigbaar is.

6.8.2 Goedkeuringsbesluiten over bestaande steun

Anders dan in het geval van nieuwe maar goedgekeurde steun eindigt de procedure over bestaande steun zoals gezegd in beginsel met de aanvaarding door een lidstaat van door de Commissie voorgestelde dienstige maatregelen, waardoor de dienstige maatregelen bindend worden.²⁶⁰ Daarmee is de kous niet af. In een nationale procedure kan namelijk ter discussie worden gesteld of de overheid zich bij het uitvoeren van de bestaande steunregeling afdoende aan de door haar aanvaarde en dus bindende dienstige maatregelen heeft gehouden. In de (slechts) vier binnen de bestudeerde periode gepubliceerde uitspraken lijkt de rechter nog te zoeken naar zijn – in de Europese en nationale rechtspraak weinig uitgekristalliseerde – rol in dit soort situaties. Twee vragen blijken met name relevant. Ten eerste: aan de hand van welke informatie (de beoordeling van de verenigbaarheid in het Commissiebesluit of de naar aanleiding van de dienstige maatregelen gedane toezeggingen) kan de toelaatbaarheid van de in de nationale procedure bestreden handeling worden beoordeeld? Ten tweede: wat is het gevolg van de constatering dat een of meer van de dienstige maatregelen (nog) niet (volledig) in de praktijk is gebracht?

Ten aanzien van de eerste vraag kan het volgende voorop worden gesteld. Net als bij de uitleg van goedkeuringsbesluiten over nieuwe steun moet de nationale rechter ervoor waken om buiten zijn bevoegdheden te treden door de verenigbaarheid van een bestaande steunregeling zelf te beoordelen. Daar staat tegenover dat de rechter voor zijn beoordeling veel specifiekere aanknopingspunten heeft dan bij een ‘generiek’ positief besluit. De overheid heeft per slot van rekening aan de Commissie concrete en bindende toezeggingen gedaan. Wordt aan die toezeggingen niet voldaan, dan handelt de overheid in strijd met het EU-recht. De rechter kan in principe dus ‘gewoon’ toetsen of de door de overheid gedane toezeggingen zijn nageleefd. Dat dit echter nog niet zo evident is, blijkt uit een bestuursrechtelijk geschil over de financiering van de Nederlandse publieke omroep.

Deze financiering is het onderwerp geweest van een zogenaamde ‘Artikel 17-brief’ waarin de (bestaande) steunmaatregelen ten behoeve van de publieke omroep door de Commissie tegen het licht zijn gehouden. In januari 2010 heeft de Commissie

259 *Ex tunc* toetsing blijft de hoofdregel, hoewel enkele uitzonderingen bestaan, zoals de *ex nunc* toetsing van de hoogte van bestuurlijke boetes, zie HR 28 maart 2014, AB 2014, 271, m.nt. R. Stijnen.

260 Zie hierboven § 6.2.3.

definitief geoordeeld dat de maatregelen bestaande steun vormen maar in het licht van de door Nederland gedane toezeggingen kunnen worden goedgekeurd.²⁶¹ Kort daarna heeft de Minister van OC&W aan de NPO (Stichting Nederlandse Publieke Omroep) toestemming verleend voor een aantal experimentele diensten, televisiemakkanalen en radiomakkanalen. Dat besluit is voorbereid met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb. Drie concurrerende commerciële ondernemingen zijn tegen dat besluit in beroep gegaan bij de rechtbank Amsterdam.²⁶² Zij menen dat het bestreden besluit niet is voorbereid conform het Commissiebesluit van januari 2010. De rechtbank gaat in dat betoog mee en vernietigt het besluit van de Minister.²⁶³ In hoger beroep oordeelt de Afdeling juist in het voordeel van de Minister en NPO en vernietigt de uitspraak van de rechtbank.²⁶⁴ Daarmee blijft het besluit van de Minister in stand.

In deze zaak gaat het erom of het bestreden nationale besluit is voorbereid conform het besluit van de Commissie. Uitgangspunt daarbij is dat de nationale goedkeuring van nieuwe audiovisuele diensten ingevolge de beslissing van de Commissie in beginsel alleen mag plaatsvinden na een toereikende markttoets.²⁶⁵ De vraag voor de Nederlandse bestuursrechter is of de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb een toereikende markttoets oplevert. De rechtbank meent op basis van het Commissiebesluit van niet, de Afdeling concludeert naar aanleiding van hetzelfde besluit van wel.²⁶⁶ Dat verschillende rechters tot verschillende oordelen kunnen komen is op zichzelf natuurlijk niet vreemd. Toch is het wel degelijk interessant om te zien hoe rechters op basis van hetzelfde Commissiebesluit tot een tegenovergestelde conclusie komen.

Vanwaar dit verschil? De rechtbank baseert haar oordeel op twee randnummers uit het Commissiebesluit waarin de Commissie de door Nederland in het kader van de procedure over bestaande steun gedane toezeggingen beoordeelt. De Commissie overweegt daar onder andere, betrekkelijk algemeen, dat 'het gebruik van de [uniforme openbare voorbereidingsprocedure]²⁶⁷

261 Besluit van de Europese Commissie van 26 januari 2010 betreffende steunmaatregel E 5/2005 (ex NN 170b/2003) – Nederland – Jaarlijkse financiering van de Nederlandse publieke omroep, *PbEU* 2010, C 74/4.

262 Besluiten voorbereid met toepassing van afdeling 3.4 Awb kunnen ter toetsing aan de bestuursrechter worden voorgelegd zonder dat daartegen eerst bezwaar moet worden gemaakt. Art. 7:1 lid 1 sub d Awb.

263 Rb Amsterdam 24 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8591 (*NPO*).

264 ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847 (*NPO*).

265 Zie ook ABRvS 13 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO0270 (*NPO*), r.o. 3.10.

266 ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847 (*NPO*), r.o. 2.5.1; Rb Amsterdam 24 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8591 (*NPO*), r.o. 3.14.

267 De Commissie verwijst naar 'de procedure van de Algemene wet bestuursrecht'. Dat de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb wordt bedoeld, kan uit de context worden opgemaakt. In ieder geval begrijpt de rechtbank de geciteerde overweging op die manier.

zal bijdragen tot de inachtneming van de regels van het VWEU inzake staatssteun'.²⁶⁸ Nu de Commissie het heeft over een procedureel raamwerk, oordeelt de rechtbank dat uit het Commissiebesluit 'niet volgt dat verweerder kan volstaan met het louter doorlopen van de uniforme voorbereidingsprocedure'.²⁶⁹ De rechtbank betreft daarbij dat uit het Commissiebesluit zou volgen dat de Minister een inhoudelijke markttoets moet uitvoeren 'die zich niet beperkt tot louter een beoordeling van de in het kader van deze procedure ingebrachte zienswijzen van marktpartijen' en dat hem is opgedragen om óók de belangen van andere marktdeelnemers bij de besluitvorming te betrekken.²⁷⁰ De rechtbank geeft echter niet aan hoe zij deze plichten uit het Commissiebesluit heeft afgeleid.

