



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

9 | Conclusie

9.1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is vanuit verschillende perspectieven een antwoord gezocht op de volgende onderzoeksvraag:

Welke rol vervult de Nederlandse rechter bij de handhaving van de Europese staatssteunregels en hoe wordt deze rol beïnvloed door de enerzijds nationale en anderzijds Europese juridische context waarin hij opereert?

Deze centrale onderzoeksvraag is in § 1.4 aangescherpt met de volgende deelvragen:

- Welke rol kan, dan wel moet, de Nederlandse rechter bezien vanuit het Unierecht bij de handhaving van de Europese staatssteunregels vervullen?
- Welke regels en uitgangspunten van Nederlands bestuurs(proces)recht, burgerlijk (proces)recht en fiscaal (proces)recht zijn van invloed op procedures waarin de Europees staatssteunregels worden ingeroepen?
- Wat is de belangrijkste problematiek waarmee de Nederlandse bestuursrechter, belastingrechter en burgerlijke rechter bij de handhaving van de Europese staatssteunregels worden geconfronteerd en hoe gaan zij daarmee om?
- Welke inzichten kunnen eventuele verschillen in de toepassing van de staatssteunregels door de bestuursrechter, de burgerlijke rechter en de belastingrechter bieden over de invloed van de nationale context waarbinnen deze rechters opereren?

Voor de beantwoording van deze vragen is naast andere onderzoeksmethoden primair gebruik gemaakt van jurisprudentieonderzoek, op basis van alle gepubliceerde Nederlandse uitspraken tussen 1 november 2005 en 1 november 2015 waarin het woord 'staatssteun' voorkomt. In dit afsluitende hoofdstuk worden deze vragen op basis van het verrichte onderzoek beantwoord. Daarmee worden de belangrijkste resultaten van het onderzoek bijeengebracht en ontstaat een completer beeld van de rol van de Nederlandse rechters bij de handhaving van de Europese staatssteunregels.

Deze resultaten zijn niet alleen van belang voor het inzicht in de rol van de Nederlandse rechter bij de handhaving van de staatssteunregels en de

verschillen en overeenkomsten tussen die rechters, maar kunnen ook een bijdrage leveren aan bredere wetenschappelijke discussies. Natuurlijk gelden daarbij de beperkingen die volgen uit de specifieke onderzoeksrichting in dit proefschrift en de bijbehorende afbakening. Met die beperking in het achterhoofd wordt in deze samenvattende slotbeschouwing ook verkend welke bijdrage deze resultaten kunnen leveren aan de gedachtevorming over de handhaving van het Unierecht via de nationale rechter, de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde en de horizontale interactie tussen publiek- en privaatrecht.

9.2 HET RAAMWERK VOOR DE ROL VAN DE RECHTER IN STAATSSTEUNZAKEN: EEN EUROPESE NORM EN EEN NATIONALE GEREEDSCHAPSKIST

Wanneer de Nederlandse rechter wordt verzocht om bij de handhaving van de staatssteunregels een rol te spelen, dan wordt de uitoefening van die rol in ieder geval op twee manieren juridisch gestuurd. Ten eerste werkt de Nederlandse rechter binnen een bepaald nationaalrechtelijk kader en heeft hij de regels en uitgangspunten van 'zijn' procesrecht te eerbiedigen (de tweede deelvraag). Ten tweede functioneert de Nederlandse rechter als *juge de droit commun* en moet hij daarom acht slaan op de eisen die het Unierecht aan zijn optreden stelt en de mogelijkheden die het hem in dat kader biedt (de eerste deelvraag).

De nationale (en dus ook de Nederlandse) rechter wordt op grond van het Unierecht geacht een belangrijke rol te vervullen bij de handhaving van de staatssteunregels. Zijn twee belangrijkste taken, althans uit Unierechtelijk perspectief, zijn daarbij het waarborgen van de naleving van de terugvoeringsbesluiten van de Europese Commissie en het bieden van rechtsbescherming op grond van de rechtstreekse werking van de opschortingsplicht. Het uitgevoerde jurisprudentieonderzoek heeft laten zien dat de Nederlandse rechter veel meer taken blijkt te moeten uitvoeren:

- a. Hij moet beoordelen of hij de juiste instantie is om over (alle aspecten van) een vermeende steunmaatregel te oordelen.
- b. Hij moet beoordelen of een nationaal belangvereiste aan een beroep op de staatssteunregels in de weg staat en zo ja, of het gelijkwaardigheidsbeginsel, het doeltreffendheidsbeginsel of het beginsel van effectieve rechtsbescherming alsnog verlangen dat het belang wordt aangenomen;
- c. Hij moet beoordelen of de uiteenlopende belangen van de partijen die zich op de rechtstreekse werking van de standstillbepaling beroepen onder het beschermingsbereik van de standstillbepaling vallen;
- d. Hij moet beoordelen of aan een schending van de standstillbepaling de door de partijen gevraagde gevolgen kunnen en mogen worden verbonden;
- e. Hij moet beoordelen of inderdaad sprake is van onrechtmatige staatssteun, wie daartoe de nodige feiten en argumenten moet aanleveren en in hoever-

- re aanleiding bestaat om deze partij in bewijsrechtelijke zin een steuntje in de rug te geven;
- f. Hij moet nagaan in hoeverre hij moet of mag aansluiten bij eventuele uitlatingen van de Commissie over het steunkarakter van de vermeende steunmaatregel;
 - g. Hij moet beoordelen of aanleiding (of de verplichting) bestaat om de Commissie of het Hof van Justitie met vragen te benaderen, welke procedurele rechten in dat kader aan de partijen toekomen en welk gewicht aan het ontvangen antwoord wordt gehecht;
 - h. Hij moet desgevraagd beoordelen of een steunmaatregel conform het goedkeuringsbesluit van de Europese Commissie is uitgevoerd, zonder overigens zelf in de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel te treden;
 - i. Hij moet, rekening houdend met de vorderingen van de partijen en de rechtspraak van het Hof van Justitie, aan schendingen van de staatssteunregels de nodige gevolgen verbinden. Daarbij moet in ieder geval worden gedacht aan de terugvordering van de steun inclusief rente, het voorkomen dat steun wordt uitgekeerd en het gelasten van de terugbetaling van heffingen en van het betalen van schadevergoeding.

Deze opsomming is overigens niet uitputtend. Zo komt het ook voor dat een rechter zich moet uitlaten over de vraag of een beroep op grond van de staatssteunregels op tijd is ingesteld en of sprake is van een integraal bestemmingsverband tussen een heffing en de daarmee gefinancierde vermeende staatssteun, om maar twee voorbeelden te noemen. In de jurisprudentie van de afgelopen tien jaar, bezien uit Europeesrechtelijk perspectief, kunnen de hierboven opgesomde taken echter worden gezien als de meest prominente.

Conform het beginsel van de nationale procedurele autonomie vervult de Nederlandse rechter deze taken op grond van het Nederlands (proces)recht. Daarbij geldt dat de procesregels voor vorderingen op basis van Europese rechten niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen en dat het nationale procesrecht de uitoefening van de door de Europese rechtsorde verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken. Zoals ook uit het uitgevoerde jurisprudentieonderzoek is gebleken, valt de betekenis van deze grenzen in het concrete geval lastig te bepalen. Ook hier geldt dat, waar onduidelijkheid bestaat over de rol van de rechter uit Europees perspectief, in sommige situaties een prejudiciële vraag aangewezen zal zijn.

Ten aanzien van de tweede deelvraag geldt het volgende. Bij het vervullen van zijn rol bij de handhaving van de staatssteunregels past de Nederlandse rechter zoals gezegd conform het beginsel van nationale procedurele autonomie het toepasselijke Nederlandse recht toe. Kort maar krachtig betekent dit dat de regels en uitgangspunten van Nederlands bestuurs(proces)recht, burgerlijk (proces)recht en fiscaal (proces)recht die van toepassing zijn op procedures

waarin het Europees staatssteunrecht wordt ingeroepen, in beginsel en binnen de grenzen gesteld door het Unierecht, dezelfde zijn als de regels en uitgangspunten die gewoonlijk voor procedures voor de Nederlandse rechter gelden. Er bestaat met andere woorden geen 'eigen' staatssteunprocesrecht. Waar voor dit onderzoek relevant zijn deze regels en uitgangspunten op basis van de geldende literatuur beschreven in de paragrafen 1.5.2 (algemeen), 4.2 (belangvereisten), 5.3 (kwalificatievraagstukken) en 7.2 (gevolgen van schendingen van de staatssteunregels). De resultaten van het jurisprudentieonderzoek, die nu aan de orde komen, laten zien hoe deze regels en uitgangspunten in concrete gevallen van invloed zijn op de rol van de Nederlandse rechter in staatssteungeschillen.

9.3 SAMENGEVAT: DE BELANGRIJKSTE LIJNEN UIT DE JURISPRUDENTIE PER RECHTSGEBIED

In de hoofdstukken 4 tot en met 7 is de rol van de Nederlandse rechter op basis van zijn staatssteunjurisprudentie ten opzichte van vier kernthema's onderzocht. Aan de orde kwamen wie zich volgens de Nederlandse rechtspraak op de staatssteunregels mag beroepen, hoe de rechter vaststelt of van staatssteun sprake is, hoe hij invulling geeft aan zijn juridische verhouding tot de Commissie en welke gevolgen hij bereid is aan een schending van de staatssteunregels te verbinden. Bij wijze van samenvatting en als basis voor de beantwoording van de derde en vierde deelvraag worden hier de belangrijkste lijnen uit de jurisprudentie per rechter uiteengezet, te beginnen met de belastingrechter.

9.3.1 De belastingrechter

Fiscale maatregelen, zoals belastingvrijstellingen of een preferentieel beleid, kunnen een belangrijke manier vormen om staatssteun te verlenen. Voor de rol van de staatssteunregels in het belastingrecht ontstaat zowel in de literatuur als bij de Europese Commissie steeds meer aandacht. Die aandacht vertaalt zich echter niet naar de rechtspraak van de Nederlandse belastingrechter. In de bestudeerde periode zijn maar 36 uitspraken van de belastingrechter gepubliceerd waarin het woord 'staatssteun' voorkomt. Daarbij komen de staatssteunregels in veel gevallen alleen indirect aan de orde. Daarvoor valt een aantal mogelijke redenen aan te wijzen (§ 3.5.6). Een belangrijke reden is dat concurrenten van steunontvangers op grond van artikel 26a AWR geen toegang hebben tot de belastingrechter. Dat betekent dat wanneer een onderneming een belastingvoordeel ontvangt, een andere onderneming daartegen niet in bezwaar of beroep kan opkomen. Hij kan hooguit een procedure instellen bij de burgerlijke rechter, maar dit gebeurt in de praktijk nauwelijks (§ 4.4.1).

Op basis hiervan zou kunnen worden geconcludeerd dat de rechtsgang bij de burgerlijke rechter gedupeerden van fiscale steun onvoldoende soelaas biedt. Helemaal zeker is dat echter niet. Het is zeker ook denkbaar dat justitiabelen in gevallen van vermeend onrechtmatige fiscale steun onvoldoende prikkels voelen, of onvoldoende kennis of informatie hebben, om in een rechterlijke procedure de staatssteunregels in te roepen. Wie een heffing moet betalen waarmee onrechtmatige staatssteun wordt gefinancierd, heeft wel toegang tot de belastingrechter. Het door de Europese jurisprudentie vereiste dwingend bestemmingsverband tussen de heffing en de steun kan echter in bijna geen enkel fiscaal staatssteungeschil worden aangetoond, zodat ook hierover nauwelijks, en al helemaal niet met succes, wordt geprocedeerd (§ 7.3.5).

9.3.2 De bestuursrechter

De bestuursrechter heeft in staatssteungeschillen, in ieder geval op papier, een veel grotere rol te spelen dan de belastingrechter. In de bestudeerde periode zijn in totaal 275 bestuursrechtelijke uitspraken gepubliceerd, waarin uiteenlopende partijen op basis van verschillende feiten en vanuit verschillende juridische verhoudingen meer of minder aan het staatssteunrecht gerelateerde doelen proberen te bereiken. De rol die de Nederlandse bestuursrechter in zulke geschillen vervult, wordt voor een belangrijk deel ingekleurd door zijn positie binnen de Nederlandse rechtsorde. Voorop staat dat in de bestuursrechtelijke procedure appellabele besluiten centraal staan, waarvan de rechtmatigheid door belanghebbenden aan de orde kan worden gesteld, doorgaans nadat een bestuurlijke voorprocedure is doorlopen. Deze achtergrond is relevant voor de toegang tot de bestuursrechter (deze is vanwege zijn bijzondere positie beperkt tot belanghebbenden bij besluiten), de feitenvaststelling (doorgaans is daarvoor al een aanzet gegeven in het primaire besluit en de beslissing op bezwaar) en de uitspraakmogelijkheden (gericht op vernietiging van het bestreden besluit).

Een justitiabele komt op tegen een aan zijn concurrent gericht vermeend steunverlenend besluit

Een van de mogelijke situaties waarin een bestuursrechter zich over een staatssteungeschil moet buigen is wanneer een justitiabele meent dat een besluit in strijd met de staatssteunregels is genomen omdat daarmee onrechtmatige staatssteun aan een ander zou worden verleend. Samen met de hierna te bespreken en vergelijkbare situatie waarin hij opkomt tegen een aan hemzelf geadresseerd besluit gaat het om 42 zaken (iets meer dan 15% van het totaal). Te denken valt aan de situatie waarin een justitiabele opkomt tegen een aan een ander gericht besluit waarin een subsidie wordt verleend of bijvoorbeeld een vergoeding wordt vastgesteld. Om de bestuursrechter te kunnen adieren

moet een dergelijke justitiabele bij het door hem bestreden besluit belang hebben in de zin van artikel 1:2 Awb. Dit belang zal hij in de meeste gevallen ontleen aan zijn status als concurrent van de geadresseerde van het bestreden besluit. Daarbij geldt wel, zo blijkt uit de bestudeerde jurisprudentie, dat hij *naar de eisen van Nederlands bestuursprocesrecht* als concurrent moet kunnen worden aangemerkt (§ 4.5.1.1). Deze nationale invulling is belangrijk, want het begrip 'concurrent' lijkt in recente jaren zo nu en dan wel erg beperkt te worden opgevat. Het valt zeker niet uit te sluiten dat hierdoor aan partijen die aan de opschortingsplicht bescherming kunnen ontleen ten onrechte en in strijd met het doelmatigheidsbeginsel de toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsgang is ontzegd.

