



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Schadevergoeding van overheidswege en het verbod op staatssteun

Ouden, W. den; Tjepkema, M.K.G.

Citation

Ouden, W. den, & Tjepkema, M. K. G. (2007). Schadevergoeding van overheidswege en het verbod op staatssteun. *Overheid & Aansprakelijkheid*, 2007(3), 80-103. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12425>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12425>

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

JUNI 2007 NUMMER 3

3

Overheid en Aansprakelijkheid

- Voorwoord
- Schadevergoeding van overheidswege en het verbod op staatssteun
- Jurisprudentie



10094804

Overheid en Aansprakelijkheid nr. 3 – 2007



Redactie:

Prof. mr. J.E.M. Polak (voorzitter), prof. mr. drs. B.P.M. van Ravels, mw. prof. mr. A.A. van Rossum, prof. mr. B.J. Schueler, mw. dr. mr. C. Waling, prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Medewerkers:

Kroniek Ruimtelijk Ordeningsrecht: dr. J.W. van Zundert; Kroniek Economisch ordeningsrecht: mw. mr. M.K. Bulterman; Kroniek Milieurecht: mr. dr. M. Klijnstra; Kroniek Agrarisch recht: prof. mr. D.W. Bruil; Kroniek Ambtenarenrecht: mw. mr. A.C.M. van Vliet; Kroniek Waterstaatsrecht: mw. mr. dr. M. Dekker en mr. H.H.L. Krans; Kroniek Ontheffingsrecht: mr J.F. de Groot; Jurisprudentie Strafrecht: mr. B. de Wilde; Jurisprudentie Europees Recht: mw. mr. A. Keessen; Jurisprudentie Bestuursrecht: mr. T.E.P.A. Lam, mr. G.J.M. Meulepas & mr. M.J. Tunnissen; Jurisprudentie civiel recht: mw. mr. A.J.J.G. Schijns; Jurisprudentie EVRM: mr. H.M. Griffioen & mr. M.K.G. Tjepkema

Redactiesecretariaat:

Mr. drs. M.K.G. Tjepkema, e-mail: m.k.g.tjepkema@law.leidenuniv.nl; p/a Kluwer, Postbus 4, 2400 MA Alphen aan den Rijn, t.a.v. mw. M. Venema

Uitgever:

Kluwer, Postbus 4 2400 MA Alphen aan den Rijn, tel. (0172) 466987; fax (0172) 466577

Verschijsning:

Verschijnt 6 keer per jaar. O&A is een uitgave van Kluwer BV.

Aanwijzingen voor auteurs:

Uitdraai en elektronische versie bij de redactiesecretaris: maximale omvang is 6700 woorden incl. notenapparaat.
Standaardpublicatievoorwaarden: Op iedere inzending van een bijdrage of informatie zijn van toepassing de Standaardpublicatievoorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV, gedeponceerd ter griffie van de Rechtbank Amsterdam onder nr. 121/2004; een kopie kan kosteloos bij de uitgever worden aangevraagd.

Abonnementenadministratie en productinformatie:

Kluwer Afdeling Klantencontacten, Postbus 878, 7400 AW Deventer, tel. (0570) 673449; automatische bestellijijn (0570) 673511; fax (0570) 691555, e-mail: juridisch@kluwer.nl. Ook adres-/naamswijziging d.m.v. verbeterd adres-label aan voornoemd adres.
Op alle uitgaven van Kluwer zijn de Algemene Leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

Abonnementen:

Abonnementsprijs 2007: € 121,80 met band (incl. BTW en verzendkosten), losse nummers € 24,15
Abonnementen kunnen op elk gewenst moment worden aangegaan voor de duur van minimaal één jaar, te rekenen vanaf het eerste moment van levering. Ze worden vooraf gefactureerd voor de volledige abonnementsperiode, tenzij uitdrukkelijk anders is overeengekomen.
Abonnementen kunnen schriftelijk tot drie maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.
Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements-)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Vormgeving:

Studio Birnie, Twello

Informatie over adverteren:

Astrid van Duijn, tel. (0172) 46 64 06; e-mail: avanduijn@kluwer.nl
Helma Scherpenzeel, tel. (0172) 46 64 33; e-mail: hscherpenzeel@kluwer.nl

ISSN 1570 – 1158

Inhoud

41	Voorwoord	79
42	W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema Schadevergoeding van overheidswege en het verbod op staatssteun	80
JURISPRUDENTIE		
43	T.E.P.A. Lam, G.J.M. Meulepas en M.J. Tunnissen Jurisprudentie Bestuursrecht	104
48	A.J.J.G. Schijns Jurisprudentie Civiel recht	105
54	B. de Wilde Jurisprudentie Strafrecht	109
66	H.M. Griffioen en M.K.G. Tjepkema Jurisprudentie EVRM	111
69	A. Keessen Jurisprudentie Europees recht	113

Aanbevolen citeerwijze

O&A 2007, ...
(het cijfer achter de komma verwijst naar het
publicatienummer van een artikel)

In dit nummer van *Overheid & Aansprakelijkheid* gaan Willemien den Ouden en Michiel Tjepkema uitputtend in op de verhouding tussen (nationale) schadevergoeding van overheidswege en het Europese verbod op staatssteun (art. 87 EG). Zij maken daarbij onderscheid tussen de vergoeding van schade veroorzaakt door rechtmatig overheidshandelen (nadeelcompensatie) en de vergoeding van schade veroorzaakt door gebeurtenissen als natuurrampen en zware ongevallen (tegemoetkoming). Onder deze laatste categorie vallen bijvoorbeeld de tegemoetkomingen naar aanleiding van de vuurwerkramp in Enschede en de gelden die worden verstrekt op grond van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen (WTS).

Voor tegemoetkomingen is volgens de auteurs eerst en vooral art. 87 lid 2 sub b EG van belang. Volgens deze bepaling zijn steunmaatregelen die naar aanleiding van natuurrampen (onder meer aardbevingen en overstromingen) of andere buitengewone gebeurtenissen (onvoorzienbare gebeurtenissen zoals een grote brand) worden verstrekt in beginsel toegestaan. Of een nationale tegemoetkoming als een maatregel in de zin van art. 87 lid 2 EG kwalificeert, wordt beoordeeld door de Commissie. Als de Commissie een gebeurtenis als buitengewoon of als natuurramp aanmerkt, beoordeelt de Commissie de daarvoor voorziene schadevergoeding aan de hand van vier criteria: a. rechtstreeks causaal verband; b. geen cumulatie van financiële middelen ter dekking van dezelfde schade; c. objectieve wijze van schadeberekening; d. geen vergoeding van het normale ondernemersrisico. Valt een tegemoetkoming niet onder art. 87 lid 2, onder c, EG, omdat deze geen reactie is op een natuurramp of een buitengewone gebeurtenis, dan kan deze toch toelaatbaar zijn, maar dan op grond van art. 87 lid 3, onder c, EG. Onder deze categorie vallen bijvoorbeeld de tegemoetkomingen die in Nederland worden verstrekt

aan landbouwers voor schade als gevolg van ongunstige weersomstandigheden (vorst, hagel, droogte). Deze worden door de Commissie eveneens beoordeeld aan de hand van de hiervoor genoemde criteria.

Bij nadeelcompensatie geldt volgens Den Ouden en Tjepkema als uitgangspunt dat deze geen verboden steun in de zin van art. 87 EG vormt als de overheid tot verstrekking daarvan verplicht is op grond van het eigendomsrecht en toekenning ervan kan worden gezien als een zuivere uitwerking van het *égalité*-beginsel. In dat geval heeft de vergoeding een zuiver compensatoir karakter. Nadeelcompensatie kan echter toch in het vaarwater van verboden staatssteun belanden, vooral wanneer het *égalité*-beginsel 'instrumenteel' wordt gebruikt om ondernemingen in de richting van bepaald wenselijk gedrag te sturen. Daarnaast kan steeds discussie bestaan of op grond van het eigendomsrecht werkelijk een verplichting tot verstrekking van de compensatie bestaat, zoals ook gebleken is in de in dit tijdschrift tussen Backes/Hoitink en Van der Wal/Van Schaik gevoerde discussie over de toelaatbaarheid van de financiële compensatie voor de kokkelvisserij (O&A 2006, 4, p. 24-30 en O&A 2007, 2, p. 2-8 en 27, p. 64-68). Den Ouden en Tjepkema kiezen in deze discussie voor de opvatting van Backes/Hoitink. Als nadeelcompensatie in een concreet geval toch als verboden steun moet worden aangemerkt, moet zij door de overheid als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd, waarbij bovendien de rente moet worden gevorderd. Thans is dit laatste binnen het bestuursrecht niet mogelijk en het is de vraag of de bevoegdheid tot rentevoordering is voorzien in het binnenkort te publiceren voorontwerp voor een wettelijke regeling voor nadeelcompensatie. Aan dit voorontwerp en het voorontwerp voor schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad zal in het volgende nummer van dit tijdschrift uitvoerig aandacht worden besteed.

In het artikel van B.J. Schueler, 'Een doolhof met vertakking. Naar een verbeterde rechtsbescherming tegen schadeveroorzakende besluiten?', O&A 2007, 26, p. 55-63, is de interne nootverwijzing niet correct weergegeven. Bijvoorbeeld: 'zie hierboven noot 7' moet zijn 'zie hierboven noot 8'.

Schadevergoeding van overheidswege en het verbod op staatssteun

Prof. mr. W. den Ouden en mr. drs. M.K.G. Tjepkema¹

42

1 Inleiding

Deze bijdrage heeft betrekking op het communautaire staatssteunrecht als in acht te nemen norm bij de verstrekking van schadevergoeding door Nederlandse bestuursorganen, in het bijzonder bij de verstrekking van nadeelcompensatie. Het staatssteunrecht staat de laatste jaren sterk in de belangstelling, ook bij Nederlandse bestuursrechtjuristen. Toch kan bij de lezer de vraag rijzen of het door ons gekozen onderwerp niet wat ver gezocht is. Er doen zich immers geen noemenswaardige problemen voor op dit terrein; er is relatief weinig Europese jurisprudentie waarin schadevergoeding van overheidswege als (onrechtmatige) staatssteun wordt gekwalificeerd en Nederlandse jurisprudentie waarin het staatssteunrecht een rol speelt bij de beoordeling van de rechtmatigheid van besluiten inzake schadevergoedingen van overheidswege is er nauwelijks.² Deze situatie kan echter snel veranderen. Niet alleen werkt de Europese Commissie (verder: de Commissie) al jaren – en met succes – aan de intensivering van de handhaving van het staatssteunrecht,³ het staatssteunrecht is de laatste jaren ook ‘ontdekt’ door particulieren (of hun advocaten). Zij starten steeds vaker een gerechtelijke procedure gericht tegen overheidshandelen waarbij hun concurrenten beweerdelijk oneerlijk worden bevoordeeld.⁴ Tot nu toe hadden deze procedures in Nederland geen betrekking op nadeelcompensatiebesluiten, maar er zijn al wel vragen gesteld bij dergelijke besluiten vanuit het perspectief van het staatssteunrecht.⁵ Met name de schadevergoeding die zal worden betaald aan de kokelvisseren voor het niet langer verlenen van de benodigde vergunningen heeft tot discussie geleid.⁶ De kans dat binnen afzienbare termijn in de rechtspraak een nadeelcompensatiebesluit met een beroep op het staatssteunrecht zal worden aangevochten lijkt dus wel aanwezig.

¹ Willemien den Ouden en Michiel Tjepkema zijn als hoogleraar respectievelijk PhD-fellow verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Zij danken Paul Adriaanse, Tom Barkhuysen en Henk Griffioen voor hun opmerkingen bij een eerdere versie. Deze bijdrage is mede geschreven in het kader van het onderzoeksprogramma ‘Securing the rule of law in a world of multi-level jurisdictions’ van het E.M. Meijers-instituut voor rechtswetenschappelijk onderzoek.

Wij zullen in deze bijdrage de relatie tussen schadevergoedingen van overheidswege en het staatssteunrecht als volgt bespreken. In paragraaf 2 gaan wij kort⁷ in op de communautaire definitie van staatssteun en de vraag welke vormen daarvan verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt. Daarna behandelen wij de vraag welke schadevergoedingen van overheidswege (onrechtmatige) staatssteun kunnen vormen, waarbij wij een onderscheid zullen maken tussen schadevergoeding voor schade veroorzaakt door (rechtmatig) overheidshandelen en schade veroorzaakt door andere gebeurtenissen, zoals natuurrampen en extreme ongevallen waarvan de vuurwerkramp in Enschede een voorbeeld is. De toelaatbaarheid van tegemoetkomingen voor de laatstgenoemde vormen van schade en de verschillende door de Commissie ontwikkelde beoordelingskaders die daarvoor van belang kunnen zijn, worden besproken in paragraaf 3.⁸ In paragraaf 4 concentreren wij ons op de vraag wanneer het vergoeden van schade veroorzaakt door rechtmatig overheidshandelen, in Nederland zoals bekend aangeduid als nadeelcompensatie, in strijd komt met het verbod op staatssteun. In paragraaf 5 gaan wij in op de geschillen waarin Nederlandse bestuursrechters geconfronteerd kunnen worden met de vraag of een verstrekking van schadevergoeding van overheidswege onrechtmatige staatssteun inhoudt. Ook wordt ingegaan op de consequenties van een bevestigend antwoord op die vraag; met name terugvorderingsproblemen mogen worden verwacht. Wij besluiten deze bijdrage met conclusies en enkele aanbevelingen rond mogelijke oplossingen voor, zo is op voorhand toegegeven, nog potentiële problemen.