De Afdeling verwijst daarentegen naar twee randnummers waarin de door Nederland gedane – en bindende – toezeggingen concreet zijn omschreven. Op basis daarvan oordeelt de Afdeling dat de gevolgde besluitvormingsprocedure met de gedane toezeggingen overeenkomt. Voor de door de commerciële verenigingen aangevoerde argumenten dat de staatssecretaris meer zienswijzen had moeten inwinnen dan die in het kader van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure zijn ingediend, vindt de Afdeling in het Commissiebesluit (in mijn ogen terecht) geen aanknopingspunten. Voor de benadering door de Afdeling valt veel te zeggen. Op grond van de Procedureverordening wordt een lidstaat gebonden door de door haar aanvaarde dienstige maatregelen. Het lijkt dan niet meer dan logisch om de door de lidstaat gedane toezeggingen als uitgangspunt te nemen voor de vraag of zij zich aan haar verplichtingen heeft gehouden. Daarmee is het nog geen geven dat de rechtbank een onjuiste toetsingsmaatstaf heeft gebruikt. Zoals hiervoor in § 6.2.3 is uiteengezet, kan voor de vraag of de steun nog mag worden uitgevoerd namelijk relevant zijn hoe de Commissie heeft geoordeeld over het vermogen van de dienstige maatregelen om haar zorgen over de verenigbaarheid van de steun weg te nemen.

Twee conclusies kunnen op basis van het bovenstaande in ieder geval worden getrokken. Ten eerste moet de Nederlandse rechter ermee rekening houden dat de manier waarop kan worden vastgesteld of een steunmaatregel door een besluit van de Commissie wordt 'gedekt' zal afhangen van de vraag of sprake is van bestaande steun of van nieuwe steun. Van mogelijk belang is namelijk niet de in het Commissiebesluit opgenomen beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel als zodanig, maar ook de inhoud van de (ook in het Commissiebesluit opgenomen) dienstige maatregelen die door de betrokken lidstaat zijn toegezegd. Ten tweede en belangrijker: De manier

268 Besluit van de Europese Commissie van 26 januari 2010 betreffende steunmaatregel E 5/2005 (ex NN 170b/2003) – Nederland – Jaarlijkse financiering van de Nederlandse publieke omroep, *PbEU* 2010, C 74/4, randnr. 264.

269 Rb Amsterdam 24 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8591 (*NPO*), r.o. 3.15.

270 *Idem*.

waarop wordt beoordeeld of een bestaande steunmaatregel nog mag worden uitgevoerd, is van meer dan alleen theoretisch belang. Onder omstandigheden zal het leiden tot een andere uitkomst van het geschil, en zal het dus aangewezen zijn om hierover een prejudiciële vraag te stellen.

Daarmee wordt toegekomen aan de vraag hoe de Nederlandse rechter het gevolg bepaalt van het (nog) niet (volledig) in de praktijk brengen van de aanvaarde dienstige maatregelen. De rechtbank heeft in het zojuist besproken geschil het bestreden besluit vernietigd en het betrokken bestuursorgaan de opdracht gegeven om een nieuw besluit te nemen, nu wel met inachtneming van de beoordeling door de Commissie. In een latere uitspraak in de zaak *Metterwoon*, een civiel kort geding, ziet het Haagse gerechtshof voor dergelijk vergaand optreden geen aanleiding.

Aan de orde is een steunregeling die door de Commissie in het kader van een procedure over bestaande steun is onderzocht. De Nederlandse Staat heeft zich er destijds onder meer toe verbonden een wettelijk onderscheid te maken tussen DAEB- en niet-DAEB-activiteiten. Met de aanvaarding van deze en andere dienstige maatregelen heeft de Nederlandse Staat de bij de Commissie aanwezige twijfels over de verenigbaarheid van de steun kunnen wegnemen, zoals is vastgelegd in het besluit van de Commissie waarmee de procedure over bestaande steun is afgerond.²⁷¹

In de zaak *Metterwoon* verzet een aantal verhuurders zich ertegen dat verdere steunmaatregelen worden getroffen zonder dat het door de Nederlandse Staat in het kader van de procedure over bestaande steun beloofde wettelijke onderscheid tussen DAEB- en niet-DAEB-activiteiten is gemaakt. Dit betekent, aldus het hof, 'echter niet automatisch dat deze bestaande steunmaatregelen niet (meer) mogen worden uitgevoerd, of dat deze ineens als nieuwe steun zouden moeten worden aangemerkt'.²⁷² Het hof ziet in de omstandigheid dat één van de aanvaarde dienstige maatregelen niet is nageleefd, al helemaal wanneer de Commissie voor de uitvoering daarvan geen termijn heeft gesteld, kortom geen aanleiding om verdere uitkering van de steun te blokkeren. In § 6.2.3 hierboven is uiteengezet dat op grond van de Europese jurisprudentie nog weinig duidelijkheid bestaat over de gevolgen die de nationale rechter aan de niet-naleving van dienstige maatregelen moet verbinden. Mocht over dit geschil tot aan de Hoge Raad worden doorgeprocedeerd, dan is het zaak dat de Hoge Raad hierover een prejudiciële vraag stelt. Hoe dan ook lijkt het hof aan te nemen dat de niet-nakoming van dienstige maatregelen niet per definitie gevolgen heeft voor de toelaatbaarheid van de steun.

271 Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:404 (*Metterwoon*).

272 Idem, r.o. 3.4.

Of, in de woorden van het hof: 'Het hof leest in de stellingen van partijen ook niet dat de Commissie in de bewuste beschikking zou hebben geoordeeld dat het Nederlandse systeem onverenigbaar is met de interne markt, indien niet wordt voldaan aan één of meer van de in die beschikking gestelde voorwaarden.'²⁷³ Het is daarbij het noemen waard dat dit oordeel past in de vaker in dit onderzoek geconstateerde trend dat de Nederlandse rechter niet snel lijkt te kiezen voor een interpretatie van het Nederlands of Europees recht die aan de uitvoering van een vermeende steunmaatregel in de weg staat.²⁷⁴

6.9 VRAGEN AAN DE EUROPESE COMMISSIE

In de paragrafen hierboven is de rolverdeling tussen de nationale rechter en de Europese Commissie besproken wanneer de rechter zich moet uitlaten over een vermeende steunmaatregel die de Commissie ook onderzoekt of heeft onderzocht, of die onder haar aandacht is gebracht. Daaruit is gebleken dat het (mogelijke) oordeel van de Commissie in de nationale procedure een belangrijke rol kan spelen. De Commissie kan ook op een andere belangrijke manier van invloed zijn op de uitkomst van een nationaal staatssteungeschil. De nationale rechter is namelijk bevoegd om aan de Commissie advies te vragen, hoewel hij dit weinig doet, zoals hieronder aan de orde komt. Sinds de modernisering van de Procedureverordening in 2013 kan de Commissie ook uit eigen beweging, als zogenaamde *amicus curiae*, opmerkingen bij de nationale rechter indienen. Die laatste situatie heeft zich in de Nederlandse staatssteunrechtspraak echter nog niet voorgedaan.²⁷⁵

In de volgende paragrafen komt aan de orde wanneer door de rechter een vraag wordt gesteld en hoe hij daarmee vervolgens omgaat. Daarbij wordt niet ingegaan op vragen over de uitleg van de *soft law* van de Commissie, nu daarop betrekking hebbende uitspraken buiten de reikwijdte van dit hoofdstuk vallen.²⁷⁶ Ook wordt geen aandacht besteed aan de voor het bestuursrecht relevante discussie of de rechter niet zelf de Commissie voor advies benadert maar aan een bestuursorgaan opdraagt om zo nodig zelf contact met de

²⁷³ Idem.