Een van de meest vergaande gevolgen die een belanghebbende concurrent met zijn beroep kan bereiken is de vernietiging van (de beslissing op bezwaar tegen) het steunverlenende besluit, in combinatie met finale geschilbeslechting. Hoe doortastend de bestuursrechter kan optreden hangt vooral af van twee omstandigheden. Ten eerste is van belang in welke mate vaststaat dat is gehandeld in strijd met de staatssteunregels. Zo zal toepassing van de hierna nog te bespreken vergewisplicht in beginsel niet leiden tot finale geschilbeslechting. Ten tweede wordt de bewegingsruimte van de bestuursrechter beperkt door het besluit waartegen is opgekomen. Wanneer bijvoorbeeld in het kader van getrapte besluitvorming (nog) niet wordt geprocedeerd over het vermeend steunverlenende besluit zelf maar over een daaraan gekoppeld besluit waarin de steunverlening al wel wordt genoemd, kan de gegrondverklaring van het beroep niet leiden tot de aantasting van het steunverlenende besluit. Dit alles heeft tot gevolg dat, zelfs wanneer de bestuursrechter gebruik maakt van alle mogelijkheden die de Awb hem biedt – en daartoe blijkt hij doorgaans wel degelijk bereid –, de insteek van de procedure het hem onder omstandigheden onmogelijk zal maken om de daadwerkelijke terugvordering of stopzetting van steun te bewerkstelligen. Op degene die zich op de staatssteunregels beroept ligt vanwege de aard van het bestuursproces daarom de verantwoordelijkheid om tijdig de juiste procedures in te leiden. Het Europese doelmatigheidsbeginsel verzet zich daar niet per definitie tegen (§ 7.3.3).

Hoewel zou kunnen worden verwacht dat de partijen die zich op de staatssteunregels beroepen naast eventuele andere gevolgen ook in aanmerking willen komen voor schadevergoeding, wordt dit in de bestudeerde jurisprudentie nauwelijks gevraagd. Mogelijk spelen zulke schadevorderingen zich voor een groot deel buiten het beeld van de in dit onderzoek bestudeerde jurisprudentie af. Er zijn namelijk andere manieren om schadevergoeding te vragen, die vaak pas zullen spelen wanneer een beroep op de staatssteunregels is gehonoreerd (§7.3.7), en dat komt nu juist zo zelden voor.

De bestuursrechter mag binnen bepaalde grenzen bereid zijn om aan een schending van de standstillbepaling de nodige gevolgen (proberen) te verbinden, dat betekent nog niet dat hij gemakkelijk zal aannemen dat van een dergelijke schending sprake is. De bijzondere rol van de bestuursrechter

vertaalt zich onder meer naar de manier waarop hij vaststelt of in een concreet geval sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Daarbij staat voorop dat de bestuursrechter zijn oordeel zelden uitgebreid motiveert. Op basis van de uitspraak kan in veel gevallen maar moeilijk worden achterhaald op welke punten nadere onderbouwing nodig zou zijn geweest (§ 5.5.3.3). Wel is duidelijk dat de bestuursrechter lange tijd een zogenaamde vergewisplicht heeft gehanteerd. Dat wil zeggen: wanneer niet valt uit te sluiten dat sprake is van onrechtmatige staatssteun, moet het betrokken bestuursorgaan zich er vóór het nemen van een begunstigend besluit bij de Commissie van vergewissen dat op grond van artikel 108 lid 3 VWEU geen aanmelding noodzakelijk is (§ 5.5.3.1 en 5.3.3.2). Dit wil zeker niet zeggen dat de volle verantwoordelijkheid om aan te tonen dat van staatssteun géén sprake is volledig op de overheid komt te rusten. Voordat de vergewisplicht wordt geactiveerd moeten justitiabelen namelijk wel zelf de stelling dat onrechtmatige staatssteun is verleend voldoende onderbouwen. Dat blijkt bijzonder moeilijk. In de meeste gevallen oordeelt de bestuursrechter dat het bestaan van staatssteun onvoldoende is aangetoond (om de vergewisplicht te activeren, laat staan om vast te stellen dat het besluit in strijd met de staatssteunregels is genomen). Gedurende de bestudeerde periode is slechts één door een derde-belanghebbende aangevochten vermeend steunbesluit vernietigd, en toen had het betrokken bestuursorgaan het bestaan van staatssteun zelf al met zoveel woorden toegegeven (§ 5.5.3.3).

De vergewisplicht is in de literatuur terecht bekritiseerd omdat daarmee niet komt vast te staan dat de staatssteunregels geschonden zijn en ‘alleen’ de verplichting voor het bestuursorgaan ontstaat om opnieuw onderzoek te doen. In dit onderzoek is bepleit dat deze vergewisplicht (bij voorkeur in combinatie met de bestuurlijke lus van artikel 8:51a Awb) toch toegevoegde waarde kan hebben wanneer het buitengewoon lastig is om vast te stellen of sprake is van staatssteun. In zulke gevallen biedt de vergewisplicht in potentie zelfs ruimte voor een omkering van de bewijslast. In drie gevallen bestaat voor de vergewisplicht echter geen ruimte. Dat is het geval wanneer onduidelijkheid bestaat over de *juridische* beoordeling van de feiten, wanneer degene die zich op het staatssteunrecht buiten zijn schuld geen serieuze aanknopingspunten of een begin van bewijs kan leveren voor het bestaan van onrechtmatige staatssteun en wanneer de rechter zelf in staat is om vast te stellen dat sprake is van staatssteun (§ 5.3.3.4). Gezien de uit Unierechtelijk perspectief geuite kritiek op de vergewisplicht en de toenemende finaliseringstendens in het bestuursrecht is het overigens nog maar de vraag in hoeverre deze toets nog steeds leidend is. Er bestaan steeds sterkere aanwijzingen dat de Afdeling (net als enkele lagere rechters) wellicht aanleiding ziet om deze toets te verlaten (§ 5.3.3.2).

Het verdient opmerking dat belanghebbende concurrenten opvallend weinig over vermeende schendingen van de staatssteunregels procederen bij de voorzieningenrechter. De conclusie dringt zich op dat de voorlopige voor-

ziening in bestuursrechtelijke staatssteungeschillen weinig mogelijkheden biedt om het bestaan van onrechtmatige staatssteun te adresseren. Waarschijnlijk zijn staatssteungeschillen te moeilijk voor een voorlopige voorziening. Het is mogelijk dat deze problematiek in de praktijk wordt opgelost door de bodemzaak eerder op zitting te laten komen (§ 5.5.3.5).

Wanneer de kwalificatie als staatssteun (of het bestaan van een vrijstelling) bij de rechter aanleiding geeft tot vragen, kan hij daarvoor de Commissie benaderen of een prejudiciële vraag stellen. De zojuist besproken vergewisplicht zou de suggestie kunnen wekken dat de bestuursrechter nooit aanleiding zou zien om zelf de Commissie met vragen te benaderen. Toch komt dat zo nu en dan zeker wel voor. Drie keer in de afgelopen tien jaar is een vraag gesteld over de kwalificatie van een steunmaatregel of de toepasselijkheid van een vrijstellingsverordening; één keer over de uitleg van een goedkeuringsbesluit van de Commissie. Voor de beslissing om een vraag te stellen lijkt in ieder geval van belang dat over een specifieke en afgebakende vraag een meningsverschil bestaat, of bij een algemenere vraag dat de gestelde feiten en argumenten in beginsel voldoende onderbouwd en aannemelijk zijn. Het antwoord van de Commissie op deze vragen blijkt, anders dan vóór de in dit onderzoek bestudeerde periode wel het geval kon zijn, doorgaans uitgebreid en op de feiten toegespitst. Dat antwoord wordt door de bestuursrechter, na de partijen in de gelegenheid te hebben gesteld om daarop te reageren, vrij gemakkelijk gevolgd (§ 6.9).

Een justitiabele komt op tegen een aan hemzelf gericht vermeend steunverlenend besluit
Het is ook mogelijk dat een justitiabele niet opkomt tegen een aan zijn concurrent gericht en vermeend steunverlenend besluit, maar zijn pijlen richt op een aan hemzelf geadresseerde beschikking. Een justitiabele in deze positie betoogt doorgaans dat andere ondernemingen in strijd met de standstillbepaling een hogere bijdrage ontvangen of een lagere vergoeding betalen dan de bijdrage of vergoeding die in 'zijn' beschikking is vastgesteld. Voor de toegang tot de rechter is dit van belang omdat een dergelijke justitiabele als geadresseerde van het besluit sowieso voldoet aan de voorwaarden van artikel 1:2 Awb, en geen concurrentiebelang hoeft aan te tonen (§ 4.5.1.2). Met de invoering van het relativiteitsvereiste is het logisch dat het concurrentiebelang in deze context alsnog relevant wordt, maar die verwachting is in de bestuursrechtelijke jurisprudentie nog niet uitgekomen. Het is een openstaande vraag naar welke maatstaven (Nederlandsrechtelijke of Europeesrechtelijke) het bestaan van een concurrentiebelang dan zou worden vastgesteld. Voorlopig doet de jurisprudentie van de bestuursrechter er (ten onrechte) vermoeden dat de Nederlandsrechtelijke uitleg de doorslag zou geven (§ 4.5.1.4).

In het geval dat een belanghebbende opkomt tegen een aan hemzelf gericht besluit, kan hij in theorie de vernietiging van dat besluit bewerkstelligen en in sommige gevallen op basis van een exceptieve toets ook de onverbindendheid van de achterliggende regelgeving. Hoewel hij zal hopen om vervolgens

zelf in aanmerking te komen voor een voordeel, zal dat hem met een beroep op de staatssteunregels niet lukken. Alles wijst er namelijk op dat de bestuursrechter terecht niet toelaat dat een justitiabele het staatssteunrecht inroept om andere doelen, zoals de verbetering van de eigen rechtspositie, te bereiken dan door het Hof van Justitie bedoeld. Wel is in dit onderzoek bepleit dat de bestuursrechter in een dergelijke situatie moet nagaan of gegrondverklaring van het beroep niet toch kan leiden tot met het staatssteunrecht verenigbare gevolgen. Dat gold in ieder geval voor een uitspraak van het CbB waarin een beroep op de staatssteunregels niet-ontvankelijk werd verklaard vanwege het ontbreken van procesbelang (§ 4.5.1.4 en § 7.3.4). De vraag óf sprake is van staatssteun zal in principe op dezelfde manier worden beoordeeld als hierboven beschreven.

De overheid beroept zich op het staatssteunrecht

De bestuursrechtelijke jurisprudentie laat steeds vaker voorbeelden zien van situaties waarin de overheid zich zelf jegens de vermeende begunstigde op de staatssteunregels beroept. In de bestudeerde periode gaat het om 27 zaken (bijna 10% van het geheel). Het geschil draait in deze gevallen doorgaans om de (door de geadresseerde ongewenste) weigering, wijziging of intrekking van een besluit. In die situaties is de zich op het staatssteunrecht beroepende overheid altijd verweerder, en hoeft zij dus geen belang aan te tonen in de zin van artikel 1:2 Awb of aan andere belangvereisten te voldoen (§ 4.5.3). Slaagt het beroep op de staatssteunregels van de overheid, dan is van de bestuursrechter op zijn minst in theorie ook minder vergaand optreden nodig om de door de overheid gewenste gevolgen te bewerkstelligen. Dat geldt met name wanneer een gevraagd voordeel met een beroep op de staatssteunregels wordt geweigerd. Gebeurt dat terecht, dan volstaat het wanneer de bestuursrechter het daartegen gerichte beroep ongegrond verklaart en het besluit in stand laat.

Omdat het op die manier in stand laten van een besluit voor de vermeende begunstigde erg ingrijpend kan zijn, blijkt de bestuursrechter er alert op dat ook zijn rechten worden beschermd. Daarbij moeten uiteraard wel de grenzen van de staatssteunregels in acht worden genomen. Zoals nog wordt besproken, worden aan een betoog van de overheid dat de staatssteunregels in het geding zijn de nodige eisen verbonden. In een uitzonderingsgeval is het ook voorgekomen dat de bestuursrechter aan de weigering van een voordeel de voorwaarde verbond dat de overheid (in overleg met de Commissie) zou bezien of de steun alsnog op een met het staatssteunrecht conforme manier kon worden verleend. Deze eis kan voortvloeien uit het Nederlands recht; strikt genomen is het voor de naleving van de staatssteunregels niet relevant of de overheid daarop terecht of ten onrechte een beroep doet. Wanneer de motivering van de overheid niet overtuigt, treedt de bestuursrechter daarnaast onder omstandigheden doortastend op door zelf in de zaak voorzien te verlangen dat de gevraagde

steun wordt uitgekeerd, vooral wanneer met de weigering van de gevraagde steun wordt ingegrepen op bestaande rechten van de aanvrager (§ 7.3.2).

Ingewikkelder ligt het wanneer de overheid de terugvordering van onrechtmatig verleende steun en de daarover genoten rente wil bewerkstelligen. In dat geval kan het legaliteitsbeginsel namelijk in de weg staan aan de instandhouding van het nationale terugvorderingsbesluit. Voor belastende besluiten zoals de terugvordering van onrechtmatige staatssteun en de daarover genoten rente is een wettelijke grondslag noodzakelijk. Deze kan onder omstandigheden worden gevonden in de subsidietitel van de Awb en bijzondere regelgeving, maar deze regelingen dekken zeker niet alle situaties waarin terugvordering aan de orde kan zijn. De Afdeling heeft in 2006 in de zaak *BPM* geoordeeld dat een grondslag voor de terugvordering van bij subsidie verleende steun kan worden gevonden in het ongeschreven beginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald kan worden teruggevorderd. Inmiddels heeft de Afdeling, in de zaak *Zorg en Zekerheid*, geoordeeld dat de benodigde terugvorderingsbevoegdheid zelfs kan worden afgeleid uit de rechtstreekse werking van de opschortingsplicht in combinatie met de zogenaamde Costanzo-verplichting. Hier past echter een stevige relativering, want de *uitoefening* van die bevoegdheid moet volgens de Afdeling alsnog plaatsvinden volgens de regels van het nationale recht. Hiermee houdt de Afdeling voorlopig vast aan de (enigszins wankele) leer van de dubbele bevoegdheidsgrondslag. Op basis van het jurisprudentieonderzoek moet om deze reden ook worden geconcludeerd dat de terugvordering van over de onrechtmatige steun genoten rente naar Nederlands bestuursrecht op dit moment niet mogelijk is. De verantwoordelijkheid daarvoor komt uiteindelijk te rusten op de burgerlijke rechter. Of dit de toets van met name het doelmatigheidsbeginsel kan doorstaan, valt te betwijfelen (§ 7.3.1).