2 Wanneer is sprake van verboden staatssteun?

2.1 Criteria voor verboden staatssteun

Het tweede hoofdstuk van titel VI van het EG-Verdrag heeft als titel ‘Steenmaatregelen van de Staten’. In de eerste bepaling van dit hoofdstuk, in art. 87, is een verbod op steunmaatregelen van de lidstaten geformuleerd. Het eerste lid van deze bepaling luidt:

- 2 Er zijn wel uitzonderingen, zie bijv. ABRvS 4 mei 2005, AB 2005, 395 (m.nt. WdO) en ABRvS 20 april 2005, zaaknr. 200408046/1.
- 3 Zie voor de recente beleidsvoornemens van de Commissie het 'State Aid action plan: Less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005 – 2009', raadpleegbaar via <http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/ref orm.html>.
- 4 Zie voor een uitgebreide studie naar onder meer de handhaving van het staatssteunrecht door particulieren in de verschillende lidstaten: *Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level*, March 2006, Jones Day, Lovells, Allen & Overy, raadpleegbaar via <http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_re ports>.
- 5 Zie bijv. R.J.N. Schlössels' interventie naar aanleiding van de preadviezen over *Staatssteun op het grenslak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, VAR-reeks 135, p. 20 e.v.
- 6 Zie J.E. Hoitink en Ch.W. Backes, 'Financiële compensatie kokkelvisserij: politieke keuze of juridische noodzaak?', *O&A* 2006, p. 2-8; G. van der Wal en F. van Schaik, 'Financiële compensatie kokkelvisserij: politieke keuze én juridische noodzaak!', *O&A* 2007, p. 2-8 en het naschrift van Backes en Hoitink, 'Geen schadevergoeding voor risico's die inherent zijn aan de ontplooiende activiteiten', *O&A* 2007, p. 64-68.
- 7 De literatuur over dit onderwerp is overvloedig. Wij bespreken de communautaire definitie slechts globaal en vanuit het perspectief van de relevantie voor het schadevergoedingsrecht. Voor meer informatie zij verwezen naar onder meer L. Hancher, T. Ottevanger en P.J. Slot (ed.), *EC State Aids*, Londen: Sweet & Maxwell 2006, p. 30 e.v., M. Heidenhain (ed.), *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts*, München: Verlag C.H. Beck 2003, p. 29 e.v., B.C. Quigley & A. Collins, *EC State Aid Law and Policy*, Oxford 2003 en B. Hessel en A. Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Deventer: Kluwer 2001.
- 8 Wij doen dit vooral aan de hand van de beschikkingen van de Europese Commissie. Beschikkingen over nationale steunmaatregelen ten aanzien waarvan de Commissie heeft besloten geen formele onderzoeksprocedure in te leiden, zijn te vinden op <http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/>. Heeft de Commissie twijfels over de verenigbaarheid van de steunmaatregel, dan wordt een formele onderzoeksprocedure gestart. De (veel uitvoeriger gemotiveerde) beschikkingen waarmee deze procedures worden afgerond worden in het *Publicatieblad* gepubliceerd en zijn ook te vinden via de EUR-Lex-site: <http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do?ihm-lang=nl>. Ook de staatssteunregelgeving kan via die laatste site worden geraadpleegd.
- 9 Vgl. bijvoorbeeld P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2006; B. Hessel, 'Communautair toezicht op staatssteun en de Nederlandse decentrale overheden' en J.R. van Angeren en W. den Ouden, 'Subsidiericht en staatssteun', VAR-reeks 134, Den Haag: BJu 2005.
- 10 Zie gevoegde zaken 67, 68 en 70/85 (*Gebroeders van der Kooij*) en de gevoegde zaken 328/99 en 399/00 (*SIM 2 Multimedia*).
- 11 Vgl. HvJ EG 7 juni 1988, zaak 57/86 (*Griekenland/Commissie*); HvJ EG 13 maart 2001, zaak C-379/98 (*PreussenElektra*) en HvJ EG 20 november 2003, zaak C126/01 (*GEMO*).
- 12 Zie bijv. HvJ EG 22 maart 1977, zaak, 78/76 (*Steinike & Weinlig*), HvJ EG 21 oktober 2003, gevoegde zaken C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster*).
- 13 Zie bijv. HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 (*Höfner*), HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99 (*Wouters*) en HvJ EG 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01 (*AOK Bundesverband*).
- 14 Zie bijv. HvJ EG 16 juni 1987, zaak 118/85 (*Commissie/Italië*) en GvEA 4 maart 2003, zaak T-319/99 (*FENIN/Commissie*).
- 15 Vgl. HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96 (*Albany*).

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

Doorgaans wordt uit deze bepaling en de daarover handelende jurisprudentie afgeleid dat er sprake is van staatssteun wanneer aan de volgende vijf criteria is voldaan:⁹

1. De steun wordt door de Staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd. Van belang is daarbij ten eerste dat niet alleen middelen die afkomstig zijn van (bestuursorganen behorend tot) de rechtspersoon de Staat onder het begrip steun kunnen vallen, maar ook financiële middelen van decentrale overheden, bedrijven waarin de Staat een overwegend financieel belang heeft¹⁰ en andere (publiek- en privaatrechtelijke) rechtspersonen die tot de overheid kunnen worden gerekend en wier handelen aan de Staat kan worden toegerekend.¹¹ Staatssteun hoeft dus niet per definitie door een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 Awb te worden verstrekt. Het begrip 'bekostiging' moet voorts ruim worden uitgelegd. Het is bijvoorbeeld niet nodig dat alle gelden die met de steunmaatregel zijn gemoeid uit publieke gelden in de klassieke zin van het woord worden gefinancierd; ook wanneer de gelden voor een steunmaatregel door particulieren bijeen zijn gebracht op basis van een daartoe verplichtend wettelijk voorschrift kan er sprake zijn van staatssteun.¹²
2. De steun komt ten goede aan bepaalde ondernemingen. Onder een onderneming wordt volgens vaste rechtspraak verstaan 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.¹³ Het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt is voldoende om van een economische activiteit te kunnen spreken.¹⁴ Daarbij is niet van belang of er feitelijk sprake is van concurrentie; ook als er (nog) geen concurrentie is, kan er toch sprake zijn van economische activiteiten. Ook is voor de kwalificatie als onderneming in de zin van art. 87 EG niet relevant of er winst wordt beoogd.¹⁵ Dat de steun ten goede moet komen aan *bepaalde* ondernemingen wordt ook wel het selectiviteitscriterium genoemd. Aan de hand van dit criterium kunnen steunmaatregelen worden onderscheiden van maatregelen die in algemene zin een positief gevolg hebben voor ondernemingen, zoals bijvoorbeeld het verlagen van de vennootschapsbelasting. Het selectiviteitscriterium wordt in het algemeen echter ruim uitgelegd; zo zijn algemene regelingen van decentrale overheden vanuit communautair perspectief vanwege hun territoriaal beperkte reikwijdte een selectieve maatregel.
3. De steun vormt een niet marktconform voordeel voor de begunstigde onderneming(en). Wanneer een

maatregel geen voordeel oplevert voor een onderneming is er geen sprake van staatssteun. 'Voordeel' moet men in dit verband breed zien. Volgens vaste jurisprudentie heeft het begrip steun een algemene strekking dan het begrip subsidie, 'daar het niet alleen positieve prestaties omvat zoals de subsidie zelf, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden.'¹⁶ Het Hof stelt steeds dat 'als steun worden beschouwd maatregelen die, in welke vorm ook, ondernemingen rechtstreeks of indirect kunnen bevoordelen of die als een economisch voordeel moeten worden beschouwd dat de begunstigde onderneming onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen';¹⁷ er is dan met andere woorden sprake van een voordeel waar geen adequate vergoeding of een gelijkwaardige prestatie tegenover staat.¹⁸

4. De steun leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging op de gemeenschappelijke markt. Voordelen van overheidswege voor ondernemingen zullen al snel de concurrentie tussen ondernemingen vervalsen. Daarbij moet worden bedacht dat 'steun die is bedoeld om een onderneming te bevrijden van de kosten die zij normaliter in het kader van haar lopend beheer of van haar normale activiteiten had moeten dragen, in beginsel de mededingingsvoorwaarden vervalst (...).'¹⁹ Wel speelt in dit kader de vrijstelling voor zogenaamde 'de minimis-steun' een belangrijke rol, die met zich brengt dat steunmaatregelen tot een bepaald maximum geacht worden de concurrentie niet te vervalsen. Wij komen hier later op terug.
5. Ten slotte moet de steun leiden tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Dit criterium is nauw verbonden met het vorige criterium van dreigende vervalsing van de mededinging.²⁰ Het wordt, net als het vierde criterium, zo uitgelegd dat de Commissie binnen haar toezichthoudende taak niet hoeft vast te stellen dat een steunmaatregel daadwerkelijk effect heeft op de interstatelijke handel; potentiële ongunstige beïnvloeding is voldoende.²¹ Dat een onderneming zich niet bezighoudt met export doet daaraan bijvoorbeeld niet af.²²

2.2 Uitzonderingen op het staatssteunverbod

Concluderend kan worden gesteld dat het communautaire staatssteunbegrip en het daarmee samenhangende 'in beginsel-verbod' onder invloed van de communautaire rechtspraak een breed bereik heeft gekregen. Dat neemt niet weg dat sommige steunmaatregelen zijn toegestaan. Op het algemene verbod van art. 87 lid 1 EG gelden namelijk uitzonderingen. Ten eerste is in art. 87 lid 2 EG bepaald dat enkele steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn. Voor Nederland zijn van

die uitzonderingen vooral van belang de 'steunmaatregelen tot herstel van schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen' (art. 87 lid 2 sub b EG).²³ Of een concrete maatregel onder deze uitzonderingsbepaling valt, wordt beoordeeld door de Commissie. Daarom moeten lidstaten steunmaatregelen waarvan zij menen dat zij vallen onder de reikwijdte van het tweede lid van art. 87 EG in beginsel melden bij de Commissie. Die beoordeelt de maatregel aan de hand van criteria die worden besproken in paragraaf 3.2 van deze bijdrage.²⁴ Wordt een steunmaatregel onder de uitzondering van art. 87 lid 2 EG geplaatst, dan is zij verenigbaar met de gemeenschappelijke markt; de Commissie heeft geen beleidsvrijheid of zij de steun zal toelaten.²⁵

De uitzonderingen geformuleerd in art. 87 lid 3 EG zijn van een andere aard. Op grond van die bepalingen kan de Commissie bepaalde steunmaatregelen verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaren; zij beschikt dus over beleidsvrijheid ('discretion').²⁶ Dergelijke steunmaatregelen moeten dus ook steeds worden gemeld. De Commissie geeft daarna een oordeel over de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt en maakt daarbij gebruik van kaderregelingen, richtsnoeren en wat dies meer zij, die de doorzichtigheid van haar beleid vergroten²⁷ en vergelijkbaar zijn met beleidsregels op nationaal niveau.²⁸ Voor schadevergoedingen van overheidswege blijken in de praktijk vooral de uitzonderingen geformuleerd in art. 87 lid 3 sub c EG van belang. Het gaat daarbij om steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken. In § 3 en 4 komen we op deze laatste uitzondering uitvoerig terug. Een laatste belangrijke categorie uitzonderingen vloeit voort uit de bevoegdheid van de Raad om op grond van art. 89 EG verordeningen vast te stellen met betrekking tot de toepassing van de art. 87 en 88 EG. Een belangrijke verordening die op die basis tot stand is gebracht, is Verordening 994/98/EG.²⁹ Daarin is aan de Commissie de bevoegdheid gegeven om – eveneens bij verordening – te bepalen dat bepaalde soorten steunmaatregelen verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt en niet onderworpen zijn aan de aanmeldingsverplichtingen van art. 87 van het Verdrag. Een voor de praktijk belangrijke verordening die is vastgesteld op basis van Verordening 994/98/EG is de eerder genoemde Verordening 1998/2006/EG,³⁰ waarin is bepaald dat zogenaamde 'de minimis'-steun niet onder het verbod van art. 87 lid 1 EG valt. Deze verordening geldt echter niet voor lage steunbedragen die worden verleend in sommige (deel)sectoren zoals de visserij, aquacultuur en delen van landbouw, zodat kleine steunbedragen die betrekking hebben op die sectoren wel moeten worden aangemeld. De Commissie is namelijk van mening dat alle staatssteun binnen (delen van) deze beleidssectoren een potentieel risico tot concurrentievervalsing in zich bergt.

- 16 Zie bijv. HvJ EG 15 maart 1994, zaak C-387/92 (*Banco Exterior*) en HvJ EG 14 september 2004, zaak C-276/02 (*Spanje/Commissie*).
- 17 Bijv. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (*Altmark*) en HvJ EG 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot C-38/01 (*Enirisorse SpA*).
- 18 Adriaanse 2006, p. 23. Bij dit criterium speelt in het bijzonder de vraag of een 'voordeel' onder omstandigheden moet worden beschouwd als compensatie voor de uitvoering van een taak van algemeen belang door een onderneming, zoals de economisch onaantrekkelijke exploitatie van openbaarvervoersvoorzieningen of het op voorraad houden van een specifiek assortiment van bijzondere geneesmiddelen ter verzekering van de adequate geneesmiddelenvoorziening. Wanneer aan de (strikte) voorwaarden zoals het HvJ EG formuleerde in de zaak *Altmark* (zaak C-280/00) is voldaan, is in dat soort gevallen geen sprake van staatssteun en hoeft de maatregel dus ook niet te worden gemeld. Nu deze vergoedingen, de jurisprudentie daarover en het daarvoor relevante art. 86 EG, tweede lid, in relatie tot schadevergoedingen van overheidswege weinig relevantie hebben, laten wij ze verder onbesproken.
- 19 HvJ EG 3 maart 2005, zaak C-172/03 (*Heiser*). Zie ook HvJ EG 19 september 2000, zaak C-156/98 (*Duitsland/Commissie*).
- 20 Zie bijv. GvEA 15 juni 2000, gevoegde zaken T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97-T-607/97, T-1/98, T-3/98-T-6/98 en T-23/98 (*Alzetta e.a./Commissie*) en GvEA 11 april 2001, zaak T-288/97 (*Regione Friuli Venezia Giulia*).
- 21 Zie bijv. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-372/97 (*Italië/Commissie*).
- 22 HvJ EG 13 juli 1988, zaak 102/87 (*Frankrijk/Commissie*).
- 23 De overige twee uitzonderingen zijn minder relevant: steun met een sociaal karakter die de consument ten goede komt (art. 87 lid 2 sub a EG) is hier doorgaans niet noodzakelijk en de uitzondering van art. 87 lid 2 sub c EG ziet specifiek op nadelen als gevolg van de (voormalige) deling van de Bondsrepubliek Duitsland.
- 24 *Pb* 2006, C 319/1.
- 25 Vgl. Hessel & Neven 2001, p. 134.
- 26 Vgl. HvJ EG 19 september 2002, C-113/00 (*Spanje t. Commissie*; § 67): 'Zoals het Hof reeds heeft opgemerkt, verleent artikel 87 lid 3 de Commissie een discretionaire bevoegdheid, waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale factoren impliceert die dient te geschieden in een communautair kader' en de in die uitspraak genoemde eerdere jurisprudentie.
- 27 De zogenaamde 'horizontal rules': 'rules which apply across all industries [and] set out the Commission's position on particular categories of aid'. Zie <www.ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/legislation/horizontal.html>. Daarnaast zijn er nog allerlei 'sector-specific rules', die een minder breed bereik hebben.
- 28 Hessel & Neven 2001, p. 138.
- 29 *Pb* 1998, L 142, p. 1-4.
- 30 *Pb* 2006, L 379, p. 5-10.
- 31 Zelfs wanneer de Commissie later de desbetreffende steunmaatregel toch verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart, wordt de onrechtmatigheid van de verstrekking zonder melding niet achteraf gedekt: HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354/90 (*FNCEPA*), § 16.
- 32 Zij het dat in zo'n geval wel is vereist dat de steun valt toe te schrijven aan de overheid: er zal enige invloed op de bestemming van de fondsen aanwezig moeten zijn. Vgl. HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-345/02 (*Pearle*). Zie bijv. Beschikking van 14 december 2006, C(2006) 6882, inzake steunmaatregel nr. N 517/2006, waarin het ging om vergoedingen aan boeren in Nederland die schapen en geiten houden. Voor zover zij waren aangesloten bij het Productschap voor vee en vlees wordt aan hen een verplichte heffing opgelegd, met welke inkomsten het Diergezondheidsfonds wordt gevuld. De schade door de bestrijding van besmettelijke dierziekten wordt mede uit dat fonds vergoed. Volgens de Commissie was in casu niet aan de *Pearle*-criteria voldaan omdat de Nederlandse

In sommige gevallen kunnen steunmaatregelen dus verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden geacht, of als zodanig door de Commissie worden gekwalificeerd. Wel geldt steeds dat steunvoornemens moeten worden gemeld, conform de daarvoor geldende procedure die berust op art. 88 EG, derde lid, en is uitgewerkt in de Procedureverordening (Vo. 659/1999/EG), tenzij op die meldplicht een expliciete uitzondering is gemaakt. Steun die zonder verplichte melding wordt verstrekt is per definitie onrechtmatig, ook wanneer de maatregel door de Commissie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt zou kunnen worden verklaard.³¹ Van groot belang is verder het zogenaamde 'standstill-beginsel', dat betekent dat de gemelde maatregel niet ten uitvoer mag worden gelegd voordat de Commissie naar aanleiding van een melding een positieve beschikking heeft gegeven. Ook schending van dit beginsel leidt per definitie tot onrechtmatige verstrekking van staatssteun.