²⁷⁴ Zie bijv. in hoofdstuk 4 § 4.5.8 en in hoofdstuk 7 § 7.3.8 en § 7.4.9.

²⁷⁵ Wel overigens in het kader van het reguliere mededingingsrecht. Bijvoorbeeld controversieel: Hof Amsterdam 12 september 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB3356. Het Hof van Justitie heeft hierop in een prejudiciële procedure gereageerd: HvJ EU 11 juni 2009, nr. C-429/07 (*Belastingdienst/X BV*).

²⁷⁶ Het komt in dit soort zaken wel voor dat over die uitleg een vraag aan de Commissie wordt gesteld. Zie bijvoorbeeld CBb 14 december 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ5838 (*DSM*), AB 2007, 136, m.nt. W. den Ouden. Ook: CBb 10 juli 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB0096, AB 2008, 68, m.nt. P.C. Adriaanse en W. den Ouden.

Commissie op te nemen. Deze problematiek is al uitgebreid besproken in hoofdstuk 5.²⁷⁷

6.9.1 Vragen over de kwalificatie als staatssteun of het bestaan van een vrijstelling

In drie zaken (telkens van de bestuursrechter) heeft de Nederlandse rechter de Commissie benaderd met vragen over de kwalificatie van een maatregel als staatssteun of de toepasselijkheid van een bepaalde vrijstelling.²⁷⁸ Zij kunnen als uitzonderingen worden gezien: in de overgrote meerderheid van de uitspraken waarin het al dan niet bestaan van staatssteun aan de orde was, is geen vraag aan de Commissie gesteld. Natuurlijk is dat als zodanig niet problematisch; het zou eerder zorgwekkend zijn als een nationale rechter stelselmatig de Commissie in staatssteunzaken zou betrekken.

Voordat de Nederlandse rechter bereid is, de Commissie om advies te vragen, hoeft niet per se sprake te zijn van een duidelijk afgebakende vraag. In twee uitspraken bleek weliswaar over een specifieke en afgebakende vraag meningsverschil te bestaan.²⁷⁹ In een andere zaak heeft de rechter daarentegen juist een algemene vraag gesteld, die neerkwam op de vraag of de bestreden maatregel staatssteun inhield en zo ja, of sprake was van bestaande of nieuwe steun.²⁸⁰ Wel mag worden aangenomen dat de Nederlandse rechter weinig aanleiding zal zien om een vraag aan de Commissie te stellen wanneer de belangrijkste feiten en argumenten onvoldoende aannemelijk of onderbouwd zijn. Hoewel de vragen in de derde bestudeerde zaak vrij algemeen geformuleerd zijn, wijzen zowel de uitgebreide rechtsoverwegingen ten aanzien van de gestelde staatssteun als de diepgang van het uiteindelijke advies van de Commissie er namelijk op dat de vermeende schending van de staatssteunregels uitgebreid met feiten en argumenten is onderbouwd.²⁸¹ Deze vaststel-

277 Hoofdstuk 5, § 5.5.3.2 en § 5.5.4. Herinnerd wordt aan de door De Moor-van Vugt 2015, p. 606 geopperde mogelijkheid dat partijen onder omstandigheden de voorkeur zouden kunnen geven aan een dergelijke benadering boven de benadering waarin de rechter de Commissie zelf om advies vraagt.

278 Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*); ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*Open Universiteit Nederland*); ABRvS 11 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3598 (*Luchtvaartterrein Eelde*). Ten aanzien van de uitspraak van 28 maart 2013 heeft een van de verwijzende rechters naderhand aangegeven het nuttig te vinden om de Commissie *als auteur van de vrijstellingsbesluiten* om uitleg te vragen. Geursen en de Muynck 2015, p. 17. Van Herwijnen 2015, p. 231, acht het met de potentiële toename van vrijgestelde steun ten behoeve van de rechtszekerheid van belang dat de Nederlandse rechter de Commissie vaker om advies vraagt.

279 Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*); ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*Open Universiteit Nederland*).

280 ABRvS 11 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3598 (*Luchtvaartterrein Eelde*).

281 Idem, r.o. 2.21.4.2.

ling is niet onbelangrijk, nu uit het in hoofdstuk 5 weergegeven onderzoek blijkt dat de meeste staatssteungeschillen voor de Nederlandse rechter lijken stuk te lopen op een gebrek aan onderbouwing of aannemelijkheid, zodat in veel zaken waarschijnlijk onvoldoende informatie beschikbaar is om ook maar te overwegen of een adviesvraag wenselijk is.

In de drie gevallen waarin de rechter de Commissie om advies heeft gevraagd, heeft de Commissie telkens een uitgebreid en op de feiten toegespitst antwoord gegeven.²⁸² Mogelijk heeft de Commissie eerder geuite kritiek, dat antwoorden van de Commissie te algemeen zouden zijn en nauwelijks nuttige aanknopingspunten voor de rechter zouden bevatten, ter harte genomen.²⁸³ Uit de bestudeerde uitspraken blijkt dat de rechter het (grondige) antwoord van de Commissie vervolgens ook vrij gemakkelijk volgt.²⁸⁴ Dat geldt nog het minst voor de Afdeling in een uitspraak over een luchtvaartterrein bij Eelde. De Afdeling betreft daar de door de Commissie gegeven uitleg 'in aanvulling op hetgeen' zij daarvoor heeft overwogen over de staatssteunconformiteit van de betrokken maatregel.²⁸⁵ In de andere twee uitspraken leunt het oordeel van de rechters nog sterker op het door de Commissie gegeven antwoord. Zo overweegt de rechtbank Rotterdam na uitvoerig citeren van het advies van de Commissie simpelweg dat zij de redenering van de Commissie zal volgen.²⁸⁶

Dit beeld bevestigt de hierboven in § 6.2.4 geuite zorg dat adviezen van de Commissie ondanks dat zij juridisch niet binden, mede dankzij de zogenaamde kennisparadox grote invloed kunnen hebben op de rechterlijke uitspraak – mogelijk zelfs in die mate dat wel van *de facto* verbindendheid kan worden gesproken.²⁸⁷ Een mooi voorbeeld van de spanningen die dit oplevert is een uitspraak van de Afdeling over de bekostiging van het hoger onderwijs.²⁸⁸ In deze uitspraak heeft de Afdeling het antwoord van de Commissie op haar vragen met zoveel woorden als basis voor haar verdere beoordeling

282 Zoals ook toegejuicht door P.C. Adriaanse, 'Noot bij ABRvS (2008-07-11)(Vernietiging bestreden besluit omtrent verlenging start- en landingsbaan vliegveld Eelde)', *AB* 2008, 371, aant. 4.