Wanneer een bestuursorgaan de verlening van steun wil weigeren of terugdraaien, ligt het voor de hand dat op enige manier moet vaststaan dat sprake is van staatssteun. Dat kan het geval zijn omdat de steun bij de Commissie is aangemeld (bijvoorbeeld in de zaak *Zorg en Zekerheid*) of omdat de Commissie een terugvorderingsbesluit heeft genomen (bijvoorbeeld in de zaak *BPM*). In andere gevallen zal ook de kwalificatie van een maatregel als staatssteun voor de bestuursrechter in geschil zijn. De eerste belangrijke constatering op dat punt is dat de bestudeerde jurisprudentie geen voorbeelden laat zien van terugvorderingsbesluiten in situaties waarin het bestaan van staatssteun niet al op enige manier vast lag. Waarschijnlijk ligt dat eraan dat aan de bestuurlijke beoordeling in zulke gevallen hoge (bewijsrechtelijke) eisen worden gesteld (§ 5.5.4.4). Wel wordt regelmatig geprocedeerd over de *ex ante* weigering van een gevraagd voordeel. In zulke gevallen hangt het doorgaan van de toepasselijke (subsidie)regelgeving af wie het bestaan of de afwezigheid van staatssteun moet aantonen. Wanneer die verantwoordelijkheid rust op de aanvrager en hij uitgebreid beargumenteert dat een gevraagd voordeel leidt tot staatssteun, ontstaat voor het bestuursorgaan weer een vergewisplicht.

Op grond daarvan, zo heeft de Afdeling geoordeeld, moet het bestuursorgaan contact opnemen met de Commissie, zelfs al was het door de argumenten niet overtuigd (de 'Ridderstee-vergewisplicht', § 5.5.4.2). Deze vergewisplicht, waarbij de bestuursrechter niet zelf de knoop doorhakt maar de verantwoordelijkheid neerlegt bij het bestuur, past op zich goed binnen het huidige Nederlandse bestuursprocesrecht. Zij heeft daarentegen maar weinig te maken met de naleving van de standstillbepaling, en helpt vooral te voorkomen dat overheden zich te gemakkelijk op het staatssteunrecht beroepen. Dat de Commissie op vragen op basis van de Ridderstee-vergewisplicht zit te wachten, valt sterkt te betwijfelen (§ 5.5.4.3).

Andere partijen beroepen zich op het staatssteunrecht

Op grond van het Unierecht mogen ook de betalers van een heffing waarmee onrechtmatige staatssteun zou worden verleend deze heffing met een beroep op de staatssteunregels aanvechten. Het bestuursrecht biedt daarvoor zeker ruimte, nu degene die opkomt tegen de aan hemzelf gerichte (bestemmings)heffing voldoet aan de voorwaarden van artikel 1:2 Awb en niet tegen het relativiteitsvereiste zal aanlopen. In de 16 gevallen waarin tegen een heffingsbesluit is opgekomen, is het beroep echter in geen enkel geval geslaagd. Anders dan voor de belastingrechter blijkt het in deze situaties voor de bestuursrechter doorgaans wel mogelijk om aan te tonen dat tussen de heffing en de vermeende steun een dwingend bestemmingsverband bestond. Toch is maar in één uitspraak, die vervolgens in hoger beroep is vernietigd, aannemelijk gemaakt dat inderdaad sprake was van onrechtmatige staatssteun. In ieder geval in deze uitspraak zag de betrokken bestuursrechter kans om doortastend op te treden door zelf in de zaak voorziend het primaire heffingsbesluit te herroepen (§ 7.3.5).

Een groot deel van de bestudeerde bestuursrechtelijke jurisprudentie (143 zaken, meer dan de helft van het totaal) heeft betrekking op besluiten in de sfeer van de ruimtelijke ordening. Wanneer een besluit wordt genomen over de wijziging van een bestemmingsplan (waarin staatssteunaspecten kunnen zijn betrokken), kunnen omwonenden als belanghebbende tegen dat besluit opkomen en daarbij aanvoeren dat het betrokken besluit in strijd komt met het staatssteunrecht en dus moet worden vernietigd. De bestuursrechter hanteert in zulke gevallen een bijzondere toetsingsmaatstaf: hij toetst of het betrokken bestuursorgaan op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat als gevolg van een mogelijke terugvordering van de staatssteun het bestemmingsplan niet binnen de planperiode kan worden uitgevoerd op een wijze zonder dat ongeoorloofde staatssteun wordt verleend. Het bestaan van onrechtmatige staatssteun betekent dus nog niet dat de bestuursrechter daaraan in een ruimtelijke ordeningszaak gevolgen zal verbinden, en gegrondverklaring van het beroep betekent nog niet dat de steun niet zal worden uitgekeerd. Hoewel deze benadering niet overeenkomt met de door de nationale rechter aan een schending van de opschortingsplicht te verbinden gevolgen, valt zij

zeker wel te verdedigen. Aan de orde is namelijk niet de vermeend steunverlenende handeling zelf (waartegen alsnog in een andere procedure kan worden opgekomen), maar een daaraan gerelateerd RO-besluit. Daarnaast bestaat de indruk dat het staatssteunrecht door justitiabelen dikwijls als breekijzer wordt gebruikt om – met een ander doel voor ogen – het RO-besluit aan te tasten (§ 7.3.6).

Dat omwonenden zonder concurrentiebelang en om uiteenlopende redenen het staatssteunrecht zouden kunnen inroepen is wel bekritiseerd. In de literatuur is opgeworpen dat het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb hier uitkomst zou kunnen bieden. Of dit kan, is echter nog maar de vraag. Ten eerste is het niet duidelijk of artikel 108 lid 3 VWEU niet – laat staan: *kennelijk* niet – strekt tot bescherming van de belangen van deze partijen. belangrijker is echter dat de toepassing van het relativiteitsvereiste in dit soort zaken waarschijnlijk niet afhangt van het beschermingsbereik van de standstillbepaling. Wezenlijk aan geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening is namelijk dat daar de standstillbepaling niet rechtstreeks wordt getoetst, maar over de band van de financiële uitvoerbaarheid van het bestreden RO-besluit. Een rechter in eerste aanleg heeft in een prikkelende uitspraak geoordeeld dat de eventuele vernietiging van een RO-besluit vanwege onrechtmatige staatssteun niet dient tot handhaving van de standstillbepaling, maar tot het waarborgen van de Nederlandse eis van de financiële uitvoerbaarheid van het bouwplan. Juist concurrenten kunnen hier dus tegen de drempel van het relativiteitsvereiste oplopen (§ 4.5.4).

Het relativiteitsvereiste kan ook een rol spelen bij de andere uiteenlopende situaties waarin het staatssteunrecht wordt ingeroepen. Het tot dusverre belangrijkste voorbeeld is uiteraard de toepassing van het relativiteitsvereiste in het geval van de onteigende effectenhouders van SNS. In deze uitspraak is zonder veel poespas geoordeeld dat de standstillbepaling kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van houders van effecten die zijn uitgegeven door of met medewerking van een onderneming waaraan staatssteun is verleend. Omdat het hier om een uitzonderlijke uitspraak gaat – tussen de bestreden besluiten en de uitspraak lag in dit bijzonder complexe geval minder dan een maand – is het niet evident dat de bestuursrechter het relativiteitsvereiste op deze beperkte manier zal blijven toepassen (§ 4.5.6).

Situaties van bestaande en goedgekeurde steun

Een bijzondere situatie doet zich voor wanneer aan de orde wordt gesteld of een bestuursorgaan heeft gehandeld in strijd met de regels over bestaande steun. In zulke gevallen is de opschortingsplicht namelijk niet van toepassing, waardoor de precieze rol van de nationale rechter nog niet zo gemakkelijk valt te bepalen (§ 6.2.3). Voor zover dit uit de schaarse uitspraken valt af te leiden, lijkt het er voorlopig op dat de bestuursrechter een besluit niet zal vernietigen wanneer de Commissie de verenigbaarheid van bestaande steun onderzoekt, maar wel 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. Betoogd is dat dit goed past binnen het Nederlands bestuursprocesrecht: relevant is met welke omstandigheden het betrokken bestuursorgaan op grond van de artikelen 3:2 en 3:4 Awb (in combinatie met het loyaliteitsbeginsel) rekening had moeten houden (§ 6.8.1). In de twee gevallen waarin de bestuursrechter heeft geoordeeld dat een besluit is genomen in strijd met de regels over bestaande steun, heeft hij het bestreden besluit vernietigd en het betrokken bestuursorgaan opgedragen een nieuw besluit te nemen met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen. Dat aan het succesvolle beroep op de staatssteunregels geen verdergaande consequenties worden verbonden zal eraan liggen dat bij bestaande steun de opschortingsplicht niet geldt. Hetzelfde geldt voor de op zich opmerkelijke omstandigheid dat de bestuursrecht in deze context één van zijn zeldzame voorlopige voorzieningen heeft getroffen – ter bescherming van de partij die ten onrechte staatssteun had ontvangen. Het nadeel van de gedupeerde derden van de tijdelijke voortzetting van de steunverlenende activiteiten zou namelijk niet opwegen tegen het nadeel voor de begunstigen van de onmiddellijke stopzetting van de activiteiten (§ 7.3.7).

Een laatste bijzonder soort staatssteungeschil bij de bestuursrechter heeft betrekking op situaties waarin wordt betoogd dat een bepaalde steunmaatregel weliswaar door de Commissie is goedgekeurd, maar dat deze is uitgevoerd op een manier die van het goedkeuringsbesluit afwijkt. Vaak gaat het dan om subsidiezaken, wat kan verklaren dat deze problematiek voor de burgerlijke rechter nauwelijks speelt. De bestuursrechter bevindt zich hier in een spagaat. Hij kan niet zelfstandig vaststellen of de Commissie de daadwerkelijk uitgevoerde maatregel ook heeft beoogd goed te keuren zonder te treden in de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om de verenigbaarheid van steunmaatregelen te beoordelen. Als hij echter rigide zou aansluiten bij de tekst van het goedkeuringsbesluit, zou dit weinig recht doen aan de realiteit, die bijna altijd zal afwijken van de (ter goedkeuring voorgelegde) plannen. Het blijkt dat de bestuursrechter tussen deze twee uitersten, de ene keer succesvoller dan de andere, een pragmatische middenweg zoekt (§ 6.7.1 en 6.7.2).

9.3.3 De burgerlijke rechter

De rol van de burgerlijke rechter is een heel andere dan die van de bestuursrechter. Natuurlijk spreken zij allebei recht, en zij kunnen beide uitspraak doen in procedures tussen private partijen en de overheid. De rechtsprekende functie van de burgerlijke rechter brengt echter met zich mee dat hij geschillen beslecht tussen in beginsel gelijkwaardige partijen, die in beginsel zelf moeten aantonen welke rechtsgevolgen zij via de rechter in het leven willen roepen of bevestigd willen zien, en met dat doel zelf voldoende feiten en argumenten moeten aandragen. De partijautonomie is leidend, de rechter is lijdelijk. De toegang

tot de burgerlijke rechter is daarom ruim (de burgerlijke rechter is ook restrechter), de feitenvaststelling hangt grotendeels af van wat de partijen zelf aandragen en de uitspraakmogelijkheden van de burgerlijke rechter zijn divers. Slaagt een beroep op de staatssteunregels, dan zullen de gevolgen die de burgerlijke rechter bereid is daaraan te verbinden voor een deel afhangen van de precieze insteek van de procedure. Van belang is tegen welke feitelijke handeling of rechtshandeling de vordering is gericht en welke vordering is ingediend. Daarbij verdient opmerking dat het gebruikelijk is om verschillende vorderingen in te dienen, die ook als alternatief kunnen dienen in het geval een verderstreckende vordering niet wordt toegewezen.

De beoordeling of een maatregel kwalificeert als staatssteun

Deze kenmerken van de burgerlijke rechter vertalen zich ook naar de manier waarop hij beoordeelt of een beroep op de staatssteunregels kan slagen. Dit blijkt vooral uit de 61 (van de 143) uitspraken waarin een derde zich jegens de overheid op de staatssteunregels beroept. Een dergelijke derde draagt bij de burgerlijke rechter de stelplicht en zo nodig ook de bewijslast met betrekking tot elk van de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU. Anders dan de bestuursrechter motiveert de burgerlijke rechter doorgaans vrij uitgebreid waarom een beroep op de staatssteunregels niet kan slagen. Echter: in geen van de gevallen hebben de door derden aangevoerde argumenten de burgerlijke rechter van het bestaan van onrechtmatige staatsteun overtuigd, doorgaans omdat niet aan de stelplicht is voldaan. In sommige gevallen zal dit eraan liggen dat een eiser over bepaalde elementen van het begrip staatsteun niets heeft gesteld of zich heeft beperkt tot een blote stelling zonder onderbouwing. Het komt echter ook voor dat de burgerlijke rechter op basis van de in beginsel afdoende onderbouwde argumenten tot de conclusie komt dat geen sprake is van staatssteun. Het meest interessant voor dit onderzoek zijn de uitspraken waarin een eiser zijn stellingen weliswaar in enige mate heeft onderbouwd, maar onvoldoende om zijn vorderingen te dragen. Daaruit blijkt dat partijen er niet mee kunnen volstaan, te stellen dat andere marktpartijen of zij zelf diensten of goederen tegen een lagere prijs aanbieden dan de vermeende steunontvanger. Zij moeten daarom een specifieke vergelijking maken tussen de concreet geleverde diensten en de context waarbinnen zij zijn geleverd (§ 5.5.1.1).