3 Schadevergoedingen van overheidswege en staatssteun

3.1 Staatssteun in de vorm van schadevergoeding?

De Commissie neemt al snel aan dat een schadevergoeding een onderneming een voordeel verschaft dat zij langs een commerciële weg niet zou hebben verkregen nu andere ondernemingen hun schade doorgaans zelf zullen moeten dragen

Van overheidswege verstrekte schadevergoedingen zijn niet uitgesloten van de werking van art. 87 EG. Dat is ook niet zo vreemd, nu schadevergoedingen regelmatig zullen voldoen aan de criteria voor staatssteun zoals geschetst in de vorige paragraaf. Van overheidswege verstrekte schadevergoedingen worden per definitie met staatsmiddelen bekostigd. Aan dat criterium is ook voldaan indien de schadevergoeding wordt uitgedeeld uit een fonds dat (deels) bijeen is gebracht door de begunstigde ondernemers zelf (een parafiscaal heffingssysteem), zoals in Nederland bij-

regering kon ingrijpen in de bepaling van de financiële modaliteiten van de maatregel. Daarmee stond voor de Commissie vast dat de opbrengsten van de parafiscale heffingen van de genotificeerde maatregel in feite staatsmiddelen betreffen.

voorbeeld gebruikelijk is bij vergoeding van schade veroorzaakt door de bestrijding van besmettelijke dierziekten.³² De Commissie neemt voorts al snel aan dat een schadevergoeding een onderneming een voordeel verschafft dat zij langs een commerciële weg niet zou hebben verkregen (aangezien andere ondernemingen hun schade doorgaans zelf zullen moeten dragen) en dat dit voordeel selectief uitwerkt.³³ Daarmee is ook de kans aanwezig dat deze steun de mededinging op de gemeenschappelijke markt vervalst of althans dreigt te vervalsen.

In de beschikkingenpraktijk van de Commissie zijn veel steunmaatregelen beoordeeld die naar nationaal recht als een schadevergoeding van overheidswege moeten worden gekwalificeerd. Wij zullen die praktijk bespreken vanuit een (hoofd)onderverdeling van schadevergoedingen in *tegemoetkomingen* (vervolg van § 3) en *nadeelcompensatie* (§ 4).³⁴ Zoals wij in een eerder artikel toelichtten,³⁵ reserveren wij de term 'tegemoetkoming' voor die financiële verstrekking waarbij de overheid, voornamelijk uit overwegingen van solidariteit met de getroffen, een financiële bijdrage verstrekt aan burgers die schade lijden zonder dat die schade (direct) samenhangt met een overheidsdaad. Te denken valt aan schade als gevolg van rampen en zware ongevallen, zoals de vuurwerkramp in Enschede of de tegemoetkomingen die worden verstrekt op grond van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen (WTS). Aanleiding tot 'nadeelcompensatie' kan er zijn indien de schadeveroorzakende gebeurtenis bestaat uit een rechtmatige overheidsdaad. In dat geval kan op grond van het beginsel 'égalité devant les charges publiques' een plicht bestaan tot compensatie van het onevenredige nadeel. Soms wordt ook daarbuiten nadeelcompensatie verstrekt; deze houdt wel verband met schadeveroorzakend overheidshandelen, maar gaat verder dan de juridisch afdwingbare rechtsplicht van de overheid. Zij is primair het uitvloeisel van een politieke keuze van het desbetreffende bestuursorgaan of de wetgever in kwestie. Op de nadeelcompensatie komen wij in § 4 nog terug.

De reden dat wij financiële verstrekkingen hierna onder de kopjes tegemoetkoming en de nadeelcompensatie zullen behandelen, is dat deze indeling aansluit op het begrippenkader van waaruit de nationale jurist, die staat voor de vraag of hij een schadevergoedingsregeling of -besluit bij de Commissie moet melden, redeneert. Bovendien is voor de vraag of een van overheidswege verstrekte financiële verstrekking als 'onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt' moet worden beschouwd, mede van belang of de overheid die verstrekking primair politiek motiveert, of dat de verstrekking het uitvloeisel is van een op het bestuur rustende rechtsplicht, zoals in § 4 zal blijken. Het bestaan van rechtsplicht tot compensatie hangt volgens ons nationale recht immers sterk samen met de vraag of de schade is veroorzaakt door een overheidsdaad of door een buiten de sfeer van de overheid liggende oorzaak; in

eerstgenoemd geval zal een rechtsplicht eerder worden aangenomen. Bij de beoordeling van steunmaatregelen en de toepassing van de in § 2 genoemde criteria hanteert de Commissie een dergelijke indeling echter niet: vanuit een *communautair* perspectief is van weinig belang hoe de desbetreffende steunmaatregel naar nationaal recht precies is

Vanuit een *communautair* perspectief is van weinig belang hoe de steunmaatregel naar nationaal recht precies is gekwalificeerd

gekwalificeerd. Ook de beschikkingen van de Commissie waarin een schadevergoedingselement te herkennen valt, laten dit zien. Financiële verstrekkingen worden daarin lang niet altijd op een consequente manier aangeduid en komen bijvoorbeeld voor onder de naam 'subsidie',³⁶ 'compensatiesteun'³⁷ of een 'compenserende subsidie'.³⁸ Veelal wordt ook de precieze

kwalificatie achterwege gelaten en spreekt de Commissie simpelweg van een 'steunmaatregel'. Ook het juridische karakter van de bron waaruit de steun voortkomt doet niet ter zake: het staatssteunverbod ziet zowel op (wettelijke en beleids)regelingen, als op besluiten voor individuele gevallen. De Commissie gaat het louter om het *resultaat* van de verstrekking voor de onderlinge concurrentieverhoudingen. Niet de oorzaken, doelstellingen of juridische vormgeving van het voordeel zijn dus beslissend, maar de *gevolgen* van het voordeel.³⁹

3.2 *Tegemoetkomingen die vallen onder de reikwijdte van art. 87 lid 2 sub b EG*

Veel van de door Nederlandse overheden verstrekte tegemoetkomingen aan ondernemingen vallen onder de reikwijdte van art. 87 lid 2 sub b EG. Volgens deze bepaling zijn steunmaatregelen die naar aanleiding van een natuurramp of een andere buitengewone gebeurtenis worden verstrekt verenigbaar met de gemeenschappelijke markt. Dat wil zeggen dat zij (in beginsel) zijn toegestaan. Zoals gesteld kan uit de formulering van dit artikel ('Met de gemeenschappelijke markt *zijn* verenigbaar (...)') worden afgeleid dat de Commissie geen beleidsvrijheid heeft bij het bepalen of zij de steunmaatregel zal toelaten. Wel lijkt er sprake van enige beoordelingsruimte, aangezien de Commissie zelf een oordeel dient te vellen over de vraag of de gebeurtenis in kwestie als 'buitengewoon' of als 'natuurramp' kan worden aangemerkt⁴⁰ en zij soms ook aangeeft dat zij gebeurtenissen die zij normaliter niet zou kwalificeren als natuurramp of buitengewone gebeurtenis, daarmee op bepaalde gronden toch gelijkstelt.⁴¹ Tot nu toe heeft de Commissie als

natuurramp aanvaard aardbevingen, lawines, grondverschuivingen en overstromingen; als buitengewone gebeurtenis zijn onder meer erkend oorlog, binnenlandse ordeverstoringen en grote branden die tot wijdverspreide verliezen leiden.

De Commissie stelt strenge voorwaarden voor het aanmerken van een gebeurtenis als 'buitengewoon'.

- 33 Een goed voorbeeld zijn de beschikkingen over steunmaatregelen naar aanleiding van de uitbraak van besmettelijke ziekten. Zie onder veel meer Beschikking van 12 januari 2006, C(2005) 58, inzake steunmaatregel N 547/2005, waarin centraal stond een schadevergoeding aan Belgische bedrijven met contracten voor verkoop of export van broedeieren, die vanwege de uitbraak van aviaire influenza niet konden worden verkocht of geëxporteerd. De Commissie constateerde dat de financiële maatregel valt onder de strekking van art. 87 lid 1 EG, aangezien zij economisch voordeel oplevert dat de desbetreffende boeren bij de normale uitoefening van hun bedrijf niet zouden hebben ontvangen, waardoor hun concurrentiepositie verbetert ten opzichte van andere ondernemers die niet eenzelfde soort steun ontvangen. Aangezien deze ondernemers actief zijn in een zeer competitieve internationale markt, beïnvloedt de maatregel volgens de Commissie de handel tussen lidstaten (§ 24).
- 34 De schadevergoeding voor onrechtmatige overheidsdaad laten wij buiten beschouwing. Daarvoor geldt het in § 4 te vermelden uitgangspunt dat dergelijke vergoedingen geen verboden staatssteun opleveren, conform de regels van het *Asteris*-arrest.
- 35 W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema, 'Voor hetzelfde geld. Over de kwalificatie van publiekrechtelijke financiële verstrekkingen en hun wettelijk kader', *Nederland Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2006, p. 101-116.
- 36 Beschikking van 16 juni 2004, C(2004)2026fin, inzake steunmaatregel N 304/2003 (*Akzo Nobel*).
- 37 Beschikking van 10 oktober 2001, C(2001) 3107, inzake steunmaatregel N 501/2001 (*Investerings- en vestigingssteun in de landbouw*).
- 38 Beschikking van 13 februari 1996, Pb L 034, p. 38-41 (*Langdurige staking Frankrijk*).
- 39 Vgl. P.H.L.M. Kuypers, 'Ieder voordeel heb z'n nadeel. Soms dient de ontvanger een vergoeding voor aanvaarding kritisch te bekijken'. In: B.P.M. van Ravels en M.A. van Voorst van Beest (red.), *Natuurlijk van belang*, Deventer: Kluwer 2003, p. 149 e.v. Hij wijst op HvJ EG 26 september 1996, zaak C-214/94 (*Frankrijk/Commissie*) en GvEA 27 januari 1998, zaak T-67/94 (*Ladbroke Racing/Commissie*).
- 40 Waarbij zij regelmatig van mening verschilt met de aanmeldende lidstaat; zie bijv. Beschikking van 3 april 2002, Pb 2002, L 194/37 (*Italiaanse olijventeelbedrijven*) en Beschikking van 7 mei 2004, Pb 2006, L 257/1 (*Stakingen wegvervoer Sicilië*).
- 41 Het meest bekende voorbeeld biedt de steun naar aanleiding van de uitbraak van BSE begin 2001. Hoewel dierziekten normaliter niet als natuurramp of buitengewone gebeurtenis worden aangemerkt, vond de Commissie dat vergoedingen van schade als gevolg van deze uitbraak wel onder art. 87 lid 2 sub b EG konden worden beoordeeld aangezien de verliezen werden veroorzaakt door een uitzonderlijke en zeldzame samenloop van omstandigheden, waaronder de algemene sluiting van de exportmarkten voor uit de Gemeenschap afkomstig vlees en de mate waarin Europese consumenten dit vlees niet meer wensten te eten (zie o.m. Beschikking van 12 maart 2002, C(2002)906fin inzake steunmaatregel N 273/2001 (*Nordrhein-Westfalen*)).
- 42 Zie Beschikking van 7 mei 2004, Pb 2005, L 110, p. 48-55 (*Spaanse olijvenbedrijven*) en Beschikking van 20 september 2000, Pb 2001, L35/39 (*Steun n.a.v. natuurrampen Italië*; § 31). Zie ook Beschikking van 13 juni 2000, Pb 2000, L 263/17 (*Vervoer Iers vee*) alsmede HvJ EG 29 april 2004, C-278/00 (*Griekenland/ Commissie*; § 81).

In meerdere beschikkingen heeft de Commissie benadrukt dat art. 87 lid 2 sub b EG strikt moet worden geïnterpreteerd.⁴³ De Commissie toetst de 'buitengewoonheid' van de gebeurtenis per geval en kijkt daarbij naar de aard en omvang van de gebeurtenis.⁴³ Over de aard van de gebeurtenis valt op te merken dat het moet gaan om een onvoorspelbare en dus onvoorzienbare gebeurtenis.⁴⁴ Op voorzienbare gebeurtenissen kan een onderneming zich immers voorbereiden, zodat zij schadebeperkende maatregelen – zoals het afsluiten van een verzekering – kan nemen. Een staking op de Italiaanse wegen werd om die reden niet als buitengewone gebeurtenis aangemerkt; stakingen komen frequent voor.⁴⁵ Is een gebeurtenis eenmaal als buitengewoon of als natuurramp aangemerkt, dan is het niet zo dat een steunmaatregel die voorziet in de schade die daaruit voortvloeit per definitie is toegestaan. Uit de beschikkingenpraktijk blijkt dat de Commissie binnen de genoemde beoordelingsvrijheid ook beoordeelt of de daarvoor verstrekte schadevergoeding met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is. Daarvoor gebruikt zij geen herkenbaar, duidelijk gestructureerd beoordelingskader.⁴⁶ Een eerste bestudering van de commissiebeschikkingen leert echter dat daarin een aantal criteria vaak terugkeren.