283 Dergelijke kritiek is onder meer geuit door P.C. Adriaanse en W. den Ouden, 'Noot bij CBb (2007-07-10)(Beantwoording vragen van het CBB door de Europese Commissie)', *AB* 2008, 68, aant. 3.

284 Vgl. Drijber en Dictus 2014, p. 31.

285 ABRvS 11 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3598 (*Luchtvaartterrein Eelde*), r.o. 2.21.4.2.

286 Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*), r.o. 9.4.

287 Vgl. Wright 2010, p. 757, in de context van het reguliere mededingingsrecht. Het is volgens haar waarschijnlijker dat een nationale rechter het advies van de Commissie transponeert 'where the judge is less experienced in competition law or at judging economic evidence, where the court is more willing to apply an interpretation of Union law by a Union institution (albeit from the Commission rather than the CJEU), or for reasons of convenience. If the Commission's "expert" interpretation seems reasonable, there may be little incentive to look for an alternative.'

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

genomen, en dat heeft tot de nodige kritiek geleid.²⁸⁹ De kritiek luidt niet dat de Afdeling het advies van de Commissie verkeerd heeft geïnterpreteerd of toegepast, maar dat de Commissie, in haar antwoord op een door de Afdeling gestelde vraag, een van de relevante mededeling en rechtspraak van het Hof (iets) afwijkend beoordelingskader heeft gebruikt. Ook ten aanzien van een ander geschil is in de literatuur opgeworpen dat het advies van de Commissie evengoed anders had kunnen luiden.²⁹⁰

Het zou volgens de annotatoren om die reden gelukkiger zijn geweest als de Afdeling hierover alsnog een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie had gesteld.²⁹¹ Echter, er bestaan verschillende logische redenen waarom een rechter in een geval als hierboven niet tot het inleiden van een prejudiciële procedure zou overgaan. Ten eerste is de procedure door de vraag aan de Commissie al vertraagd en kan het onwenselijk zijn om dat opnieuw, en nu voor nog langere tijd, te doen. Ten tweede blijkt uit de vraag aan de Commissie al dat de Afdeling twijfels heeft over het juiste toe te passen beoordelingskader. De Afdeling zal dan ook moeilijk kunnen inschatten of het door de Commissie gehanteerde beoordelingskader het juiste is of dat toch een prejudiciële vraag moet worden gesteld. Waarom de Commissie om opheldering vragen als die opheldering vervolgens weer ter toetsing aan het Hof van Justitie moet worden voorgelegd? Dat zou wel heel besluiteloos overkomen, en hoewel het uit Europeesrechtelijk perspectief veilig is om bij twijfel een prejudiciële vraag te stellen, kan het juist de inzet van één van de partijen zijn om twijfel te zaaien om de procedure te vertragen door op een dergelijke vraag aan te sturen.²⁹²

Een ander interessant punt op basis van de hierboven besproken uitspraken is dat de betrokken rechters voor het stellen van een adviesvraag hebben gekozen hoewel daarvoor, zoals toegelicht in § 6.3, geen grondslag in het Nederlands recht bestaat.²⁹³ De vraag die zich aandient is in hoeverre het ontbreken van een dergelijke grondslag andere rechters ervan zal hebben weerhouden om ook een vraag aan de Commissie voor te leggen. Aan de ene kant heeft de Nederlandse rechter met de prejudiciële procedure van artikel

289 Aan de orde was Mededeling van de Commissie van 11 januari 2011 betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, *PbEU* 2012, L 8/4.

290 Schotanus 2013, met betrekking tot Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*).

291 T. Barkhuysen en M. Claessens, 'Noot bij ABRvS (2013-01-30) (Hoger onderwijs. Beoordeling macrodoelmatigheid en staatssteun bij een opleiding van de Open Universiteit)', *AB* 2014, 344, aant. 8.

292 Hiermee wil ik niet suggereren dat dit naar mijn mening in de procedure voor de Afdeling het geval was. Martin-Ehlers 2014b, p. 75, verwijst wel naar een Duitse zaak waarin de rechter na het antwoord van de Commissie op een adviesvraag gelijk een prejudiciële vraag stelde. Volgens Martin-Ehlers is hier sprake van een duidelijke onwil aan de zijde van de betrokken rechter om het staatssteunrecht loyaal toe te passen.

293 Vgl. Conclusie van A-G Wattel 22 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2206 (*X/Staatssecretaris van Financiën*), ov. 8.12.

267 VWEU al ervaring met het nemen van verwijzingsbeslissingen zonder dat daarvoor een expliciete nationale grondslag bestaat. Aan de andere kant ligt de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen besloten in een Europeesrechtelijke verdragsbepaling, terwijl de mogelijkheid om de Commissie te benaderen tot recent alleen nog besloten lag in een Commissiemededeling. Nu deze mogelijkheid is opgenomen in artikel 29 lid 1 Pvo, zou een eventuele aarzeling om zonder nationale grondslag de Commissie te benaderen kleiner moeten zijn.

Hoewel daarvoor in de Nederlandse regelgeving geen expliciete verplichting bestaat, wordt aan alle partijen in de drie hierboven besproken zaken telkens de gelegenheid geboden om op het antwoord van de Commissie, en op elkaars reacties daarop, te reageren. Voor zover dit uit de uitspraken kan worden afgeleid, gaat het om dezelfde waarborgen die ten aanzien van reguliere mededingingszaken zijn neergelegd in artikel 8:45 lid 6 Awb. Deze constatering kan ook van belang zijn bij de – in de bestudeerde periode niet voorgekomen en in het Nederlands recht nog ongeregelde situatie – dat de Commissie op grond van de Procedureverordening wil optreden als *amicus curiae* in een Nederlands staatssteungeschil.