Het is noemenswaardig dat de burgerlijke rechter in een enkel geval een verzwaarde stelplicht heeft gehanteerd vanwege de mate waarin de gevraagde vordering ingrijpt in de rechts- en feitelijke positie van derden en de vermeende begunstigde van steun. Dat is begrijpelijk in het licht van het burgerlijk recht, maar staat op gespannen voet met de eisen die het Unierecht aan de nationale rechter bij de handhaving van de staatssteunregels stelt (§ 5.5.1.2). Sommige partijen lijken te hopen dat zij juist aan een minder zware stelplicht hoeven te voldoen in het geval zou vaststaan dat een vermeende steunmaat-

regel is genomen in strijd met het aanbestedingsrecht. Daarvoor biedt de burgerlijke rechter geen ruimte. Een dergelijke aanpak is ook in het licht van de verhouding tussen het aanbestedings- en staatssteunrecht niet evident. Toch is in dit onderzoek bepleit dat een verlichting van de bewijslast in de vorm van een bewijsvermoeden wellicht uitkomst kan bieden als blijkt dat het bestaan van onrechtmatige staatssteun anders nauwelijks kan worden aangetoond (§ 5.5.1.3). Ook dat is mogelijk geen overbodige luxe, want partijen moeten van goeden huize komen om bij de burgerlijke rechter het bestaan van staatssteun aan te tonen. In kort geding blijkt dat al helemaal ingewikkeld. Net als in het bestuursrecht dringt de conclusie zich op dat staatssteungeschillen doorgaans te complex zijn om in kort geding bevredigend te worden beslecht (§ 5.5.1.4).

Ook voor de burgerlijke rechter komt het voor dat de *overheid* zich op de staatssteunregels beroept om te voorkomen dat onrechtmatige steun zal worden verleend of om al verleende steun terug te draaien. Doorgaans, maar niet altijd, treedt de overheid dan op als verweerder, bijvoorbeeld tegenover een door de vermeende begunstigde ingediende vordering tot nakoming. Een voor de hand liggend door de overheid te voeren verweer is dan dat de overeenkomst waarvan nakoming wordt gevorderd wegens strijd met de staatssteunregels nietig is. De overheid moet de vermeende strijd met de staatssteunregels in zulke gevallen zelf onderbouwen. Hoewel (ook in kort geding, § 5.5.2.4) gedurende een tijd het beeld ontstond dat de burgerlijke rechter wel heel gemakkelijk in een dergelijke onderbouwing meeding, is dat inmiddels niet meer het geval. Wel heeft de zich met een beroep op het staatssteunrecht verwerende overheid in die zin een voordeel dat de overtuigingskracht van zijn verweer pas relevant wordt wanneer de eiser zijn primaire vordering op zijn minst tot op bepaalde hoogte heeft kunnen hardmaken (§ 5.5.2.1). Daar komt bij dat de overheid doorgaans – maar zeker niet altijd – gemakkelijker dan een derde beschikking zal hebben over de relevante informatie om zijn beroep op de staatssteunregels te kunnen onderbouwen (§ 5.5.2.3).

Het blijkt dat de burgerlijke rechter regelmatig houvast zoekt bij het toekomstige en soms zelfs hypothetische oordeel van de Commissie bij het bepalen of sprake is van onrechtmatige staatssteun. Zo vormt het voorlopige oordeel van de Commissie dat geen sprake is van staatssteun een in meer of mindere mate (afhankelijk van de bron waaruit dat oordeel blijkt) belangrijke aanwijzing dat het beroep op de staatssteunregels niet kan worden toegewezen. In sommige gevallen wordt de maatstaf tot welk oordeel de Commissie zal komen zelfs gebruikt wanneer geen parallelle procedure bij de Commissie loopt. Het Unierecht verzet zich niet zonder meer tegen een dergelijke benadering, hoewel deze een onjuist beeld schept van de taakverdeling tussen de nationale rechter en de Europese Commissie (§ 6.4). De burgerlijke rechter heeft echter nog geen aanleiding gezien om de Commissie te benaderen met vragen over de kwalificatie van steun (§ 6.9).

De beoordeling of en met welk doel een justitiabele zich op het staatssteunrecht mag beroepen

Net als bij de bestuursrechter valt ondanks de moeilijkheid om een schending van de staatssteunregels aan te tonen het nodige te zeggen over de vraag wie zich op de staatssteunregels kunnen en willen beroepen en welke gevolgen zij daarmee (hopen te) bewerkstelligen. Deze vraag is, anders dan voor de bestuurs- en belastingrechter, in beginsel niet gekoppeld aan ontvankelijkheidsvereisten. Wel geldt in het burgerlijk recht een relativiteitsvereiste en de eis van voldoende belang (artikel 3:303 BW). Een partij kan dus niet onbeperkt vorderen dat aan een schending van het staatssteunrecht de door hem gewenste gevolgen worden verbonden. Wanneer een derde een beroep doet op de staatssteunregels, wordt met name in kort geding vaak gedebatteerd over het bestaan van een voldoende (concurrentie)belang bij de vordering. Een vergelijkbare discussie zou kunnen worden gevoerd op basis van het relativiteitsvereiste. Anders dan in het bestuursrecht bestaat in deze context geen uitgewerkte civielrechtelijke definitie van het begrip concurrent. Het gevolg daarvan is dat de toegang tot de beoordeling tot nu toe in geen enkel geval vanwege het ontbreken van een concurrentiebelang is versperd, hoewel de verleiding in een aantal gevallen bijzonder groot moet zijn geweest (§ 4.6.1.1). Wanneer bij het bestaan van een concurrentiebelang vraagtekens kunnen worden gezet, kan het belang bij de procedure (zelfs waar die betrekking heeft op vermeende staatssteun) ontstaan op grond van de deelname van de eisende partij aan een aanbestedingsprocedure als gevolg waarvan de onrechtmatige staatssteun zou zijn verleend. Het lijkt erop dat een apart belang (vergelijkbaar met de situatie waarin een belanghebbende in het bestuursrecht opkomt tegen een aan hem geadresseerd besluit) in zulke gevallen niet hoeft te worden aangetoond (§ 4.6.1.2).

Gevolgen van een schending van de staatssteunregels

Concurrenten van vermeende steunontvangers kunnen hun vorderingen richten op onder meer het voorkomen of stopzetten en op het terugdraaien van de vermeend onrechtmatige steun. In het eerste geval staan hen verschillende mogelijkheden ter beschikking. Te denken valt onder meer aan de vordering tot ontbinding van een vermeend steunverlenende overeenkomst of het verbod om aan de overeenkomst (verdere) uitvoering te geven. Zulke vorderingen duiken regelmatig in de bestudeerde jurisprudentie op, hoewel vaak pas uiterst subsidiair na de vorderingen die zijn gericht op de remediëring van de dikwijls ook aangevoerde schendingen van de aanbestedingsregels (§ 7.4.5). In het tweede geval, waarin een derde op enige manier de terugdraaiing of terugvordering van verleende onrechtmatige staatssteun vordert, verzoekt de derde de rechter doorgaans om voor recht te verklaren dat een overeenkomst nietig is in de zin van artikel 3:40 BW. Vorderingen 'tot terugvordering' komen nauwelijks voor (§7.4.3.2). De Hoge Raad heeft bevestigd dat een eiser die bij de vermeend steunverlenende overeenkomst geen partij is, de nietigheid van

die overeenkomst mag invoeren. Het invoeren van nietigheid mag er echter niet toe leiden dat aan een schending van de standstillbepaling consequenties worden verbonden die niet leiden tot het herstel van de mededingingssituatie vóór de steun. Een schending van de standstillbepaling, aldus nog steeds de Hoge Raad, hoeft dan ook niet te leiden tot de algehele nietigheid van een overeenkomst. Partiële nietigheid kan volstaan (§ 7.4.1.2). Het is nog maar de vraag of partiële nietigheid in alle gevallen kan leiden tot de ongedaanmaking van onrechtmatig verleende steun. Zo valt de vernietiging van alleen de koopprijs, zoals één rechtbank die uitsprak, moeilijk in het systeem van het BW in te passen (§ 7.4.3.1). Het is mogelijk dat de rechtsfiguur van conversie hier uitkomst kan bieden, hoewel deze in civiele staatssteunuitspraken nog niet uitdrukkelijk is toegepast (§ 7.4.1.2 en 7.2.5.3).

Wanneer een derde het voorkomen, stopzetten of terugdraaien van steun vordert, blijkt het van groot belang te achterhalen *waarvan* precies het voorkomen, stopzetten of terugdraaien wordt beoogd. Het blijkt dat veel vorderingen in staatssteun geschillen voor de burgerlijke rechter zich niet toespitsen op de vermeend niet-marktconforme vergoeding (de staatssteun) maar op het gehele project waarin die vergoeding een rol speelt. Dat gaat verder dan het Unierecht eist, maar zoals gezegd is het niet altijd gemakkelijk om het met het staatssteunrecht strijdige deel van een overeenkomst 'af te splitsen' en dus alleen het niet-marktconforme deel aan te pakken. In zulke gevallen staat de burgerlijke rechter voor een dilemma. Zal hij aan de hele overeenkomst gevolgen verbinden en daarmee verder gaan dan door het Unierecht wordt gevraagd, of zal hij aannemen dat het voordeel later door terugvordering alsnog ongedaan kan worden gemaakt en de overeenkomst om die reden (voorlopig) in stand laten? Er zijn aanwijzingen dat de burgerlijke rechter eerder neigt naar de tweede oplossing. Dat volgt uit een aantal uitspraken waarin de burgerlijke rechter (weliswaar na te hebben geconcludeerd dat een schending van de staatssteunregels niet aannemelijk is geworden) een belangenafweging uitvoert tussen het belang van de eiser bij de toewijzing van de vordering en het belang van de verweerder(s) en derden bij de afwijzing daarvan. Wordt het belang van de eiser te licht bevonden, dan deinst de rechter ervan terug om de vermeend steunverlenende overeenkomst en daarmee het uit te voeren project aan te tasten. Voor dit dilemma, dat vooral in kort geding speelt, biedt het Unierecht nog geen goede oplossing (§ 7.4.5).

Vorderingen gericht op de nietigheid van een overeenkomst gaan dus soms (noodgedwongen?) verder dan het Unierecht eist. Het komt ook voor dat de zich op het staatssteunrecht beroepende derden met hun beroep andere gevolgen hopen te bereiken dan degene die door het Hof van Justitie zijn voorzien. Het meest vergaande voorbeeld is het geval waarin een onderneming wilde terugkomen op een koopovereenkomst met een andere onderneming omdat de grond waarop de overeenkomst betrekking had tegen een niet-marktconforme prijs door de verkopende onderneming zou zijn verkregen. Hiervoor biedt de burgerlijke rechter nauwelijks ruimte. Een vordering die is gericht op een

ander doel dan waarvoor artikel 108 lid 3 VWEU bedoeld is, zal niet worden toegewezen (§ 7.4.6).

Anders dan in het bestuursrecht is het in staatssteungeschillen voor de burgerlijke rechter gebruikelijk dat naast de hierboven genoemde vorderingen ook schadevergoeding wordt gevorderd. Of deze vordering altijd daadwerkelijk aan de vermeende schending van de staatssteunregels wordt gekoppeld, is niet duidelijk. Zulke schadevorderingen zijn hoe dan ook nog niet toegewezen, doorgaans omdat het bestaan van staatssteun niet voldoende aannemelijk is gemaakt. Als het beroep op de staatssteunregels wel zou slagen, dan valt te voorspellen dat het zeer moeilijk zal zijn om een causaal verband aan te tonen tussen de schending van de staatssteunregels en de geleden schade (§ 7.4.7.1).

Een voor het burgerlijk recht bijzondere situatie is die waarin een derde de vermeende begunstigde van onrechtmatige staatssteun aansprakelijk stelt voor als gevolg daarvan geleden schade. De burgerlijke rechter heeft in de enige uitspraak hierover zware eisen gesteld aan het betoog dat de steunontvanger schadeplichtig is. De gedupeerde derde moet aantonen dat de Commissie inmiddels heeft geoordeeld dat de steunmaatregel in strijd is met het Unierecht, of aannemelijk maken dat de Commissie dat zou hebben gedaan als zij een oordeel over de steun zou hebben gegeven. Het valt niet uit te sluiten dat deze eisen met de kennis van nu zullen worden herzien (§ 7.4.7.2).

Net als in het bestuursrecht doet zoals gezegd ook de overheid steeds vaker zelf een beroep op de staatssteunregels. Het gaat om 27 van de in totaal 143 zaken, waarvan drie naar aanleiding van een terugvorderingsbesluit van de Commissie. Doorgaans treedt de overheid in dit soort situaties op als verweerder naar aanleiding van een vordering van de vermeende begunstigde, bijvoorbeeld tot het betalen van schadevergoeding, tot nakoming of tot dooronderhandelen. Bij een succesvol beroep op het staatssteunrecht wijst de burgerlijke rechter, zowel in bodemprocedures als in kort geding, de vorderingen van de vermeende begunstigden af. Wanneer het beroep van de overheid op het staatssteunrecht onvoldoende overtuigt, ziet de burgerlijke rechter geen belemmering om de vorderingen van de vermeende begunstigden toe te wijzen. Dit brengt het risico met zich dat de rechter de overheid tot het uitkeren van staatssteun veroordeelt, hoewel vaak wel enige ruimte voor de overheid blijft bestaan om een staatssteunconforme oplossing te vinden. Aan de overheid wordt geen verplichting opgelegd om in geval van twijfel contact op te nemen met de Europese Commissie (§ 7.4.2).