• *Rechtstreeks causaal verband*

Een eerste 'verenigbaarheids criterium' dat in veel beschikkingen wordt genoemd houdt in dat er slechts een vergoeding mag worden gegeven voor de schade die rechtstreeks is veroorzaakt door de gebeurtenis.⁴⁷ De terminologie is niet helemaal vast. Gesproken wordt van een 'rechtstreeks' en een 'noodzakelijk en uitsluitend causaal verband',⁴⁸ een 'duidelijk en rechtstreeks verband'⁴⁹ of een 'rechtstreeks oorzakelijk verband'.⁵⁰ Deze formuleringen

- 43 Zie bijv. Beschikking van 9 februari 2000, SG(2000) D 101388, inzake steunmaatregel N 770/99 (*Belgische dioxine-crisis*).
- 44 Beschikking van 3 april 2002, Pb 2002, L 194, p. 37-44 (*Italiaanse olijventeelbedrijven*; § 36) alsmede Beschikking van 7 mei 2004, Pb 2006, L 257, p. 1-10 (*Stakingen wegvervoer Sicilië*; § 54).
- 45 Beschikking van 7 mei 2004, Pb 2006, L 257, p. 1-10 (*Stakingen wegvervoer Sicilië*; § 56: 'Stakingen kunnen frequent voorkomen, en, als ze vooraf zijn aangekondigd, kunnen van tevoren de juiste voorzorgsmaatregelen worden getroffen'). Zie nog anders: Beschikking van 26 juli 1995, Pb 1996, L 034, p. 38-41 (sub IV).
- 46 Zie echter voor een globale schets van het gehanteerde beleid gegeven door de Commissie zelf de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector (Pb 2006, C 319/1), p. 18.
- 47 HvJ EG 23 februari 2006, zaak C-346/03 en C-529/03 (*Giuseppe Atzeni e.a. t. Regione autonoma della Sardegna*; § 79) en HvJ EG 11 november 2004, zaak C-73/03 (*Spanje t. Commissie*; § 37 e.v.).
- 48 Beschikking van 7 mei 2004, Pb 2006, L 257, p. 1-10 (*Stakingen wegvervoer Sicilië*; § 61).
- 49 Beschikking van 20 oktober 2004, Pb 2005, L 100/46 (*Natuurrampen Italië 2002*; § 45 e.v.).
- 50 Beschikking van 25 mei 2000, SG (2000), D/103852, inzake steunmaatregel N 83/2000 (*Belgische dioxinecrisis III*).

maken duidelijk dat de Commissie strenge eisen stelt aan het causaal verband tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en de steunmaatregel.

De Commissie stelt strenge eisen aan het causaal verband tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en de steunmaatregel

Onder meer aan de hand van de groep van begunstigden van de steun kan worden bepaald of de steunmaatregel alleen beoogt te voorzien in de schade veroorzaakt door de buitengewone gebeurtenis. Immers, indien ook steun wordt gegeven aan ondernemingen die door de buitengewone gebeurtenis of de natuurramp niet getroffen werden, is dat een indicatie dat de steun niet uitsluitend

wil voorzien in de schade die door de buitengewone gebeurtenis is ontstaan.⁵¹ Uit de beschikkingen van de Commissie valt te concluderen dat de steun specifiek dient te voorzien in de door de buitengewone gebeurtenis of de natuurramp ontstane schade. Daarmee zijn steunmaatregelen die een grote diversiteit in de toepassingspraktijk laten zien, niet verenigbaar. Dat laatste valt af te leiden uit een zaak rond een Griekse steunwet die voorzag in de vereffening van schulden die landbouwcoöperaties waren aangegaan bij de Griekse Landbouwbank NV. Volgens de Griekse staat had de wet in elk geval ten aanzien van één coöperatie tot doel de bedragen die deze coöperatie naar aanleiding van de kernramp in Tsjernobyl had betaald, te vergoeden. In navolging van de Commissie merkte het Hof op dat de wet het mogelijk maakte om allerhande door landbouwcoöperaties aangegane schulden te vereffenen, op voorwaarde dat deze schulden voor sociale doelstellingen waren aangegaan. Voorts bleek dat de wet op zeer uiteenlopende situaties werd toegepast. Een bepaling met een dergelijke zeer ruime draagwijdte kon volgens het Hof niet worden aangemerkt als een steunregeling tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen.⁵²

Het is aan de lidstaat om het vereiste causaal verband aan te tonen. Zij zal materiaal moeten overleggen waaruit blijkt hoe tot de hoogte van de steunmaatregel is gekomen; het steunbedrag moet daadwerkelijk overeenstemmen met de feitelijke schade die door de buitengewone gebeurtenis is ontstaan.⁵³ Derhalve had de Commissie haar bedenkingen bij een steunmechanisme dat geen verband hield met de feitelijk geleden schade, maar afhankelijk was gesteld van het volume van de investeringen die in een bepaalde periode werden gedaan, het volume van de investeringen in de voorgaande jaren en het bestaan van een belastbaar inkomen. Zelfs al had de begunstigde schade geleden die was veroorzaakt

door de natuurrampen in kwestie, door dit steunmechanisme kon niet worden uitgesloten dat het steunbedrag de hoogte van het schadebedrag zou overschrijden.⁵⁴ De eis van een rechtstreeks causaal verband heeft dus ook een verband met de objectieve wijze van schadeberekening, een eis die we hierna zullen bespreken.

De eis van causaal verband brengt voorts met zich dat de steunmaatregel binnen drie jaar na het optreden van de buitengewone gebeurtenis moet worden aangemeld en binnen vier jaar moet zijn uitbetaald, behoudens specifieke rechtvaardigingsgronden die bijvoorbeeld de aard en de omvang van de gebeurtenis of het pas later of nog steeds optreden van de schade betreffen. Wordt de steun buiten die termijnen gemeld of betaald, dan is de Commissie van oordeel dat er een reëel gevaar is dat de betaling van die steun dezelfde economische gevolgen zal hebben als steun voor de bedrijfsvoering en dus de mededinging zal vervalsen.⁵⁵

• *Geen cumulatie van financiële middelen ter dekking van dezelfde schade*

Een tweede factor waaraan bij de toetsing aan art. 87 lid 2 EG veel gewicht wordt gehecht, is het gevaar van cumulatie. De prominente rol die cumulatie speelt bij de beoordeling van de geoorloofdheid van een steunmaatregel, blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat het Hof in meerdere uitspraken heeft overwogen dat niet het feit dat de steun gering is, bepalend is voor de beoordeling van het effect van de steunmaatregel, maar andere elementen, 'met name het cumulatieve karakter van de steun en de omstandigheid dat de begunstigde ondernemingen werkzaam zijn in een sector met een bijzonder intense mededinging'.⁵⁶ Cumulatie van staatssteun is dan ook beslist niet alleen bij steunmaatregelen die vallen binnen het bereik van art. 87 lid 2 sub b EG een belangrijk criterium, maar bij de beoordeling van alle steunmaatregelen.⁵⁷

Cumulatie vindt plaats indien op dezelfde kosten meer dan één steunmaatregel wordt toegepast.⁵⁸ Bij steun naar aanleiding van een natuurramp of een buitengewone gebeurtenis zal daarvan op verschillende manieren sprake kunnen zijn. Het kan zijn dat de getroffen voor het schadeveroorzakende feit reeds inkomsten ontvangt uit andere, al goedgekeurde steunmaatregelen⁵⁹ of uit sociale uitkeringen of verzekeringspolissen.⁶⁰ Ter voorkoming van overcompensatie moeten al deze vorderingen in verband met de schade op het steunbedrag in mindering worden gebracht.⁶¹ Dit gebeurde bijvoorbeeld bij de tegemoetkomingen voor 529 ondernemers die ernstig waren gedupeerd door de vuurwerkramp in Enschede. Daarbij werd alleen dat deel van de schade vergoed dat niet door een verzekering werd gedekt en waarvoor geen tegemoetkoming uit andere bronnen werd ontvangen.⁶² Het is niet uitgesloten dat in dat verband ook rekening moet worden gehouden met de vergoedingen die op nationaal niveau (kunnen) worden verkregen uit acties uit

- 51 Beschikking van 3 april 2002, *Pb* 2002, L 194/37 (*Italiaanse olijventeeltbedrijven*; § 43-47; het stond niet vast dat alle olijventeeltbedrijven schade hadden geleden door de beweerdelijk 'buitengewone' gebeurtenissen, zodat de Commissie niet inzag waarom de steunmaatregel ook op niet-getroffen regio's werd toegepast); vgl. Beschikking van 20 oktober 2004, *Pb* 2005, L 100/46 (*Natuurrampen Italië* 2002; § 19).
- 52 HvJ EG 29 april 2004, C-278/00 (*Griekenland t. Commissie*; § 85). Zie ook de conclusie van A-G Geelhoed van 25 september 2003 in dezelfde zaak (§ 57).
- 53 HvJ EG 29 april 2004, C-278/00 (*Griekenland t. Commissie*; § 89).
- 54 Beschikking van 20 oktober 2004, *Pb* 2005, L 100/46 (*Natuurrampen Italië* 2002; § 48).
- 55 Beschikking van 1 maart 2000, *Pb* 2002, L 159/1 (*Schulden Griekse landbouwcoöperaties*; § 142), Beschikking van 25 juli 1990, *Pb* 1991, L 86, p. 23-27 (*Steunregeling Mezzogiorno*; sub IV) en Beschikking van 20 september 2000, *Pb* 2001, L35/39 (*Steun n.a.v. natuurrampen Italië*; § 35 e.v.). Zie ook de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector (*Pb* 2006, C 319/1), p. 18.
- 56 HvJ EG 29 april 2004, C-278/00 (§ 70) en HvJ EG 19 september 2002, C-113/00 (§ 30).
- 57 Sommige Europese verordeningen bevatten zelfs een aparte regeling voor cumulatie; zie bijv. art. 8 van Verordening 2204/2002 (betreffende de toepassing van art. 87 en 88 EG op werkgelegenheidssteun). Zie over de cumulatie van verschillende soorten steun verder Hessel en Neven 2001, p. 159 e.v.
- 58 *Europese regelgeving over staatssteun. Informatiewijzer voor de decentrale overheid*. Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2004, p. 20.
- 59 Beschikking van 9 februari 2000, SG(2000), D 101388, inzake steunmaatregel N 770/99 (*Belgische dioxinecrisis*), p. 11.
- 60 Zie de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector § 123. Volgens de Commissie is het gevaar voor cumulatie met name in de landbouw groot, nu begunstigde landbouwers steeds vaker uit verschillende bronnen steun ontvangen (Verordening 1857/2006, L358/6).
- 61 Zie bijv. Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2006, L 257, p. 1-10 (*Stakingen wegvervoer Sicilië*; § 50).
- 62 Beschikking van 6 juni 2002, C (2002) 1674, inzake steunmaatregel N 217/2002 (*Vuurwerkramp Enschede*).
- 63 Zoals bekend is een vergelijkbare vordering tot op heden afgevoerd: Rb. Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004, 69 (m.nt. C.L.F.G.H.A.).
- 64 Dit geldt ook indien een mogelijke aansprakelijkheid niet op het publiekrecht, maar op het privaatrecht wordt gebaseerd. Zie Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2006, L 25, p. 1-10: de bedrijven die handelden in landbouwproducten moesten verklaren dat zij geen gerechtelijke stappen tegen de stakende wegvervoerders zouden ondernemen, om dubbele vergoeding als gevolg van de betaling van eventuele boetes of contractuele schadevergoedingen door de stakende wegvervoerders te voorkomen.
- 65 Beschikking van 20 oktober 2004, *Pb* 2005, L 100/46 (*Natuurrampen Italië* 2002; § 45, met verwijzingen); Beschikking 9 juli 2003, *Pb* 2004, L 31, p. 1-20 (*Natuurrampen Italië tot 1999*; § 64-65) en Beschikking van 14 juli 2004, *Pb* 2005, L 74/49 (*Erika*; §75). Zie ook de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector (*Pb* 2006, C 319/1), § 123.
- 66 Beschikking van 20 oktober 2004, *Pb* 2005, L 100/46 (*Natuurrampen Italië* 2002; § 46).
- 67 Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2006, L 257, p. 1-10 (*Stakingen wegvervoer Sicilië*; § 28 sub b en 63). Onduidelijk bleven aard en het doel van de onderzoeken, wanneer en hoe die onderzoeken tot stand kwamen en voor welke soort producten de onderzoeken zouden worden gebruikt bij de raming van de schade.
- 68 Beschikking van 6 juni 2002, C (2002) 1674, inzake steunmaatregel N 217/2002 (*Vuurwerkramp Enschede*). Vgl. Beschikking van 14 juli 2004, *Pb* 2005, L 74/49 (*Erika*); er was een adequate procedure ingesteld om overcompensatie te

rechtmatige of onrechtmatige overheidsdaad. Wanneer de Staat in de zaak Enschede aansprakelijk zou zijn gehouden voor falend toezicht en daarbij ook een vordering betreffende de inkomensschade van de desbetreffende ondernemers zou zijn toegevoegd,⁶³ en voor diezelfde schade vanuit een 'steunmotief' eerder een tegemoetkoming zou zijn gegeven, dan zou het gevaar voor cumulatie reëel zijn geweest.⁶⁴ De lidstaat zal in de steunmaatregel in elk geval duidelijk dienen te maken op welke wijze het gevaar van cumulatie wordt voorkomen. Dat cumulatie niet is *uitgesloten*, kan al betekenen dat niet direct goedkeuring aan de steunmaatregel wordt gegeven, maar een beschikking tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure (ex art. 88 EG, tweede lid) wordt gegeven.