6.9.2 Vragen over de stand van zaken van het onderzoek van de Commissie

Het komt niet zelden voor, zoals uit dit hoofdstuk inmiddels is gebleken, dat de Nederlandse rechter over een staatssteungeschil uitspraak moet doen terwijl de vermeende steunmaatregel inmiddels ook onder de aandacht van de Commissie is gekomen. Hoewel de rechter in ieder geval tot aan de inleiding van de formele onderzoeksprocedure een zelfstandige taak heeft om de naleving van de standstillbepaling te waarborgen, kan het zinvol zijn om de Commissie te vragen naar de stand van zaken van het bij haar lopende onderzoek. De Commissie noemt ook zelf expliciet de mogelijkheid om over de voortgang van dat onderzoek informatie in te winnen.²⁹⁴

De vraag in hoeverre de Nederlandse rechter van de mogelijkheid gebruik maakt om de Commissie in zulke gevallen te benaderen voor advies levert een gemengd beeld op. In de meeste zaken kiest de rechter ervoor om de Commissie niet te benaderen.²⁹⁵ Dat geldt ook in gevallen waarin de rechter het hypothetisch oordeel van de Commissie (§ 6.5.3) of diens voorlopige uitlatingen (§ 6.5.2) in zijn oordeel betreft. Dat geldt zelfs wanneer één van de partijen specifiek om het stellen van vragen heeft verzocht.²⁹⁶ Dit is ge-

294 Mededeling 2009, randnr. 83.

295 Bijv. expliciet in: Rb Oost-Brabant 16 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:756 (*Energielaadpunten*), r.o. 20.

296 Rb 's-Gravenhage 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBGR:2007:BB1424 (*NEA*), r.o. 4.9.

oorloofd: er bestaat per slot van rekening geen verplichting om de Commissie om advies te verzoeken.

In een enkel geval heeft de burgerlijke rechter wel de Commissie benaderd met vragen over de stand van zaken van haar onderzoek. Dat is het geval in de zaak *Shanks* die in het begin van dit hoofdstuk als voorbeeld is gebruikt.²⁹⁷

Ter herinnering: een aantal Brabantse gemeenten heeft een overeenkomst gesloten met afvalverwerker Attero. Volgens concurrent Shanks leidt de overeenkomst tot onrechtmatige staatssteun. Shanks dient daarom een klacht in bij de Europese Commissie en dagvaardt de gemeenten en Attero voor de burgerlijke rechter. De Commissie geeft aan dat de overeenkomst geen staatssteun lijkt in te houden en dat de klacht als ingetrokken zal worden beschouwd tenzij Shanks nadere onderbouwing kan aanleveren. Dat doet Shanks, maar ten tijde van de zitting bij het Hof Den Bosch is de reactie van de Commissie daarop nog niet bekend.

In het tussenarrest in de zaak *Shanks* heeft het hof Shanks opgedragen nadere inlichtingen te verstrekken over de stand van zaken met betrekking tot de bij de Commissie ingediende klacht en overwogen om zo nodig inlichtingen te vragen bij de Commissie zelf. Naar aanleiding van de door Shanks overgelegde correspondentie met de Commissie kan blijkbaar niet in voldoende mate worden afgeleid of, wanneer en met welke uitkomst de Commissie op de ingediende klacht zal reageren. Daarom heeft het hof in de op het tussenarrest volgende uitspraak besloten om aan de Commissie een vraag voor te leggen. Concreet vraagt het hof of tussen de Commissie²⁹⁸ en de advocaat van Shanks verdere correspondentie is gevoerd, of de klacht inmiddels is ingetrokken en zo nee, of inzake de klacht een beslissing is genomen en hoe deze luidt, dan wel of een beslissing op handen is en op welke termijn deze kan worden verwacht.²⁹⁹ De zaak wordt naar de rol verwezen.³⁰⁰

Hoe het antwoord van de Commissie luidt en hoe het hof uiteindelijk zal oordelen, moet nog blijken. Wel kan het volgende al worden opgemerkt. Ten eerste valt op dat het hof expliciet aangeeft dat alle partijen hebben ingestemd

297 Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:540 (*Shanks*), r.o. 7.7. De in de inleiding genoemde uitspraak Hof 's-Hertogenbosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281 (*Shanks*) betrof de tussenuitspraak.

298 In het bijzonder: het Directoraat Generaal Concurrentie.

299 Een eventuele vraag over de bij de Commissie bekende informatie op basis van de klacht en mogelijk marktonderzoek lijkt me niet voor de hand te liggen en is ook niet gesteld. In de aard van de civiele procedure past immers dat de partijen zelf de voor het rechterlijk oordeel relevante informatie aanvoeren. Zie nader hoofdstuk 5, § 5.3.3.

300 De zitting was blijkens de uitspraak gepland op 16 juni 2015. Bij het afsluiten van dit onderzoek op 15 juli 2016, meer dan een jaar na dato, is bij mijn weten geen verdere uitspraak gepubliceerd.

met het vragen van informatie over de stand van zaken bij de Europese Commissie.³⁰¹ Dit past in het beeld dat de Nederlandse rechter het van belang vindt om de mogelijkheid om bij de Commissie advies in te winnen met de nodige procedurele waarborgen te omkleden. Verder valt het op dat het hof bij de beslissing om een vraag aan de Commissie voor te leggen naar de Commissiemededeling uit 2009 over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties verwijst. Dat in het Nederlands (burgerlijk) recht geen expliciete grondslag voor het stellen van vragen aan de Commissie in staatssteungeschillen bestaat, lijkt dus ook hier³⁰² geen principiële problemen op te leveren. Ten slotte kan de eerder in dit hoofdstuk bereikte conclusie, dat de burgerlijke rechter geneigd is om uit een negatieve voorlopige reactie van de Commissie af te leiden dat van staatssteun (waarschijnlijk) geen sprake is,³⁰³ in het licht van deze uitspraak iets worden genuanceerd. Het hof blijkt hier immers bereid om een vraag aan de Commissie voor te leggen (en daarmee de procedure aanzienlijk te verlengen) terwijl de Commissie voorlopig heeft geconcludeerd dat de bestreden maatregel a priori geen steun oplevert.

Ook het CBb heeft een vraag gesteld over de stand van zaken van een procedure bij de Commissie.³⁰⁴ In deze zaak heeft de stichting Thuiszorgservice een klacht ingediend bij de Europese Commissie en een bestuursrechtelijke procedure gestart vanwege een vermeende schending van de standstill-bepaling. De wijze waarop de activiteiten van twee gesubsidieerde stichtingen zouden worden overgedragen zou namelijk niet marktconform zijn. Thuiszorgservice verzoekt het CBb om de zaak op te schorten totdat duidelijker is hoe de situatie zich zal ontwikkelen. Het College, zich bewust van zijn doorlooptijden, heeft uiteindelijk de Commissie benaderd met de vraag of over de klacht op korte termijn een besluit zou worden genomen. Wanneer dat niet het geval blijkt, laat het College de zaak toch op zitting komen.

