



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Privaatrechtelijke aspecten van handhaving van het staatssteunrecht

Adriaanse, P.C.

Citation

Adriaanse, P. C. (2007). Privaatrechtelijke aspecten van handhaving van het staatssteunrecht. *Vermogensrechtelijke Analyses*, 3, 5-42.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12972>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12972>

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

Privaatrechtelijke aspecten van handhaving van het staatssteunrecht

P.C. Adriaanse*

1 Inleiding

Gemeentelijke investeringen in de aanleg van een gemeentelijk glasvezelnetwerk,¹ een gemeente die bij wijze van *package deal* overeenkomsten afsluit met private partijen in verband met de bouw van een voetbalstadion-complex met een winkelcentrum, inclusief de verkoop en levering van enkele percelen grond door de gemeente,² de Staat die ter uitvoering van een arbitraal vonnis over een periode van diverse jaren alle niet-marktconforme kosten van een Nederlandse elektriciteitsproducent betaalt,³ een gemeentelijk havenbedrijf dat een riante garantie afgeeft,⁴ de Staat die ter uitvoering van een beschikking van de Europese Commissie rente probeert te vorderen van een pluimveemestopslag en -verwerkingsbedrijf, het zijn recente voorbeelden uit de Nederlandse civielrechtelijke rechtspraak van zaken waarin het Europese staatssteunrecht een rol speelde. Nog afgezien van de vraag of in al deze zaken uiteindelijk wel of niet sprake bleek te zijn van staatssteun en bijgevolg het Europese staatssteunrecht uiteindelijk wel of niet van toepassing was, voorop staat dat dit bijzondere Europese rechtsterrein op tal van manieren kan doorwerken in het nationale recht, in het bijzonder ook het privaatrecht.

Doorgaans wordt het belang van deze doorwerking pas echt duidelijk wanneer er iets is misgegaan bij de toepassing van het Europese staatssteunrecht, of althans wanneer dat wordt beweerd. In dergelijke situaties, zoals bij (beweerde) onrechtmatige steunverlening, rijzen dan (vaak nog op basis van

* Mr. P.C. Adriaanse is als universitair docent verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Dit artikel vormt een geactualiseerde bewerking van eerder gepubliceerde teksten van de auteur op het terrein van het staatssteunrecht. Zie P.C. Adriaanse, 'De rol van nationale rechters bij de terugvordering van onrechtmatige staatssteun', in: W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005, p. 57-86; P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2006; P.C. Adriaanse, 'Terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Knelpunten en oplossingen in het Nederlandse recht', in T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger, *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 199-231.

1 Rb. Groningen 3 september 2004, LJN AQ8920; Gerechtshof Amsterdam 18 januari 2007, LJN AZ6508.

2 HR 7 oktober 2005, NJ 2006, 131, m.nt. Mok.

3 Rb. Den Haag 1 augustus 2007, LJN BB1424.

4 Rb. Rotterdam 24 januari 2007, LJN AZ6904.

incidentele zaken) complexe vragen over de verhouding tussen het Europees gemeenschapsrecht en het toepasselijke nationale (proces)recht. Juist in relatie tot de handhaving van het gemeenschapsrecht op nationaal niveau zijn de Europese en de nationale rechtsorde immers sterk van elkaar afhankelijk en met elkaar vervlochten. Dit kan de interpretatie en toepassing van het gewone nationale privaatrecht in een geheel ander daglicht stellen.

Deze bijdrage beoogt los van een *case by case*-benadering op meer systematische wijze te analyseren hoe het Nederlandse privaatrecht zich verhoudt tot de handhaving van het Europese staatssteunrecht in situaties waarin sprake is van (beweerde) onrechtmatige steunverlening.⁵ Daartoe worden – op hoofdlijnen – in paragraaf 2 eerst de Europeesrechtelijke uitgangspunten en randvoorwaarden voor dit onderzoek vastgesteld. Zij vormen als het ware de mal waarin vervolgens diverse privaatrechtelijke thema's aan de orde zullen worden gesteld. Per thema zal op basis van wets-, jurisprudentie- en literatuuranalyse worden onderzocht welke relevantie het toepasselijke nationale privaatrecht heeft in relatie tot verschillende vormen van handhaving van het staatssteunrecht in Nederland, alsook welke knelpunten zich kunnen voordoen bij de toepassing van dat recht in een door het gemeenschapsrecht beheerste context. Waar mogelijk worden suggesties gedaan om deze knelpunten op te lossen. De gekozen thema's houden verband met in de rechtspraak reeds gevoerde zaken – waar zo veel mogelijk naar zal worden verwezen – en worden dan ook besproken in een volgorde die beoogt nauw aan te sluiten bij de rechtspraak. Deze bijdrage zal worden afgesloten met enkele concluderende opmerkingen.

2 Europeesrechtelijke uitgangspunten en randvoorwaarden

Er bestaat in Nederland geen puur nationaal staatssteunrecht, zoals dat wel het geval is in het mededingingsrecht. Het staatssteunrecht, zoals dat in deze bijdrage centraal staat, is louter vervat in EG-regelgeving. De basisregels over steunverlening in de lidstaten zijn neergelegd in de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag (verder EG). Deze regels zijn nader uitgewerkt in secundaire regelgeving, waaronder Verordening (EG) nr. 659/1999⁵ en beleidsdocumenten van de Commissie. Centraal hierin staat het begrip staatssteun. Uitgaande van artikel 87 lid 1 EG ziet dit begrip op alle steunmaatregelen van de lidstaten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen

5 Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag [nu artikel 88 EG] (PbEG 1999, L 83/1).

of dreigen te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden.⁶

Zie voor een vergelijkbare analyse op het terrein van het mededingingsrecht: W.A.J. van Lierop & E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht*, preadvis voor de Vereniging voor Burgerlijk recht, Deventer: Kluwer 2007.

Bij verlening van staatssteun zonder inachtneming van het toepasselijke Europese gemeenschapsrecht, zoals primair vervat in artikel 87 en 88 EG, bestaat het risico dat die verlening volgens communautaire maatstaven als onrechtmatig moet worden aangemerkt (verder: onrechtmatige staatssteun of steunverlening). Die onrechtmatigheid houdt dan verband met niet-naleving van procedurele vereisten voor de verlening van staatssteun, te weten een aanmeldingsverplichting en een *standstill*-verplichting, zoals vervat in artikel 88 lid 3 EG. In de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt terugvordering van onrechtmatig verleende steun bij de begunstigde(n), inclusief de genoten rente, dan gezien als de logische consequentie.⁷ De veronderstelling is dat daarmee het onrechtmatig genoten concurrentievoordeel ongedaan zal worden gemaakt.

De Europese Commissie beschikt over de bevoegdheid om die terugvordering van een lidstaat te vorderen door middel van een zogenoemde terugvorderingsbeschikking.⁸ Daarvoor dient de Commissie wel eerst te hebben vastgesteld dat op inhoudelijke gronden ook sprake is van met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun. Hoe de terugvordering vervolgens juridisch moet worden gerealiseerd, wordt overgelaten aan de betrokken lidstaat, althans voor zover de toepasselijke nationaalrechtelijke procedures een onverwijde en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie toelaten. Daarbij stelt het gemeenschapsrecht randvoorwaarden van gelijkwaardigheid en effectiviteit, die in de rechtspraak van het Hof van Justitie nader zijn ingevuld.⁹ Het is vaste rechtspraak dat het toepasselijke nationale recht de door het gemeenschapsrecht verlangde terugvordering

6 Zie over het staatssteunrecht verder o.a. de volgende recente boeken: C. Quigley, *European State Aid Law*, Oxford: Hart Publishing 2007; L. Hancher, T.R. Ottervanger & P.J. Slot, *EC State Aids*, Londen: Sweet & Maxwell 2006; Adriaanse 2006.

7 Zie bijv. zaak C-142/87, België/Commissie (Tubemeuse), Jur. 1987, p. I-959, r.o. 66; zaak C-278/00, Griekenland/Commissie, Jur. 2004, p. I-3997, r.o. 103.

8 Artikel 14 van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag [nu 88 EG], PbEG 1999, L 83/1.

9 Recentelijk nog bepaalde het Hof van Justitie in de zaak Commissie/Frankrijk dat een bepaling in het Franse recht, die voorziet in opschortende werking van beroepen tegen betalingsbevelen, buiten toepassing had moeten worden gelaten in het kader van de onverwijde en effectieve uitvoering van de beschikking van de Commissie. Zie zaak C-232/05, Commissie/Frankrijk, Jur. 2006, p. I-10071.

niet praktisch onmogelijk mag maken.¹⁰ Lidstaten kunnen zich ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen in ieder geval niet beroepen op nationale bepalingen, praktijken of situaties.¹¹ Alleen aangetoonde, absolute onmogelijkheid tot tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking wordt nog als mogelijk verweer geaccepteerd.¹²

Derde-belanghebbenden (bijv. concurrenten van de door staatssteun begunstigde onderneming(en)) kunnen door middel van zogenoemde private handhavingsacties bij de nationale rechter ook actie ondernemen tegen beweerde onrechtmatige staatssteun. Aan de geschonden bepaling bij onrechtmatige steunverlening, artikel 88 lid 3, laatste zin, EG, wordt namelijk rechtstreekse werking toegekend. Volgens vaste communautaire rechtspraak kunnen particulieren zich met een beroep op die bepaling tot de nationale rechter wenden, die in zijn hoedanigheid van *juge de droit communautaire* bij constatering van onrechtmatigheid in bovenbedoelde zin ertoe gehouden is de justitiabelen te waarborgen dat overeenkomstig het toepasselijke nationale recht alle consequenties zullen worden getrokken, zowel wat betreft de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen, als wat betreft de terugvordering van de steun in kwestie.¹³ Ook ten aanzien van deze acties tot private handhaving van het staatssteunrecht gelden de communautaire randvoorwaarden van gelijkwaardigheid en effectiviteit, alsook het vereiste van effectieve rechtsbescherming, zoals nader ingevuld in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Gegeven deze Europeesrechtelijke uitgangspunten, wordt in de volgende paragrafen onderzocht welke mogelijkheden het Nederlandse privaatrecht biedt voor tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie en voor effectuering van private handhavingsacties in relatie tot onrechtmatige staatssteun. Aangezien veel van deze thema's relevant kunnen zijn voor beide genoemde handhavingsvormen, worden per thema beide handhavingswegen in beginsel samen besproken. Daar waar het toepasselijke recht uiteenloopt, zal dit expliciet worden aangegeven.

10 Zie zaak C-382/99, Nederland/Commissie, Jur. 2002, p. I-5163, r.o. 90; zaak C-209/00, Commissie/Duitsland, Jur. 2002, p. I-11695, r.o. 34; zaak C-404/00, Commissie/Spanje, Jur. 2003, p. I-6695, r.o. 24.

11 Zie bijv. zaak C-303/88, Italië/Commissie, Jur. 1991, p. I-1433, r.o. 60; zaak C-5/89, Commissie/Duitsland, Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 18; zaak C-349/93, Commissie/Italië, Jur. 1995, p. I-343, r.o. 11.

12 Zie bijv. zaak C-99/02, Commissie/Italië, Jur. 2004, p. I-3353, r.o. 16; zaak C-415/03, Commissie/Griekenland, Jur. 2005, p. I-3875, r.o. 35.

13 Zaak 120/73, Gebr. Lorenz, Jur. 1973, p. 1471, r.o. 4; zaak C-354/90, FNCE, Jur. 1991, p. I-5505, r.o. 11; zaak C-39/94, SFEI, Jur. 1996, p. I-3547, r.o. 70.

3 Mogelijke rechtsvorderingen

Om terugvorderingsacties ter uitvoering van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie langs civielrechtelijke weg te effectueren, zullen zij moeten worden ingekleed met civiele rechtsvorderingen. Datzelfde geldt voor de hiervoor genoemde private handhavingsacties in relatie tot (beweerde) onrechtmatige staatssteun.

Artikel 3:296 lid 1 BW voorziet in de mogelijkheid dat tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, wordt veroordeeld. Met het oog op de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie biedt deze bepaling voor de steunverlenende overheid de mogelijkheid om te vorderen dat de begunstigde zal worden veroordeeld tot terugbetaling van de ontvangen steun, inclusief daarover genoten rente. Particulieren die willen ageren tegen beweerde onrechtmatige steunverlening kunnen, hetzij in een bodemprocedure, hetzij in een kort geding, bijvoorbeeld vorderen dat de overheid die de (beweerde) onrechtmatige steun heeft verleend zal worden veroordeeld tot het stopzetten van verdere steunverlening,¹⁴ het buiten werking stellen of opschorten van wetten totdat de Commissie haar goedkeuring heeft gegeven,¹⁵ het ongedaan maken van reeds verleende steun¹⁶ of de gevolgen daarvan¹⁷ of het terugvorderen van die steun van de begunstigten, inclusief rente.¹⁸ Ook kan een verbod om concurrentievervalsende activiteiten te verrichten worden gevorderd¹⁹ of een verbod op steunverlening in de toekomst.²⁰ Uiteraard valt ook te denken aan de mogelijkheid tot het instellen van vorderingen tot schadevergoeding. Om de genoemde vorderingen kracht bij te zetten, kan daaraan een vordering tot betaling van een dwangsom worden gekoppeld voor iedere dag dat de wederpartij in gebreke zal blijven met het nakomen van zijn verplichtingen.

Daarnaast voorziet artikel 3:302 BW in de mogelijkheid een verklaring voor recht te vragen van de burgerlijke rechter.²¹ In relatie tot (beweerde) onrechtmatige staatssteun valt dan te denken aan een verklaring voor recht

14 Zie bijv. Pres. Rb. Leeuwarden 19 april 1995, KG 1995, 279; Rb. Alkmaar 5 december 2002, LJN AF1407; Pres. Rb. Groningen 3 september 2004, LJN AQ8920.