• Objectieve wijze van schadeberekening

De lidstaat zal verder moeten aantonen dat de schade waarin de steunmaatregel wil voorzien, op objectieve wijze is berekend. Dit betekent vooral dat de Commissie twijfels zal hebben bij regelingen waarin de schade niet op het individuele geval van het bedrijf wordt bepaald, maar op macro-economisch niveau is vastgesteld of op basis van een voor meerdere bedrijven geldend gemiddelde.⁶⁵ Dit geldt zowel voor rechtstreekse als onrechtstreekse schade (denk bij dat laatste aan het geval dat een overstroming ook zorgt voor productievertragingen ten gevolge van stroomstoringen, leveringsproblemen door geblokkeerde wegen, etc.).⁶⁶ Een voorbeeld waarbij de 'parameters' aan de hand waarvan de schade werd vastgesteld, onvoldoende objectief waren, biedt een Italiaanse zaak waarin het ging om een tegemoetkoming voor schade veroorzaakt door wegstakingen in Sicilië. Naast de twijfel die de Commissie

had over de vraag of deze stakingen een 'buitengewone gebeurtenis' opleverden, was zij ook niet tevreden over de wijze waarop de schade zou worden berekend, ook al zouden deskundigen ('door erkende landbouwdeskundigen (agronomen)') deze berekeningen uitvoeren.⁶⁷ Hoewel dit in de praktijk van de Commissie niet als een strikte eis naar voren komt, kan een vaststelling van de schade door onafhankelijke experts bijdragen aan de vereiste objectiviteit.⁶⁸

Hoewel dit in de praktijk van de Commissie niet als een strikte eis naar voren komt, kan een vaststelling van de schade door onafhankelijke experts bijdragen aan de vereiste objectiviteit

voorkomen, namelijk het oprichten van compensatiediensten die dossiers per geval konden onderzoeken; § 61).

De algemene indruk is dat de Commissie kritisch bekijkt of de wijze van schadeberekening voldoende objectief is. Dat neemt niet weg dat sommige beschikkingen getuigen van een wat soepeler benadering. Zo vinden we een redelijk coulante opstelling in de beschikking over compensatiesteun in verband met de olieverontreiniging als gevolg van de schipbreuk van de Erika in 1999. De naar aanleiding daarvan toegekende steun aan viskwekers was niet, zoals normaal gesproken wordt verlangd, per bedrijf toegekend, zodat niet kon worden nagegaan of de schade die aan de getroffen bedrijven werd vergoed ook in alle gevallen echt was geleden. In plaats daarvan werd een methode toegepast die gold voor alle producenten voor het betrokken gebied. Toch accepteerde de Commissie die methode, omdat zij wellicht werd gebruikt ter vergemakkelijking van het administratieve beheer, gelet op de omvang van het gebied waarvoor deze gebeurtenissen gevolgen hadden gehad en op het aanzienlijke aantal getroffen bedrijven.⁶⁹

• *Geen vergoeding van normale ondernemersrisico's*
Wanneer schade wordt veroorzaakt door een natuurramp of een buitengewone gebeurtenis, dan staat de Commissie toe dat steun wordt verleend tot 100% als vergoeding voor materiële schade.⁷⁰ Het hanteren van de drempel van een 'normaal ondernemersrisico' lijkt daarmee op het eerste gezicht niet verenigbaar. Uit de beschikkingen van de Commissie valt echter op te maken dat het normale ondernemersrisico bij de beoordeling van staatssteun aan de hand van art. 87 lid 2 sub b EG niet als drempel fungeert, maar als maatstaf om 'echte' buitengewone gebeurtenissen en 'echte' natuurrampen te onderscheiden van risico's die inherent zijn aan het drijven van een onderneming en die dus niet als schadeveroorzakende gebeurtenis zoals genoemd in art. 87 lid 2 sub b EG kwalificeren. Wanneer de lidstaat in een steunmaatregel wel een schadedrempel hanteert kan dit voor de Commissie evenwel aanleiding vormen om steun die naar aanleiding van een natuurramp of een buitengewone gebeurtenis wordt toegekend, eerder goed te keuren. Het in rekening brengen van een bepaalde aftrek biedt immers een duidelijke indicatie dat geen overcompensatie plaatsvindt. Zo meende de Commissie in de zaak over de vuurwerkramp in Enschede dat de aftrek voor eigen risico van 10% voor materiële schade en 30% voor bedrijfschade een voldoende garantie bood dat overcompensatie was uitgesloten.⁷¹ Bij de bepaling van de grenzen van het normale risico hanteert de Commissie criteria die lijken op de criteria die in onze rechtsorde gebruikelijk zijn.⁷² Zo behoort weinig omvangrijke schade in elk geval tot de normale ondernemersrisico's. Dat blijkt uit de eerder genoemde beschikking naar aanleiding van de olieramp met de Erika. Frankrijk gaf niet alleen een tegemoetkoming aan direct getroffen viskwekers en vissers, maar ook een verlichting van de sociale lasten en de vrijstelling van 'domaniale' heffingen

voor alle viskwekers van continentaal Frankrijk en de overzeese departementen, dit in verband met het slechte imago van de gekweekte schelpdieren na de schipbreuk van de Erika. Volgens een becijfering van de Franse overheid zorgde die schade voor een omzetverlies van 2,7%. Dit omzetverlies werd door de Commissie als weinig omvangrijk beschouwd. Die kosten moeten bedrijven in het kader van hun normale bedrijfsvoering zelf dragen omdat elke economische activiteit is blootgesteld aan een aantal grote of minder grote risico's (schommelingen in de prijzen van de productiefactoren, schommeling in de verkoopprijs van de productie, eventuele verhoging van bepaalde lasten) als gevolg van de meest uiteenlopende onverwachte gebeurtenissen.⁷³ Hieruit blijkt tevens dat de Commissie er niet voor schroomt om de beweerdelijke 'abnormaalheid' van de schade in kwestie kritisch te beoordelen – een oordeel waarin zij dan ook, en niet de lidstaat, het laatste woord heeft.

• *Overcompensatie als apart criterium?*

In zeer veel beschikkingen blijkt de Commissie primair te toetsen aan de hand van de vraag of met de schadevergoeding die de meldende lidstaat onder art. 87 lid 2 sub b EG gekwalificeerd wil zien, geen overcompensatie plaatsvindt. Wij menen dat dit geen zelfstandig criterium is bij de toetsing van de geoorloofdheid van steunmaatregelen in het kader van art. 87 lid 2 sub b EG. Wordt in weerwil van de bovenstaande criteria toch steun toegezegd aan ondernemingen, dan zal dit in beginsel tot overcompensatie leiden. Het verbod van overcompensatie vormt dan ook veelal een onderdeel van de hierboven behandelde criteria. Zo kan een onvoldoende rechtstreeks causaal verband tussen de steun en de buitengewone gebeurtenis betekenen dat er een

gevaar bestaat van overcompensatie.⁷⁴ Ook een onvoldoende objectieve vaststelling van het schadebedrag is door de Commissie in verband gebracht met het gevaar voor overcompensatie.⁷⁵ Het zou dan ook een misverstand zijn om te menen dat het verbod op overcompensatie slechts betekent dat nooit meer mag worden vergoed dan de geleden schade. Ook indien steun wordt gegeven voor normale bedrijfsrisico's, niet-rechtstreekse schade of

op onvoldoende objectieve wijze vastgestelde schade, kan er gevaar zijn voor overcompensatie.

Het zou een misverstand zijn om te menen dat het verbod op overcompensatie slechts betekent dat nooit meer mag worden vergoed dan de geleden schade

3.3 Tegemoetkomingen die vallen onder de reikwijdte van art. 87 lid 3 sub c EG

Als een Nederlands bestuursorgaan een tegemoetkoming aan een onderneming wil verstrekken voor schade die niet (direct) samenhangt met een overheidsdaad en deze vergoeding niet valt onder de reikwijdte van art. 87 lid 2 sub b EG omdat de schadeveroorzakende gebeurtenis niet kan worden gekwalificeerd als een natuurramp of een buitengewone gebeurtenis, betekent dat niet automatisch dat deze tegemoetkoming in strijd komt met het staatssteunrecht.⁷⁶ Veelal gaat de Commissie ambtshalve,

- 69 Beschikking van 14 juli 2004, *Pb* 2005, L 74/49 (*Erika*; § 75). Zie voor een ander voorbeeld van een wat coulantere opstelling Beschikking van 9 juli 2003, *Pb* 2004, L 31, p. 1-20 (*Natuurrampen Italië tot 1999*; § 64-65).
- 70 Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw en de bosbouwsector (*Pb* 2006, C 319/1), p. 18.
- 71 Beschikking van 6 juni 2002, C (2002) 1674, inzake steunmaatregel N 217/2002 (*Vuurwerkcramp Enschede*).
- 72 Zie voor recente overzichten van de in Nederland gehanteerde criteria T. Barkhuysen & M.K.G. Tjepkema, 'Aansprakelijkheid uit "rechtmatige" overheidsdaad: het samenspel tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht', *RMThemis* 2006, p. 179-201 alsmede B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid* (rede RU), Deventer: Kluwer 2005.
- 73 Beschikking van 14 juli 2004, *Pb* 2005, L 74/49 (§ 71-72).
- 74 Zie bijv. Beschikking van 14 juli 2004, *Pb* 2005, L 74/49: omdat Frankrijk onvoldoende gegevens verstrekke over het verband tussen het bedrag van de economische schade die alle schelpdierproducten door de olieramp met de Erika zouden hebben geleden en het bedrag van de vrijstelling van de sociale lasten voor de betrokken periode, is de Commissie niet in staat om na te gaan of deze vrijstellingsmaatregel in overeenstemming was met de waarde van de geleden schade en of er geen overcompensatie is geweest (§ 35).
- 75 Beschikking van 9 juli 2003, *Pb* 2004, L 31, p. 1-20 (*Natuurrampen Italië tot 1999*): omdat het verlies niet werd berekend op het niveau van het individuele bedrijf, zou een onnauwkeurig beeld kunnen ontstaan van de door de individuele bedrijven geleden schade, met het daaruit voortvloeiende gevaar voor overcompensatie (§ 65).
- 76 Daarbij moet worden opgemerkt dat voor zover de tegemoetkoming de grenzen van de 'de minimis'-verordening niet overschrijdt, er sowieso geen sprake is van staatssteun. Ook op dit vlak zijn weer specifieke regelingen vastgesteld. Zie de Verordening 1860/2004 betreffende de toepassing van de art. 87 en 88 van het EG op de 'de minimis'-steun in de landbouwsector en de visserijsector.
- 77 Zie bijv. Beschikking van 20 oktober 2004, *Pb* 2005, L 100/46: ten aanzien van de steunregeling die Italië had toegepast ten gunste van ondernemingen die in de door natuurrampen in 2002 getroffen gemeenten investeringen hadden gedaan, voerde Italië aan dat deze regeling slechts beoogde steun te verlenen voor schade die door natuurrampen of andere uitzonderlijke omstandigheden ontstaan was. Toch toetste de Commissie ook nog aan de andere uitzonderingen (§ 39-41). Vgl. voorts Beschikking van 13 juni 2000, *Pb* 2000, L 263, p. 17 e.v. (*Vervoer Iers vee*, § 102-104 (zonder beroep op uitzondering van art. 87 lid 3 sub c EG wordt daaraan toch getoetst)) en Beschikking van 9 juli 2003, *Pb* 2004, L 31, p. 1-20 (*Natuurrampen Italië*, § 50-54).
- 78 *Pb* 2006, C 319/1 resp. *Pb* 2006, L 358, p. 3-21.
- 79 Art. 10 en 11 van de KMO-Verordening. Zie ook de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw en de bosbouwsector, § 124 e.v.

duis ook zonder dat daarom wordt verzocht, na of de steunmaatregel wellicht onder een andere uitzondering verenigbaar kan worden verklaard met de gemeenschappelijke markt.⁷⁷ Voor tegemoetkomingen is in zo'n geval vooral de uitzondering van art. 87 lid 3 sub c EG van belang. Daarin is (onder meer) bepaald dat steun om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, niet is verboden, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad. De Commissie beschikt bij de beoordeling daarvan over beleidsvrijheid, die zij, zoals gesteld, veelal met behulp van specifieke kaderregelingen en richtsnoeren invult.

Omdat de vraag of een bepaalde tegemoetkoming door de Commissie zal worden goedgekeurd, bij art. 87 lid 3 sub c EG sterk afhankelijk is van het voor de betreffende tegemoetkoming geldende beleid, moeten daartoe primair de richtsnoeren worden geraadpleegd. Het is niet mogelijk om al het door de Commissie geformuleerde beleid dat van belang kan zijn bij de beoordeling van Nederlandse tegemoetkomingen te bespreken; daarvoor is dat beleid veel te omvangrijk. Ter illustratie willen wij slechts kort het beleid van de Commissie noemen ten aanzien van tegemoetkomingen aan landbouwers voor schade als gevolg van ongunstige weersomstandigheden, omdat dergelijke tegemoetkomingen in Nederland regelmatig worden verstrekt en in (nationale) gerechtelijke procedures daarover het staatssteunrecht al verschillende malen een rol heeft gespeeld. De Commissie kwalificeert ongunstige weersomstandigheden die kunnen leiden tot schade bij landbouwers, zoals vorst, regen, droogte en hagel, doorgaans niet als natuurramp. Echter, dergelijke gebeurtenissen kunnen zoveel schade aan de landbouwproductie of de productiemiddelen toebrengen dat zij met natuurrampen mogen worden gelijkgesteld en verenigbaar moeten worden geacht met de gemeenschappelijke markt op grond van art. 87 lid 3 sub c EG, aldus de Commissie. Onder welke voorwaarden steunmaatregelen voor slechte weersomstandigheden worden toegestaan kan worden afgeleid uit de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector en Verordening (EG) 1857/2006 van de Commissie betreffende de toepassing van de art. 87 en 88 van het Verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen die landbouwproducten produceren ('KMO'-verordening).⁷⁸ Uit deze regelingen blijkt dat de criteria die de Commissie hanteert in het kader van art. 87 lid 2 EG (zoals hierboven weergegeven), ook van belang zijn bij beoordelingen in het kader van art. 87 lid 3 EG. Zo zijn in de KMO-verordening uitgewerkte eisen opgenomen met betrekking tot de toegestane steunintensiteit, de wijze van schadeberekening en het voorkómen van cumulatie.⁷⁹ Maar ook zijn in deze documenten andere, nogal specifieke criteria opgenomen. Zo mag vanaf

2011 alleen nog steun voor door droogte veroorzaakte verliezen worden verstrekt wanneer in de desbetreffende lidstaat art. 9 van de Richtlijn 2000/60/EG is geïmplementeerd en de lidstaat erop toe ziet dat de getroffen sector een passende bijdrage levert voor geleverde waterdiensten. Het beleid is er voorts op gericht om landbouwers aan te moedigen verzekeringen af te sluiten tegen weerschade, wat ertoe moet leiden dat vanaf 1 januari 2010 de omvang van vergoedingen daarvoor in beginsel met 50% worden verminderd.⁸⁰

4 Wanneer valt nadeelcompensatie onder de reikwijdte van het staatssteunverbod?

4.1 *Uitgangspunt: verplichte schadevergoeding voor overheidshandelingen is geen verboden staatssteun*