Dat het College in deze zaak een vraag aan de Commissie heeft gesteld, is opmerkelijk. Het komt namelijk nauwelijks voor dat de bestuursrechter met parallelle procedures wordt geconfronteerd. De bestuursrechter wordt met andere woorden niet vaak in de gelegenheid gesteld om over het verloop van het onderzoek bij de Commissie navraag te doen. Mogelijk verklaart juist die omstandigheid de bereidheid van het College om advies in te winnen: nu het niet vaak voorkomt dat naast het instellen van een bestuursrechtelijke procedure ook een klacht bij de Commissie is ingediend, bestaat mogelijk meer aanleiding om die klacht serieus te nemen. Dat het College de Commissie heeft benaderd over de stand van zaken van het onderzoek, kan erop duiden dat het College bereid zou zijn geweest de zaak nog iets langer aan te houden

301 Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:540 (*Shanks*), r.o. 7.5.

302 Net als in de hierboven in § 6.9.1 genoemde gevallen.

303 Zie hierboven § 6.5.2.

304 CBb 13 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6991 (*Thuiszorg Service Nederland*).

als de Commissie op het punt had gestaan om een beslissing te nemen naar aanleiding van de ingediende klacht. Het antwoord van de Commissie, dat een beslissing nog op zich zal laten wachten, heeft (niet heel verbazingwekkend) een tegenovergesteld effect. Het College heeft naar aanleiding daarvan besloten om de zaak zelf af te handelen en het beroep van Thuiszorgservice niet-ontvankelijk te verklaren vanwege het ontbreken van procesbelang. Het uitblijven van enig optreden van de Commissie naar aanleiding van de klacht zal niet hebben bijgedragen aan het gevoel van urgentie bij het College om de rechten van Thuiszorgservice hangende een eindoordeel van de Commissie te beschermen.³⁰⁵

6.9.3 Vragen over de inhoud van een Commissiebesluit

Eerder in dit hoofdstuk is beschreven dat over de uitleg van goedkeuringsbesluiten in Nederlandse procedures nogal eens discussie wil bestaan.³⁰⁶ Een logische oplossing in dat soort gevallen lijkt in dat geval het benaderen van de Commissie met de vraag wat zij dan precies heeft bedoeld goed te keuren. Zo'n benadering had zeker voor de hand gelegen in de zaak over de zogenaamde Vogelaarheffing,³⁰⁷ maar ook in het geschil voor het College waarin aan de orde was of de Commissie een bepaalde regeling bij haar beoordeling van een steunmaatregel had meegenomen, waardoor het bestaan van ongeoorloofde cumulatie zou kunnen worden uitgesloten.³⁰⁸ In deze geschillen is de Commissie niet met vragen benaderd.³⁰⁹

In 2015 heeft de Afdeling voor het eerst gekozen om met de Commissie contact op te nemen ten behoeve van de uitleg van een besluit. Het gaat om de zaak *Zorg en Zekerheid*, waarin een bestuursorgaan een op basis van de

305 A.J. Metselaar en W. den Ouden, 'Noot bij CBb (2012-09-13)(Procesbelang)', *AB* 2013, 115, aant. 4.

306 In § 6.8.1 en § 6.8.2.

307 Zie daarover S.C.G. Van den Bogaert en A.J. Metselaar, 'Noot bij ABRvS (2011-11-02)(Staatssteun. de door het Centraal Fonds opgelegde 'Vogelaarheffing' is niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel, de Europese staatssteunregels en art. 1 Eerste Protocol EVRM)', *AB* 2012, 156, p. 980 (aant. 5).

308 CBb 16 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2001:BP6917 (*MEP subsidie*). Zie ook Rb 's-Gravenhage 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB1424 (*NEA*). Aan de orde was de vraag of de betwiste steunmaatregel kon worden geacht binnen een eerdere goedkeuring van de Commissie te vallen. De betwiste maatregel was om die reden door de Staat bij de Commissie aangemeld. De Commissie was in die situatie niet alleen bij uitstek in staat om meer duidelijkheid te geven over de geoorloofdheid van de maatregel, zij was ook op de hoogte gesteld van die maatregel en had zich daarover ook al een oordeel kunnen vormen. Nu de Staat wel ondertussen haar verplichtingen op basis van het vonnis was nagekomen, was een spoedige uitspraak m.i. niet absoluut noodzakelijk en had de rechtbank, die daartoe door de Staat was verzocht, er beter aan gedaan om een vraag te stellen aan de Commissie.

309 De rechtbank Rotterdam heeft dat wel overwogen in Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*), r.o. 4.24.

Zorgverzekeringswet uitgekeerde bijdrage lager heeft vastgesteld en teruggevorderd omdat de bijdrage zou zijn uitgekeerd in strijd met het goedkeuringsbesluit van de Commissie.³¹⁰ Omdat over de uitleg van het goedkeuringsbesluit discussie bestond, heeft de Afdeling gekozen om daarover een vraag te stellen. Daarbij is het adviesverzoek gebaseerd op de gewijzigde Procedureverordening, waarin de mogelijkheid tot het benaderen van de Commissie sinds 2013 voor het eerst expliciet is opgenomen. Van belang is ook dat de Afdeling, net als in de hiervóór besproken bestuursrechtelijke zaken, beide partijen de gelegenheid heeft gegeven om op het advies van de Commissie te reageren. Zorg en Zekerheid, de onderneming die de ten onrechte ontvangen bijdrage zou moeten terugbetalen, heeft in haar reactie betoogd dat de Commissie ten onrechte heeft gesteld dat zij zich niet zou mogen beroepen op het vertrouwensbeginsel en dat de Afdeling hierover prejudiciële vragen zou moeten stellen.³¹¹ Hoewel de Afdeling er uiteindelijk voor kiest om geen prejudiciële vragen te stellen, val het op dat zij tot dit oordeel komt op basis van een uitleg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie en dus niet klakkeloos aansluit bij het oordeel van de Commissie.

Zo blijkt het dat de hierboven geuite zorg, dat het voor de Nederlandse rechter moeilijk kan zijn om de juistheid en relevantie van het oordeel van de Commissie op waarde te schatten, wat kan worden gerelativeerd. Er bestaat in ieder geval enige ruimte om knelpunten van dat advies aan de orde te stellen wanneer partijen de gelegenheid hebben (en daarvan gebruik maken) om op het advies te reageren. Helemaal verdwenen is de zorg daarmee nog niet. Immers: het kunnen reageren op het advies heeft de onderneming Zorg en Zekerheid er niet voor kunnen verhoeden dat het steunbedrag moet worden terugbetaald. Daarnaast gaat het hier in die zin om een bijzondere situatie dat het ter discussie staande element uit het advies van de Commissie, de toepassing van het vertrouwensbeginsel, in de Europese jurisprudentie al duidelijk is uitgekristalliseerd en ook in de rechtspraak van de Afdeling al uitgebreid aan de orde is gekomen.³¹² Dat was niet het geval in de twee uitspraken waarin (pas) in de annotatie vraagtekens werden gesteld bij de manier waarop de Commissie het Unierecht in haar advies heeft uitgelegd.³¹³

310 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*).

311 Idem, r.o. 5.

312 Zie ook J.E. van den Brink en W. den Ouden, 'Annotatie bij ABRvS (2015-04-15)(Geen gewettigd vertrouwen)', *AB* 2015, 226, aant. 4.