15 Zie Pres. Rb. Den Haag 17 februari 1995, KG 1995, 122.

16 Zie bijv. Rb. Den Haag 25 juli 2001, NJK 2001, 51; Hof Amsterdam 1 april 2004, BR 2004, 694.

17 Zie bijv. HR 7 maart 2003, NJ 2004, 59, m.nt. MRM.

18 Zie bijv. Pres. Rb. Leeuwarden 19 april 1995, KG 1995, 279; Pres. Rb. Groningen 11 januari 2001, KG 2001, 58.

19 Zie Pres. Rb. Groningen 11 januari 2001, KG 2001, 58; Pres. Rb. Groningen 3 september 2004, LJN AQ8920.

20 Zie Pres. Rb. Groningen 11 januari 2001, KG 2001, 58.

21 Aangenomen wordt dat een declaratoire uitspraak in kortgedingprocedures niet mogelijk is. Zie E.J. Numann, 'Het kort geding', in: BRv – Suppl. 285, Deventer: Kluwer 2003, Titel 2, afd. 14, Inleiding.

van de nietigheid van bepaalde in relatie tot steunverlening verrichte rechtshandelingen.²² Ook kan een verklaring voor recht worden gevraagd dat bepaalde prestaties onverschuldigd zijn betaald of dat onrechtmatig is gehandeld door de wederpartij.²³

Het scala aan mogelijke civiele rechtsvorderingen in relatie tot (beweerde) onrechtmatige staatssteun is, zonder nog op de inhoudelijke gronden en daarmee op de kans van slagen van die vorderingen te zijn ingegaan (zie par. 9), dus vrij groot.

4 De wederpartij en eventuele andere partijen

In civielrechtelijke procedures kunnen zowel overheden als particulieren partij zijn. Dit biedt mogelijkheden voor acties gericht op tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie, maar ook voor private handhavingsacties in relatie tot (beweerde) onrechtmatige staatssteun. Voor zover sprake is van laatstgenoemde acties, zullen die, waar het betreft steunverlening door een bestuursorgaan, moeten worden gericht tot het rechtspersoonlijkheid bezittende overheidslichaam, waarvan het steunverlenende bestuursorgaan deel uitmaakt. Dat kan bijvoorbeeld een gemeente of de Staat zijn. Gegeven de soms complexe constructies van steunverlening waarbij meerdere overheden kunnen zijn betrokken, moet niet worden uitgesloten dat ook meerdere overheden in rechte kunnen worden aangesproken. Het ligt dan het meest voor de hand een juridische actie over (beweerde) onrechtmatige staatssteun bij de burgerlijke rechter in eerste instantie in te stellen tegen de rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de vermeende schending van de *standstill*-bepaling van artikel 88 lid 3, laatste zin EG, of althans waaraan het doen en laten van het bestuursorgaan dat die schending heeft begaan moet worden toegerekend. In de praktijk zal dit ook het orgaan zijn dat zorg moet dragen voor de daadwerkelijke uitvoering van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie.

Procedures tussen particulieren – bijvoorbeeld een derde-belanghebbende concurrent tegen de steunontvangende onderneming – zijn ook denkbaar. Een concurrent zou de steunontvanger bijvoorbeeld in rechte kunnen aanspreken uit onrechtmatige daad. Het Hof van Justitie heeft in de zaak *SFEI* met die mogelijkheid rekening gehouden.²⁴ Er zou dan moeten worden gesteld dat de ontvanger van onrechtmatige staatssteun, die op het moment waarop de steun onrechtmatig wordt verleend overduidelijk van de daarbij

22 Zie bijv. HR 27 september 2002, NJ 2002, 534; HR 24 januari 2007, LJN AZ6904.

23 Zie bijv. Rb. Den Haag 25 juli 2001, NJK 2001, 51.

24 Zaak C-39/94, *SFEI*, Jur. 1996, p. I-3547, r.o. 75. Zie uitgebreid N. Sasserath, *Schadenersatzansprüche von Konkurrenten zur Effektivierung der Beihilfenkontrolle?*, Berlin: Duncker & Humblot GmbH 2001, p. 219 e.v.

begane schending van het EG-recht op de hoogte is, op grond van artikel 6:162 BW een onrechtmatige daad pleegt, bestaande uit een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Daar artikel 88 lid 3, laatste zin EG, uit zichzelf geen verplichtingen oplegt aan particulieren, maar alleen aan lidstaten, kan in dergelijke puur horizontale verhoudingen echter geen beroep worden gedaan op deze EG-rechtelijke bepaling (zie verder paragraaf 9.2.2).²⁵

Op grond van artikel 217 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) kan eenieder die een belang heeft bij een tussen andere partijen ahangig geding overigens vorderen zich daarin te mogen voegen of daarin te mogen tussenkomen. Vanuit het perspectief van de ontvangers van staatssteun gezien, biedt deze bepaling de mogelijkheid om als partij deel te nemen in procedures tussen de steunverlener en derde-belanghebbenden, bijvoorbeeld concurrenten. Indien een civiele procedure primair is gericht op de ongedaanmaking van onrechtmatig verleende steun, zal het aantonen van een belang van de steunontvanger in dergelijke procedures weinig problemen opleveren. De kans dat een steunontvanger door middel van voeging of tussenkomst de uitslag van de procedure ook inhoudelijk in zijn belang kan beïnvloeden, moet dan echter zeer klein worden geacht. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt namelijk dat nationale rechters slechts in uitzonderlijke omstandigheden rekening kunnen houden met verwachtingen die steunontvangers hebben gekregen in de rechtmatigheid van de ontvangen steun (zie verder paragraaf 12). Bovendien moet, wanneer het op een belangenafweging aankomt, naast de belangen van de partij die het beroep heeft ingesteld, ook rekening worden gehouden met het communautaire belang dat gebaat is bij herstel van de toestand die is ontstaan door onrechtmatige steunverlening.²⁶

5 Ontvankelijkheidseisen algemeen

Of overheden dan wel particulieren bij de civiele rechter ontvankelijk zijn in hun rechtsvorderingen in relatie tot (beweerde) onrechtmatige staatssteun, zal moeten worden bepaald aan de hand van de hoofdregel van artikel 3:303 BW, die voorschrijft dat zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt.²⁷ Daarnaast bepaalt artikel 3:305a BW dat een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid ook een rechtsvordering kan instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt.

25 Zaak C-39/94, SFEI, Jur. 1996, p. I-3547, r.o. 73.

26 Vgl. zaak 94/87, Commissie/Duitsland, Jur. 1989, p. 175, r.o. 12; zaak C-24/95, Land Rheinland-Pfalz, Jur. 1997, p. I-1591, r.o. 24.

27 In kortgedingprocedures geldt daarnaast nog de eis van spoedeisendheid (art. 254 Rv).

Toepassing van deze ontvankelijkheidseisen lijkt de toets aan de communautaire vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit in beginsel te kunnen doorstaan.²⁸ De hoofdregel van artikel 3:303 BW is dermate ruim geformuleerd, dat degenen die niet via bestuursrechtelijke weg kunnen procederen over (beweerde) onrechtmatige staatssteun waarschijnlijk ook nog wel bij de burgerlijke rechter terecht kunnen voor aanvullende rechtsbescherming. Dit geldt bijvoorbeeld voor degenen die in fiscale zaken bij de fiscale rechter niet als bezwaar- en/of beroepsgerechtigden worden aangemerkt. Artikel 3:305 BW biedt belangenorganisaties in situaties van (beweerde) onrechtmatige staatssteun bovendien de mogelijkheid ook bij de burgerlijke rechter te procederen.²⁹ Het derde lid van artikel 3:305a BW bepaalt echter wel dat die rechtsvordering niet kan strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.

Toch blijkt uit de praktijk van zaken over onrechtmatige staatssteun, dat niet in alle gevallen de ontvankelijkheid van partijen wordt aangenomen. Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam in een zaak rond de bouw van het nieuwe AZ-stadion en annexe bedrijfsruimten ten behoeve van detailhandel in Alkmaar.³⁰ De bedrijvenvereniging Overstad en Jong Projectontwikkeling (eisers) stelden dat de Gemeente Alkmaar op onrechtmatige wijze staatssteun had verleend in de vorm van diverse overeenkomsten omtrent de bouw van het nieuwe AZ-stadion te Alkmaar. In hoger beroep kwam de ontvankelijkheid van beide eisers expliciet aan de orde. Het Hof Amsterdam verklaarde Jong Projectontwikkeling niet-ontvankelijk, omdat gesteld noch gebleken was dat hij een belang bij de ingestelde vorderingen had. De Jong is eigenaar van onroerende zaken in het gebied waarin het stadion wordt gebouwd, maar dat houdt, zo oordeelde het hof, nog niet in dat hij een onderneming drijft en daardoor een rechtens te respecteren belang heeft bij de stopzetting en/of ongedaanmaking van de uitvoering van de door de gemeente met AZ gesloten overeenkomsten. De bedrijvenvereniging Overstad daarentegen werd wel ontvankelijk verklaard, omdat in geval van toekenning van steun als bedoeld in artikel 87 lid 1 EG de leden van deze vereniging, waaronder vastgoedondernemingen, volgens het hof in hun belangen kunnen worden getroffen.³¹

28 Zie over de kring van beroepsgerechtigden in relatie tot artikel 88 lid 3 EG Zaak C-174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant, Jur. 2005, p. 1-85.

29 Zie voor een vergelijking tussen artikel 1:2 lid 3 Awb en artikel 3:305a BW verder R.J.N. Schlössels, *De belanghebbende*, Deventer: Kluwer 2004, p. 104-107.

30 Hof Amsterdam 1 april 2004, BR 2004, 694. Uitspraak in hoger beroep tegen Pres. Rb. Alkmaar 5 december 2002, LJN AF1407.

31 In cassatie kwam de ontvankelijkheid van partijen niet meer ter sprake. Zie HR 7 oktober 2005, NJ 2006, 131, m.nt. Mok.

6 Ontvankelijkheid als nog bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk is

Wanneer staatssteun is verleend in de vorm van een publiekrechtelijke rechtshandeling waartegen nog bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat, zullen eventuele vorderingen in verband met (beweerde) onrechtmatigheid van die steun bij de burgerlijke rechter volgens een vaste praktijk in beginsel niet-ontvankelijk worden verklaard.³² Wanneer een met voldoende rechtswaarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsbescherming heeft opgegaan, waarvan geen gebruik is gemaakt, zal de burgerlijke rechter uitgaan van de formele rechtskracht van het desbetreffende besluit, hetgeen impliceert dat zal worden uitgegaan van de rechtmatigheid daarvan. Soms blijkt hiervan echter te worden afgeweken. Zo werd Essent Kabelcom BV in haar vordering tegen de Gemeente Appingedam tot stopzetting van de werkzaamheden met betrekking tot de aanleg van een breedband glasvezelnet, aangeduid als het 'Damsternet-project', door de president van de Rechtbank Groningen ontvankelijk verklaard, ondanks het feit dat de bestreden steun in deze zaak in de vorm van een appellabel (subsidie)besluit was verleend, waartegen niet via bestuursrechtelijke weg was opgekomen. De reden voor deze ontvankelijkverklaring was volgens de president dat Essent niet de geldigheid van het besluit zelf, maar de uitvoering van dat besluit aan de orde had gesteld, welke niet zou kunnen plaatsvinden voordat de voorgenomen steunmaatregel overeenkomstig artikel 88 lid 3 EG was aangemeld bij de Europese Commissie en door die instantie zou zijn goedgekeurd.³³

Als deze redenering van de president navolging krijgt, zou op deze manier bij de burgerlijke rechter kunnen worden geprocedeerd in zaken die gewoonlijk in eerste instantie bij de bestuursrechter moeten worden beslecht. Vanuit communautair perspectief gezien, bestaan daartegen weinig bezwaren, aangezien het voor het gemeenschapsrecht niet uitmaakt langs welke weg op nationaal niveau wordt geprocedeerd over (beweerde) onrechtmatige staatssteun, zolang maar wordt voldaan aan de rechtsbeschermingseisen die daaraan door het Hof van Justitie worden gesteld. Vanuit nationaalrechtelijk perspectief gezien daarentegen, kunnen bij deze uitspraak van de president van de Rechtbank Groningen wel enkele kanttekeningen worden geplaatst. De in deze uitspraak gevolgde redenering doorbreekt namelijk de gangbare werkverdeling tussen bestuursrechters en de burgerlijke rechter in Nederland. Van Angeren en Den Ouden stellen naar aanleiding van deze zaak dat uit de rechtstreekse werking van artikel 88 lid 3, laatste zin, EG niet voortvloeit dat een beroepsgerechtigde zich voor een nationale rechter naar keuze op die bepaling

32 Zie bijv. Pres. Rb. Groningen 11 januari 2001, KG 2001, 58.

33 Pres. Rb. Groningen 3 september 2004, LJN AQ8920.

moet kunnen beroepen. Zij menen dat zo geen recht wordt gedaan aan de rechtszekerheid van de geadresseerde van een besluit.³⁴ Tegenover deze op zichzelf terechte stelling kan worden gesteld dat het voor (potentiële) gedupeerden van (beweerde) onrechtmatige staatssteun makkelijker wordt om in rechte actie te ondernemen. Dat geldt zeker in situaties waarin staatssteun in de vorm van appellabele besluiten op zeer verkapte wijze is verleend en gedupeerden in procedures bij de bestuursrechter dan normaal gesproken bot zullen vangen als zij pas na het verstrijken van de bezwaartermijn van zes weken met de desbetreffende steunmaatregel bekend worden. Eenmaal bij de burgerlijke rechter wordt dan gewoonlijk uitgegaan van de niet-ontvankelijkheid en de formele rechtskracht van die besluiten, omdat eisers niet eerst gebruikmaken of gebruik hebben gemaakt van een openstaande bestuursrechtelijke procedure.

7 Verjaringstermijnen

Op civiele rechtsvorderingen zijn de verjaringsbepalingen van artikel 3:306 BW e.v. van toepassing. Deze bepalingen gelden primair voor vermogensrechtelijke rechtsvorderingen, maar vinden op grond van artikel 3:326 BW buiten het vermogensrecht overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de betrokken rechtsverhouding zich daartegen niet verzet. Volgens het uitgangspunt van nationale procedurele autonomie, gelden de nationaalrechtelijke verjaringsbepalingen in beginsel ook bij de effectuering en handhaving van gemeenschapsrecht op nationaal niveau en in het bijzonder ook in procedures over (beweerde) onrechtmatige staatssteun, mits zij niet ongunstiger zijn voor soortgelijke nationale vorderingen en zij de uitoefening van de communautaire rechten niet praktisch onmogelijk maken.

Op grond van artikel 3:306 BW verjaart een rechtsvordering door verloop van twintig jaren, indien de wet niet anders bepaalt. In de daaropvolgende bepalingen wordt voor verschillende soorten vorderingen een bijzondere verjaringstermijn gegeven, welke voor de meeste gevallen op vijf jaar is gesteld. Zo bepaalt artikel 3:309 BW dat een rechtsvordering uit onverschuldigde betaling verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger is bekend geworden en in ieder geval twintig jaar nadat de vordering is ontstaan.³⁵ Artikel 3:310 BW bepaalt vervolgens dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade of tot betaling van een boete ver-

34 J.R. van Angeren & W. den Ouden, 'Subsidie recht en staatssteun', in: B. Hessel e.a., *Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, Preadviezen VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2005, p. 185.

jaart door verloop van vijf jaar na aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade of de opeisbaarheid van de boete als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt of de boete opeisbaar is geworden.