Wil de overheid de terugvordering van steun bewerkstelligen, dan is verdergaand optreden van de burgerlijke rechter nodig. Tot nu toe bestaat de geëigende methode voor de terugvordering van steun in de vordering uit onverschuldigde betaling in de zin van artikel 6:203 BW. Voor de terugvordering van de verschuldigde rente biedt het burgerlijk recht maar gedeeltelijk ruimte, waarmee naar de huidige jurisprudentie vaststaat dat aan de door het Unierecht op dit vlak gestelde eisen niet kan worden voldaan (§ 7.4.1.6). Wil een vordering uit onverschuldigde betaling ontstaan, dan moet de rechtsgrond

voor de betaling ontbreken. Dat is in ieder geval zo wanneer wordt vastgesteld dat de vermeend steunverlenende rechtshandeling nietig is en dus moet worden geacht nooit te hebben bestaan. In dat licht is de vraag relevant of de omstandigheid dat met een overeenkomst onrechtmatige staatsteun wordt verleend altijd leidt tot de nietigheid van die overeenkomst. Dat is niet per se het geval: de nietigheid hoeft niet te worden uitgesproken wanneer er minder vergaande manieren bestaan om het herstel van de mededingingssituatie door middel van de terugvordering van onrechtmatige steun te bewerkstelligen, zo heeft de Hoge Raad uit het *Residex*-arrest van het Hof van Justitie afgeleid. Tot dit arrest bleek de burgerlijke rechter in beginsel bereid om overeenkomsten in strijd met het staatssteunrecht nietig te verklaren, ook al zou dit de vervalsing van de mededinging mogelijk niet remediëren. Inmiddels wordt in de rechtspraak gezocht naar manieren om via de rechtsfiguur partiële nietigheid de terugvordering van steun te bewerkstelligen (§ 7.4.1.2). In een geval waarin de nietigheidssanctie geen uitkomst bood maar wel terugvordering noodzakelijk was, bleek een rechtbank zelfs bereid om een zeer Unierechtconforme interpretatie van de rechtsfiguur ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW) te hanteren (§ 7.4.1.5).

Net als in het bestuursrecht kan de terugvordering van steun worden gecompliceerd door de omstandigheid dat de begunstigde niet dezelfde is als degene met wie de terugvorderende overheid in een rechtsverhouding staat. Deze problematiek is in twee belangrijke gevallen aan de orde geweest en in beide gevallen is nog niet helemaal duidelijk hoe zij definitief zal worden opgelost. Wordt aan de terugvordering de (partiële) nietigheid ten grondslag gelegd, dan kan dit nog tot de nodige problemen leiden wanneer sprake is van meerdere begunstigden, waarvan één in een contractuele relatie staat met de steunverlenende overheid (§ 7.4.1.4). Ook de terugvordering van rente kan tot de nodige hoofdbreken leiden. Waar de rechtbank Rotterdam in 2007 nog oordeelde dat een rentevordering alleen binnen de grenzen van de artikelen 6:119-6:120 BW mogelijk is, lijkt de rechtbank Noord-Nederland in 2015 een radicaal andere koers te hebben ingezet door de rentevordering rechtstreeks te baseren op de relevante Commissieverordening. Het valt echter sterk te betwijfelen of het hier gaat om een principiële oordeel dat in verdere rechtspraak navolging zal vinden. Het lot van de terugvordering van rente in het burgerlijk recht ligt dus nog open (§ 7.4.1.6).

Een korte opmerking ten slotte over de situatie waarin de eigenaar van te onteigenen percelen aanvoert dat de onteigening geen doorgang mag vinden omdat deze alleen in strijd met de staatssteunregels zou plaatsvinden. De Hoge Raad heeft in deze gevallen in drie uitspraken zonder pardon geoordeeld dat de staatssteunregels niet strekken tot de bescherming van eigenaren van te onteigenen percelen (§ 4.6.5).

9.4 PROBLEMEN WAARMEE DE NEDERLANDSE RECHTER BIJ DE HANDHAVING VAN DE EUROPESE STAATSSTEUNREGELS WORDT GECONFRONTEERD

Op basis van het bovenstaande overzicht kan worden toegekomen aan een weergave van de belangrijkste problematiek waarmee de Nederlandse bestuursrechter, belastingrechter en burgerlijke rechter bij de handhaving van het Europese staatssteunrecht worden geconfronteerd en hoe zij daarmee omgaan. Hiermee kan een antwoord worden geformuleerd op de derde deelvraag waarmee de in dit onderzoek centraal staande vraag is geconcretiseerd.

Hoge Europeesrechtelijke eisen

Ten eerste ontstaat uit het uitgevoerde onderzoek sterk het beeld van een rechter die op basis van vaak beperkte informatie in een zeer gecompliceerd en feitelijk gekleurd rechtsterrein dient te bepalen of sprake is van een schending van de staatssteunregels, en daaraan zeer ingrijpende maatregelen te verbinden. Waar het Unierecht aan de nationale rechter vrij hoge eisen stelt, blijkt het dat de betrokken rechters doorgaans geen specifieke expertise hebben op het gebied van het staatssteunrecht, en dat het met name bij de lagere rechters maar zelden voorkomt dat een rechter meer dan één keer in zijn carrière (een gepubliceerde) uitspraak wijst in een staatssteungeschil. Dit beeld manifesteert zich op verschillende manieren. Zo blijkt het, onder meer door de complexiteit van het begrip 'staatssteun', voor justitiabelen bijzonder moeilijk om voor de Nederlandse rechter een schending van de Europese staatssteunregels aan te tonen. Dit geldt al helemaal in gevallen waarin voorlopige rechtsbescherming wordt gevraagd, en zodoende is de mogelijkheid om bij een vermeende schending van de staatssteunregels voorlopige rechtsbescherming te krijgen, bijzonder klein. Tekenend is ook dat de Nederlandse rechter ondanks zijn grotendeels van de Commissie onafhankelijke rol in staatssteungeschillen, met enige regelmaat houvast blijkt te zoeken bij het voorlopig of zelfs hypothetisch oordeel van de Commissie over de vraag of een bepaalde maatregel kwalificeert als onrechtmatige staatssteun. Zonder onrecht te willen doen aan de kennis en kunde van de rechterlijke macht kan worden gesteld dat de 'Europese' verwachtingen van de Nederlandse rechter wel erg hooggespannen zijn vergeleken met de vaak toch beperkte rol die deze rechter daadwerkelijk in staatssteunzaken kan spelen.

Onvoldoende op het Unierecht toegesneden nationaal procesrecht

Bij de handhaving van het Europese staatssteunrecht geldt ten tweede dat de Nederlandse rechter kan worden geconfronteerd met problemen die voortvloeien uit een niet optimaal op het Unierecht toegesneden procesrecht.¹ Een

1 Ter herinnering: onder procesrecht wordt in dit onderzoek verstaan al het recht, inclusief remedies, dat er toe dient de naleving in rechte van materiële normen te bewerkstelligen. Zie de definitie en toelichting in hoofdstuk 1, § 1.9.

evident voorbeeld daarvan is de uit artikel 26a AWR voortvloeiende onmogelijkheid van concurrenten van vermeende steunontvangers om zich in rechte tot de belastingrechter te wenden. Minder evident, maar toch het benoemen waard, is de in dit onderzoek opgeworpen problematiek van informatie-asymmetrie. Gewezen is op de mogelijkheid dat justitiabelen die een beroep op de staatssteunregels willen doen onvoldoende in staat zijn om de daarvoor benodigde feitelijke informatie tot hun beschikking te krijgen – een probleem dat door (de toepassing van) het bestaande procesrecht onvoldoende wordt opgevangen.

Natuurlijk moet op dit punt worden gewezen op de geconstateerde onmogelijkheid om op grond van het Nederlands recht de terugvordering van onrechtmatig verleende steun inclusief de daarover genoten rente te bewerkstelligen. In dit onderzoek is bepleit dat deze onmogelijkheid niet principieel valt te wijten aan een gebrekkige bereidheid van de Nederlandse rechter om aan schendingen van het staatssteunrecht de nodige gevolgen te verbinden, maar juist aan het ontbreken van een expliciete en afdoende terugvorderingsgrondslag in het Nederlandse recht. Op grond van het huidige procesrecht blijkt het ook bijzonder moeilijk om een vermeend onrechtmatige steunmaatregel af te splitsen van het grotere project waarvan het deel uitmaakt. Te wijzen valt op de beroepen voor de burgerlijke rechter waarin justitiabelen de marktconformiteit van een overeenkomst bestrijden en de stillegging vorderen van het gehele project waarvan de overeenkomst (of het niet-marktconforme deel daarvan) een onderdeel vormt. Dat is met name problematisch bij de opschorting van vermeende steun die op het punt staat te worden uitgekeerd. Er bestaan weliswaar theoretische mogelijkheden, zowel in het burgerlijk recht als in het bestuursrecht, om de gevolgen specifiek op de steun toe te spitsen, maar de praktische uitwerking blijkt gecompliceerd – voor zover het al zo ver wil komen.

Te wijzen valt ook op het in het Nederlands (proces)recht verankerde uitgangspunt dat de rechter in beginsel niet kan treden buiten de grenzen van het geschil. De gebondenheid aan de grenzen van het geschil betekent ook dat de rechter geen gevolgen kan verbinden aan handelingen die buiten dat geschil vallen – een niet te onderschatten constatering in de context van getrapte besluitvorming in het bestuursrecht. Dit is een noodzakelijk uitvloeisel van de rechtsbeschermingsfunctie van de rechter en kan de mogelijkheid van de rechter om de naleving van het Unierecht in concrete gevallen te waarborgen aanzienlijk indammen. Hieraan gerelateerd is het in de hoofdstukken 3 en 8 besproken fundamentele probleem dat als gevolg van de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling handelingen die gezamenlijk tot een economische werkelijkheid behoren in afzonderlijke procedures aan de orde moeten worden gesteld – en dus minder gemakkelijk in hun onderlinge samenhang kunnen worden gezien. Dit probleem kan echter niet worden opgelost zonder het creëren van significante nieuwe problemen.

Onduidelijkheid over het Europees normatief kader

De handhaving van de Europese staatssteunregels door de Nederlandse rechter wordt ten derde bemoeilijkt door nog bestaande onduidelijkheid over de reikwijdte en strekking van de relevante Unierechtelijke regels. Gevolg hiervan is dat de Nederlandse rechter herhaaldelijk worstelt met de juiste vertaalslag van deze regels naar het Nederlandse recht. Met name de juridische verhouding tussen de Commissie en de nationale rechter is uit Unierechtelijk perspectief maar tot op zekere hoogte helder en levert voor het overige nog veel onbeantwoorde vragen op. Een mooi voorbeeld biedt de situatie waarin een justitiabele in rechte aanvoert dat een op zich goedgekeurde steunmaatregel is uitgevoerd op een manier die afwijkt van het goedkeuringsbesluit van de Commissie. Het is gebleken dat de door de Commissie voorgestelde benadering waarbij de rechter alleen nagaat 'of aan alle in het goedkeuringsbesluit genoemde voorwaarden is voldaan' voor de rechter onvoldoende houvast biedt – terwijl de rechter er tegelijkertijd voor moet waken om zelf in de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel te treden. Hoewel de Nederlandse rechter in dit soort gevallen doorgaans een lijn volgt die het best kan worden omschreven als 'loyaal en pragmatisch', blijft het moeilijk om in concrete gevallen precies vast te stellen hoe de rechter zich tot de Commissie verhoudt of dat zou moeten doen. Geconcludeerd is dat in ieder geval een antwoord nodig is op de vraag welke gevolgen de nationale rechter moet verbinden aan afwijkingen van (impliciete) voorwaarden van goedkeuringsbesluiten of vrijstellingen.

Dat nog onduidelijkheid bestaat over sommige belangrijke aspecten van de staatssteunregels, is niet zonder gevolgen. In sommige gevallen heeft deze onduidelijkheid geleid tot een te vergaande toepassing van de staatssteunregels, ten koste van de rechtsbescherming van de begunstigden. Te wijzen valt bijvoorbeeld op de eerste *Residex*-uitspraken waarin, achteraf ten onrechte, werd aangenomen dat een schending van de standstillbepaling in alle gevallen leidt tot de algehele nietigheid van de steunverlenende overeenkomst. Aan de andere kant zijn er ook uitspraken geweest waarin de rechter tegen de achtergrond van de genoemde onduidelijkheid juist heeft gekozen voor een beperktere uitleg dan naar Europees recht gerechtvaardigd lijkt. Zo is gebleken dat de Nederlandse rechter bij twijfel lijkt uit te gaan van een beperkt beschermingsbereik van de standstillbepaling, waarbij andere justitiabelen dan concurrenten en heffingbetalers weinig kans maken om hun staatssteunargumenten naar voren te brengen.

Verdere dimensies ...

Het bovenstaande maakt duidelijk dat de Nederlandse rechter bij de handhaving van het Europees staatssteunrecht wordt geconfronteerd met problemen die in ieder geval voor een deel worden veroorzaakt door de ontoereikendheid van zowel het (nationaal) procesrecht als van het (Europees) normatief kader. Het is echter te eenzijdig om bij het bestuderen van de doorwerking van een

Unierechtelijke regel als de standstillbepaling alleen de aandacht te richten op de duidelijkheid van de Europese norm en de mate waarin het nationale procesrecht, conform de kaders van de nationale procedurele autonomie, de verwezenlijking van die norm mogelijk maakt. Het uitgevoerde jurisprudentieonderzoek laat zien dat aan dit algemene beeld een paar dimensies moeten worden toegevoegd. Daarbij geldt dat deze dimensies zeker kunnen samenhangen met het Nederlands procesrecht en de duidelijkheid van de Europese norm. Toch is het verhelderend om ze afzonderlijk voor het voetlicht te brengen, in de wetenschap dat er een mate van overlap zal bestaan.

Afhankelijkheid van inbreng partijen en externe factoren

In dat kader verdient ten eerste expliciete aandacht dat de Nederlandse rechter maar tot op zekere hoogte, bijvoorbeeld door een ruimere uitleg van het relevante procesrecht, zelf kan invullen op welke manier hij aan de Europese staatssteunregels toepassing geeft. Hij is daarvoor namelijk voor een groot deel afhankelijk van de (feitelijke) inbreng van de partijen en van de feitelijke omstandigheden van het geval. In hoofdstuk 7 is zodoende geconcludeerd dat de door de rechter aan een schending van het staatssteunrecht te verbinden gevolgen voor een belangrijk deel worden ingekaderd door de procesopstelling van de partijen en de procedurele context.