313 T. Barkhuysen en M. Claessens, 'Noot bij ABRvS (2013-01-30)(Hoger onderwijs. Beoordeling macrodoelmatigheid en staatssteun bij een opleiding van de Open Universiteit)', *AB* 2014, 344; Schotanus 2013, p. 128 e.v.

6.10 SLOTBESCHOUWING

Het doel van dit hoofdstuk was te onderzoeken hoe de Nederlandse rechter invulling geeft aan zijn juridische verhouding tot de Europese Commissie wanneer zij beide bevoegd zijn om zich over de staatssteunconformiteit van een bepaalde handeling uit te laten. Die juridische verhouding kan zich op verschillende manieren manifesteren. Het is ten eerste mogelijk dat de Commissie van een bepaalde vermeende steunmaatregel op de hoogte is (gebracht) terwijl de nationale rechter deze ook onderzoekt. De Commissie kan ten aanzien van die vermeende steunmaatregel zelfs al twijfels hebben uitgesproken over de verenigbaarheid daarvan met de interne markt, en de formele onderzoeksprocedure hebben ingeleid. De Commissie kan ook een onderzoek hebben ingeleid naar de verenigbaarheid van bestaande steunmaatregelen, waarvoor de opschortingsplicht niet geldt en ten aanzien waarvan de Nederlandse rechter dus een andere taak heeft. Ten tweede kan de Commissie een bindend eindbesluit hebben genomen waarbij de steunmaatregel wordt goedgekeurd, of waarbij de steun onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard. Ten derde kan de Commissie, ook zonder zelf een bestreden steunmaatregel te onderzoeken of te hebben onderzocht, een adviserende functie innemen. Zij kan vragen van nationale rechters beantwoorden of uit eigen beweging opmerkingen indienen.

Elk van deze manifestaties biedt voor de Nederlandse rechter eigen uitdagingen, mogelijkheden en vragen. Op basis van het in dit hoofdstuk uitgevoerde onderzoek mag worden geconcludeerd dat de Nederlandse rechter de Europese Commissie in staatssteunzaken nauwelijks kan, en ook niet wil, negeren. De daadwerkelijke, voorlopige en zelfs hypothetische oordelen van de Commissie kunnen bij de beoordeling van staatssteungeschillen voor de Nederlandse rechter een buitengewoon belangrijke rol innemen. Hier zit een belangwekkende spanning: enerzijds blijkt de manier waarop de Commissie een vermeende steunmaatregel beoordeelt of (mogelijk) zal beoordelen van groot belang. Anderzijds toont de Nederlandse rechter zich – terecht – niet volledig afhankelijk van het mogelijk optreden van de Commissie en maakt hij nauwelijks gebruik van de mogelijkheid om de Europese Commissie met vragen te benaderen. Hij lijkt, terecht, een pragmatische middenweg te zoeken tussen slaafs volgen van de Commissie en geheel zelfstandig opereren. Beide uitersten zijn onwenselijk en doen geen recht aan de realiteit. Belangrijker nog in dit juridisch onderzoek: beide uitersten zijn door het Hof van Justitie afgewezen.

Hoe moet de Nederlandse rechter naar Europees recht de balans tussen deze twee uitersten treffen, welke problematiek komt hij daarbij tegen en welke keuzes maakt hij? Deze vragen stonden in dit hoofdstuk centraal. De belangrijkste conclusies worden nu puntsgewijs weergegeven.

De juridische verhouding tussen de Commissie en de rechter, met hun 'aanvullende en onderscheiden taken', is uit Unierechtelijk perspectief maar tot op zekere hoogte helder en levert voor het overige nog veel onbeantwoorde vragen op.

De vraag hoe vanuit Unierechtelijk perspectief de juridische verhouding tussen de Europese Commissie en de nationale rechter moet worden vormgegeven, is besproken in § 6.2. De waarschijnlijk belangrijkste leidraad voor de nationale rechter is dat hij moet voorkomen dat hij, al dan niet indirect, treedt in een beoordeling van de verenigbaarheid van een steunmaatregel. Hij dient daarentegen rechtsbescherming te bieden tegen schendingen van de standstillbepaling, en dus wel gevolgen te verbinden aan de onrechtmatigheid van een steunmaatregel. Dat is een betrekkelijk zelfstandige taak. De tendens lijkt echter te zijn om de rol van de nationale rechter, op grond van het loyaliteitsvereiste en de nuttige werking van de opschortingsplicht, verder ondergeschikt te maken aan die van de Commissie. Dit heeft tot gevolg dat de juridische verhouding tussen de rechter en de Commissie, die sowieso al in redelijk losse penseelstreken lijkt te zijn opgetekend, er niet veel duidelijker op wordt. Dit vertaalt zich ook naar de rechtspraak van de Nederlandse rechter. Ook waar de 'basisverhouding' tussen de rechter en de Commissie in grote lijnen juist wordt weergegeven (op een paar belangrijke uitzonderingen na), blijkt het moeilijk te zijn om in concrete gevallen precies vast te stellen hoe de rechter zich tot de Commissie verhoudt. Een specifieke vraag die op basis van het verrichte onderzoek beantwoording behoeft, is welke gevolgen de nationale rechter moet verbinden aan afwijkingen van (impliciete) voorwaarden van goedkeuringsbesluiten of vrijstellingen. Daaraan verbonden is de vraag of alle afwijkingen, hoe gering ook, tot deze gevolgen moeten leiden, en in hoeverre een dergelijke afwijking nog kan worden gerepareerd. Een prejudiciële vraag zou hier op zijn plek zijn.

Hoewel de nationale rechter niet zelf in de beoordeling van de verenigbaarheid van een steunmaatregel mag treden, is het niet realistisch om aan te nemen dat hij zijn taak zou kunnen beperken tot het enkel nagaan 'of aan alle [in het goedkeuringsbesluit] genoemde voorwaarden is voldaan'.

Het gaat dan om geschillen waarin wordt aangevoerd dat een daadwerkelijk uitgevoerde steunmaatregel buiten de goedkeuring van de Commissie valt. Wil de rechter de juistheid van dit betoog beoordelen, dan ontkomt hij er nauwelijks aan om bij een uitleg van het Commissiebesluit op zijn minst indirect uitspraak te doen over de verenigbaarheid van de steunmaatregel. Dat is een exclusieve taak van de Europese Commissie. Van deze problematiek toont de Nederlandse rechter zich bewust, hoewel de precieze benadering in dit soort zaken nog van rechter tot rechter en van geschil tot geschil verschilt. Bij het uitleggen van goedkeuringsbesluiten zoekt de Nederlandse rechter begrijpelijkerwijs een pragmatische middenweg tussen, enerzijds, een restrictieve uitleg van Commissiebesluiten en de noodzaak om de Commissie bij elke twijfel om advies te vragen en, anderzijds, een teleologische benadering waarbij

wordt aangesloten bij hetgeen de Commissie zou hebben bedoeld goed te keuren. Deze keuze van de rechter is begrijpelijk, maar zij kan het op de standstillbepaling gebaseerde systeem van voorafgaande goedkeuring op de schop zetten. De bestudeerde rechtspraak laat dan ook zien hoe belangrijk het is dat over de verhouding tussen de rechter en de Commissie op dit punt meer duidelijkheid komt.