Toepassing van deze verjaringstermijnen op vorderingen die zijn ingesteld in verband met (beweerde) onrechtmatige staatssteun lijkt de realisering van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten voor particulieren (bijv. concurrenten van de steunontvanger) niet praktisch onmogelijk te hoeven maken. De genoemde verjaringsbepalingen uit het Burgelijk Wetboek zijn immers niet onredelijk kort, zeker niet vergeleken met de termijnen zoals die in Nederland in het bestuursprocesrecht worden gehanteerd voor het instellen van bezwaar en beroep tegen appellabele besluiten die in het kader van steunverlening zijn genomen. Bovendien bieden de bepalingen uit het Burgelijk Wetboek de mogelijkheid rekening te houden met bijzondere situaties waarin de eiser redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn van onrechtmatige staatssteun als de steun op verkapte wijze is verleend. De verjaringstermijn begint dan namelijk pas te lopen vanaf het moment waarop de eiser daarvan wel op de hoogte raakt en kan in het uiterste geval zelfs worden opgerekend tot twintig jaar. De steunverlenende overheid die een terugvorderingsbeschikking van de Commissie wil effectueren, zal die actie ook daadwerkelijk moeten doorzetten. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat, gegeven de communautaire verplichting tot die terugvordering, de bevoegde autoriteit daartoe over moet gaan, ook indien zij de termijn heeft laten verstrijken en dit naar nationaal recht impliceert dat intrekking in het belang van de rechtszekerheid is uitgesloten. De betrokken steunontvanger kan zich volgens het Hof van Justitie dan niet beroepen op verjaringstermijnen, aangezien hij vanaf het moment dat de Commissie haar terugvorderingsbeschikking heeft genomen niet langer in onzekerheid verkeert of hij met terugvordering zal worden geconfronteerd. Anders zou de tenuitvoerlegging van de terugvorderingsbeschikking van de Commissie, door toedoen van de lidstaat, onmogelijk kunnen worden gemaakt, hetgeen volgens het Hof afbreuk zou doen aan de nuttige werking van het gemeenschapsrecht.³⁶

35 Zie hierover HR 17 november 2000, NJ 2001, 580, m.nt. JH, r.o. 5.2.4. De Hoge Raad bepaalde dat de verjaringstermijn niet pas ingaat vanaf het moment dat de rechter een overeenkomst nietig verklaart – omdat op dat tijdstip de bekendheid van de schuldeiser met zijn vordering is gegeven – maar vanaf de dag dat eiser bekend is geworden met het feit dat de door hem gedane betalingen zonder rechtsgrond waren verricht.

36 Zaak C-24/95, Land Rheinland-Pfalz, Jur. 1997, p. I-1591, r.o. 34-38. Hoewel deze zaak betrekking had op intrekking van een terugvorderingsbesluit langs bestuursrechtelijke weg, ligt een gelijke uitleg van de uitspraak voor terugvordering langs privaatrechtelijke weg vanuit communautair perspectief voor de hand. Zie over buiten toepassing van nationale verjaringstermijnen ook bijv. R.H.C. Luja, 'De implementatie van beschikkingen tot terugvordering van staatssteun in het Nederlandse bestuursrecht', NTER 2000, p. 249; R.J.M. van den Tweel in een annotatie bij ABRvS 11 januari 2006, de Gemeentestem, 2006, no. 7254, p. 375; A-G Wattel in een conclusie bij HR 30 september 2005, BNB 2006, 187 c.

8 Grenzen aan het instellen van rechtsvorderingen op grond van redelijkheid en billijkheid?

Naar aanleiding van hetgeen in de vorige paragraaf is opgemerkt, rijst de vraag of de termijn waarbinnen rechtsvorderingen in relatie tot (beweerde) onrechtmatige staatssteun bij de burgerlijke rechter moeten worden ingesteld, kan worden beperkt door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, naast de in de vorige paragraaf genoemde verjaringsbepalingen uit het Burgelijk Wetboek.

Op een verwant rechtsterrein, het aanbestedingsrecht, heeft het Hof Amsterdam in relatie tot vorderingen over onregelmatige aanbesteding bepaald dat wanneer de aanbestedende dienst geen termijn heeft bepaald voor het kunnen instellen van een rechtsvordering strekkende tot ongedaanmaking van (de gevolgen van) het gunningsbesluit dan wel de daarop gevolgde overeenkomst, een teleurgestelde inschrijver niet onbeperkt de tijd heeft om een dergelijke rechtsvordering in te stellen. Volgens het Hof Amsterdam dient ook een dergelijke inschrijver naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid rekening te houden met het gerechtvaardigde belang van de aanbestedende dienst en van de overige inschrijvers bij spoedige duidelijkheid en zekerheid omtrent de resultaten van de aanbestedingsprocedure.³⁷ Hoewel ook bij onrechtmatige steunverlening geldt dat noch het steunverlenende orgaan noch de steunontvanger gebaat zal zijn bij een onbeperkte mogelijkheid voor derde-belanghebbenden tot het instellen van vorderingen tot ongedaanmaking, kunnen hun belangen zich op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet verzetten tegen dergelijke vorderingen. Uit de communautaire rechtspraak blijkt namelijk duidelijk dat schending van artikel 88 lid 3, laatste zin, EG niet ex post ongedaan kan worden gemaakt, ook niet door een goedkeuring van de steun door de Commissie.³⁸ De uit die schending voortvloeiende ongeldigheid van uitvoeringshandelingen blijft dus voortduren, eventueel jaren nadat de steun werd verleend. In verband daarmee worden overheden en ontvangers van onrechtmatige staatssteun geacht rekening te houden met het risico van terugvordering. De ontvangers kunnen geen gerechtvaardigd vertrouwen in de rechtmatigheid van die steun hebben, zolang niet de procedure van artikel 88 lid 3 EG op de juiste wijze is gevolgd. Bovendien bestaat het risico van terugvordering gedurende tien jaar nadat de steun op onrechtmatige wijze is verleend, want op grond van artikel 15 van verordening 659/1999 heeft de Commissie gedurende die periode de mogelijkheid een terugvorderingsbeschikking te nemen, die op nationaal niveau verplicht moet worden uitgevoerd. Het ligt dan ook niet voor de hand de mogelijkheid om terugvorde-

³⁷ Hof Amsterdam 13 maart 2003, KG 2003, 96.

³⁸ Zie zaak C-354/90, FNCE, Jur. 1991, p. I-5505, r.o. 16.

ring van onrechtmatige staatssteun via private handhaving in procedures bij de burgerlijke rechter op grond van eisen van redelijkheid en billijkheid beperkter op te vatten dan de mogelijkheid van terugvordering ter uitvoering van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid lijkt het wel redelijk om te stellen dat mogelijkheden van private handhaving, zoals in deze bijdrage bedoeld, parallel aan de mogelijkheden voor de Commissie, slechts kunnen worden benut tot tien jaar nadat staatssteun op onrechtmatige wijze is verleend.³⁹ Het zou de rechtszekerheid eveneens ten goede komen als over de volle breedte van het nationale recht expliciet zou worden voorzien in de mogelijkheid tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun over te kunnen gaan gedurende een periode van tien jaar vanaf het moment waarop de steun is verleend.

9 Privaatrechtelijke grondslagen voor vorderingen over onrechtmatige staatssteun

9.1 Algemeen

In de nu volgende paragrafen wordt onderzocht op welke nationaalrechtelijke rechtsgronden vorderingen in verband met (beweerde) onrechtmatige staatssteun in civielrechtelijke procedures kunnen worden gebaseerd. Bij dat onderzoek wordt uitgegaan van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, aangenomen dat die bepalingen, hetzij rechtstreeks, hetzij analoog toegepast, in beginsel richtinggevend zijn in civielrechtelijke procedures.⁴⁰ Op deze grondslagen zal naar de huidige stand van het recht in ieder geval moeten worden teruggevallen wanneer sprake is van steunverlening in privaatrechtelijke vorm, zoals de verkoop, bijvoorbeeld door een gemeente, van een stuk grond onder de marktprijs. Echter, ook voor steunverlening in publiekrechtelijke vorm geldt dat wanneer het bestuursrecht of het fiscaal recht geen mogelijkheden biedt om bepaalde resultaten te bereiken (bijv. het vorderen van rente), wellicht kan worden teruggevallen op deze algemene regelingen in het privaatrecht. De hierna te bespreken rechtsfiguren zijn de onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW (9.2), nietigheid van rechtshandelingen in de zin van artikel 3:40 BW (9.3), onverschuldigde betaling in de zin van artikel 6:203 BW (9.4), revindicatie in de zin van artikel 5:2 BW (9.5), ongerechtvaardigde verrijking in de zin van artikel 6:212 BW (9.6), ontbinding in de zin van de artikelen 6:258 en 6:265 BW (9.7), eisen van redelijkheid en billijkheid in de zin van artikel 6:2 BW en algemene beginselen

39 Zie ook N.E.M. Kohll, 'Procedureverordening staatssteun van kracht', NTER 1999, p. 184; B. Hessel & A. Neven, *Staatssteun en EG-Recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 292.

40 Zie M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-3.

van behoorlijk bestuur (9.8) en wettelijke rente in de zin van artikel 6:119 BW (9.9).⁴¹ Per nationaalrechtelijke rechtsgrond zal aan de hand van de daarvoor geldende criteria worden nagegaan welke vorderingen daarop in relatie tot (beweerdelijk) onrechtmatige staatssteun kunnen worden gebaseerd.

9.2 Onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW

De nationaalrechtelijke grondslag van onrechtmatige daad leent zich in situaties van (beweerde) onrechtmatige staatssteun eigenlijk alleen voor private handhavingsacties. In het kader van tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie is moeilijk voorstelbaar hoe het ontvangen van steun die onrechtmatig is als gevolg van schending van communautaire verplichtingen door de steunverlener zelf, als een onrechtmatige daad van de ontvanger jegens die steunverlener zou moeten worden geconstrueerd. De bespreking richt zich hier dan ook louter op toepassing van de onrechtmatige daadsactie in het kader van private handhavingsacties van derde-belanghebbenden, zoals concurrenten, gericht tegen de steunverlenende overheid (9.2.1), dan wel tegen de steunontvanger(s) (9.2.2).

9.2.1 Aansprakelijkheid van de steunverlener?

Het Hof van Justitie heeft zich tot op heden nog niet specifiek uitgelaten over de vraag of derde-belanghebbenden in situaties van (beweerdelijk) onrechtmatige staatssteun met een beroep op rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht schadevergoeding kunnen vorderen van de steunverlener. Advocaat-generaal Jacobs heeft in zijn conclusie in de zaak *SFEI*, in aansluiting bij suggesties van de Commissie,⁴² wel aangenomen dat concurrenten die schade of verlies hebben geleden als gevolg van onrechtmatige staatssteun in procedures bij de nationale rechter krachtens het gemeenschapsrecht van de betrokken lidstaat schadevergoeding kunnen vorderen. In zijn conclusie wijst de advocaat-generaal erop dat terugbetaling van reeds verleende steun niet steeds een afdoend antwoord op schending van artikel 88 lid 3, laatste zin, EG vormt, hetgeen met name geldt wanneer de steunverlening voor concurrenten heeft geleid tot winstderving en verlies van marktaandeel.⁴³ Bovendien kan schadevergoeding een alternatief remedie zijn wanneer het toewijzen van een verzoek om terugvordering van steun in uitzonderlijke omstandigheden niet mogelijk is. Deze opvatting

41 Voor dit onderzoek vermoedelijk niet-relevante gronden, zoals wanprestatie, worden buiten beschouwing gelaten.

42 Zie de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de staten van 23 november 1995 (PbEG 1995, C 312/8), ov. 13 en 21.

43 Conclusie van a-g Jacobs in zaak C-39/94, *SFEI*, Jur. 1996, p. I-3547, ov. 77. Zie ook Sasserath 2001, p. 65.

van advocaat-generaal Jacobs vindt steun in de algemene rechtspraak van het Hof van Justitie over aansprakelijkheid van lidstaten voor schending van gemeenschapsrecht. Uit die rechtspraak volgt dat een uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende overheidsaansprakelijkheid kan worden aangenomen wanneer is voldaan aan drie criteria. In de eerste plaats moet de geschonden bepaling van gemeenschapsrecht ertoe strekken rechten aan particulieren toe te kennen. In de tweede plaats moet de schending als voldoende gekwalificeerd kunnen worden aangemerkt. In de derde plaats dient sprake te zijn van een direct causaal verband tussen de schending van de communautaire bepaling en de geleden schade.⁴⁴

Toegepast op onrechtmatige staatssteun kan wat betreft de eerste voorwaarde worden aangenomen dat particulieren, gegeven de rechtstreekse werking van artikel 88 lid 3, laatste zin, EG, aan deze bepaling rechten kunnen ontlenuen. Ook kan worden aangenomen dat in situaties van onrechtmatige staatssteun aan de tweede communautaire voorwaarde voor overheidsaansprakelijkheid is voldaan. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt namelijk dat wanneer de betrokken lidstaat op het moment van de inbreuk niet voor normatieve keuzes stond en slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingmarge had, hetgeen bij schending van artikel 88 lid 3, laatste zin, EG het geval is,⁴⁵ de enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht volstaat om een voldoende gekwalificeerde schending te doen ontstaan.⁴⁶ Wat betreft de derde voorwaarde is moeilijk in het algemeen te zeggen of in een situatie van onrechtmatige staatssteun sprake zal zijn van een causaal verband tussen de niet-naleving van artikel 88 lid 3, laatste zin, EG en de door de eiser (beweerde) geleden schade. Het zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval of daarvan sprake is. Doorgaans wordt aangenomen dat het aantonen van een dergelijk direct causaal verband voor bijvoorbeeld concurrenten van de door de steun begunstigde onderneming(en) erg lastig is.⁴⁷

44 Zie de Gev. zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich, Jur. 1991, p. I-5357, r.o. 38 e.v.; Gev. zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du Pêcheur en Factortame, Jur. 1996, p. I-1029, 51; zaak C-392/93, British Telecommunications, Jur. 1996, p. I-1631, r.o. 39 en 40; zaak C-5/94, Hedley Lomas, Jur. 1996, p. I-2553, r.o. 25; zaak C-424/97, Haim, Jur. 2000, p. I-5123; zaak C-224/01, Köbler, Jur. 2003, p. I-10239, r.o. 51. Zie ook C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 154; J.H. Jans e.a., Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 380 e.v.