De afhankelijkheid (tot op zekere hoogte) van de inbreng van partijen en van de feitelijke inkadering van het geschil speelt vooral een flinke rol bij de beoordeling of een maatregel als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU kwalificeert. Dat is een gevolg van de omstandigheid dat bij de kwalificatie van staatssteun feitelijke en juridische aspecten doorgaans nauw met elkaar verweven zijn, en dat met name in het burgerlijk recht aan de partijen bij het geschil een belangrijke verantwoordelijkheid toekomt om de nodige feiten en argumenten naar voren te brengen. Het uitgevoerde onderzoek laat zien dat justitiabelen die zich op de staatssteunregels beroepen zowel voor de bestuursrechter als voor de burgerlijke rechter in beginsel zelf moeten aantonen dat sprake is van staatssteun. Doen zij dit om enige reden op een onvoldoende onderbouwde of overtuigende manier, dan ziet (of zoekt) de Nederlandse rechter weinig mogelijkheden om alsnog vast te stellen of van een schending van de staatssteunregels sprake is en zodoende aan de handhaving van de standstillbepaling bij te dragen. Hoewel zeker de bestuursrechter in theorie aanzienlijke mogelijkheden heeft om zelfstandig onderzoek te doen, is dat (overigens ook buiten het staatssteunrecht) niet gebruikelijk, zeker in gevallen waarin, zoals in alle bestudeerde gevallen, met advocaat wordt geprocedeerd. Ook voor de ambtshalve toetsing van de staatssteunregels heeft de Nederlandse rechter tot nu toe geen aanleiding gezien. Dit geldt al helemaal nu het in de meeste gevallen zeker geen uitgemaakte zaak is dat de bestreden maatregel onrechtmatige staatssteun inhoudt en diepgaander (feitelijk) onderzoek nodig zou zijn. Naar de huidige stand van het recht is dit waarschijnlijk terecht, maar dit impliceert wel een belangrijke beperking van de mogelijkheid van de

rechter om aan de daadwerkelijke naleving van de standstillbepaling bij te dragen.

Oneigenlijk of gemakzuchtig gebruik van de staatssteunregels

De betekenis van de bovenstaande constatering valt niet te onderschatten wanneer deze wordt gekoppeld aan de mogelijkheid dat partijen de staatssteunregels oneigenlijk of gemakzuchtig invoeren. Een van de belangrijkste conclusies van dit onderzoek is dat de Nederlandse rechter wordt geconfronteerd met een grote hoeveelheid zaken waarin het staatssteunrecht lijkt te worden ingeroepen 'voor het geval dat', uiterst subsidiair en blijkbaar slechts halfslachtig gemotiveerd, of met het oog op doeleinden die met het herstel van de mededingingssituatie als zodanig niet zoveel van doen hebben. Dit wil zeker niet zeggen dat alle staatssteungeschillen voor de Nederlandse rechter aan een of meer van deze kenmerken beantwoorden. Het spreekt echter voor zich dat de beroepen die wel aan deze kenmerken voldoen van de rechter zullen vergen dat hij de invulling van zijn rol bij de handhaving van de staatssteunregels opnieuw tegen het licht houdt. Hij kan onder meer genoodzaakt zijn om zich te buigen over nog onvoldoende beantwoorde vragen over het precieze beschermingsbereik van de standstillbepaling. Het kan voor hem ook nodig zijn om te onderzoeken in hoeverre hij eventueel halfslachtig gemotiveerde beroepen op grond van Nederlands of Europees recht moet aanvullen en in hoeverre het zaak is om aan een schending van de standstillbepaling de door het Hof van Justitie bedoelde gevolgen te verbinden wanneer de partijen er belang bij (menen te) hebben dat een andere remedie wordt geboden.

Natuurlijk moet ook rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de rechter bij beroepen op het staatssteunrecht onder omstandigheden weinig urgentie zal voelen om alle hem voor de effectieve toepassing van de staatssteunregels ter beschikking staande instrumenten uit de kast te halen. Dat de jurisprudentie laat zien dat van de staatssteunregels oneigenlijk of gemakzuchtig gebruik kan worden gemaakt is als zodanig al een relevante conclusie. Tegelijkertijd biedt deze wetenschap een bijzonder nuttige lens om de verdere conclusies van dit onderzoek door te bekijken.

Discrepancie tussen de ernst of zekerheid van de schending en de gevolgen daarvan

Het zal in dit licht niet geheel verbazen dat uit de Nederlandse staatssteunjurisprudentie een aarzeling blijkt om aan gestelde schendingen van de staatssteunregels (te) verstrekkende gevolgen te verbinden. Op zijn minst is de Nederlandse rechter in zijn jurisprudentie van de afgelopen tien jaar niet bereid, het toepasselijke recht (ver) buiten de op dat moment geldende grenzen op te rekken. Nu hoeft deze bevinding op zich nog niet op een aarzeling te wijzen. Uit de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Zorg en Zekerheid* blijkt immers dat de opvatting over wat de buitengrenzen van het recht zijn wel degelijk in ontwikkeling zijn. Waar voor een terugvorderingsbevoegdheid eerst nog

een grondslag in het Nederlands (ongeschreven) recht moest worden gevonden, is de Afdeling inmiddels zo ver gegaan om de benodigde bevoegdheidsgrondslag in te lezen in artikel 108 lid 3 VWEU.

Van de gesignaleerde aarzelingen bestaan echter ook krachtigere aanwijzingen. Zo valt het op dat de Nederlandse rechter, wanneer hij bij de beoordeling van het benodigde belang verwijst naar het Unierecht, dit eerder lijkt te doen om de inroepbaarheid van de staatssteunregels in te dammen dan andersom. Sterker nog: de Nederlandse bestuursrechter lijkt nationale belangvereisten in bepaalde bijzonder moeilijke situaties zelfs te hebben gebruikt als 'schietstoel' om ingewikkelde en politiek gevoelige staatssteungeschillen uit de weg te kunnen gaan. Daarnaast valt ook niet uit te sluiten dat de Nederlandse rechter in sommige gevallen een te zware toetsingsmaatstaf toepast, wellicht omdat de gevolgen van een gegrondverklaring te zwaar worden geacht of moeilijk vallen te overzien, dan wel omdat een zaak gevoelig ligt of omdat buiten de rechtszaal aan een andere oplossing wordt gewerkt.

Het beeld dat hierdoor ontstaat wijst in de richting van een discrepantie tussen de gevolgen die (al dan niet na een nationale vertaalslag) aan een schending van de staatssteunregels zouden moeten worden verbonden en de gepercipieerde ernst van de schending en de mate waarin het bestaan van de schending duidelijk is geworden. Voor zover deze discrepantie inderdaad bestaat, knelt deze het meest in (kort geding-)situaties waarin de opschorting van een vermeende, van een groter project deel uitmakende, steunmaatregel wordt gevraagd. Het blijkt dat de burgerlijke rechter er in dit soort gevallen mee worstelt dat (voor zover al met enige mate van zekerheid zou kunnen worden vastgesteld dat sprake is van onrechtmatige steun) de gevraagde opschorting veel ingrijpender is dan minimaal nodig is om onrechtmatige steunverlening te voorkomen. Het blijkt in zulke gevallen belangrijk om de gevolgen beter op de steun te kunnen toespitsen. In het burgerlijk recht bestaan daarvoor theoretische mogelijkheden via de figuren van partiële nietigheid en conversie, in het bestuursrecht via partiële vernietiging of algehele vernietiging met de opdracht om een nieuw staatssteunconform besluit te nemen. Hoe deze in de praktijk zouden uitwerken valt moeilijk te voorspellen, hoewel kan worden aangenomen dat de rechter bij het 'afsplitsen' van de daadwerkelijke steun kan aanlopen tegen ingewikkelde kwalificatie- en kwantificatievraagstukken.

Spillover effecten

Een volgende belangrijke dimensie is dat de Nederlandse rechter bij tijd en wijle te maken krijgt met vraagstukken die niet als zodanig betrekking hebben op de handhaving van de Europese staatssteunregels, maar die daaraan wel verwant zijn of daaruit voortvloeien. Deze vraagstukken stromen als het ware in het kielzog van de in hoofdstuk 2 uiteengezette staatssteunregels in geschillen voor de Nederlandse rechter binnen. Het – ook kwantitatief – meest sprekende voorbeeld is de enorme toestroom van beroepen op de staatssteunregels

in geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening. In deze geschillen zijn de staatssteunregels, naar ik heb bepleit, alleen indirect aan de orde. In wezen gaat het in RO-geschillen om een vraag van Nederlands recht, namelijk of de financiële uitvoerbaarheid van het betrokken RO-besluit is gewaarborgd. Wel wordt deze vraag met behulp van het staatssteunrecht ingekleurd, aangezien wordt beoordeeld of het betrokken bestuursorgaan op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat als gevolg van een mogelijke terugvordering van de staatssteun het plan niet binnen de planperiode kan worden uitgevoerd op een wijze zonder dat ongeoorloofde staatssteun wordt verleend. De implicatie hiervan is dat de Nederlandse rechter onder omstandigheden de vraag moet beantwoorden in hoeverre de Europese staatssteunregels (mede) invulling kunnen (of moeten) geven aan materiële normen van nationaal recht.

De indirecte doorwerking van de Europese staatssteunregels is niet beperkt tot de ruimtelijke ordening. In algemenere zin laat dit onderzoek zien dat met name de bestuursrechter te maken krijgt met de vraag welke eisen bijvoorbeeld de algemene beginselen van behoorlijk bestuur stellen aan bestuursorganen die met een beroep op de staatssteunregels een begunstigend besluit willen weigeren, wijzigen of terugdraaien. Zo volgt uit de bestudeerde bestuursrechtelijke jurisprudentie dat bestuursorganen onder omstandigheden met de Commissie in contact moeten treden wanneer over de kwalificatie van het gevraagde voordeel als staatssteun nog twijfel bestaat. Deze verplichting vloeit voort uit het Unierecht, en het valt zelfs sterk te betwijfelen of de Commissie op de aan deze jurisprudentie gevolg gevende contactverzoeken van nationale bestuursorganen zit te wachten. Vanuit Nederlandsrechtelijk perspectief is dat echter in zoverre irrelevant dat niet de effectieve handhaving van het staatssteunrecht aan de orde is, maar de vraag wat de zorgvuldigheidsverplichtingen zijn van de overheid die zich met een beroep op het staatssteunrecht aan het nemen of handhaven van een begunstigend besluit wil onttrekken. De toepassing van de staatssteunregels brengt zodoende in sommige gevallen nieuwe vragen met zich die niet naar Europees maar naar Nederlands recht moeten worden beantwoord. Een van de uitdagingen daarbij is om goed op het netvlies te blijven houden of daadwerkelijk sprake is van een vraag die naar Nederlands recht 'mag' worden beantwoord, en in hoeverre de toepassing van nationaalrechtelijke normen niet toch met het Unierecht in strijd komt.

Onvoorziene bronnen van staatssteunprocedures

Tenslotte: zoals de Europese staatssteunregels Nederlandse normen kunnen inkleuren of beïnvloeden, zo is het ook mogelijk dat de toepassing van de staatssteunregels wordt beïnvloed door regels van nationaal recht. Dat is op zich niet zo vreemd; deze constatering past geheel binnen het uitgangspunt van de nationale procedurele autonomie. Het verdient op basis van dit onderzoek echter opmerking dat de toepassing van het nationale procesrecht er onder omstandigheden toe kan leiden dat de nationale rechter zich buigt over andere of meer geschillen dan op grond van een enkele bestudering van de

staatssteunregels zou kunnen worden verwacht. Gewezen is al op de mogelijkheid dat een schending van de standstillbepaling kan leiden tot de vernietiging van een RO-besluit, zij het dan over de band van de in het ruimtelijke-orderingsrecht geldende eis van de financiële uitvoerbaarheid. Binnen deze kaders is gebleken dat justitiabelen zoals omwonenden onder omstandigheden indirect de staatssteunregels kunnen inroepen, terwijl verre van duidelijk is of deze regels ooit op de bescherming van zulke belangen zijn toegeschreven. Op dezelfde manier is geconstateerd dat het voor justitiabelen op grond van het Nederlands bestuursrecht mogelijk is om zich op een schending van de staatssteunregels te beroepen enkel omwille van het feit dat zij de geadresseerde zijn van een aan het vermeend steunverlenend besluit gekoppelde besluit. Voor de rechter kan dit tot het probleem leiden dat het Unierecht (logischerwijs) niet voldoende duidelijkheid biedt over de rol die hem in dat geval toekomt. Tot hele belangwekkende conclusies leidt dit overigens niet, nu de bestuursrechter in de praktijk vooralsnog niet overgaat tot vernietiging van het bestreden besluit in situaties die volgens hem niet door het staatssteunrecht worden beschermd.

9.5 IMPLICATIES VAN DIT ONDERZOEK VOOR BREDERE WETENSCHAPPELIJKE DISCUSSIES

In de inleiding van dit onderzoek is al benoemd dat de hier onderzochte rol van de Nederlandse rechter bij de handhaving van de staatssteunregels raakvlakken heeft met een aantal andere bredere thema's, zoals de private handhaving van het Unierecht via de nationale rechter, de doorwerking van het Unierecht in het nationale recht en de horizontale interactie tussen rechtsgebieden. Met het onderhavige onderzoek is het mogelijk om binnen deze bredere wetenschappelijke discussies enkele relevante gezichtspunten te bieden. Waar de hieronder beschreven gezichtspunten (ik beschrijf ze als implicaties voor de gedachtevorming) een ander of nieuw licht zouden werpen op de bestaande discussie, kan dat aanleiding zijn voor verder onderzoek.

9.5.1 Implicaties voor de gedachtevorming over de rol van de nationale rechter in een meerlagige rechtsorde

In het eerste hoofdstuk van dit onderzoek is benoemd dat de rechter in geschillen met een Unierechtelijke component een Europese rol speelt op een nationaal toneel. Het uitgevoerde onderzoek bevestigt het daar beschreven beeld dat Nederlandse rechters hun rol als *juge de droit commun* breed accepteren. Dit uit zich, om maar twee voorbeelden te noemen, in de bereidheid van de Afdeling om in artikel 108 lid 3 VWEU een terugvorderingsgrondslag voor onrechtmatige staatssteun in te lezen, en in de veroordeling door de rechtbank

Noord-Nederland tot de terugbetaling van rente conform de daarvoor geldende Unierechtelijke eisen.

Helemaal van harte gaat dat overigens niet altijd. Het is belangrijk om te beseffen dat de Nederlandse rechter bij de handhaving van het Unierecht niet alleen de grenzen van het nationale recht wenst te respecteren – en terecht –, maar dat hij in sommige gevallen ook een bepaalde weerstand lijkt te voelen om bij beroepen op het staatssteunrecht doortastend op te treden. Te wijzen valt op de hierboven al gesignaleerde aarzeling om aan vermeende schendingen van de staatssteunregels (te) verstrekkende consequenties te verbinden, en op het gebruik in sommige gevallen van belangvereisten als ‘schietsstoel’. In dit onderzoek is een aantal factoren geïdentificeerd dat hierbij een rol speelt. Het gaat dan om de feitelijke en/of juridische complexiteit van een zaak en dus het gemak waarmee de schending van de norm kan worden vastgesteld, de (politieke) gevoeligheid van de zaak, het bestaan van andere relevante belangen waaronder die van de vermeende begunstigde, en tot slot de mogelijkheid dat de Europese Commissie zich alsnog over de vermeende steunmaatregel zal uitlaten.