Rechtmatige overheidshandelingen die schade veroorzaken komen in alle geledingen van de markt en op talloze beleidsterreinen voor. In verschillende beschikkingen van de Commissie komen compensaties naar aanleiding van dergelijke handelingen aan de orde, die naar ons nationale recht als ‘nadeelcompensatie’ kunnen worden gekwalificeerd. Een voorbeeld biedt de compensatie die de gemeente Enkhuizen verstrekte aan een zeilvereniging, toen door de aanleg van een nieuwe haven voor kleine en grote pleziervaartuigen de bestaande toegang tot de jachthaven van de zeilvereniging werd gesloten. Als compensatie voor de sluiting baggerde de gemeente een deel van het water vlakbij de bestaande haven uit, om de vereniging in staat te stellen later op eigen kosten 105 ligplaatsen aan te leggen. Ook kreeg de vereniging de gelegenheid het uitgebaggerde gebied van de gemeente te kopen voor dezelfde prijs per vierkante meter als de gemeente eerder voor dit gebied aan de nationale overheid had betaald. Concurrerende jachthavens dienden bij de Commissie een klacht in omdat deze compensatie de concurrentie zou vervalsen.⁸¹ Een ander voorbeeld is te vinden in een beschikking over de Spaanse olijvenhandel. Op 3 juli 2001 besloot de Spaanse regering dat alle partijen olie uit afvallen van olijven die op dat moment op de Spaanse markt aanwezig waren, van de markt moesten worden gehaald. Dit was nodig om de belangen van de consument te behartigen, nu kwaliteitscontroles aan het licht hadden gebracht dat de olie uit afvallen van olijven een voor de consument gevaarlijke stof bevatte. Op 25 juli 2001 trad een besluit in werking dat mede tot doel had het gebruik van deze stof te beperken en dat een kostbare aanpassing van de productieprocessen van de betrokken ondernemingen vergde. Deze aanpassingskosten werden, onder meer door de toekenning van leningen met rentesubsidie, door de Spaanse staat gedragen.⁸² Naast deze uit de beschikingspraktijk afkomstige voorbeelden, zijn soms ook

in de richtsnoeren van de Commissie aanknopingspunten voor de nationale jurist te vinden. Zo kan compensatie worden toegekend indien een lidstaat besluit nationale milieunormen vast te stellen die strenger zijn dan de communautaire normen en waarmee dus een hoger beschermingsniveau dan vanuit Europees perspectief vereist is wordt vastgesteld. Als dit tot wijziging van een milieuvergunning leidt, is goed denkbaar dat de nationale autoriteiten een nadeelcompensatie in het vooruitzicht stellen. Deze steun voor mogelijke extra investeringskosten zal dan moeten worden getoetst aan de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu.⁸³

Wanneer nadeelcompensatie in strijd is met art. 87 EG, valt niet gemakkelijk in het algemeen te zeggen. Vaststaat wel dat schadevergoedingen, voor zover deze hun basis vinden in een rechtsplicht van de overheid, in beginsel geen verboden staatssteun zullen opleveren. Dat blijkt uit de *Asteris*-uitspraak van het Hof van Justitie. Een Griekse rechter had in die zaak de prejudiciële vraag gesteld of vergoedingen aan nationale ondernemingen, tot betaling waarvan de Griekse staat zou kunnen worden veroordeeld ter compensatie van uit een technische fout in de gemeenschapsregeling voortvloeiende schade, mogelijk als steunmaatregel zou kunnen worden aangemerkt. Het Hof antwoordde dat

‘steunmaatregelen als maatregelen van de overheid ter begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producten juridisch een fundamenteel ander karakter hebben dan vergoedingen die de nationale autoriteiten op grond van een rechterlijke uitspraak eventueel aan particulieren moeten betalen ter zake van een schade die zij aan die particulieren hebben veroorzaakt.’⁸⁴

Hoewel de prejudiciële vraag van Griekenland feitelijk betrekking had op schadevergoeding naar aanleiding van *onrechtmatig* overheidshandelen, lijkt het antwoord van het Hof betrekking te hebben op *alle* uit een rechtsplicht voortvloeiende schadevergoedingen van overheidswege. In een commissiebeschikking van later datum inzake de verhuizing van een Nederlandse chloorfabriek liet de Commissie zich expliciet uit over de vraag of ook vergoedingen ter zake van een *rechtmatige* overheidsdaad verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt. De steunmaatregel in kwestie betrof een ‘subsidie’ – in de beschikking tevens als ‘schadevergoeding’ aangeduid – aan Akzo-Nobel in verband met de intrekking van een milieuvergunning voor een chloorfabriek (bijna 32 miljoen euro) en een subsidie van 30% voor de kosten van de verhuizing van een chloorwerkende fabriek van Hengelo naar Delfzijl (tussen de 22,5 en 32,5 miljoen euro). De Commissie achtte deze steunmaatregelen verenigbaar met de gemeenschappelijke markt:

'Een schadevergoeding brengt doorgaans geen selectief voordeel voor de betrokken onderneming met zich mee voor zover zij louter dient ter compensatie van schade ten gevolge van een overheidsingrijpen, waarbij de schadevergoeding het directe resultaat is van dit overheidsingrijpen en bepaald wordt op basis van een algemene schadevergoedingsregeling die rechtstreeks gebaseerd is op het door de rechter erkende grondwettelijke eigendomsrecht.'⁸⁵

Het *Asteris*-arrest en de *Akzo Nobel*-beschikking hanteren elk een wat andere invalshoek ter verklaring

- 80 Zie art. 11 lid 8 KMO-Verordening en § 125 sub e van de Communautaire richtsnoeren.
- 81 GvEA 27 september 2006, T-117/04. Het Gerecht verklaarde het beroep van de concurrenten tegen de commissiebeschikking (Beschikking 2004/114/EG), waarin de Commissie oordeelt dat de ter discussie staande maatregelen geen staatssteun vormen in de zin van art. 87 EG, uiteindelijk niet-ontvankelijk, onder meer omdat niet aan de hand van concrete omzetgegevens was aangetoond dat de maatregelen de positie van de jachthavens op de betrokken markt wezenlijk konden aantasten.
- 82 Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2005, L 110, p. 48-55. De steunmaatregel werd door de Commissie uiteindelijk als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt beoordeeld.
- 83 *Pb* 2001, C 37-03.
- 84 HvJ EG 27 september 1988, *AB* 1991, 314 (m.nt. BMJvdM en HJS) (*Asteris*).
- 85 Commissiebeschikking 16 juni 2004, C(2004) 2026fin, inzake steunmaatregel N304/2003 (*Akzo Nobel*). In gelijke zin Commissiebeschikking 20 december 2006, C (2006)6608 def, inzake steunmaatregel N 575/2005 (*Autodemontagebedrijf Steenberg*).
- 86 Conclusie van 5 juli 1988, gevoegde zaken 106-120/87, *Jurisprudentie* 1988, p. 05515.
- 87 Aldus ook Kuypers 2003, p. 155 (zie noot 39).
- 88 Zie ook Commissiebeschikking 20 januari 1999, *Pb* 1999, L 107/21: de Duitse 'Entschadigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz', die een regeling bevatte voor de aankoop van grond tegen verlaagde prijzen, leverde geen staatssteun op 'voorzover de maatregelen slechts een compensatie voor onteigening of voor een daarmee gelijk te stellen overheidsingrijpen vormen en de toegekende voordelen tegen de daardoor veroorzaakte vermogensschade opwegen of geringer dan die schade uitvallen.'
- 89 Zie ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 (m.nt. PvB) (*Van Vlodrop*); HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412 (m.nt. ThGD) (*Staat/Lavrijsen*). Een grondslag voor schadevergoeding bij 'rechtmatige' overheidsdaad kan in uitzonderlijke gevallen ook op art. 3:4, tweede lid, Awb worden gebaseerd. De aansprakelijkheid zit dan dicht tegen een onrechtmatige overheidsdaad aan. Zie verder de literatuurverwijzingen in de noot van B.P.M. van Ravels onder ABRvS 16 maart 2005, *AB* 2007, 11; wij laten deze grondslag hier verder rusten.
- 90 Beschikking van 8 december 1999, *Pb* 2000, L 144, p. 28-34 (*Verzamelcentra varkens*; § 35). Dat de Commissie in die beschikking de zaak uiteindelijk niet afdeed met een beroep op het *Asteris*-arrest, kan worden verklaard door het feit dat de Nederlandse autoriteiten niet erkenden dat het égalité-beginsel en het *Leffers*-arrest (HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638) op de onderhavige steunmaatregel (naar aanleiding van verscherpte hygiënemaatregelen voor verzamelcentra) van toepassing waren. Wel leken de Nederlandse autoriteiten, aldus de Commissie, 'onrechtstreeks' te erkennen dat er een wettelijke verplichting bestond om in overgangsmaatregelen of een compensatieregeling te voorzien.

van het feit dat verplichte schadevergoedingen in beginsel geen verboden staatssteun opleveren. Het *Asteris*-arrest legt de nadruk sterk op de op grond van een rechterlijke uitspraak bestaande plicht tot schadevergoeding. Dat is een beperktere benadering dan die uit de *Akzo Nobel*-beschikking, waarin aansluiting wordt gezocht bij 'een algemene schadevergoedingsregeling die rechtstreeks gebaseerd is op het door de rechter erkende grondwettelijke eigendomsrecht'. De vraag lijkt gerechtvaardigd hoe relevant het is dat de rechter vaststelt dat naar nationaal recht een plicht tot schadevergoeding bestaat. Zo is er door advocaat-generaal Slynn in diens conclusie bij het *Asteris*-arrest op gewezen dat denkbaar is dat een begunstigde onderneming tegen de Staat een schadevordering instelt naar aanleiding van een beslissing van de Commissie waarbij de Staat wordt gelast onwettige steun terug te vorderen.⁸⁶ Indien die vordering wordt toegewezen, zou de rechter daarmee in strijd met de staatssteunregels een schadevergoeding toekennen.⁸⁷ Het bestaan van een rechterlijke uitspraak waarin een schadevergoedingsplicht wordt uitgesproken, lijkt dus niet altijd een garantie dat deze vergoeding niet met de staatssteunregels in strijd komt. Bovendien lijkt het uitgangspunt dat een rechter de schadevergoedingsplicht moet hebben vastgesteld te kunnen leiden tot onnodige procedures.

De in de *Akzo Nobel*-beschikking opgenomen clausule dat het moet gaan om een aanspraak op schadevergoeding die rechtstreeks is gebaseerd op het grondwettelijke eigendomsrecht vinden wij duidelijker, hoewel ook die formulering tot uiteenlopende interpretaties aanleiding kan geven. Naar Nederlands recht vallen daaronder in elk geval de onteigening (art. 14, eerste lid Gw)⁸⁸ en de vernietiging, de onbruikbaarmaking en de beperking van eigendom (art. 14, derde lid Gw). Het recht op schadevergoeding bij de door het derde lid beschermde eigendomsinbreuken is veelal in bijzondere wetten uitgewerkt. Algemeen wordt aangenomen dat die bijzondere wetten veelal hun grondslag vinden in het égalité-beginsel, dat naar huidig recht zowel voor wettelijke als buitenwettelijke nadeelcompensatie de primaire grondslag voor nadeelcompensatie is en onder meer eist dat alleen schade wordt vergoed die boven het normaal maatschappelijk of bedrijfsrisico uitstijgt.⁸⁹ Voor zover het égalité-beginsel is uitgewerkt in zo'n bijzondere wet, of indien, bij gebrek aan een geschreven regeling, het ongeschreven égalité-beginsel in een concreet geval wordt toegepast, zal de compensatie in beginsel verenigbaar zijn met het staatssteunrecht. Op grond van het égalité-beginsel is de overheid immers rechtens verplicht om ondernemingen die te maken krijgen met een 'onevenredige' inbreuk op hun eigendomsrecht, nadeelcompensatie aan te bieden. Ook de Commissie lijkt te hebben aanvaard dat nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel verenigbaar is met het staatssteunrecht.⁹⁰ Dat ligt ook voor de hand in het licht van de jurisprudentie van het Hof van

Justitie van de EG inzake art. 288 EG, op grond waarvan de gemeenschap aansprakelijk kan zijn voor rechtmatige gemeenschapshandelingen. Daarbij laat het Hof zich – in de woorden van art. 288 EG – leiden door ‘de algemene beginselen welke de rechtstelsels der Lid-Staten gemeen hebben’. Uit de schaarse jurisprudentie die op dit punt voorhanden is, komt naar voren dat het Hof zich baseert op de criteria van het égalité-beginsel.⁹¹ Het zou vreemd zijn indien op grond van de égalité toegekende vergoedingen door de lidstaten dan toch in strijd met het staatssteunrecht zouden zijn. Als hoofdregel kan men daarom aanhouden dat verplichte schadevergoedingen verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt voor zover zij hun grondslag vinden in een algemene schadevergoedingsregeling of in een algemeen aanvaard, door de rechter erkend beginsel dat tot schadevergoeding verplicht. De schadevergoeding heeft in die gevallen een primair *compensatoire* doel, en daarmee, zoals het Hof in het *Asteris*-arrest heeft uitgemaakt, een ‘fundamenteel ander karakter’ dan steunmaatregelen die de gemeenschappelijke markt vervalsen.⁹² Met een dergelijke compensatie wordt immers voldaan aan de in alle lidstaten erkende, aan art. 1 Eerste Protocol EVRM toetsbare verplichting om inbreuken op eigendom onder omstandigheden

Door binnen de grenzen van het égalité-beginsel te blijven, is het compensatoire karakter van de schadevergoeding in beginsel gegeven

slechts toe te staan indien daar een passende schadevergoeding tegenover staat. Het is niet goed voorstelbaar dat een succesvol beroep op het égalité-beginsel tot een verval-sing van de mededinging leidt; door binnen de grenzen van het égalité-beginsel te blijven, is het compensatoire karakter van de schadevergoeding in beginsel gegeven.⁹³ Vanuit dat perspectief bezien hoeven op het égalité-

beginsel gebaseerde vergoedingen ook niet bij de Commissie te worden gemeld, omdat dan niet is voldaan aan de criteria van art. 87 lid 1 EG en bijgevolg geen sprake is van staatssteun.