45 Wanneer een lidstaat voornemens is staatssteun te verlenen, moet dat voornemen bij de Commissie worden aangemeld en moet de uitvoering daarvan worden opgeschort. Alleen in duidelijk omschreven gevallen is op deze verplichting een uitzondering mogelijk op grond van groepsvrijstellingsverordeningen. Zie ook U. Soltész, 'Der Rechtsschutz des Konkurrenten gegen gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfen vor nationalen Gerichten', EuZW 2001-7, p. 206.

46 Zie zaak C-5/94, Hedley Lomas, Jur. 1996, p. I-2553, r.o. 28; Gev. zaken C-178/94 e.a., Dillenkofer e.a., Jur. 1996, p. I-4845, r.o. 25.

47 Zie Sasserath 2001, p. 188 e.v.; Soltész 2001, p. 206. Zie ook T. Jestaedt, J. Derenne & T. Ottervanger (coördinatoren), Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level, Luxemburg: Office for Official Publications of the European Communities 2006; P.F. Nemitz (ed.), The Effective Application of EU State Aid Procedures, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007, p. 24.

Gegeven het voorgaande kan dus worden gesteld dat belanghebbende particulieren die door onrechtmatige staatssteun zijn gedupeerd met een beroep op het gemeenschapsrecht in procedures bij nationale rechters in beginsel ook schadevergoeding kunnen vorderen van de overheid waaraan die onrechtmatigheid van de staatssteun kan worden toegerekend.⁴⁸ Deze remedie kan dan in combinatie met of los van een verzoek om terugvordering van steun worden gevraagd.

9.2.2 Aansprakelijkheid van de steunontvanger?

In de zaak *SFEI* is de vraag gesteld of de steunontvanger die niet nagaat of ontvangen steun overeenkomstig artikel 88 lid 3, laatste zin EG bij de Commissie is aangemeld, ingevolge het gemeenschapsrecht aansprakelijk kan worden gesteld. Het hof gaf op deze vraag als antwoord dat het gemeenschapsrecht voor een dergelijke aansprakelijkstelling geen toereikende rechtsgrondslag biedt, ervan uitgaande dat het door artikel 88 EG georganiseerde systeem van toezicht op en onderzoek van staatssteun geen specifieke verplichting oplegt aan de steunontvanger. De in artikel 88 lid 3, eerste zin, EG neergelegde aanmeldingsverplichting, de in artikel 88 lid 3, laatste zin, EG neergelegde opschortingsverplichting en terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie zijn alle louter tot de lidstaten gericht, aldus het Hof van Justitie.⁴⁹ Een vergelijkbare uitspraak als in de zaak *Courage* valt op het terrein van het staatssteunrecht dan ook niet snel te verwachten. Het Hof van Justitie oordeelde in deze zaak dat aan de volle werking van artikel

48 Association Européenne des Avocats (AEA), 'Entwurf für eine Verordnung zur Kontrolle staatlicher Beihilfen (Beihilfenkontroll-Verordnung)/Draft of a Council Regulation on the Control of State Aid', EuZW 1996-22, p. 688; Soltész 2001, p. 202-207; Sasserath 2001, p. 169; Hessel & Neven, p. 320; J. Flynn, 'The Role of National Courts' in: A. Biondi, P. Eeckhout & J. Flynn (red.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 333. Zie over aansprakelijkheid van overheden bij verlening van onrechtmatige staatssteun reeds P. Jacob, 'De aansprakelijkheid van Lid-Staten bij het onrechtmatig verlenen van staatssteun', SEW 1997-2, p. 47-54.

49 Zaak C-39/94, *SFEI*, Jur. 1996, p. I-3547, r.o. 73 en 74. In artikel 3 lid 3 van het in 1996 door de Association Européenne des Avocats (AEA) opgestelde ontwerp voor een procedureverordening over de staatssteuncontrole werd wel uitgegaan van de mogelijkheid voor benadeelde derden om steunontvangers op basis van het gemeenschapsrecht aansprakelijk te houden voor geleden schade als gevolg van het aannemen van onrechtmatige staatssteun door die ontvangers, mits zij als diligent economic operators hebben kunnen opmerken dat de door hen ontvangen steun op onrechtmatige wijze werd verleend (AEA 1996, p. 688). Dit werd mogelijk geacht omdat in datzelfde voorstel was voorzien in een procedure waarin steunontvangers bij de Commissie om een zogenoemde negatieve clearance zouden kunnen vragen. Via die formele procedure zouden steunontvangers zich ervan kunnen verzekeren dat de door hen (te) ontvangen steun niet onrechtmatig is. Op basis daarvan werd het in het voorstel van de AEA mogelijk geacht het risico voor steunontvangers op het aannemen van steun waarvan zij de rechtmatigheid niet hebben geverifieerd, te vergroten. Zie hierover verder T. Müller-Ibold, 'The AEA Proposal for a Regulation on State Aid Procedure', EuZW 1996-22, p. 677-682, p. 680. Nu het idee van een dergelijke formele procedure niet is overgenomen in verordening 659/1999, vormt dit geen argument meer voor het wel aannemen van een op het gemeenschapsrecht gebaseerde aansprakelijkheid van ondernemingen voor het ontvangen van onrechtmatige staatssteun.

81 EG, in het bijzonder het nuttig effect van het in het eerste lid van die bepaling neergelegde verbod, afbreuk zou worden gedaan, als niet eenieder vergoeding zou kunnen vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging in de zin van artikel 81 EG die de mededinging kan beperken of vervalsen.⁵⁰ Een belangrijk motief voor dit oordeel was dat bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen volgens het Hof wezenlijk kunnen bijdragen aan de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap.⁵¹ Artikel 81 EG is, anders dan artikel 88 lid 3, laatste zin, EG, echter uitdrukkelijk gericht tot particulieren (met name ondernemingen).

In de zaak *SFEI* gaf het Hof wel aan dat niet moet worden uitgesloten dat de steunontvanger op grond van het nationale recht toch aansprakelijk kan worden gehouden.⁵² Daarvoor lijkt zeker aanleiding te bestaan als ondernemingen misbruik maken van het feit dat overheden hen op onrechtmatige wijze staatssteun verlenen. Zogenaemde één-tweetjes tussen overheden en de 'eigen' nationale of lokale ondernemingen zijn immers niet ondenkbaar. Er zou dan kunnen worden gesteld dat de ontvanger van onrechtmatige staatssteun, die op het moment waarop de steun onrechtmatig wordt verleend overduidelijk van de daarbij begane schending van het EG-recht op de hoogte is, op grond van artikel 6:162 BW een onrechtmatige daad pleegt, bestaande uit een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. In dergelijke zaken zal het doorgaans echter lastig zijn de geleden schade en in het bijzonder het causaal verband te bewijzen.⁵³ Uit de praktijk zijn dan ook geen (succesvolle) voorbeelden van dit soort zaken bekend.

9.2.3 Aansprakelijkheidsvoorwaarden op grond van artikel 6:162 BW

In civielrechtelijke procedures zal een schadeclaim moeten worden ingesteld op basis van een actie uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW. Bij toepassing van deze bepaling mogen, gegeven de communautaire dimensie van de aansprakelijkstelling, in deze context geen strengere eisen aan overheidsaansprakelijkheid worden gesteld dan de communautaire aansprakelijkheidsvoorwaarden reeds doen.⁵⁴ Om een uit het nationale recht voortvloeiende (overheids)aansprakelijkheid te kunnen aannemen

50 Zaak C-453/99, *Courage*, Jur. 2001, p. I-6297, r.o. 26.

51 *Idem*, r.o. 27.

52 Zaak C-39/94, *SFEI*, Jur. 1996, p. I-3547, r.o. 75.

53 Zie ook T. Jestaedt, J. Derenne & T. Ottervanger (coördinatoren), *Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level*, Luxemburg: Office for Official Publications of the European Communities 2006.

54 Indien dat wel het geval is, wordt de realisering van uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende overheidsaansprakelijkheid door toepassing van nationaal recht praktisch onmogelijk gemaakt, hetgeen in strijd is met het communautaire effectiviteitsbeginsel. Zie ook R. Meijer, 'Communautaire invloeden op het nationale stelsel van overheidsaansprakelijkheid', *NTBR* 2004-10, p. 527.

voor schade die particulieren hebben geleden, moet volgens artikel 6:162 lid 1 BW zijn voldaan aan vier voorwaarden:

a. Onrechtmatig handelen

Als in rechte vaststaat dat in een bepaald geval sprake is geweest van onrechtmatige verlening van staatssteun, dat wil zeggen van schending van de in artikel 88 lid 3, laatste zin, EG neergelegde opschortingsverplichting, kan onrechtmatig handelen in de zin van artikel 6:162 lid 1 BW worden aangenomen, althans voor zover de vordering is gericht tegen de overheid die voor die schending verantwoordelijk is. Schending van artikel 88 lid 3, laatste zin, EG kan dan worden beschouwd als een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW.⁵⁵

b. Relativiteit

De relativiteitseis houdt in dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade die de benadeelde heeft geleden. In gevallen van onrechtmatige staatssteun moet deze eis, vanwege de communautaire dimensie van de schending, gemeenschapsconform worden geïnterpreteerd.⁵⁶ Of in een concreet geval een beroep kan worden gedaan op schending van artikel 88 lid 3, laatste zin, EG zal afhangen van de vraag of de eiser kan worden gerekend tot de kring van beroepsgerechtigden in de zin van artikel 88 lid 3, laatste zin EG.⁵⁷

c. Causaal verband

In de derde plaats moet er een causaal verband bestaan tussen het onrechtmatig handelen en de geleden schade. Wat betreft deze voorwaarde valt moeilijk in het algemeen te zeggen of in een concreet geval kan worden aangenomen dat de eisende partij schade heeft geleden die direct is veroorzaakt door de schending van artikel 88 lid 3, laatste zin, EG. Zoals hiervoor al is opgemerkt, wordt doorgaans aangenomen dat het aantonen daarvan niet gemakkelijk is.

d. Toerekening

In de vierde plaats moet de desbetreffende onrechtmatige daad aan de wederpartij kunnen worden toegerekend. Voor zover de wederpartij de steunverlenende overheid is, zal de toerekening van de schending van artikel 88 lid 3, laatste zin, EG aan die wederpartij in procedures bij de burgerlijke rechter geen

55 Zie Scheltema & Scheltema 2003, p. 285-286.

56 Zie over de toepassing van de relativiteitseis bij schending van het gemeenschapsrecht in het algemeen Jans e.a. 2002, p. 386.

57 Zie over de relatie tussen de kring van belanghebbenden (beroepsgerechtigden) en de relativiteitseis in het algemeen, Scheltema & Scheltema 2003, p. 302-307.

problemen opleveren.⁵⁸ In publiekrechtelijke rechtsverhoudingen komt een onrechtmatige daad van de overheid namelijk (krachtens verkeersopvattingen) steeds voor rekening van de desbetreffende overheid.⁵⁹

Op basis van deze bevindingen kan worden gesteld dat wanneer van onrechtmatige staatssteun sprake is, de aan artikel 6:162 lid 1 BW ontleende aansprakelijkheidscriteria het vestigen van overheidsaansprakelijkheid over het algemeen niet moeilijker zullen maken dan de communautaire aansprakelijkheidscriteria doen. Wanneer overheidsaansprakelijkheid kan worden aangenomen, ontstaat op basis daarvan een verplichting tot vergoeding van schade, zoals geleden door degene die de vordering heeft ingesteld. Schadevergoeding wordt volgens artikel 6:103 BW in beginsel in geld voldaan, maar kan eventueel ook in andere vorm plaatsvinden, bijvoorbeeld in natura of in de vorm van een bepaalde handeling. In situaties van onrechtmatige staatssteun biedt dit de mogelijkheid bij de burgerlijke rechter te vorderen dat de schade zal worden vergoed in de vorm van het ongedaan maken van de onrechtmatig verleende staatssteun.

9.3 Nietigheid van rechtshandelingen in de zin van artikel 3:40 BW

Nietigheid van een rechtshandeling impliceert dat de rechtsgrond voor de prestaties die op basis van de desbetreffende handeling zijn verricht komt te vervallen.⁶⁰ Die prestaties zijn dan onverschuldigd verricht, hetgeen mogelijkheden biedt die prestaties op grond van artikel 6:203 BW of, indien van toepassing, artikel 5:2 BW terug te vorderen (zie verder de paragrafen 9.4 en 9.5). Dat is juist het resultaat dat het Hof van Justitie wenst indien sprake is van onrechtmatige staatssteun. De vraag rijst dan ook in hoeverre in civielrechtelijke procedures kan worden uitgegaan van nietigheid in de zin van artikel 3:40 BW van rechtshandelingen die aan onrechtmatige staatssteun ten grondslag liggen of daaraan verwant zijn.⁶¹

58 Zie Jans e.a. 2002, p. 400. Volgens Jans e.a. kan dit anders liggen als de overheidsaansprakelijkheid wordt ingeroepen in een bestuursrechtelijke procedure. Dan is de entiteit waarvan het handelen als onrechtmatig wordt aangemerkt een steunverlenend bestuursorgaan, terwijl de schade moet worden vergoed door het overheidslichaam waartoe dat orgaan wordt gerekend.

59 Zie HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252, m.nt. MS; HR 26 september 1986, NJ 1987, 253, m.nt. MS; HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113, m.nt. CJHB. Zie ook Jans e.a. 2002, p. 398-400. Gegeven de automatische toerekening aan de overheid achten Scheltema & Scheltema het beter om de eis van toerekenbaarheid in dergelijke verhoudingen in het geheel niet te stellen. Zie Scheltema & Scheltema 2003, p. 290-292.

60 Zie C.C. van Dam, 'Gronden van nietigheid en vernietigbaarheid' en 'Gevolgen van nietigheid en vernietigbaarheid', in: J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p. 157-280, p. 248.