Van belang is ook dat de rechtspraak laat zien dat rechters in sommige gevallen bereid zijn om aan het Unierecht de nodige inspiratie en zelfs grondslagen te ontleen, maar in andere gevallen als het even kan juist zo veel mogelijk aansluiting zoeken bij het nationale recht. Tekenend is in dat laatste geval dat de rechter bij de beoordeling of een justitiabele concurrent is van de vermeende steunontvanger (en dus aan de opschortingsplicht rechten kan ontleen), geen aansluiting zoekt bij enige aan het Unierecht ontleende definitie. Hier doet zich een interessante mix van Europees en Nederlands recht voor: waar uit het Unierecht wordt afgeleid dát een justitiabele een concurrentiebelang moet hebben, ziet met name de bestuursrechter kennelijk ruimte om naar nationaal recht te beoordelen óf dat concurrentiebelang bestaat. Ten aanzien van dit onderwerp is bepleit dat het hanteren van een nationaalrechtelijke conceptualisering van het concurrentiebelang in strijd komt met de effectieve doorwerking van het Unierecht. Dat gezegd hebbende: het is nog niet zo onbegrijpelijk dat een rechter zou kiezen om bij een concept als concurrentiebelang het nationaal kader tot uitgangspunt te nemen, als wordt bedacht dat dit concept vanuit Unierechtelijk perspectief van belang is maar nog niet zo expliciet is uitgestippeld,² terwijl daarover een uitgebreide nationaalrechtelijke jurisprudentie bestaat waarmee de rechter goed overweg kan.

Hierop voortbordurend is voor de rol van de nationale rechter in een meerlagige rechtsorde van belang dat de toepassing van het Unierecht een spillover effect kan hebben op het Nederlands recht. Wanneer bijvoorbeeld

2 Over het begrip ‘concurrent’ bestaat zowel in het staatssteunrecht als in het reguliere mededingingsrecht een uitgebreide jurisprudentie. Dat deze jurisprudentie (analoog) van toepassing is bij de beoordeling of sprake is van een concurrentiebelang, ligt voor de hand maar is nog niet expliciet bepaald.

een aan het bestuursrecht ontleende uitleg van het begrip ‘concurrent’ in de context van een staatssteungeschil restrictief wordt toegepast, bestaat het risico dat dit ook gevolgen heeft voor de uitleg van hetzelfde begrip in een zuiver nationale context. Of dat in dit voorbeeld ook daadwerkelijk is gebeurd is in dit onderzoek overigens niet bestudeerd. Het eventuele bestaan van een dergelijk spillover effect zal hoe dan ook afhangen van de mate waarin de gekozen benadering in een staatssteungeschil kan worden toegeschreven aan de bijzondere aard van het staatssteunrecht of eerder aan de omstandigheden van het geval. De in de paragraaf hierboven beschreven spillover-effecten hebben voor de gedachtevorming over de rol van de nationale rechter in een meerlagige rechtsorde ook de volgende implicatie. Nationale rechtssystemen worden in toenemende mate uitgedaagd om, in het licht van het nationale recht maar met inachtneming van het loyaliteitsvereiste, een plek te vinden voor de rechtsvragen die in het kielzog van de doorwerking van het Unierecht in de Nederlandse rechtsorde worden meegezogen.

Dit onderzoek bevestigt ten slotte eerdere conclusies dat de uitvoering van de ‘Europese’ rol van de Nederlandse rechter van hem veel kan vragen. Op verschillende punten in dit onderzoek is daarom onderstreept dat meer duidelijkheid nodig is over de precieze eisen die het Unierecht stelt, zodat de rechter bij de uitvoering van deze moeilijke taak meer houvast heeft.³ Wanneer onduidelijkheid over de reikwijdte of strekking van een norm als de standstillbepaling bestaat, kan de rechter namelijk niet optreden als een ‘mere provider of procedural tools and institutions for the enforcement of those actions’.⁴ In plaats daarvan zal het nationale recht in zulke gevallen op zijn eigen manier de gaten invullen. Dit heeft tot gevolg dat het de bevoegde rechter bij zijn uitspraak aan de nodige houvast kan ontbreken (en justitiabelen moeite kunnen hebben om de hen toekomende rechten te verwezenlijken), maar ook dat de staatssteunregels mogelijk anderszins verschillend worden toegepast afhankelijk van de zittende rechter.

Waar de nodige houvast ontbreekt, kan het stellen van een prejudiciële vraag natuurlijk uitkomst bieden. Dit onderzoek heeft enkele voorbeelden laten zien van situaties waarin een Nederlandse rechter in een staatssteungeschil één of meer prejudiciële vragen heeft gesteld. Desondanks valt er nauwelijks aan te ontkomen dat de rechter aan zijn rol bij de handhaving van de staatssteunregels voor een belangrijk deel zijn eigen invulling geeft. Het is per slot van rekening niet realistisch en vast ook niet de bedoeling dat elke mogelijke twijfel over die invulling leidt tot het stellen van een prejudiciële vraag.⁵ Op punten waarbij in dit onderzoek is aangegeven dat het stellen van een prejudiciële vraag uitkomst kan bieden, zoals bijvoorbeeld bij de verhouding tussen de Nederlandse rechter en de Europese Commissie, speelt daarnaast ook de

3 Vgl. Tjong Tjin Tai 2011, § 6.

4 Eilmansberger 2004, p. 1232.

5 Zie in dat kader met name ook Van Harten 2011 en latere publicaties van dezelfde auteur.

gedachte dat elke houvast die het Hof van Justitie aan de nationale rechter kan bieden, tegelijkertijd tot gevolg kan hebben dat de bewegingsruimte van deze rechter wordt beperkt. In die zin is het van belang te beseffen dat een zekere spanning bestaat tussen duidelijkheid over de door de nationale rechter te vervullen rol en het beginsel van de nationale procedurele autonomie.

9.5.2 Implicaties voor de gedachtevorming over de private handhaving van het Unierecht via de nationale rechter

Na deze weergave kan verder worden scherp gesteld op de rol van de nationale rechter bij de *handhaving* van het Unierecht. In het eerste hoofdstuk van dit onderzoek is al beschreven dat de naleving van het Unierecht in de EU-lidstaten op verschillende manieren kan worden afgedwongen. De belangrijkste twee manieren zijn de handhaving via een (Europese en/of nationale) toezichthouder, en de handhaving via de nationale rechter. In het geval van het staatssteunrecht bestaat in Nederland geen nationale toezichthouder. De handhaving van de staatssteunregels wordt dus gewaarborgd door de Europese Commissie die op basis van klachten of ambtshalve kan optreden, en door gedupeerden van schendingen van de staatssteunregels die via de Nederlandse rechter hun rechten kunnen inroepen.

Het uitgevoerde onderzoek bevestigt grotendeels het al in § 1.6.2 geschetste beeld, dat de bijdrage van de Nederlandse rechter aan de handhaving van de staatssteunregels een beperkte is.⁶ Het gevoelen bij veel advocaten en decentrale overheden lijkt te zijn dat met name eventueel optreden van de Commissie moet worden gevreesd, terwijl de mogelijke rol van de Nederlandse rechter vaak buiten beeld blijft. Dat gevoelen vindt bevestiging in de bevindingen van dit onderzoek. Daaruit blijkt dat het in de afgelopen tien jaar met name voor derde belanghebbenden nagenoeg onmogelijk is geweest om met succes in rechte het bestaan van onrechtmatige staatssteun aan te tonen.

Toegegeven: de relatieve afwezigheid van succesvolle staatssteunberoepen in de toch tamelijk uitgebreide jurisprudentie duidt niet onvermijdelijk op een gebrekkige handhaving van de staatssteunregels door de Nederlandse rechter. Niet alleen is het reëel dat in ieder geval in een deel van de bestudeerde procedures daadwerkelijk geen sprake is van onrechtmatige staatssteun, maar de rechter kan ook een onzichtbare rol hebben gehad die in het uitgevoerde jurisprudentieonderzoek buiten beeld blijft. Zo kunnen terechte staatssteunberoepen al in de bestuurlijke voorprocedure zijn opgelost of hebben geleid tot een schikking, zodat het niet tot een gepubliceerde uitspraak komt. Daarnaast kan de mogelijkheid dat bij de rechter zal worden geïncasséerd een preventief effect hebben, waardoor staatssteungeschillen niet ontstaan.

6 En niet alleen in het staatssteunrecht: Zie bijv. Camilleri 2013. Vgl. Dempsey e.a.

Helemaal geruststellen kunnen deze nuanceringsen echter niet. Twee punten zijn hier van belang. Ten eerste blijven aanwijzingen bestaan dat het voor justitiabelen in ieder geval in sommige gevallen gewoonweg te moeilijk is om via de Nederlandse rechter te bewerkstelligen dat aan de (dreigende) verlening van onrechtmatige staatssteun de nodige gevolgen worden verbonden. Met andere woorden: bij de private handhaving van het staatssteunrecht blijven belangrijke knelpunten bestaan. Ten tweede is de mogelijkheid dat beroepen op de staatssteunregels regelmatig worden gedaan in gevallen waarin van staatssteun geen sprake blijkt te zijn, alleen al in het licht van de werklast van de Nederlandse rechter, een onwenselijke.

Ten aanzien van het eerste punt geldt het volgende. In dit onderzoek zijn enkele elementen naar voren gekomen die aan een zinvolle handhaving door de Nederlandse rechter in de weg (kunnen) staan, en die voor een publieke 'handhaver' veel minder zwaar zouden hoeven wegen. Te wijzen valt dan primair op de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling, die eraan in de weg staat dat een samenstel van steunmaatregelen in hun onderlinge samenhang kunnen worden gezien. De daarmee samenhangende gebondenheid aan de grenzen van het geschil betekent dat de rechter geen gevolgen kan verbinden aan handelingen die buiten dat geschil vallen, terwijl voor de handhaving van het staatssteunrecht wel bevorderlijk zou zijn. Daarnaast wordt de mogelijke handhavende rol van de Nederlandse rechter beperkt door zijn afhankelijkheid – tot op bepaalde hoogte – van de inbreng van partijen. Voor de handhaving van de staatssteunregels is dat in zoverre problematisch dat deze partijen, zoals met name in de context van het belastingrecht is beschreven, er niet altijd belang bij hebben om een vermeende schending van de standstillbepaling via de officiële kanalen aan de kaak te stellen, en ook overigens moeite kunnen hebben om alle voor een succesvol beroep benodigde feiten en cijfers boven tafel te krijgen. Ook is gewezen op het geregeld terugkerend gebrek aan expertise en (daadwerkelijke) onderzoeksmogelijkheden van de rechter, waardoor het goed mogelijk is dat het bestaan van onrechtmatige staatssteun onvoldoende wordt herkend of geredigeerd.

Dan het tweede punt, over de mogelijkheid dat regelmatig een beroep op de staatssteunregels wordt gedaan zonder dat daadwerkelijk van staatssteun sprake is. Hierboven is al geconstateerd dat de Nederlandse rechter kan worstelen met oneigenlijke of gemakzuchtige beroepen op de opschortingsplicht. Anders dan een toezichthouder heeft de nationale rechter echter relatief weinig mogelijkheden om invloed uit te oefenen op de soorten zaken die hij behandelt. Voor een beleid op basis van opportuniteitsoverwegingen, zoals de Commissie dat voert, is geen ruimte.⁷ Dit past bij de rechtsbeschermingsfunctie van de rechter maar betekent wel dat hij een relatief grote hoeveelheid

7 Ook andere toezichthouders voeren beleid ten aanzien van de richting van hun werkzaamheden. Vgl. bijv. het Werkplan ACM, beschikbaar via <<https://www.acm.nl/nl/organisatie/missie-visie-strategie/onze-missie/>>.

staatssteungeschillen moet beslechten die niet per se bijdragen aan de handhaving van het staatssteunrecht, zoals ook uit dit onderzoek blijkt. Het lijkt mij in dat licht belangrijk dat bij de vraag in hoeverre de private handhaving een voldoende en wenselijke aanvulling (of zelfs alternatief) is voor de 'traditionele' publieke handhaving via een toezichthouder, expliciet wordt betrokken in hoeverre het verschil dat de rechter daadwerkelijk kan maken opweegt tegen de druk van de (door hem relatief moeilijk te beïnvloeden) werklust. Anders benaderd is het voor de private handhaving van het Unierecht van belang dat de rechters bij machte zijn om beroepen in de sfeer van 'zonder steekhoudend argument kun je het altijd nog via het Unierecht proberen' te beteugelen. Dat geldt zeker in een rechtsgebied dat zo gecompliceerd en feitelijk gekleurd is als het staatssteunrecht. De relevantie van deze slotsom zou nog eens kunnen oplopen in het licht van de toenemende decentralisatie van het staatssteunrecht, die het gevolg is van de wens van de Commissie om haar onderzoek te concentreren op zaken die de grootste impact op de interne markt hebben en het potentiële belang van de rechter doet toenemen.

9.5.3 Implicaties voor de gedachtevorming over de horizontale interactie tussen rechtsterreinen

In de inleiding tot dit onderzoek is al genoemd dat een bestudering van de rol van de verschillende Nederlandse rechters fantastisch vergelijkingsmateriaal kan bieden op de verschillende rechtsterreinen. Eén norm moet door drie rechters worden toegepast, en dus kunnen uiteenlopende benaderingen mogelijk inzicht bieden in de werking van deze rechtsstelsels en de manier waarop ze zich tot elkaar verhouden. Dat geldt juist ten aanzien van het staatssteunrecht, zoals de bestudering van de jurisprudentie van de Nederlandse rechter uitwijst, omdat (a) de meeste gepubliceerde uitspraken zien op (vormen van) overheidshandelen, dat zich zowel kan uiten in publiek- als in privaatrechtelijk optreden; (b) dat overheidshandelen doorgaans de rechts- of feitelijke positie van een derde beïnvloedt zonder diens tussenkomst; (c) de overheid geen discretie heeft om zelfstandig beleidsmatige afwegingen te maken over het belang van zijn handelen; en (d) het gevolg dat aan het overheidshandelen moet worden verbonden niet afhankelijk is van de publiek- of privaatrechtelijke aard van het handelen of van de procedure.