Hoewel de rechter niet mag anticiperen op een positief besluit van de Commissie, is het logisch dat hij houvast zoekt bij het voorlopig of zelfs hypothetisch oordeel van de Commissie over de vraag of een bepaalde maatregel kwalificeert als onrechtmatige staatssteun.

De Commissie heeft verreweg de meeste expertise bij het uitvoeren van deze kwalificatie. Daarnaast zal de rechter zich ervan bewust zijn dat het eventuele toekomstige oordeel van de Commissie 'voorgaat'. Er bestaat reden om aan te nemen dat hij wil voorkomen dat hij tot een ander oordeel dan de Commissie komt. Dat zal vooral het geval zijn wanneer de rechter aanwijzingen heeft dat de Commissie een bestreden maatregel niet als staatssteun zal kwalificeren. Doet de rechter dat wel, dan heeft dit voor de begunstigde vergaande consequenties (de stopzetting en zelfs terugvordering van de verleende steun). In het vorige hoofdstuk is al geschreven dat de Nederlandse rechter er gezien deze ingrijpende consequenties voor zal waken om het bestaan van onrechtmatige staatssteun te gemakkelijk aan te nemen. Dat zal al helemaal gelden wanneer de mogelijkheid bestaat dat de Commissie zelf tot de conclusie zal komen dat van een schending van de standstillbepaling geen sprake is. Deze omstandigheden maken dat de rechter geneigd zal zijn, en dat vaak ook is, om bij het voorlopige of zelfs hypothetische oordeel van de Commissie over de vermeende steunmaatregel aansluiting te zoeken. In de meeste gevallen weerhoudt dit de rechter er niet van om zelf te beoordelen of een schending van de standstillbepaling aannemelijk is. Het oordeel van de Commissie vormt dan een belangrijke leidraad of indicatie. Zo lang gedupeerden van een vermeende schending van de standstillbepaling bij de Nederlandse rechter rechtsbescherming kunnen vragen en niet de eindbeslissing van de Commissie hoeven af te wachten, verzet het Unierecht zich niet tegen een dergelijke benadering.

De burgerlijke rechter en de bestuursrechter worden geconfronteerd met andere vragen over hun verhouding tot de Europese Commissie.

Het valt op dat de problematiek van parallelle procedures vooral bij de burgerlijke rechter voorkomt. Daar is veel vaker dan voor de bestuursrechter aan de orde hoe de rechter om moet gaan met de omstandigheid dat een bij hem aangevochten vermeende steunmaatregel ook bij de Commissie onder de aandacht is gebracht. De problematiek van het toepassen en uitleggen van goedkeuringsbesluiten komt daarentegen nagenoeg alleen in de rechtspraak van de bestuursrechter voor. Net als in andere hoofdstukken komt de belasting-

rechter nauwelijks aan bod. Het valt moeilijk te zeggen waarom de casuïstiek voor de verschillende rechters zo verschilt. Dat vooral de burgerlijke rechter te maken krijgt met de problematiek van parallelle procedures, valt mogelijk te wijten aan een arrest van de Hoge Raad in de zaak *AZ*, waardoor het mogelijk oordeel van de Commissie in civiele zaken een veel belangrijkere rol is gaan innemen (en van het indienen van een klacht veel meer heil wordt verwacht). Of dat het verschil volledig verklaart, valt moeilijk met zekerheid te zeggen. Dat de bestuursrechter vaker met een goedkeuringsbesluit wordt geconfronteerd, valt wat gemakkelijker te verklaren. Vaak gaat het daarbij namelijk om subsidiezaken. Subsidies zullen snel staatssteun opleveren en dus bij de Commissie worden aangemeld en pas na goedkeuring worden uitgevoerd. Nu de bestuursrechter bevoegd is om in subsidiezaken uitspraak te doen, zal het deze rechter zijn die het vaakst met de toepassing van een goedkeuringsbesluit te maken krijgt. Het verschil in casuïstiek tussen de twee rechters betekent dat het moeilijk is om belangrijke verschillen in benadering te signaleren, omdat zij nauwelijks in de zelfde soorten zaken uitspraak doen.

Wat zegt dit alles over de manier waarop de Nederlandse rechter invulling geeft aan zijn verhouding tot de Europese Commissie? Waar de Nederlandse rechter zijn rol ten opzichte van die van de Commissie moet bepalen, is hij zich enerzijds bewust van de expertise van de Commissie, haar exclusieve bevoegdheden en haar macht om uiteindelijk bindend uitspraak te doen over de geoorloofdheid van een vermeende steunmaatregel (hoewel het Hof van Justitie zich daarover in laatste instantie uitspreekt). Anderzijds is de rechter zich bewust van zijn onafhankelijke taak om hangende het oordeel van de Commissie rechtsbescherming te bieden en het voor zich liggende geschil op te lossen. Tussen deze aspecten van de verhouding tussen de rechter en de Commissie bestaat een zekere spanning. Deze wordt erdoor vergroot dat zelfs onherroepelijke eindbeslissingen van de Commissie niet altijd volledige duidelijkheid kunnen geven over het oordeel van de Commissie in een concreet voorliggende casus.

De spanning die de juridische verhouding tussen de Europese Commissie en de Nederlandse rechter kenmerkt zou enigszins kunnen worden verlicht door (bijvoorbeeld via Europese regelgeving, een uitgebreider arrest van het Hof van Justitie of een mededeling van de Commissie) over die precieze verhouding meer duidelijkheid te verschaffen, met name in het licht van de in dit hoofdstuk geconstateerde knelpunten. Een andere mogelijke oplossing is dat de rechter in geval van twijfel over de opvatting van de Commissie in beginsel de Commissie om advies vraagt of een prejudiciële vraag stelt. Dat is als structurele oplossing echter weinig zinvol. Het stelselmatig invoeren van advies leidt aan beide kanten immers tot onevenredig veel inspanningen en doet weinig recht aan de complexe werkelijkheid en de rol van de onafhankelijke nationale rechter, die in gevallen van onzekerheid en onenigheid per slot van rekening bij uitstek geschikt is om binnen de grenzen van het loyaliteits-

teitsvereiste knopen door te hakken. Bij gebrek aan een definitieve oplossing lijkt de Nederlandse rechter deze spanning voorlopig het hoofd te bieden door een lijn die het best valt te beschrijven als 'loyaal en pragmatisch', waarbij de mogelijke beoordeling van de Commissie terecht niet uit het oog wordt verloren maar evenmin klakkeloos wordt gevolgd.