61 Een verklaring voor recht dat rechtshandelingen nietig zijn kan alleen in bodemprocedures worden gegeven.

9.3.1 *Strijd met een dwingende wetsbepaling*

Om in een geval van onrechtmatige staatssteun nietigheid van verrichte rechtshandelingen aan te kunnen nemen vanwege strijd met een dwingende wetsbepaling, dient op grond van artikel 3:40 lid 2 BW te zijn voldaan aan drie criteria die hierna achtereenvolgens zullen worden besproken.

a. De geschonden bepaling moet kunnen worden aangemerkt als een dwingende wetsbepaling die het verrichten van rechtshandelingen verbiedt

Met betrekking tot dit criterium is het in de eerste plaats van belang op te merken dat aan een bepaling van een door het parlement goedgekeurd verdrag (in dit verband art. 88 lid 3, laatste zin, EG) voor de toepassing van artikel 3:40 lid 2 BW dezelfde werking wordt toegekend als aan bepalingen van wetten in formele zin.⁶² In de tweede plaats kan worden aangenomen dat artikel 88 lid 3, laatste zin, EG van dwingend recht is, aangezien het niet ter vrije bepaling van de lidstaten staat zich wel of niet aan de verplichtingen uit artikel 88 EG te houden. Een overeenkomst die wordt gesloten zonder de dwingendrechtelijk vereiste toestemming van een bepaalde overheidsinstantie wordt in strijd met de wet en dus nietig geacht.⁶³ Daarvan is ook sprake indien staatssteun in strijd met artikel 88 lid 3, laatste zin, EG, dat wil zeggen zonder de vereiste goedkeuring van de Commissie, ten uitvoer wordt gelegd. In de derde plaats is van belang dat artikel 88 lid 3, laatste zin, EG niet betrekking heeft op de inhoud of de strekking van rechtshandelingen, maar op het verrichten daarvan, hetgeen ook een constitutief element is van het eerste criterium van artikel 3:40 lid 2 BW. De in artikel 88 lid 3, laatste zin, EG opgenomen *standstill*-verplichting impliceert slechts de opschorting van de uitvoering van steunvoornemens totdat de Commissie haar goedkeuring voor die uitvoering heeft gegeven.⁶⁴ Vanaf het moment dat de Commissie haar goedkeuring heeft gegeven, bestaat er vanuit het communautaire recht gezien geen enkel bezwaar meer tegen de tenuitvoerlegging van de steunmaatregel.

b. De geschonden bepaling moet de strekking hebben daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten

Louter op basis van de tekst van artikel 88 lid 3, laatste zin, EG kan nog niet worden gezegd of het de strekking van deze bepaling is daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. In deze bepaling staat slechts dat de betrokken lidstaat de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering kan brengen voordat de onderzoeksprocedure bij de Commissie tot een eindbeslissing heeft geleid. Het Hof van Justitie heeft echter bepaald dat de geldigheid van

⁶² Zie Asser-Hartkamp 4-II (2004), p. 243.

⁶³ Asser-Hartkamp 4-II (2004), p. 244-246.

⁶⁴ Daarbij wordt verondersteld dat een steunmaatregel wordt uitgevoerd door het verrichten van de desbetreffende rechtshandeling.

handelingen tot uitvoering van steunmaatregelen wordt aangetast door de miskennis van deze bepaling.⁶⁵ Hoewel deze rechtspraak op nationaal niveau nog niet per se hoeft te leiden tot de nietigheid van rechtswege van in verband met onrechtmatige staatssteun verrichte rechtshandelingen (het is immers aan de nationale rechter om volgens het toepasselijke nationale recht aan die ongeldigheid in communautaire zin uiting te geven),⁶⁶ vormt zij daarvoor in diverse lidstaten wel een sterke aanwijzing, zo blijkt uit uitspraken van het Duitse *Bundesgerichtshof*,⁶⁷ alsook van het Belgische *Cour de Cassation*.⁶⁸ Ook in de Nederlandse rechtspraktijk is hiervan inmiddels een voorbeeld bekend.⁶⁹

c. De geschonden bepaling moet niet slechts één van de partijen bij meerzijdige rechtshandelingen beschermen

Ook aan het derde criterium van artikel 3:40 lid 2 BW is in situaties van onrechtmatige staatssteun voldaan. Uit de ratio van artikel 88 lid 3, laatste zin EG volgt namelijk dat deze bepaling niet slechts strekt ter bescherming van één van de partijen bij meerzijdige rechtshandelingen. De in deze bepaling opgenomen *standstill*-verplichting voor het uitvoeren van steunmaatregelen is juist bedoeld om in het belang van een goede marktwerking de

65 Zie zaak C-354/90, FNCE, Jur. 1991, p. I-5505, r.o. 12.

66 Zie zaak C-354/90, FNCE, Jur. 1991, p. I-5505, r.o. 12; zaak C-17/91, Lornoy e.a., Jur. 1992, p. I-6523, r.o. 30; zaak C-39/94, SFEL, Jur. 1996, p. I-3547 e.v., r.o. 40; zaak C-174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant, Jur. 2005, p. I-85, r.o. 17.

67 BGH, Urt. v. 4. 4. 2003 – V ZR 314/02 (Naumburg). Het Bundesgerichtshof bepaalde op basis van de richtinggevende rechtspraak van het Hof van Justitie dat, wanneer steun is verleend in de vorm van een privaatrechtelijke overeenkomst, schending van artikel 88 lid 3 laatste zin EG naar Duits recht leidt tot de nietigheid van die overeenkomst. Zie over deze uitspraak C. Koenig, 'Nichtigkeit beihilfengewährrender Verträge! Was nun?', EuZW 2003-14, p. 417; M. Pechstein, 'BGH: Rückwirkende Kaufpreiserhöhung als Beihilfenrückforderung in neuen Bundesländern verfassungsgemäß', EuZW 2003-14, p. 444-448; G. Quardt & D. Nielandt, 'Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Artikel 88 III 3 EG', EuZW 2004-7, p. 201-205; M. Heidenhain, 'Rechtsfolgen eines Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Artikel 88 III 3 EG', EuZW 2005-5, p. 135-139. Zie over nietigheid naar Duits recht ook W. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht, Heidelberg: Springer 2007, p. 468.

68 Cour de Cassation 18 juni 1992, TRV 1993, p. 235 (Tubemeuse). Zie in vergelijkbare zin Rechtbank van Koophandel Gent 25 februari 1994, TRV 1995, p. 335. De nietigheid werd in beide uitspraken nog gekoppeld aan een negatieve (terugvorderings)beschikking van de Commissie waarin de onverenigbaarheid van de onrechtmatige steunverlening was uitgesproken. In reactie hierop stelt ook Gilliams dat de nietigheid gezien de rechtspraak van het Hof van Justitie reeds op basis van de enkele schending van artikel 88 lid 3 laatste zin EG had kunnen worden aangenomen. Zie H. Gilliams, 'Terugvordering van onrechtmatige overheidssteun naar Belgisch recht; noot bij Hof van Cassatie 18 juni 1992, Belgische Staat/S.A. Tubemeuse e.a.', TRV 1993, p. 238; H. Gilliams, 'De Belgische rechter en de terugvordering van in strijd met artikel 93 E.G.-Verdrag verleende overheidssteun; noot bij Rechtbank van Koophandel te Gent 25 februari 1994, N.V. Socobesom e.a./N.V. Beaulieu e.a.', TRV 1995, p. 342-345. Zie ook T. Joris, 'België en de Europese Gemeenschappen: geen goede partners wat onrechtmatige steun aan ondernemingen betreft', Rechtskundig Weekblad 1991-13, p. 435-439; J. Wouters, 'La restitution des aides illégalement octroyées et ses implications en droit des sociétés et en droit fiscal', in: Les aides d'état en droit communautaire et en droit national, Brussel: Bruylant 1999, p. 330.

69 Rb. Rotterdam 24 januari 2007, LJN AZ6904, waarin de nietigheid van staatssteun in de vorm van een verleende garantie werd aangenomen.

invoering van met het EG-Verdrag strijdige steunmaatregelen te voorkomen. Als door die bepaling al het belang van een of enkele partijen zou worden beschermd, is dat in ieder geval niet het belang van de steunverlenende overheid of de ontvanger(s) van de steun.

9.3.2 *Strekking in strijd met de goede zeden of de openbare orde*

Nietigheid kan ook worden aangenomen wanneer rechtshandelingen vanwege hun strekking (via de wet) in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde. Dat wil zeggen, wanneer partijen hebben gehandeld met het oogmerk om een resultaat te bereiken dat in strijd is met de strekking van een dwingende wetsbepaling.⁷⁰ De strekking van een rechtshandeling (overeenkomst) moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden die aan partijen bekend waren ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.⁷¹ Hoewel het nog omstrede is of de kenbaarheid dat nakoming van een overeenkomst zal leiden tot de overtreding van een wettelijk verbod aan de hand van een subjectief of een objectief criterium moet worden bepaald, wordt in de literatuur aangenomen dat uiteindelijk doorslaggevend is wat partijen behoorden te weten. Dat betekent dat aan partijen met het oog op de strekking van een overeenkomst een onderzoeksplicht toekomt.⁷²

Gegeven de communautaire context van onrechtmatige staatssteun moet de invulling van een dergelijke onderzoeksplicht gebeuren op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie over de mogelijkheden voor lidstaten en steunontvangers zich te beroepen op gerechtvaardigde verwachtingen. Uit die rechtspraak vloeit voort dat lidstaten zich (vrijwel) niet op gerechtvaardigde verwachtingen kunnen beroepen en dat steunontvangers niet kunnen aanvoeren niet bekend te zijn geweest met de onrechtmatigheid van aan hen verleende steun, tenzij zij zich ervan hebben verzekerd dat de communautaire procedurevoorschriften correct zijn nageleefd. Deze benadering impliceert dat in geval van onrechtmatige staatssteun al snel moet worden aangenomen dat beide partijen bij die steunverlening bekend waren of althans bekend konden zijn met de schending van artikel 88 lid 3, laatste zin EG en dat dus door de steun toch in strijd met die bepaling te verlenen of te ontvangen de partijen de strekking hadden daarmee in strijd te handelen. De onderliggende rechtshandeling zal dan nietig zijn in de zin van artikel 3:40 lid 1 BW, mits de rechter ook strijd met de goede zeden of openbare orde aanneemt. Bij die beoordeling heeft de rechter nog wel beoordelingsruimte.⁷³

70 Asser-Hartkamp 4-II, p. 254-260.

71 Idem, p. 262.

72 Van Dam 2004, p. 199-200.

73 Zie Asser-Hartkamp 4-II, p. 256; Hijma in een noot bij HR 11 mei 2001, NJ 2002, 364, r.o. 6.

Nietigheid in de zin van artikel 3:40 lid 1 BW vanwege een strekking die (via de wet) in strijd is met de goede zeden of de openbare orde zal zich voordoen wanneer de steunverlener en de steunontvanger opzettelijk het uitvoeringsverbod van artikel 88 lid 3, laatste zin EG omzeilen, dat wil zeggen zonder goedkeuring van de Commissie een steunmaatregel ten uitvoer leggen. In het arrest *Burgman/Aviolanda* bepaalde de Hoge Raad immers al dat wanneer partijen bij het aangaan van een meerszijdige rechtshandeling de uitdrukkelijke bedoeling hebben of zich ervan bewust zijn, dat de nakoming ervan zal leiden tot overtreding van een wettelijk voorschrift, dit de nietigheid van die rechtshandeling kan impliceren.⁷⁴

9.4 Onverschuldigde betaling

Naast de hiervoor genoemde onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW en nietigheid in de zin van artikel 3:40 BW komt in procedures bij de burgerlijke rechter ook onverschuldigde betaling in de zin van artikel 6:203 BW in aanmerking als mogelijke rechtsgrond voor vorderingen in relatie tot (beweerde) onrechtmatige staatssteun. Aangezien de regeling van de onverschuldigde betaling in het Burgelijk Wetboek uitgaat van degene die de prestatie onverschuldigd heeft betaald, is dit geen voor de hand liggende rechtsgrond voor vorderingen van derde-belanghebbenden, zoals concurrenten, die via de burgerlijke rechter de ongedaanmaking van onrechtmatig verleende steun willen realiseren. Zij hebben zelf immers geen prestatie verricht.⁷⁵ Daarentegen lijkt de regeling van onverschuldigde betaling in het Burgelijk Wetboek wel een mogelijke grondslag te bieden voor een steunverlenende overheid ter effectuering van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie. Voor een geslaagd beroep op de regeling van artikel 6:203 BW e.v. is vereist dat de gedane betaling onverschuldigd, dat wil zeggen zonder rechtsgrond, is verricht.⁷⁶

Gelet op wat hiervoor in paragraaf 9.3 is opgemerkt, kan in een situatie van steunverlening in strijd met de geldende EG-rechtelijke voorschriften van artikel 88 lid 3 EG de nietigheid van de rechtshandelingen waarop de onrechtmatige steun is gebaseerd, worden aangenomen. Die prestaties zijn dan onverschuldigd verricht, hetgeen de mogelijkheid biedt die prestaties op grond van artikel 6:203 BW terug te vorderen. De steunverlener heeft op

74 HR 11 mei 1951, NJ 1952, 128, m.nt. PhANH, AA 1952, 29, m.nt. J. Drion.

75 De benadering van Van Kooten, waarin terugvordering op grond van onverschuldigde betaling vereist kan zijn in het algemeen belang of in het belang van derden, lijkt dan ook moeilijk realiseerbaar als de 'betalende' partij bij een ongeoorloofde overeenkomst zelf niet tot terugvordering overgaat. Zie H.J. van Kooten, Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2002, p. 101-104.

76 Zie over de onverschuldigde betaling uitgebreid M.W. Scheltema, Onverschuldigde betaling, Deventer: Kluwer 1997, p. 29 e.v.; M.W. Scheltema, 'Onverschuldigde betaling in het publiekrecht', NTB 1998, 943-950.

grond van die bepaling dan het recht de betaalde steun van de ontvanger als onverschuldigd terug te vorderen. Indien de onverschuldigde betaling een geldsom betreft, strekt de vordering op grond van artikel 6:203 lid 2 BW tot teruggave van een gelijk bedrag. Het derde lid van deze bepaling geeft degene die zonder rechtsgrond een prestatie van andere aard heeft verricht, jegens de ontvanger eveneens het recht op ongedaanmaking daarvan. De effectuering en executie van deze ongedaanmakingsverplichtingen verlopen via de normale regels van het privaatrecht. De communautaire context van de terugvordering van onrechtmatige staatssteun impliceert overigens dat de bepalingen van de regeling van onverschuldigde betaling in het Burgelijk Wetboek in het licht van het gemeenschapsrecht moeten worden uitgelegd en toegepast. Zo heeft bijvoorbeeld de ontvanger volgens artikel 6:207 BW, tenzij hij het goed te kwader trouw heeft aangenomen, binnen de grenzen van de redelijkheid recht op vergoeding van de kosten van het ontvangen en teruggeven van het goed. In het licht van vaste communautaire rechtspraak kan een ontvanger van onrechtmatige staatssteun echter niet te goeder trouw zijn, daar een behoedzaam ondernemer wordt geacht zich ervan te vergewissen of de steunverlening in overeenstemming is met het toepasselijke gemeenschapsrecht.⁷⁷ Toepassing van de geldende verjaringstermijn van vijf jaar voor vorderingen uit onverschuldigde betaling, zoals neergelegd in artikel 3:309 BW, zou nog een knelpunt kunnen opleveren in de context van verplichte terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Daarentegen geldt voor andere bepalingen dat zij wellicht juist kunnen voorzien in een (aanvullende) mogelijkheid de verplichte terugvordering volledig te realiseren. Dat geldt bijvoorbeeld voor artikel 6:206, waarin enkele artikelen uit Boek 3 BW van overeenkomstige toepassing worden verklaard met betrekking tot vorderingen uit onverschuldigde betaling, voor zover het de afgifte van vruchten en de vergoeding van kosten en schade betreft. Eén van deze bepalingen betreft artikel 3:121 lid 1, BW dat bepaalt dat een bezitter die niet te goeder trouw is, jegens de rechthebbende behalve tot afgifte van het goed ook verplicht is tot het afgeven van de afgescheiden natuurlijke en de opeisbaar geworden burgerlijke vruchten. Uitgaande van de communautaire jurisprudentie over de (on)mogelijkheid van gerechtvaardigd vertrouwen bij de ontvanger van onrechtmatige staatssteun, biedt deze bepaling wellicht een opening om van de niet te goeder trouw zijnde ontvanger, vanaf het moment van ontvangst van de steun de genoten rente over de verkregen steun te vorderen. Zoals hierna in paragraaf 9.9 nog zal worden aangegeven, voorziet de regeling in het Burgelijk Wetboek omtrent wettelijke rente namelijk niet in die mogelijkheid.