Deze factoren maken gezamenlijk dat verschillen in de rechterlijke benadering afhankelijk van het rechtsgebied maar in beperkte mate te verklaren vallen vanuit de inhoud of achtergrond van de toegepaste norm. Immers: (a) De idee dat in het burgerlijk recht wordt uitgegaan van de gelijkwaardigheid van partijen en in het bestuurs- en belastingrecht niet, gaat niet op nu in beide gevallen overheidshandelen aan de orde is. (b) Dat geldt des te meer nu het overheidshandelen een derde beïnvloedt zonder diens tussenkomst. De overheid die aan een begunstigde een steunverlenend besluit richt beïnvloedt de

rechtspositie van een derde niet principieel ingrijpender, eenzijdiger of bindender dan de overheid die met een begunstigde een niet-marktconforme overeenkomst sluit. Verschillen op grond van de ongelijkheid van partijen zijn dus niet aan de orde. (c) Voor zover gezegd kan worden dat de bestuursrechter beter dan de burgerlijke rechter in staat is (of eerder aangewezen is) om rekening te houden met het democratische mandaat van een bestuursorgaan om beleidsmatige afwegingen te maken, gaat dat in het staatssteunrecht in ieder geval niet op omdat alleen de Europese Commissie zich mag uitlaten over de verenigbaarheid van steunmaatregelen. De rechter beoordeelt in beginsel alleen of de juiste procedure is gevolgd, zonder ruimte te mogen laten voor discretie aan de kant van de overheid. (d) Nu de gevolgen die aan een schending van de staatssteunregels moeten worden verbonden dwingend zijn voorgeschreven, kunnen verschillen tussen de benaderingen van de rechters maar beperkt vanuit de verschillende aard van de rechtsgebieden worden verklaard.

Desondanks blijft een aantal belangrijke verschillen bestaan. Een deel daarvan kan 'gewoon' worden toegeschreven aan min of meer toevallige ontwikkelingen zoals het bestaan van een bepaald precedent. Zo is opgemerkt dat de burgerlijke rechter veel meer blijkt stil te staan bij het voorlopige of zelfs hypothetische oordeel van de Europese Commissie. Dit ligt vermoedelijk niet aan de bijzondere aard van het burgerlijk recht, maar kan worden herleid tot een in de jurisprudentie regelmatig aangehaald arrest waarin de Hoge Raad het mogelijk oordeel van de Commissie heeft betrokken in de toetsingsmaatstaf voor staatssteungeschillen in kort geding. Niet alle verschillen tussen de bestuurs-, belasting- en civielrechtelijke staatssteunuitspraken zijn echter toevallig. De belangrijkste kunnen licht werpen op de invloed van de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling, de insteek van de procedure (de toewijzing van een vordering of de vernietiging van een besluit) en de traditionele rol van de overheid in de verschillende rechtsgebieden. Met het volgende wordt meteen een antwoord gegeven op de vierde deelvraag waarmee de centrale onderzoeksvraag is aangescherpt.

Verschillen tussen de manieren waarop belangvereisten door de burgerlijke rechter aan de ene kant en de belasting- en bestuursrechter aan de andere kant worden toegepast, kunnen vermoedelijk worden toegeschreven aan de omstandigheid dat de bestuurs- en de belastingrechter een bijzondere rechtsgang bieden, terwijl de burgerlijke rechter ook als restrechter functioneert. Dat juist de bestuurs- en belastingrechter drempels opwerpen voor de mogelijkheid om een beroep op de staatssteunregels te doen, is daarom nog niet zo vreemd. Dit wil overigens absoluut niet betekenen dat de burgerlijke rechter voor beroepen op de staatssteunregels geen enkele drempel zou opwerpen. De stellingheid waarmee staatssteunberoepen in onteigeningsgeschillen door de Hoge Raad buiten de deur worden gehouden zegt in dat kader al genoeg. Het moet ook niet worden vergeten dat elementen (zoals het bestaan van een concurrentiebelang) die bij de bestuursrechter aan de poort worden getoetst,

voor de burgerlijke rechter op een later moment – alhoewel mogelijkterwijs op minder systematische manier – een rol gaan spelen.

Dat gezegd hebbende: de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling heeft tot gevolg dat *in ieder geval in potentie* de verantwoordelijkheid voor de private handhaving van het Unierecht zwaarder rust op de burgerlijke rechter dan op de bestuursrechter. Immers: wanneer de bestuursrechter bijvoorbeeld een beroep op de staatssteunregels niet-ontvankelijk verklaart, dan rest in beginsel altijd nog de gang naar de burgerlijke rechter.⁸ In hoofdstuk 7 van dit onderdeel is laten zien dat de Afdeling, bij gebrek aan een bevoegdheidsgrondslag, in het verleden de verantwoordelijkheid voor de terugvordering van rente heeft moeten overlaten aan de burgerlijke rechter.

De bestudeerde jurisprudentie laat verdere verschillen tussen de rechterlijke benaderingen zien die goed kunnen worden verklaard door de (uit de rechtsmachtverdeling voortvloeiende) verschillen in de insteek van de procedure: bij de bestuurs- en belastingrechter is de vernietiging van een besluit aan de orde, voor de burgerlijke rechter gaat het erom of één of meer van de ingediende vorderingen kan worden toegewezen. Dit verschil valt terug te zien in de rechterlijke motivering, die in civielrechtelijke uitspraken veel uitgebreider is dan in de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Dit is niet zo verwonderlijk wanneer wordt beseft dat voor de feitenvaststelling in de bestuursrechtelijke procedure idealiter al bij het primaire besluit en de beslissing op bezwaar ruimte is geweest, en dus met een kortere motivering kan worden volstaan. Vanuit de gedachte dat telkens dezelfde norm aan de orde is, valt het echter te betreuren dat uit de (minder uitgebreid gemotiveerde) bestuursrechtelijke jurisprudentie veel minder goed valt af te leiden welke informatie nodig is om een succesvol beroep op de standstillbepaling te doen dan in de civielrechtelijke jurisprudentie het geval is. Daar komt bij dat het daadwerkelijke verschil in de insteek van de procedure in veel van de bestudeerde gevallen nogal meevalt. Het valt, concreter gezegd, moeilijk te rechtvaardigen dat een principiële verschillende benadering wordt gevolgd ten aanzien van de situatie waarin een partij zich op de nietigheid van een vermeend steunverlenende overeenkomst beroept en de situatie waarin de geldigheid van een vermeend steunverlenend besluit aan de orde is.

Een belangrijk resultaat van het verrichte onderzoek is dat de bestuursrechter en de burgerlijke rechter ogenschijnlijk verschillende eisen stellen aan de zich op het staatssteunrecht beroepende vermeende steunverlenende overheid. In de bestudeerde jurisprudentie is met name opgevallen de zogenaamde Ridderstee-vergawisplicht en het gemak waarmee de burgerlijke rechter gedurende een tijd meeding in op het staatssteunrecht gebaseerde verweren

8 Opgemerkt is dat dit niet zal gelden voor de toepassing van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste op grond van art. 8:69a Awb. In dat geval heeft namelijk wel een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang opengestaan, maar heeft deze niet geleid tot vernietiging van het bestreden besluit.

van de overheid. Hiervoor zijn verschillende redenen aan te dragen. Een belangrijke verklaring is dat de bestuursrechter bij uitstek gewend is om overheidshandelen te toetsen, terwijl dit maar één van de vele rollen is die de burgerlijke rechter vervult. Zodoende valt er wel wat voor te zeggen dat juist de bestuursrechter, met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de hand, het gedrag van de overheid nader inkleurt – bijvoorbeeld door het introduceren van een vergewisplicht. Helemaal bevredigend is deze verklaring niet. Ten eerste is het gebruik van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet voorbehouden aan de bestuursrechter.⁹ Ten tweede is het goed denkbaar dat de tijdelijke ‘soepele’ houding van de burgerlijke rechter tegenover de zich op het staatssteunrecht beroepende overheid te wijten is aan (in wezen) een toevalligheid, namelijk dat met de eerste *Residex*-uitspraken een precedent werd geschapen voor de gedachte dat een beroep van de overheid op de staatssteunregels desnoods tot ingrijpend optreden noodzaakt.

Toch verdient het opmerking dat het niet te verwachten valt dat de burgerlijke rechter op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan de overheid een met de Ridderstee-vergewisplicht vergelijkbare verplichting zou opleggen. Waar de rechter van een bestuursorgaan kan verwachten dat het een voordeelsontnemend besluit opnieuw onder de loep legt of beter motiveert, is hetzelfde niet goed denkbaar wanneer een overheidsorgaan bij wijze van verweer tegen een vordering tot nakoming aanvoert dat de na te komen overeenkomst nietig is. Hij kan zijn verweer in dat geval overtuigend onderbouwen of niet. Resultaat van dit alles is dat voor de burgerlijke rechter in potentie veel directer en definitiever moet worden beantwoord of een bepaalde handelswijze onder het staatssteunrecht is toegestaan. Dit is interessant omdat deze benadering in theorie veel beter aansluit bij de rol van de rechter zoals die in de staatssteunjurisprudentie van het Hof van Justitie is uitgetekend – hoewel uiteraard de mogelijkheid blijft bestaan om bijvoorbeeld achter vraagstukken van stelplicht en bewijslast te ‘schuilen’. Het verdient echter opmerking dat, wanneer een indirecte benadering niet mogelijk is, ongeacht de duidelijke nadelen daarvan, de potentiële druk op de rechter wordt verhoogd doordat hij rechtstreekser potentieel vergaande uitspraken moet doen in een zoals gezegd complex en sterk feitelijk gekleurd rechtsgebied. Ook hier geldt overigens dat een dergelijk groot verschil tussen de twee rechters logisch te verklaren valt, maar vanuit het perspectief dat zij dezelfde norm toepassen moeilijker kan worden gerechtvaardigd.

9 Zie bijv. Rb Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591 (*MuzyQ*).

9.6 EEN BLIK OP DE TOEKOMST

In dit onderzoek is tien jaar aan Nederlandse staatssteunjurisprudentie onderzocht. Deze jurisprudentie heeft belangrijke inzichten gegeven in de rol die de Nederlandse rechter bij de handhaving van de Europese staatssteunregels vervult. Er zijn twee belangrijke ontwikkelingen waarvan kan worden verwacht dat zij de invulling van die rol in de volgende jaren op een wezenlijke manier zullen beïnvloeden. De eerste is de in dit onderzoek al regelmatig benoemde staatssteunmodernisering. Deze vergroot de potentiële rol van de nationale rechter ten opzichte van die van de Europese Commissie, die haar optreden wil kunnen toespitsen op de maatregelen die de mededinging het meest verstrekkend beïnvloeden. De toenemende nadruk op de vrijstelling van steunmaatregelen in plaats van expliciete goedkeuring door de Europese Commissie betekent ook dat de nationale rechter naar verwachting steeds vaker zal worden gevraagd uitspraak te doen over de toepassing van een bepaald vrijstellingsinstrument. Deze ontwikkeling valt in de bestudeerde jurisprudentie nog nauwelijks terug te zien maar betekent voor de rechter een fundamenteel andere benadering. Hij beoordeelt dan niet meer zozeer of sprake is van een steunmaatregel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU (het onderwerp van hoofdstuk 5) maar juist of een maatregel voldoet aan de – vaak technische en soms onduidelijke – voorwaarden van een vrijstellingsinstrument (zoals gedeeltelijk al besproken in hoofdstuk 6).

De tweede voor dit onderzoek belangrijke ontwikkeling is de op handen zijnde introductie van een nieuwe wet terugvordering staatssteun, die in hoofdstuk 8 al even aan de orde kwam. Uit de memorie van toelichting bij de consultatieversie van dit wetsvoorstel blijkt dat nieuwe grondslagen moeten worden gecreëerd voor de terugvordering van staatssteun wanneer een besluit van de Commissie tot terugvordering verplicht. Voor het overige moeten de bestaande grondslagen, zoals zij in dit onderzoek zijn beschreven, in principe nog steeds uitkomst bieden. Mocht het voorstel zoals het er bij de afronding van dit onderzoek ligt wet worden, dan zal dus naar verwachting een ander regime gaan gelden voor staatssteun ten aanzien waarvan de Commissie de terugvordering heeft gelast. Ook buiten deze – belangrijke maar relatief weinig voorkomende situaties – zal de wet naar verwachting echter veranderingen brengen. Zo bevat het voorstel een bevoegdheid voor bestuursorganen om ook zonder Commissiebesluit door hen gegeven beschikkingen te wijzigen wanneer zij in strijd met de standstillbepaling zijn vastgesteld, en daarbij ook rente te vorderen. Deze bepaling lijkt ook ruimte te bieden voor handhavingsverzoeken door concurrenten en zou in de komende jaren nog wel eens voor een toestroom van staatssteungeschillen kunnen leiden. Ook bij de weigering van subsidies zal het wetsvoorstel naar verwachting invloed hebben op de Nederlandse staatssteunjurisprudentie, door het voor partijen moeilijker te maken om aan te tonen dat van staatssteun géén sprake is. Gezien deze twee bepalingen mag worden verwacht dat het wetsvoorstel, voor zover het de

huidige inhoud behoudt, vooral invloed zal hebben op de rol van de bestuursrechter. Blijkbaar moet de jurisprudentie van de burgerlijke rechter, met name op het gebied van de nietigheden in staatssteungeschillen, nog verder uitkristalliseren voordat op dat terrein (eventueel) wijzigingen of nieuwe bepalingen worden voorgesteld.

De tijd – en verder onderzoek – zal leren welke invloed deze twee ontwikkelingen in de komende jaren daadwerkelijk op de rol van de Nederlandse rechter bij de toepassing van de staatssteunregels zullen hebben. Hoe dan ook kan worden verwacht dat hij, net als dat nu het geval is, zal blijven zoeken naar de vaak moeilijke balans tussen de op grond van het Unierecht aan hem gestelde eisen en de mogelijkheden en beperkingen van het nationale juridische kader waarin hij opereert.