Met het zojuist geschetste uitgangspunt is echter nog niet alles gezegd. Ten eerste staat niet vast dat al het nadeelcompensatierecht inderdaad zijn grondslag vindt in het égalité-beginsel. Zo is bekend dat het recht op planschadevergoeding ingevolge art. 49 WRO zijn grondslag vindt in het rechtszekerheidsbeginsel. Die regeling wijkt daarmee af van het uitgangspunt van het égalité-beginsel. Waar in de meeste wettelijke en buitenwettelijke regelingen een ‘normaal maatschappelijk risico’ wordt gehanteerd, gebeurt dat in het planschaderecht thans niet en bestaat – naar algemeen wordt aangenomen – eer-

der een recht op vergoeding dan indien aan art. 49 WRO het égalité-beginsel ten grondslag zou worden gelegd.⁹⁴ Hoewel dit niet per definitie betekent dat het planschaderecht in strijd zou zijn met de staatssteunregels,⁹⁵ verdient het vanuit communautair perspectief de voorkeur om vergelijkbare beperkingen van het eigendomsrecht zo veel mogelijk op dezelfde grondslag – waarbij primair aan het égalité-beginsel moet worden gedacht – te baseren en slechts verschillen in het vergoedingsregime toe te staan voor zover die een duidelijke en objectieve rechtvaardiging vinden in de ernst van de eigendomsinbreuk. Zo zal art. 87 EG niet in de weg staan aan een onderscheid tussen een regime van schade-loosstelling bij de onteigening en vernietiging van eigendom enerzijds en een regime van een vergoeding van ‘onevenredig nadeel’ bij beperkingen van eigendom anderzijds. Anders kan het zijn indien een onderneming bij een vergelijkbare beperking van eigendom in het ene geval op een volledige schadevergoeding kan rekenen, en in het andere geval haar een hoog ‘normaal ondernemersrisico’ wordt tegengeworpen. Ook indien een nadeelcompensatieregeling gebaseerd lijkt te zijn op het égalité-beginsel, maar daarmee in werkelijkheid ook niet-compensatoire doelen worden gediend, kan zij op gespannen voet met het staatssteunrecht komen te staan.⁹⁶

Met die laatste opmerking zijn we bij een tweede mogelijk probleem aanbeland. Bedacht moet worden dat de vraag of en in hoeverre op grond van het égalité-beginsel een rechtsplicht tot schadevergoeding bestaat, veelal afhankelijk is van de interpretatie die in een concreet geval aan het ‘normaal maatschappelijk of bedrijfsrisico’ wordt gegeven. Deze normen zijn tot op grote hoogte vaag en worden in de huidige nadeelcompensatiepraktijk nog niet op een eenduidige manier ingevuld.⁹⁷ Een eenvoudig voorbeeld kan dit illustreren. Twee ondernemingen, uit respectievelijk Amsterdam en Den Haag, hebben ieder een omzet van € 100 000 op jaarbasis. Door de bouw van een ondergrondse metrolijn lijden zij beide in een bepaald jaar € 20 000 omzetschade. In Amsterdam wordt als lijn gehanteerd dat 15% van het totaal geleden nadeel vanwege het normale ondernemersrisico moet worden geduld.⁹⁸ In Den Haag is dat anders; daar is schade pas onevenredig als zij uitstijgt boven 15% van de omzet op jaarbasis.⁹⁹ Welk van deze rekenmethodes gekozen wordt, maakt voor de betrokken onderneming nogal een verschil: de Amsterdamse onderneming krijgt 85% van € 20 000, dus € 17 000 schadevergoeding. De Haagse onderneming krijgt zijn schade pas vergoed als de schade meer bedraagt dan € 15 000 (15% van zijn omzet op jaarbasis). Hij krijgt € 5000 schadevergoeding. Naar aanleiding van een volstrekt vergelijkbare schadeoorzaak verkeert de ene onderneming zo in een gunstiger positie dan de ander. Ook de casus van de compensatie aan de kokkelvisserij laat zien dat het begrip ‘normaal ondernemersrisico’ vanuit een staatssteunperspectief problema-

tisch kan zijn.¹⁰⁰ Immers, doordat die compensatie is gebaseerd op een dubieuze invulling van het 'nor-

- 91 Zie HvJ EG 15 juni 2000, C-237/98 (*Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft*), GvEA 14 december 2005, zaak T-69/00 (*FIAMM*) alsmede M.J.W. van Casteren, *Schadevergoeding bij rechtmatig EG-optreden* (diss. KUN), Utrecht: 1997, p. 223 e.v. Zie over dit onderwerp ook J.E. Hoitink, 'De invloed van het communautaire recht op het leerstuk van de nadeelcompensatie', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger, *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 283 e.v.
- 92 In de literatuur worden veel meer functies dan alleen de compensatie van schade aan aansprakelijkheid toegekend. Zie wat betreft de overheidsaansprakelijkheid B.J. Schueler, 'Tussen pech en onrecht', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille en H.B. Winter (red.), *Op tegenspraak. Opstellen voor prof. mr. L.J.A. Damen*, Den Haag: Bju 2006, p. 205 e.v.
- 93 Vgl. R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Bju 2007, p. 168 e.v.
- 94 Zie G.M. van den Broek, *Planschadevergoeding*, (diss. UU), Deventer: Kluwer 2002, p. 225 e.v. De komende wijziging van de WRO op dit punt, waarbij het égalité-beginsel ook aan art. 49 WRO ten grondslag wordt gelegd, heeft dan ook tot doel om minder snel tot overheidsaansprakelijkheid te komen.
- 95 Zie echter Beschikking van 4 april 2006, *Pb* 2006, L 307, p. 207 e.v. inzake de mogelijke steun met betrekking tot de bouw van een marktpassage te Haaksbergen. De gemeente had een planschadevergoedingsovereenkomst gesloten, waarin was bepaald dat zij 35% van de kosten zou vergoeden die zouden voortvloeien uit vorderingen op grond van art. 49 WRO. De Commissie meende dat daarmee sprake was van een 'voordeel', aangezien de ondernemingen kosten zouden ontlopen die zij normaal in het kader van een bouwproject zelf moeten dragen en de gemeente voor de garantie dat zij de schade mede zou vergoeden, geen premie ontving. De Commissie concludeerde uiteindelijk dat de dekking van 35% van de mogelijke kosten staatssteun vormde, dat, voor zover zij het werkelijke verlies van het project zou overschrijden, onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt. Annotatoren Gundelach en Van Zundert (*Bouwrecht* 2006, p. 753 e.v.) merken o.i. terecht op dat het (impliciete) standpunt van de Commissie dat alle schade voor rekening van de bouwondernemingen had moeten komen, er geen rekening mee lijkt te houden dat planschade volgens art. 49 WRO in eerste instantie voor rekening van de overheid komt.
- 96 Dat laatste kan het geval zijn bij de toepassing van art. 15.20 Wet milieubeheer, dat niet alleen een waarborg beoogt te zijn, maar ook een instrumenteel doel dient. Zie J.H. Jans, H.G. Sevenster en H.H.B. Vedder (red.), *Europees milieurecht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 406.
- 97 Dat dit een probleem kan zijn, blijkt uit de goedkeuringsbeschikking van de Commissie van 20 december 2006, C (2006)6608 def, inzake steunmaatregel N 575/2005 (Autodemontagebedrijf Steenbergen). De Commissie woog als positief punt mee dat de Circulaire schadevergoedingen van VROM de bevoegde autoriteiten met betrekking tot de hoogte van het te betalen bedrag geen ruimte wordt gegeven (§ 28).
- 98 Zie voor voorbeelden van die methode Rb. Utrecht 15 oktober 2003, *LJN* AM2622, ABRvS 6 maart 2003, *LJN* AE0350 en Rb. Arnhem 28 maart 2007, *LJN* BA3416.
- 99 Ook die methode is door de Afdeling geaccepteerd (ABRvS 5 september 2001, *BR* 2002, 877 (m.nt. BPMvR)).
- 100 Zeker wanneer men bedenkt dat maatregelen waarbij de bevoegde autoriteiten discretionaire ruimte wordt gelaten ten aanzien van de op basis daarvan te verstrekken vergoedingen al snel als selectief zullen worden aangemerkt.
- 101 Ch.W. Backes en J.E. Hoitink, 'Geen schadevergoeding voor risico's die inherent zijn aan de ontplooiende activiteiten', *O&A* 2007, p. 68.
- 102 Beschikking van 24 juni 2003, *Pb* 2004, L 43/88 (*Berlijnse richtsnoeren*).

maal ondernemersrisico' (in het bijzonder wat betreft de voorzienbaarheid van de schade) kan worden betoogd dat de kokkelvissers in een gunstiger positie verkeren dan bedrijven waarvan de schade in vergelijkbare situaties niet wordt vergoed, zodat hun positie op de gemeenschappelijke markt wordt versterkt. Hoewel het égalité-beginsel wel enige ruimte laat om te differentiëren in de omvang van het normaal ondernemersrisico en die ruimte ook door de bestuursrechter lijkt te worden gerespecteerd, lijkt de conclusie van Backes en Hoitink dat het égalité-beginsel in het geval van de kokkelvissers niet tot compensatie dwong, ons juist en kan die compensatie daarom in het licht van art. 87 EG problematisch zijn.¹⁰¹ In een volgende paragraaf willen we nader illustreren hoe een afwijking van de gebruikelijke nadeelcompensatieregels tot staatssteunproblemen kan leiden.

4.2 Nadeelcompensatie als verboden staatssteun

4.2.1 Een voorbeeld uit de commissiepraktijk: de Berlijnse richtsnoeren

Ter illustratie van de problematiek is het nuttig een voorbeeld uit de commissiepraktijk te bespreken dat verduidelijkt tegen welke grenzen nationale bestuursorganen of regelgevers kunnen aanlopen als zij schadevergoedingen uit rechtmatige overheidsdaad toekennen. Het voorbeeld betreft de beschikking inzake de 'Gemeenschappelijke richtsnoeren van de deelstaat Berlijn betreffende het gebruik van middelen voor economische ontwikkeling'.¹⁰² Het doel van deze regeling was om ondernemingen te stimuleren in Berlijn te blijven wanneer ze vanwege overheidsmaatregelen, in het bijzonder het opeisen van alle of een deel van hun grond, gedwongen waren te verhuizen of een ingrijpende verbouwing moesten uitvoeren. Met deze maatregelen wilden de Duitse autoriteiten de stedelijke ontwikkeling die was ontstaan door de opsplitsing van Berlijn corrigeren. De reguliere Duitse bouwwetgeving bevatte wel een schadevergoedingsregeling, maar deze was tamelijk beperkt van opzet. De Duitse autoriteiten meenden dat de wetgever onder meer een aanspraak op schadevergoeding bij de beëindiging van een kortlopende huur- of pachtovereenkomst was 'vergeven'. De stabiliteit van dergelijke kortlopende contracten, die in de praktijk steeds werden verlengd, was, naar Duitsland betoogde, een typisch Berlijns fenomeen. Het bijzondere risico dat huurders of pachters met kortlopende contracten doorgaans liepen, gold dus niet voor Berlijnse ondernemers. Dat in de regeling werd voorzien in schadevergoeding buiten de reguliere regelingen om leidde derhalve niet tot staatssteun, aldus Duitsland. Er zou sprake zijn van een gerechtvaardigde compensatie voor nadeel veroorzaakt door overheidshandelen, aangezien de verhuizing, waarmee allerlei kosten samenhangen, niet voortvloeide uit een vrijwillige zakelijke

beslissing van de desbetreffende onderneming, maar het onvermijdelijke gevolg was van overheids-optreden.

De Commissie ging niet mee in deze redenering. Zij stelde ten eerste vast dat de maatregel de (reguliere) mogelijkheden van publiek- en privaatrechtelijke schadevorderingen en eventuele private contractuele aanspraken overtrof en daarop dus een aanvulling vormde. Duitsland had niet kunnen bewijzen dat de door te voeren maatregelen juist voor Berlijn tot grotere of andere schade zouden leiden dan in vergelijkbare situaties elders in Duitsland. Ook had Duitsland niet aannemelijk kunnen maken dat de schade die voortvloeide uit de beëindiging van kortlopende huur- of pachtvereenkomsten in casu voor rekening van de lidstaat diende te komen. Deze schade was volgens de Commissie 'een typisch gevolg van wisselende economische omstandigheden en machtsverhoudingen. Dergelijke gevolgen komen in de lidstaten in de regel voor rekening van marktpartijen zelf. (...) Opzegging, voortijdige ontbinding en beëindiging van een gebruiksrechtcontract zijn risico's die inherent zijn aan het economische leven, en zijn daarmee te voorzien.' De Commissie werd gesterkt in haar oordeel dat de richtsnoeren leidden tot bevoordeling van bepaalde ondernemingen door de aan betaling van een geldsom verbonden voorwaarde dat een onderneming zich opnieuw in Berlijn zou vestigen. De Commissie concludeerde:

'Hieruit blijkt dat de gemeenschappelijke richtsnoeren wel degelijk tot doel hebben aan bepaalde ondernemingen voordeel toe te kennen, waar-

Indien de overheid besluit ook buiten het (gebruikelijke) nationale aansprakelijkheidsrecht schade veroorzaakt door haar handelen te compenseren, bestaat de kans dat deze vergoedingen selectief uitwerken en de mededinging verstoren

van anderen verstoken blijven, hoewel ze allemaal door dezelfde maatregelen getroffen worden. Het eigenlijke doel van de gemeenschappelijke richtsnoeren beperkt zich daarmee niet tot een zuivere compensatie, maar de gemeenschappelijke richtsnoeren zijn duidelijk een instrument voor regionaal beleid waarmee beoogd wordt ondernemingen aan Berlijn te binden.¹⁰³

Met andere woorden: indien de overheid besluit ook buiten het (gebruikelijke) nationale aansprakelijkheidsrecht schade veroorzaakt door haar handelen te compenseren, bestaat de kans dat

deze vergoedingen selectief uitwerken en de mededinging verstoren. Het 'zuiver compensatoire karakter' van de vergoeding is daarbij het leidende criterium. Of het verweer dat de steun alleen 'compensatoir' van aard is, zal slagen, lijkt in de visie van de Commissie mede afhankelijk te zijn van de vraag of de compensatie wordt toegekend op grond van een algemene schadevergoedingsregeling waarop een onbepaalde groep ondernemingen in den lande die getroffen wordt door een bepaald soort schade in gelijke mate een beroep kan doen. Daarvan was in casu geen sprake: de richtsnoeren compenseerden schade die elders in het land normaal gesproken onvergoed bleef, terwijl uit de voorwaarde dat de bedrijven zich opnieuw in Berlijn moesten vestigen, was af te leiden dat de regeling niet primair compensatoir van aard was, maar (ook) een instrument was voor het voeren van regionaal beleid. Het compenseren buiten een algemene wettelijke regeling om was voor de Commissie voorts aanleiding om kritisch te kijken naar de beweerdelijke schadeposten. De beschikking laat zien dat de Commissie in

Heeft een schadevergoeding (mede) een instrumenteel karakter, dan is het gevaar van verboden staatssteun nooit ver weg

laatste instantie bepaalt of schade tot de normale ondernemersrisico's moet worden gerekend en dat het vergoeden daarvan een verstoring van de gemeenschappelijke markt tot gevolg kan hebben.¹⁰⁴

Concluderend zou uit de beschikking inzake de Berlijnse richtsnoeren voor gevallen van nadeelcompensatie kunnen worden afgeleid dat vanuit staats-

steunperspectief vergoeding op basis van een algemene regeling, gebaseerd op het égalité-beginsel, de voorkeur heeft, waarbij onderscheid tussen de verschillende door schade getroffen ondernemingen door compensatiemotieven moet kunnen worden verklaard. Indien dit uitgangspunt wordt verlaten en een regeling in welke vorm dan ook¹⁰⁵ wordt getroffen voor een omliggende groep ondernemingen, kan dat op gespannen voet staan met het staatssteunrecht indien deze groep anders wordt behandeld dan andere ondernemingen, doordat wordt afgeweken van de uitgangspunten van het reguliere schadevergoedingsrecht. In dat geval neemt de Commissie al snel aan dat de schadevergoeding ook andere doelen dan compensatie dient. Dit is ook het belangrijkste onderscheid met de in § 4.1 genoemde verplichte nadeelcompensatie; met compensatie buiten de algemene wettelijke kaders om – eerder door ons 'onverplichte nadeelcompensatie' genoemd –, bedoelt de overheid niet louter aan haar verplichtingen te voldoen, maar moeten (ook) andere doelen worden bereikt. De compensatie kan bijvoorbeeld dienen om te voorkomen dat ongewenste procedures tegen het

schadeveroorzakende handelen zelf worden gevoerd, of zij kan, zoals in het Berlijnse geval, als instrument fungeren voor het voeren van regionaal beleid.¹⁰⁶ Heeft een schadevergoeding (mede) zo'n 'instrumenteel' karakter, dan is het gevaar van verboden staatssteun nooit ver weg.