⁷⁷ Zie bijv. zaak, C-24/95, Land Rheinland-Pfalz, Jur. 1997, p. I-1591, r.o. 25; zaak C-148/04, Jur. 2005, p. I-11137, r.o. 104-112.

9.5 Revindicatie in de zin van artikel 5:2 BW

Indien steun is verleend in de vorm van de verkoop van een zaak, heeft nietigheid (ook) tot gevolg dat de geldige titel aan de overdracht komt te vervallen, hetgeen op grond van artikel 3:84 BW impliceert dat de overdracht ongeldig is en de zaak wordt geacht altijd bij de verkoper te zijn gebleven. Artikel 5:2 BW biedt dan de mogelijkheid de zaak te revindiceren. Zo kan deze bepaling een extra grondslag vormen in het privaatrecht, waarop in steunzaken een beroep zou kunnen worden gedaan door de steunverlenende overheid die onrechtmatig verleende staatssteun ongedaan dient te maken. Voor derde-belanghebbenden, zoals concurrenten, lijkt deze grondslag geen toegevoegde waarde te hebben.

9.6 Ongerechtvaardigde verrijking in de zin van artikel 6:212 BW

Op grond van artikel 6:212 BW is degene die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, verplicht – voor zover dit redelijk is – diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking. Deze regeling ligt als rechtsgrond voor vorderingen van derde-belanghebbenden, zoals concurrenten van een ontvanger van onrechtmatige staatssteun, gericht tegen de steunverlenende overheid, niet erg voor de hand. Door de steunverlening is immers niet de overheid maar de ontvanger van de steun verrijkt. Voor terugvorderingsacties ter uitvoering van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie daarentegen kan artikel 6:212 BW een mogelijke rechtsgrond zijn om vorderingen op te baseren.⁷⁸ Voor zover de verrijking samenvalt met een onverschuldigde betaling, zal een vordering uit onverschuldigde betaling de voorkeur verdienen. Een actie uit ongerechtvaardigde verrijking biedt echter aanvullende mogelijkheden als de steunverlening niet de vorm van een betaling heeft aangenomen, maar bijvoorbeeld van een kwijtschelding. Ook zou op basis van deze actie tegemoet kunnen worden gekomen aan het vereiste dat rente wordt gevorderd over de periode dat de steunontvanger de steun in zijn bezit heeft gehad. De mogelijkheid om een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking in te stellen, verjaart volgens artikel 3:310 lid 1 BW eveneens na verloop van vijf jaar. Deze termijn kan een knelpunt vormen in het kader van terugvordering van staatssteun, zoals ook is opgemerkt in relatie tot acties uit onverschuldigde betaling.

Wel moet worden betwijfeld of artikel 6:212 lid 1 BW in staatssteunzaken onverkort kan worden toegepast. In die bepaling staat dat hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander verplicht is, 'voor zover dit redelijk is', diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking. Hiervoor is

⁷⁸ Zie Rb. Rotterdam 4 juli 2007, LJN BB0270.

aangegeven dat terugvordering van onrechtmatige staatssteun in de communautaire rechtspraak wordt beschouwd als het logische gevolg van de vaststelling dat steun onwettig is. Uit vaste rechtspraak blijkt dan ook dat (het gelasten van) die terugvordering in beginsel niet wordt gezien als een maatregel die onevenredig is ten opzichte van de doelstellingen van de verdragsbepalingen inzake staatssteun.⁷⁹ Verder leent ook het tweede lid van artikel 6:212 BW – waarin is bepaald dat een verrijking buiten beschouwing blijft voor zover deze is verminderd als gevolg van een omstandigheid die niet aan de verrijkte kan worden toegerekend – zich in het licht van de communautaire rechtspraak over mogelijke gerechtvaardigde verwachtingen niet goed voor toepassing in situaties van onrechtmatige staatssteun. In hoeverre overigens een bepaling als artikel 6:101 BW, waarin rekening wordt gehouden met mogelijke eigen schuld van de benadeelde – lees in de context van onrechtmatige steunverlening: de steunverlener – toepassing kan vinden bij verplichte terugvordering is op voorhand niet met zekerheid te zeggen. In de zaak *Fleuren Compost* oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg dat onjuiste informatie die door de Nederlandse autoriteiten was verstrekt bij verzoekster (*Fleuren Compost*) geen gerechtvaardigd vertrouwen jegens de Commissie kon hebben doen ontstaan.⁸⁰ Dat oordeel sluit nog niet uit dat dergelijke onjuiste informatieverstrekking in het kader van de verplichte tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie op nationaal niveau wél een rol zou kunnen spelen. Het is immers vaste communautaire rechtspraak dat nationale rechters rekening kunnen houden met uitzonderlijke omstandigheden waarin vertrouwen in de rechtmatigheid van ontvangen staatssteun bij de begunstigen toch gerechtvaardigd kan zijn. Het is aan de aangezochte nationale rechter de omstandigheden van het geval te beoordelen, na eventueel prejudiciële uitleggingsvragen te hebben gesteld aan het Hof van Justitie.⁸¹

9.7 Ontbinding in de zin van de artikelen 6:258 en 6:265 BW

Voor zover steunverlening voortvloeit uit een privaatrechtelijke overeenkomst (bijvoorbeeld een koopovereenkomst waarbij ver onder de marktwaarde is verkocht), kan – voor zover niet reeds sprake is van gehele dan wel partiële nietigheid – mogelijk ook de regeling van ontbinding van pas komen, althans voor de steunverlener die partij is bij die overeenkomst. Voor derde-belanghebbenden vormt deze figuur geen geschikte grondslag waarop vorderingen in verband met de (beweerde) onrechtmatigheid van die steunverlening kunnen worden gebaseerd.

79 Zie bijv. zaak C-298/00 *P, Italië/Commissie*, Jur. 2004, p. I-4087, r.o. 75.

80 Zaak T-109/01, *Fleuren Compost/Commissie*, Jur. 2004, p. II-127, r.o. 143.

81 Zie bijv. zaak C-5/89, *Commissie/Duitsland (BUG-Alutechnik)*, Jur. 1990, p. I-3437, r.o. 16. Zie ook zaak T-109/01, *Fleuren Compost/Commissie*, AB 2004, 411, m.nt. AdMvV.

Op grond van artikel 6:258 lid 1 BW kan de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend. Op grond van artikel 6:265 lid 1 BW heeft een partij bij een wederkerige overeenkomst bovendien het recht die overeenkomst te ontbinden, wanneer van de kant van de wederpartij sprake is van een tekortkoming in de nakoming van haar verbintenissen, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Toepassing van laatstgenoemde bepaling ligt vanuit het perspectief van de steunverlenende overheid gezien in situaties van onrechtmatige staatssteun niet voor de hand. De communautaire onrechtmatigheid van de steunverlening is juist het gevolg van niet-naleving van communautaire voorschriften door de steunverlener en niet door de ontvanger van de steun. Ter uitvoering van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie kan mogelijk wel een beroep worden gedaan op artikel 6:258 lid 1 BW. Om dat beroep te doen slagen, zal deze bepaling vervolgens wel vergaand gemeenschapsrechtconform moeten worden opgerekt.

9.8 Eisen van redelijkheid en billijkheid in de zin van artikel 6:2 BW en algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Overigens moet ook rekening worden gehouden met de derogerende werking van de eisen van redelijkheid en billijkheid in de zin van artikel 6:2 lid 2 BW, al dan niet ingevuld met behulp van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wanneer de overheid in het kader van steunverlening privaatrechtelijk handelt, zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onverkort van toepassing.⁸² De burgerlijke rechter zal rechtstreeks aan deze deels geschreven en deels ongeschreven normen kunnen toetsen. De enkele schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan al leiden tot onrechtmatigheid. De algemene civielrechtelijke normen van redelijkheid en billijkheid zullen dan doorgaans nader worden ingevuld met behulp van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die in de woorden van Van Ommeren uiteenvallen in een heel gevarieerd scala. Dat biedt de burgerlijke rechter de mogelijkheid veel preciezer te motiveren waarom er in een concrete zaak een beperkende dan wel aanvullende werking van de eisen van redelijkheid en billijkheid kan uitgaan.⁸³

82 Zie artikel 6:2 en 6:248, 3:12 en 3:14 BW en artikel 3:1 lid 2 Awb. Zie HR 4 april 2003, AB 2003, 356, m.nt. FvO over de vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing kunnen zijn op handelen van instellingen die niet tot de overheid worden gerekend.

83 Zie F.J. van Ommeren, 'Overheid en burgerlijk recht' (Hoofdstuk XIV), in: Praktijkboek bestuursrecht, Deventer: Kluwer 2001, par. 4.4.2 en 4.4.5.

Uit artikel 6:2 lid 2 BW blijkt dat een tussen schuldeiser en schuldenaar krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In het kader van juridische acties met betrekking tot (beweerde) onrechtmatige staatssteun in de vorm van privaatrechtelijke rechtshandelingen, zouden deze algemene normen aanvullend kunnen worden ingeroepen om de hiervoor genoemde vorderingen te ondersteunen. Ook zouden zij eventueel als zelfstandige grondslag dienen voor rechtsvorderingen. Zo zou een actie gebaseerd op de eisen van redelijkheid en billijkheid, al dan niet nader ingevuld met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, bijvoorbeeld een alternatief kunnen zijn voor een actie gericht op nietigheid in de zin van artikel 3:40 BW van rechtshandelingen die aan een steunverleningsovereenkomst ten grondslag liggen. Via de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid zou dan bijvoorbeeld kunnen worden gevorderd dat de prestaties die op basis van die overeenkomst zijn verricht als onrechtvaardig worden aangemerkt.⁸⁴ Bij steunverlening in de vorm van verkoop van een stuk grond door een overheid tegen een niet-marktconforme prijs, valt voor de steunverlener dan te denken aan een vordering waarbij wordt bepaald dat alsnog een marktconforme prijs moet worden betaald, terwijl de overeenkomst verder in stand blijft. Bij private handhavingsacties, gericht tegen de steunverlenende overheid, zal dan moeten worden gevorderd dat de steunverlener daarvoor zorg draagt. De rechter heeft daarbij de nodige discretionaire bevoegdheid.⁸⁵

9.9 Wettelijke rente

Het Burgerlijk Wetboek kent een regeling omtrent wettelijke rente, als schadevergoeding die is verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom. Deze regeling is neergelegd in artikel 6:119 BW en verder. Deze regeling kan ook worden ingeroepen voor het vorderen van rente over genoten onrechtmatige steun, zoals standaard vereist in terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie. Naar de huidige stand van het recht zal ook op deze regeling moeten worden teruggevalen wanneer steun is verleend door middel van een publiekrechtelijke rechtshandeling, althans zo blijkt uit de rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het huidige publiekrecht blijkt namelijk geen grondslag te bieden voor het kunnen vorderen van rente in de gegeven situatie. De bevoegdheid daartoe ont-

⁸⁴ Zie over de derogerende werking van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook Scheltema & Scheltema 2003, p. 249-256.

⁸⁵ Zie Van Dam 2004, p. 344 e.v.

breekt zowel in het geschreven als in het ongeschreven publiekrecht.⁸⁶ De beoogde vierde tranche van de Awb voorziet wel in een regeling over wettelijke rente, maar deze regeling zal maar voor een deel uitkomst bieden, aangezien in die regeling in aansluiting bij de regeling in het Burgelijk Wetboek wordt uitgegaan van rentevergoeding over de periode dat de schuldenaar in verzuim is.⁸⁷ In de civielrechtelijke zaak van de Staat tegen Fleuren Compost bevestigde de Rechtbank Rotterdam overigens, met verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 11 januari 2006, dat niets er in casu voor de Staat aan in de weg staat om langs privaatrechtelijke weg alsnog te proberen de rente te vorderen.⁸⁸

Mogelijke knelpunten bij toepassing van de BW-regeling in de context van acties in verband met (beweerde) onrechtmatige staatssteun zijn dat deze rente alleen van toepassing lijkt te zijn voor zover de ‘terugbetaling’ de vorm van een geldsom aanneemt en deze regeling bovendien uitgaat van het verzuim van de schuldenaar. Voordat verzuim intreedt, kan volgens deze regeling geen rente worden gevorderd. Als hoofdregel geldt dat het verzuim pas intreedt, wanneer de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld, en nakoming binnen deze termijn uitblijft. Deze regel verhoudt zich slecht met de gemeenschapsrechtelijke eis dat de rente moet worden gevorderd vanaf het moment dat de onrechtmatige staatssteun voor de begunstigde beschikbaar was.⁸⁹ Een mogelijke oplossing hiervoor zou kunnen zijn een beroep te doen op artikel 6:205 BW, dat bepaalt dat als de ontvanger het goed te kwader trouw heeft ontvangen, hij zonder ingebrekestelling in verzuim is. Om dit beroep te doen slagen, dient deze bepaling, in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie over mogelijke verwachtingen van de ontvanger van staatssteun, wel gemeenschapsconform te worden uitgelegd. De Rechtbank Rotterdam wilde in de zaak Fleuren Compost echter niet zover gaan. Volgens de rechtbank is het aan die communautaire rechtspraak ontleende ‘behoren te weten’ nog onvoldoende om van kwadertrouw in de zin van artikel 6:205 BW te kunnen spreken. De rechtbank veronderstelde dat zij buiten de grenzen van het nationale recht en derhalve buiten haar bevoegdheden zou treden, indien zij deze bepaling in casu als zodanig zou hebben opgerekt.⁹⁰ Zodoende bleef het genoemde knelpunt in casu dus voortbestaan.

86 Zie ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123, m.nt. NV; ABRvS 4 mei 2005, AB 2005, 395, m.nt. WdO; ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208, m.nt. WdO.

87 Zie ook N. Verheij in een annotatie bij ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123; J.E.M. Polak & W. den Ouden, Harmonisatie van bestuursrecht. De verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland, Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer: Kluwer 2004, p. 147; Den Ouden & Van Angeren 2005, p. 159-161; W. den Ouden in een annotatie bij ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208.

88 Rb. Rotterdam 4 juli 2007, LJN BB0270, r.o. 5.9.

89 Artikel 14 van Verordening (EG) nr. 659/1999, PbEG 1999, L 83/1.

90 Rb. Rotterdam 4 juli 2007, LJN BB0270, r.o. 5.13-5.17.

Mogelijk bieden de regeling inzake ongerechtvaardigde verrijking ex artikel 6:212 BW en de regeling omtrent afgifte van vruchten ex artikel 6:121 BW nog een uitkomst om op basis van het huidige recht tegemoet te kunnen komen aan de communautaire vereisten inzake het vorderen van rente over genoten onrechtmatige steun.⁹¹

Een ander aandachtspunt in dit verband vormt het feit dat de wettelijke rente volgens artikel 6:120 BW bij algemene maatregel van bestuur wordt vastgesteld, terwijl de te vorderen rente bij terugvordering van onrechtmatige staatssteun door de Commissie wordt bepaald.⁹² Ook hier zou gemeenschapsrechtconforme uitleg een uitkomst kunnen bieden om dit knelpunt op te lossen. Wederom verwijzend naar de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak Fleuren Compost, was de rechtbank ook op dit punt niet bereid in deze zaak zo ver te gaan dat onder het begrip wettelijke rente in de zin van artikel 6:119 BW zou moeten worden verstaan de door de Commissie vastgestelde referentierente. Ook dat zou volgens de rechtbank buiten de grenzen van het nationale recht en derhalve buiten de grenzen van haar bevoegdheden vallen.⁹³ Of deze uitspraak van de rechtbank en de daarin gevolgde, terughoudende interpretatie van het nationale recht, stand houdt dan wel wordt gevolgd, zal moeten worden afgewacht.

10 Bewijsrechtelijke aspecten

10.1 Bewijslastverdeling

De in artikel 150 Rv neergelegde hoofdregel voor de bewijslastverdeling in civiele procedures luidt dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast draagt van die feiten of rechten.⁹⁴ In de procedures die tot op heden over (beweerde) onrechtmatige staatssteun zijn gevoerd, blijkt deze hoofdregel in vrijwel alle gevallen ook te zijn toegepast. In die procedures lag de nadruk op het bewijzen dan wel aannemelijk maken dat in de voorliggende zaak sprake was van een steunmaatregel in de zin van artikel 87 lid 1 EG.⁹⁵

Uit de onderzochte uitspraken blijkt dat in de eerste plaats van belang is dat eiser duidelijk stelt dat sprake is (geweest) van onrechtmatige staatssteun. In de tweede plaats moeten de stellingen worden bewezen door degene die ze

91 Vgl. Rb. Rotterdam 4 juli 2007, LJN BB0270, r.o. 5.24-5.26. Zie ook Luja 2000, p. 249.

92 Zie Verordening (EG) nr. 794/2004, PbEU 2004, L 140/1.

93 Rb. Rotterdam 4 juli 2007, LJN BB0270, r.o. 5:20

94 In kortgedingprocedures zijn de wettelijke bewijsregels niet onverkort van toepassing. Zie Numann 2003, Titel 2, afd. 14, Inleiding.

95 Zie Pres. Rb. Leeuwarden 19 april 1995, KG 1995, 279; Hof Leeuwarden 13 september 1995, n.g. HR 3 januari 1997, NJ 1997, 303, m.nt. P.J. Slot; Pres. Rb. Den Haag 17 februari 1995, KG 1995, 122; Rb. Den Haag 25 juli 2001, NJK 2001, 51; HR 27 september 2002, NJ 2002, 534; Rb. Alkmaar 5 december 2002, LJN AF1407; Hof Amsterdam 1 april 2004, BR 2004, 694; HR 7 maart 2003, NJ 2004, 59, m.nt. MRM; Pres. Rb. Groningen 3 september 2004, LJN AQ8920.

aanvoert. Dat blijkt ook in kortgedingprocedures over (beweerde) onrechtmatige staatssteun zo te zijn, alhoewel de stellingen dan slechts aannemelijk hoeven te worden gemaakt. In de gevallen waarin de stellingen met betrekking tot (beweerde) onrechtmatige staatssteun niet konden worden bewezen dan wel aannemelijk konden worden gemaakt, zijn de daarmee verband houdende vorderingen afgewezen.⁹⁶

De vraag rijst of een strenge toepassing van de nationaalrechtelijke bewijsregels inzake bewijslastverdeling in alle procedures over (beweerde) onrechtmatige staatssteun verenigbaar kan worden geacht met de communautaire effectiviteitseis of de eis van effectieve rechtsbescherming. Die vraag rijst met name in relatie tot procedures over verkapte steunmaatregelen waarvan het kunnen kennen en het kunnen bewijzen voor andere partijen dan de steunverlenende overheid en de steunontvanger in sommige gevallen erg moeilijk kan zijn. Aangezien op grond van artikel 150 Rv op de hoofdregel voor de bewijslastverdeling in procedures bij de burgerlijke rechter een uitzondering mogelijk is indien uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit, moet de civielrechtelijke regeling van de bewijslastverdeling op zichzelf wel verenigbaar worden geacht met het gemeenschapsrecht. Of het de partij die in het geweer komt tegen onrechtmatige staatssteun praktisch gezien onmogelijk wordt gemaakt zijn aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten geldend te maken, zal vooral afhangen van de wijze waarop de aangezochte rechter in het concrete geval met de bewijslastverdeling omgaat. Een voorbeeld van een uitspraak waarin de bewijslast van de eisende partij enigszins werd verlicht, betreft de uitspraak van de president van de Rechtbank Groningen in een zaak over de aanleg van een breedband glasvezelnet in Appingedam. Volgens de president is het voldoende, althans in kort geding, zodanige twijfel te zaaien omtrent de rechtmatigheid van een bepaalde maatregel, dat niet meer met zekerheid kan worden gezegd dat geen sprake is van staatssteun.⁹⁷ Daarentegen is ook wel eens anders geoordeeld. Als voorbeeld kan worden gewezen op een uitspraak van de president van de Rechtbank Leeuwarden van enige jaren geleden in een kort geding over beweerde onrechtmatige staatssteun aan de zoutindustrie te Harlingen. In die zaak gaf de president de gemeente juist het voordeel van de twijfel door te oordelen dat voorshands aannemelijk was dat het handelen van de gemeente niet door artikel 87 lid 1 EG en 88 lid 3 laatste zin, EG (destijds nog artikel 92 lid 1 EG en artikel 93 lid 3 EG) werd bestreken.⁹⁸ Een oplossing om tegemoet te komen aan de hiervoor genoemde bezwaren in verband met het mogelijk verkapte of verborgen

96 Zie Pres. Rb. Leeuwarden 19 april 1995, KG 1995, 279; Hof Leeuwarden 13 september 1995, n.g.; HR 3 januari 1997, NJ 1997, 303, m.nt. P.J. Slot; Pres. Rb. Groningen 3 september 2004, LJN AQ8920.

97 Pres. Rb. Groningen 3 september 2004, LJN AQ8920.

98 Pres. Rb. Leeuwarden 19 april 1995, KG 1995, 279.

karakter van (steun)maatregelen, zonder dat de bewijslastverdeling hoeft te worden omgedraaid, zou kunnen zijn dat de verwerende overheid wordt opgedragen voldoende feitelijke gegevens te verstrekken om aan de eisende partij aanknopingspunten te verschaffen voor haar bewijslevering. Een dergelijke constructie werd toegepast in een zaak die weliswaar niet betrekking had op (beweerde) onrechtmatige staatssteun, maar wel op daaraan verwante klachten over concurrentievervalsing door gebruik van een militair leidingnet voor civiele doeleinden.⁹⁹

10.2 Bewijsmiddelen

In civielrechtelijke procedures kan op grond van artikel 152 Rv bewijs worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt. Vanwege de invloed van het communautaire recht in staatssteunzaken, worden in civielrechtelijke procedures over (beweerde) onrechtmatige staatssteun vaak documenten van de Commissie (bijvoorbeeld brieven) en uitspraken van het Hof van Justitie als bewijsmiddelen gehanteerd.¹⁰⁰ Een mededeling of brief van de Commissie of het feit dat de Commissie onderzoek heeft ingesteld naar de maatregel die in de nationaalrechtelijke procedure ter discussie staat, kan bijvoorbeeld (extra) bewijs vormen voor de stelling dat de desbetreffende maatregel staatssteun vormt en zo wellicht bijdragen aan de toewijzing van de vordering tot stopzetting van de maatregel in een kort geding.¹⁰¹ Deze communautaire bewijsmiddelen hebben door de verschuiving van feitelijke naar juridische vragen in procedures over (beweerde) onrechtmatige staatssteun een belangrijke functie. Nader onderzoek zal nog moeten uitwijzen wat de consequenties van deze ontwikkeling van feitelijke naar juridische argumenten zijn voor de positie van de aangezochte burgerlijke rechter die niet ambtshalve de feiten mag aanvullen, maar volgens het adagium *ius curia novit* wel wordt geacht het recht te kennen. Zolang de naar nationaal procesrecht geboden vrijheid aangaande toelaatbare bewijsmiddelen ook wordt toegepast in zaken over (beweerde) onrechtmatige staatssteun, lijkt (de toepassing van) het civiele procesrecht op dit punt niet onverenigbaar met de communautaire randvoorwaarden.

99 Hof Den Haag 22 maart 2001, NJ 2001, 443. Deze uitspraak werd in cassatie vernietigd, maar op grond van andere overwegingen dan die aangaande de bewijsvoering. Zie HR 21 maart 1993, NJ 2004, 60, m.nt. MRM.

100 Zie bijvoorbeeld CBB 4 september 1996, AB 1996, 490; CBB 2 augustus 2002, LJN AE6773; CBB 19 december 2003, LJN AO1786; CBB 7 april 2004, LJN AO7843.

101 Zie bijvoorbeeld Rb. Alkmaar 5 december 2002, LJN AF1407; Hof Amsterdam 1 april 2004, BR 2004, 694; Pres. Rb. Groningen 3 september 2004, LJN AQ8920.

11 De rol van de civiele rechter in staatssteunzaken

Voor zover sprake is van een private handhavingsactie van door onrechtmatige steunverlening gedupeerde particulieren, dient de aangezochte nationale rechter volgens de daarvoor gegeven aanwijzingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, binnen de grenzen van zijn rechterlijke bevoegdheden, alles in het werk te stellen om effectieve rechtsbescherming te bieden. Voor zover het een terugvorderingsactie van de steunverlener betreft ter uitvoering van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie, zal de rechter het nationale recht zonodig gemeenschapsrechtconform moeten interpreteren, teneinde bij te dragen aan de effectieve uitvoering van de communautaire verplichtingen.¹⁰²

Om zijn rol als *juge de droit communautaire* in staatssteunzaken goed te vervullen, zal de aangezochte rechter doorgaans eerst moeten nagaan of sprake is van onrechtmatige staatssteun.¹⁰³ In de praktijk blijkt door civiele rechters ook vaak vrij grondig op de klachten over (beweerde) onrechtmatige staatssteun te worden ingegaan.¹⁰⁴ Er zijn daarentegen ook zaken bekend waarin slechts zeer summier of zijdelings op de klachten in verband met steunverlening werd ingegaan.¹⁰⁵ Overigens mag in civielrechtelijke procedures op grond van de artikelen 24 en 25 Rv van de rechter worden verwacht dat hij binnen de grenzen van het door partijen bepaalde geschil ambtshalve de rechtsgronden aanvult, voor zover partijen daarop zelf geen beroep hebben gedaan.¹⁰⁶ Dit sluit aan bij wat in de communautaire rechtspraak van de nationale rechter wordt verwacht.¹⁰⁷ Indien de burgerlijke rechter ook buiten die grenzen ambtshalve rechtsgronden aanvult, gaat hij verder dan zijn lijdelijke rol hem toestaat. Onder het aanvullen van rechtsgronden wordt tevens verstaan het corrigeren van door partijen onjuist aangevoerde rechtsgronden, zoals bijvoorbeeld het geval is wanneer een partij vorderingen instelt in verband met onverenigbare staatssteun – waarover alleen de Commissie zich mag uitlaten – in plaats van (beweerde) onrechtmatige staatssteun.¹⁰⁸

102 Vgl. Rb. Rotterdam 4 juli 2007, LJN BBo270.

103 Zie o.m. zaak 78/76, Steinike & Weinlig, Jur. 1977, p. 595, r.o. 14.

104 Zie HR 7 maart 2003, NJ 2004, 59, m.nt. MRM; Rb. Rotterdam 24 januari 2007, LJN AZ6904.

105 Zie bijv. Pres. Rb. Leeuwarden 19 april 1995, KG 1995, 279; Pres. Rb. Groningen 11 januari 2001, KG 2001, 58; Rb. Den Haag 25 juli 2001, NJK 2001, 51.

106 Vgl. Rb. Rotterdam 24 januari 2007, LJN AZ6904.

107 Zaak 120/73, Lorenz, Jur. 1973, p. 1471, r.o. 9. Zie ook de conclusie van a-g Geelhoed in zaak C-174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant, Jur. 2005, p. I-85, ov. 51.

108 Zie HR 15 mei 1998, NJ 1998, 625, r.o. 3.2. Dat is volgens de Hoge Raad slechts anders, indien moet worden aangenomen dat de eisende partij haar vordering uitsluitend beoordeeld wenst te zien op basis van een rechtsverhouding die aan die kwalificatie beantwoordt. In de praktijk blijken onjuist geformuleerde steunverleningsklachten door de aangezochte rechter meestal geïnterpreteerd te worden als klachten over schending van artikel 88 lid 3 laatste zin EG waarover hij zich wel mag uitspreken. In een kort geding over (beweerdelijk) steunverlening door de Gemeente Appingedam in verband met de aanleg van een breedband glasvezelnet volgde de president van de Rechtbank Groningen eiser (Essent Kabelcom BV) echter in de onzuivere terminologie over 'verboden staatssteun'. Zie Pres. Rb. Groningen 3 september 2004, LJN AQ8920.

Voor zover noodzakelijk voor het doen van een uitspraak kan de nationale rechter prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie. Ook wordt de nationale rechter door de Commissie aangemoedigd om in lopende procedures zo nodig feitelijke of procedurele vragen te stellen aan de Commissie.¹⁰⁹ Bij dit alles moet echter worden gewezen op een mogelijke spanning met het uitgangspunt van lijdelijkheid van de burgerlijke rechter, zoals dat in Nederland bestaat. Die lijdelijkheid houdt in dat de burgerlijke rechter op grond van artikel 149 lid 1 Rv slechts mag uitgaan van de feiten die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de bewijsregels van artikel 150 Rv en volgende zijn komen vast te staan. Hij mag op grond van artikel 149 lid 2 Rv alleen feiten of omstandigheden van algemene bekendheid en ervaringsregels aan zijn beslissing ten grondslag leggen, ongeacht of zij zijn gesteld. Daarvoor hoeft ook geen bewijs te worden geleverd. De in Nederland met de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter samenhangende beperkingen voor wat betreft het zelfstandig onderzoeken van de feiten of ambtshalve aanvullen van rechtsgronden kunnen gezien de rechtspraak van het Hof van Justitie nog wel verenigbaar met het gemeenschapsrecht worden geacht. Het ambtshalve stellen van feitelijke vragen aan de Commissie in zaken over (beweerde) onrechtmatige staatssteun gaat echter veel verder en past dus, op het eerste gezicht, moeilijk bij de lijdelijke rol van de burgerlijke rechter.¹¹⁰ Het is dan ook opmerkelijk dat ter implementatie van Verordening (EG) nr. 1/2003 op het terrein van het mededingingsrecht voor ondernemingen uitdrukkelijk wel is voorzien in de mogelijkheid voor de burgerlijke rechter om inlichtingen of advies te vragen in de zin van artikel 15 lid 1 van deze verordening.¹¹¹ In de Wet modernisering EG-mededingingsrecht is daarvoor aangeknoopt bij artikel 67 Rv inzake het inwinnen door de rechter van inlichtingen over buitenlands recht, welke bepaling in dat verband is uitgebreid. De burgerlijke rechter dient de inhoud van het verzoek om inlichtingen of advies dan in een tussenbeslissing vast te stellen.¹¹² Ervan uitgaande dat een dergelijke wetswijziging volgens de wetgever blijkbaar niet op juridische bezwaren stuitte, is het vanuit het oogpunt van transparantie en rechtszekerheid wenselijk in relatie tot steunverleningszaken in een soortgelijke nationaalrechtelijke regeling te voorzien.

109 Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de staten van 23 november 1995 (PbEG 1995, C 312/8).

110 Zie ook M.R. Mok, 'Nederlands en Europees mededingingsrecht', in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands Recht* (aangeboden aan Mr. W.E. Haak), Deventer: Kluwer 2004, p. 275.

111 Verordening (EG) nr. 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van artikel 81 en 82 EG (PbEG 2003, L 1/1).

112 Artikel 67 lid 3 sinds de inwerkingtreding per 1 augustus 2004 van de Wet van 30 juni 2004 tot wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordeningen 1/2003 en 139/2004 (Wet modernisering EG-mededingingsrecht), Stb. 2004, 345.

12 Uitspraakmogelijkheden voor de civiele rechter bij aannahme van onrechtmatige staatssteun

Uit de bepalingen van artikel 3:296 BW en verder blijkt in het algemeen dat burgerlijke rechters in Nederland verschillende uitspraakmogelijkheden hebben om tegemoet te kunnen komen aan rechtsvorderingen in relatie tot onrechtmatige staatssteun. In zowel bodemprocedures als in kortgedingprocedures kunnen zij geboden en verboden opleggen en schadevergoeding toekennen. Daarnaast kunnen burgerlijke rechters in bodemprocedures ook verklaringen voor recht in de zin van artikel 3:302 BW geven.¹¹³ Kortgedingprocedures lenen zich bovendien voor het treffen van voorlopige voorzieningen. Op grond van deze bepalingen kunnen burgerlijke rechters bij aannahme van onrechtmatige staatssteun in het kader van private handhavingsacties een steunverlenend orgaan dus bijvoorbeeld veroordelen bepaalde steunverleningsactiviteiten op te schorten, geheel stil te leggen of zelfs ongedaan te maken. Daarnaast kunnen burgerlijke rechters ook aan verzoeken om schadevergoeding voldoen en kunnen zij in kortgedingprocedures voorlopige voorzieningen treffen. Verklaringen voor recht kunnen in de context van onrechtmatige staatssteun ook erg nuttig zijn, aangezien zij een basis kunnen vormen voor de reeds genoemde vorderingen, zoals die tot ongedaanmaking van onverschuldigd betaalde bedragen. Zo bezien lijkt – wanneer onrechtmatige staatssteun kan worden aangenomen – in civielrechtelijke procedures in vergaande mate te kunnen worden voldaan aan de eisen die het Hof van Justitie aan de rechtsbescherming op nationaal niveau stelt. Voor zover vorderingen bij de burgerlijke rechter zijn gericht op de terugvordering van onrechtmatig verleende steun moet daarbij wel worden opgemerkt dat op grond van de in dit onderzoek centraal staande communautaire bepalingen hoogstens het steunverlenende orgaan kan worden veroordeeld om tot die terugvordering over te gaan. Gegeven de beperkte rechtstreekse werking van die bepalingen kan op basis daarvan in nationaal- rechtelijke procedures immers (nog) geen rechtstreekse terugbetalingsverplichting aan de ontvangers van onrechtmatige staatssteun worden opgelegd. Dat betekent dat een veroordeling van de burgerlijke rechter tot terugvordering weliswaar een belangrijke stap vormt in de richting van de daadwerkelijke terugbetaling, maar dat het uiteindelijk van het desbetreffende steunverlenende orgaan zal afhangen of die terugbetaling ook werkelijk wordt gerealiseerd. Een rechterlijke veroordeling tot het nemen van terugvorderingsmaatregelen kan wel kracht worden bijgezet met een veroordeling tot betaling van een dwangsom voor iedere dag dat het desbetreffende orgaan met de nakoming van de terugvorderingsverplichting in

¹¹³ Verklaringen voor recht worden in kortgedingprocedures niet mogelijk geacht. Zie Numann 2003, Titel 2, afd. 14, Inleiding.

gebreke blijft. Een aanvullende vordering tot schadevergoeding kan dan wellicht de wel gewenste rechtsbescherming opleveren.

Bij de beoordeling van rechtsvorderingen in relatie tot (beweerde) onrechtmatige staatssteun dient de aangezochte rechter rekening te houden met uitzonderlijke omstandigheden waarin het gelasten van terugvordering niet gepast zou kunnen zijn. Hoewel de communautaire aanwijzingen over deze uitzonderingsgrond in de rechtspraak van het Hof van Justitie zeer schaars zijn, staat wel vast dat nationale rechters hierbij moeten uitgaan van een communautaire interpretatie waarin het gemeenschapsbelang wordt meegewogen. Dat wil zeggen dat zij niet louter op basis van nationaalrechtelijke bepalingen ter bescherming van gerechtvaardigde verwachtingen kunnen aannemen dat zich in een bepaalde situatie uitzonderlijke omstandigheden voordoen. Indien een nationale rechter vermoedt dat in een zaak van uitzonderlijke omstandigheden sprake is, zal hij de Commissie daarover moeten raadplegen of zonodig prejudiciële vragen moeten stellen aan het Hof van Justitie.¹¹⁴ Gerechtvaardigde verwachtingen bij de ontvangers van onrechtmatige staatssteun kunnen soms nog als uitzonderlijke omstandigheid worden aangemerkt, maar gezien de strenge eisen die aan ontvangers van staatssteun in de communautaire rechtspraak worden gesteld, zal niet snel worden aangenomen dat daarvan sprake kan zijn.¹¹⁵

Overigens stranden veel vorderingen in relatie tot (beweerde) onrechtmatige staatssteun in de praktijk vooral omdat wordt aangenomen dat geen sprake is van (beweerde) onrechtmatige staatssteun, ofwel het steunkarakter van de betwiste maatregel niet is aangetoond. Als reden hiervoor wordt doorgaans aangevoerd dat geen sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG. Soms worden klachten ook wel afgewezen om procedurele redenen.¹¹⁶ Uit de civielrechtelijke zaken waarin wel werd toegekomen aan de vorderingen in verband met (beweerde) onrechtmatige staatssteun blijkt dat burgerlijke rechters, evenals bestuursrechters in Nederland overigens, vaak nog een wat terughoudende opstelling kiezen ten aanzien van de toepassing van het communautaire staatssteunrecht.¹¹⁷ In een enkel geval werden de gevraagde vorderingen wel (deels) toegewezen.¹¹⁸

114 Zie M.L. Struys, 'Le rôle des juridictions nationales', in: *Les aides d'état et droit communautaire et en droit national*, Brussel: Bruylant 1999, p. 291-292.

115 Vgl. Rb. Rotterdam 24 januari 1997, LJV AZ6904.

116 Zie HR 17 april 1996, BNB 1996, 277 c, m.nt. Feteris, r.o. 3.14-3.16. Zie par. 17.2.

117 Zie bijv. Pres. Rb. Den Haag 17 februari 1995, KG 1995, 122; Rb. Alkmaar 5 december 2002, LJV AF1407, welke uitspraak werd gecorrigeerd door Hof Amsterdam 1 april 2004, BR 2004, 694. Zie in deze zaak ook HR 7 oktober 2005, NJ 2006, 131, m.nt. Mok. Zie over deze zaak ook Vzv. Rb. Amsterdam 29 januari 2004, NJF 2004, 151 en de bestuursrechtelijke uitspraken van Vzv. Rb. Alkmaar 29 november 2002, LJV AF1662, Rb. Alkmaar 10 oktober 2003, LJV AL8204 en ABRvS 21 april 2004, LJV AO7997.

118 Pres. Rb. Groningen 3 september 2004, LJV AQ8920.

13 Conclusies

Uit de voorgaande analyse blijkt dat het huidige Nederlandse privaatrecht diverse mogelijkheden biedt tegemoet te komen aan de eisen die voortvloeien uit het gemeenschapsrecht in relatie tot handhaving van het staatssteunrecht in situaties van onrechtmatige steunverlening. Het privaatrecht is daarop echter nog niet op alle punten goed toegesneden.¹¹⁹ Op verschillende plaatsen zijn knelpunten geconstateerd. Soms kan, ondanks die knelpunten, via een andere juridische weg wellicht toch tegemoet worden gekomen aan de communautaire vereisten, althans voor zover dat naar nationaalrechtelijke maatstaven ook geoorloofd is. Het gemeenschapsrecht zelf staat in beginsel neutraal tegenover de wijze waarop in een lidstaat institutioneel dan wel procedureel uitvoering wordt gegeven aan de communautaire verplichtingen op dit terrein, mits die uitvoering maar voldoet aan de gestelde communautaire randvoorwaarden van gelijkwaardigheid en effectiviteit. De lidstaten komt een zekere institutionele en procedurele autonomie toe. Echter, de kans dat met name laatstgenoemde randvoorwaarde van effectiviteit geschonden wordt, neemt vermoedelijk toe wanneer allerlei juridische kunstgrepen moeten worden toegepast om tegemoet te kunnen komen aan de communautaire terugvorderingsverplichting. En daarmee ook de kans als lidstaat door Brussel op de vingers te worden getikt in een infractieprocedure.

Sommige knelpunten kunnen overigens zeer wel worden opgelost door middel van een gemeenschapsrechtvriendelijke uitleg van het toepasselijke nationale recht. Nationale rechters moeten daartoe wel bereid zijn en zich daartoe ook bevoegd achten, hetgeen in de praktijk niet altijd het geval blijkt te zijn. Op de wetgever rust ingevolge artikel 10 EG dan ook de algemene verplichting het nationale recht zodanig in te richten dat de doorwerking van het Europese recht wordt gefaciliteerd, zodat tegemoet kan worden gekomen aan de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen. Inmiddels lijkt de wetgever zich daarvan terdege bewust. Op wetgevingsniveau is de noodzaak onderkend om na te gaan of wellicht in de algemene wettelijke regelingen in Nederland, zoals de Awb, de AWR en het BW, aanpassingen moeten worden doorgevoerd met het oog op terugvordering van onrechtmatige staatssteun, en zo ja welke.¹²⁰

Op diverse plaatsen in deze bijdrage zijn daartoe suggesties gedaan. De belangrijkste worden hier nogmaals genoemd. Er moet worden voorzien in

¹¹⁹ Zie ook Polak & Den Ouden 2004, p. 142; Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 141.

¹²⁰ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 17-18. Zie de opdracht vanuit het WODC tot rechtsvergelijkend onderzoek op dit terrein, hetgeen geresulteerd heeft in het volgende onderzoek: B.W.N. de Waard e.a., Terugvordering van staatssteun, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005. Een interdepartementale werkgroep beraadt zich op noodzakelijke aanpassingen in de diverse algemene wettelijke regelingen.

een wettelijke voorziening die het mogelijk maakt in relatie tot onrechtmatige steunverlening rente te vorderen vanaf het moment van de steunverlening. De huidige regeling omtrent verzuim sluit immers niet aan bij het communautaire vereiste dat rente dient te worden gevorderd over de gehele periode waarin onrechtmatige staatssteun is genoten. Op dit punt zou kunnen worden gedacht aan een uitzondering op de algemene regeling van artikel 119 lid 1 BW dat de wettelijke rente loopt vanaf het intreden van verzuim van de debiteur, zoals ook al andere uitzonderingen bestaan. Verder zou het de rechtszekerheid ten goede komen als over de volle breedte van het nationale recht expliciet zou worden voorzien in de mogelijkheid dat tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun kan worden overgegaan gedurende een periode van tien jaar vanaf het moment waarop de steun is verleend. Dat is immers de periode waarbinnen de Commissie nog gerechtigd is terugvordering te gelasten bij wijze van een terugvorderingsbeschikking en Nederland bijgevolg dus nog kan worden geconfronteerd met de daaruit voortvloeiende verplichtingen. Tot slot zij, ter verdere faciëring van de doorwerking van het Europese recht, gewezen op het belang van een wettelijke voorziening die het de aangezochte rechter in civiele staatssteunzaken, ondanks zijn lijdelijkheid, mogelijk maakt inlichtingen of advies te vragen aan de Commissie, zoals dat ook op het terrein van het mededingingsrecht is geregeld.