4.2.2 Nadeelcompensatie bij voorkoming en bestrijding van dierziekten

Het feit dat een compensatie selectief uitwerkt en (ook) een instrumenteel karakter heeft, impliceert nog niet dat er reeds om die reden sprake is van verboden staatssteun. Wij wijzen opnieuw op de vele specifieke bepalingen die in het kader van art. 87 lid

¹⁰³ Zie § 47 en 48 van de beschikking.

¹⁰⁴ Vermeldenswaard is in dat verband ook de beschikking van de Commissie inzake de Duitse *Ausgleichsleistungsgesetz* (20 januari 1999, *Pb* 1999, L 107/21). Hoewel het daarin ging om een wet die een compensatie bood voor onteigening, was ook hier een compensatoir karakter gedeeltelijk afwezig: vaststond dat de wet niet alleen gold voor hen die in het verleden werden geconfronteerd met een onteigening van grond zonder dat daar compensatie tegenover stond, maar ook voor 'nieuwe bedrijfshoofden' die zich voor het eerst in Oost-Duitsland vestigden en ten aanzien van wie nooit sprake was geweest van onteigening. Dat er voor hen sprake was van 'gemiste kansen in de DDR-tijd' overtuigde de Commissie niet: dat gold immers voor alle economische subjecten in alle sectoren van het bedrijfsleven. Het verweer van Duitsland dat er sprake was een bijzondere problematiek, namelijk de overgang van een door de staat beheerste economie naar een markteconomie, werd door de Commissie verworpen (L 107/38).

¹⁰⁵ Het is daarbij niet relevant of de compensatie ter zake van de schending van het eigendomsrecht voortvloeit uit een wettelijke regeling, een beleidsregel of een beschikking.

¹⁰⁶ Vgl. ook de beschikking inzake de Friese Scheepswerf Welgelegen, genoemd in Hessel en Neven 2001, p. 241-242. Door het van kracht worden van nieuwe wetgeving inzake geluidhinder diende deze scheepswerf te worden verplaatst. In dat kader werd de scheepswerf een verplaatsingscompensatie van 36 miljoen gulden aangeboden. Vaak worden dergelijke bedragen zo vastgesteld dat de getroffen onderneming zich niet verzet tegen de gedwongen verhuizing, zodat de compensatie deels een vertrekpremie is. De compensatie aan de scheepswerf werd door de Nederlandse regering niet als steun beschouwd, maar door de Commissie wel gekwalificeerd als investeringssteun. Toetsing aan de Zevende Richtlijn inzake steunverlening aan de scheepsbouw leidde tot het oordeel dat de steun verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt.

¹⁰⁷ Zie voor een handig overzicht B. Hessel (red.), *Dossier EG-recht: Staatssteun. Verdragsbepalingen, (vrijstellings)verordeningen, kaderregelingen en richtsnoeren van de Commissie, een selectie van beschikkingen en jurisprudentie van Gerecht en Hof*, Den Haag: Sdu 2003.

¹⁰⁸ Zie met name HR 20 juni 2003, *NJ* 2005, 189 (m.nt. MRM) (*Harrida*) en HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638 (m.nt. CJHB) (*Leffers*).

¹⁰⁹ Beschikking van 8 december 1999, *Pb* 2000, L 144, p. 28-34 (*Verzamelcentra varkens*).

¹¹⁰ Zie de toen nog geldende Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouwsector (*Pb* 2000, C 28/2; § 9) en thans de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector, § 143 e.v.

¹¹¹ Zie de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector, § 15.

¹¹² Vgl. bijv. Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2006, L 257/1 e.v. (*Stakingen wegvervoer Sicilië*; § 70).

3 sub c EG worden toegepast wanneer de Commissie beoordeelt of steunmaatregelen zijn toegestaan. Indien zo'n regeling van toepassing is op het desbetreffende beleidsterrein, zullen Nederlandse bestuursorganen zich in eerste instantie daarop moeten oriënteren. Omdat het gaat om een omvangrijk geheel van specifieke regelingen¹⁰⁷ concentreren wij ons ook hier op één voorbeeld dat voor de Nederlandse praktijk relevant kan zijn. Het betreft de rechtmatige maatregelen die de overheid kan nemen ter voorkoming en bestrijding van dierziekten.

Overheidsmaatregelen ter voorkoming en bestrijding van dierziekten kunnen omvangrijke schade aan de veestapel van landbouwers toebrengen; niet alleen schade door de preventieve vernietiging van veestapels, maar ook omzetschade door vervoerverboden, ophokplichten, etc. Ten aanzien van de vraag wanneer de overheid tot schadevergoeding verplicht is, speelt in de Nederlandse jurisprudentie het égalité-beginsel een belangrijke rol.¹⁰⁸ Gelet op de in § 4.1 besproken uitgangspunten mag worden aangenomen dat deze jurisprudentie daarmee niet in strijd is met het staatssteunrecht. Dat neemt niet weg dat de Commissie kritisch kijkt of steunmaatregelen op dit gebied geen vergoeding geven voor schade die vanuit een communautair perspectief tot de normale ondernemersrisico's behoort. Zo deed de Commissie uitgebreid onderzoek naar een Nederlandse steunmaatregel die tot doel had verzamelcentra voor varkens te 'subsidieren' voor de stopzetting van hun bedrijven.¹⁰⁹ Een en ander vloeide voort uit de onmiddellijke sluiting van verzamelcentra naar aanleiding van de uitbraak van de klassieke varkenspest in de jaren negentig en de daaropvolgende afkondiging van nieuwe, strenge hygiëneregels voor dergelijke ondernemingen. Voor het geval bedrijven niet aan de nieuwe eisen konden of wilden voldoen (en derhalve gesloten moesten blijven), werd subsidie gegeven voor de definitieve beëindiging van hun bedrijfsactiviteiten. De regeling werd voorgelegd aan de Commissie, die toetste aan het beleid ter zake van steun voor de sluiting van productie-, verwerkings- of afzetcapaciteit.¹¹⁰ Dat beleid stelt aan dergelijke steun enkele specifieke voorwaarden, zoals de eis dat de steun in het algemeen belang van de gehele sector is, wat bijvoorbeeld het geval is indien capaciteit wordt afgestoten omwille van de gezondheid van mens of dier. Daarnaast gelden enkele algemene voorwaarden, waaronder de voorwaarde dat de steunmaatregel een stimulerend element bevat en dus niet louter is bedoeld om de financiële situatie van producenten te verbeteren.¹¹¹ Dergelijke steun is er in de visie van de Commissie slechts op gericht 'de begunstigden te ontlasten van exploitatiekosten die verbonden zijn aan een normaal bedrijfsrisico'. De Commissie beschouwt die steun als 'steun voor de bedrijfsvoering' of 'exploitatiesteun', die in beginsel verboden is.¹¹² Met name op dit punt had de Commissie twijfels bij de beoordeling van de 'subsidieregeling'. De

Commissie redeneerde dat de stopzetting van de activiteiten van verzamelcentra het gevolg was van de toepassing van de nieuwe wettelijke voorschriften. Wanneer ondernemers niet kunnen of willen voldoen aan de nieuwe regels en zij tot stopzetting besluiten, is er volgens de Commissie in beginsel sprake van een normaal ondernemersbesluit.¹¹³ Een eventuele compensatie zou in dat geval kunnen neerkomen op overcompensatie en zou zelfs het handelsverkeer op potentiële nieuwe markten kunnen beïnvloeden. Nu de desbetreffende verzamelcentra al gesloten waren, leek van enige stimulans om capaciteit af te stoten geen sprake. Uiteindelijk oordeelde de Commissie toch dat de aangemelde maatregel wel een stimulerend effect had, omdat de verzamelcentra duidelijk de keuze hadden tussen het (met behulp van een subsidie) aanpassen van hun voorzieningen zodat aan de nieuwe regelgeving kon worden voldaan, of een compensatie voor de definitieve sluiting van het bedrijf. De steun vormde daarmee, volgens de Commissie, een 'duidelijke stimulan voor de bedrijven om een bepaalde gedragslijn te volgen (sluiting) die zij anders niet zouden hebben gevolgd.'

Naast de specifieke regels ten aanzien van de sluiting van productie-, verwerkings- en afzetcapaciteit, kennen de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector ook algemene regels met betrekking tot steun ter bestrijding van dier- en plantziekten.¹¹⁴ Volgens deze richtsnoeren is steun ter bestrijding van dierziekten toegestaan, mits:

1. de ziekte het voorwerp van de bezorgdheid bij de overheid is en de steun deel uitmaakt van een passend communautair, nationaal of regionaal programma ter voorkoming, beheersing of uitroeiing van de ziekte;
2. de doelstellingen van de steunmaatregelen hetzij preventief zijn (bijvoorbeeld betrekking hebben op controleonderzoeken of analyses, op preventieve vaccinaties van dieren of de preventieve slachting van dieren), hetzij op compensatie gericht (wanneer de dieren op bevel of aanbeveling van de overheid worden geslacht of gevaccineerd), hetzij een combinatie van beide;
3. de steun verenigbaar is met zowel de doelstellingen als de specifieke bepalingen van de communautaire wetgeving, hetgeen impliceert dat de ziekte duidelijk moet worden geïdentificeerd en de betrokken maatregelen moeten worden beschreven;
4. bewijs wordt geleverd dat overcompensatie van verliezen uitgesloten is.

Aan deze voorwaarden wordt in de meeste beschikkingen van de Commissie over de bestrijding van dierziekten getoetst. Uit de KMO-verordening volgt verder dat voor kleine en middelgrote landbouwbedrijven een brutosteunintensiteit geldt van 100%. Na een – vaak nogal summiere – toetsing aan de genoemde vier voorwaarden, komt de Commissie

meestal tot de conclusie dat steun naar aanleiding van schade door het uitbreken van een besmettelijke dierziekte verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt op grond van de uitzondering van art. 87 lid 3 sub c EG. Zo werden onder meer Nederlandse steunmaatregelen in het kader van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren goedgekeurd. De Communautaire richtsnoeren toepassend is volgens de Commissie steun tot 100% van de daadwerkelijk geleden schade toegestaan.¹¹⁵

Voor de praktijk belangrijk is nu dat toepassing van specifieke richtsnoeren soms zelfs kan betekenen dat de Commissie staatssteun verenigbaar acht met de gemeenschappelijke markt, hoewel de schade waarin de compensatie voorziet naar ons nationale recht waarschijnlijk zal worden beschouwd als een 'normaal bedrijfsrisico'. Als voorbeeld daarvan kan een beschikking worden genoemd waarin centraal stond een vergoeding van schade aan eiervermeerderders, die verlies hadden geleden door overheidsinterventies als vervoersbeperkende maatregelen en een exportverbod in verband met de uitbraak van aviariae influenza in Nederland in 2003. Door de vervoersbeperkingen konden de getroffen ondernemers hun eieren niet leveren en moesten deze worden vernietigd of verkocht aan eiproductenfabrikanten. Nu is voor vervoersbeperkende maatregelen in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak uitdrukkelijk uitgemaakt dat daardoor ontstane schade in beginsel tot het normale bedrijfsrisico behoort.¹¹⁶ Ook op grond van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren wordt deze schade niet vergoed.¹¹⁷ Men kan derhalve stellen dat er in Nederland geen publiekrechtelijke basis was die in casu verplichtte tot schadevergoeding. Dat de Commissie de steun toch verenigbaar met de gemeenschappelijke markt achtte en bij dit soort schaderegelingen in het algemeen coulant pleegt te zijn, laat zich waarschijnlijk verklaren door het feit dat de bestrijding van dierziekten communautaire prioriteit geniet. De noodzaak om tegen besmettelijke dierziekten op te treden, vloeit vaak zelfs voort uit communautaire

besluitvorming.

Bovendien legt het EG-recht soms zelf aan de lidstaat een verplichting op om bepaalde soorten schade te vergoeden.¹¹⁸ Dat dergelijke vergoedingen geen verboden staatssteun opleveren, spreekt voor zich. Het is dan ook niet zonder betekenis dat de Commissie uit het feit dat een lidstaat voldoende aantoonde dat de bestrijding van een dierziekte onderwerp van bezorgdheid van de overheid is, afleidt dat

Binnen de randvoorwaarden van de communautaire richtsnoeren staat de Commissie regelmatig afwijken van het nationale aansprakelijkheidsregime toe

- 113 Vgl. Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2005, L 110, p. 48-55 (*Spaanse olijvenbedrijven*), § 70: het verlies dat de bedrijven leden door het van kracht worden van de nieuwe wettelijke eisen moest worden beschouwd als een normaal bedrijfsrisico.
- 114 § 131 e.v. Soms zijn nog specifiekere regelingen van toepassing, zoals de Communautaire richtsnoeren inzake staatssteun betreffende TSE-tests, gestorven dieren en slachthuisafval (*Pb* 2002, C 324/2) en Verordening nr. 999/2001 houdende vaststelling van voorschriften inzake preventie, bestrijding en uitroeiing van bepaalde overdraagbare spongiforme encefalopathieën (*Pb* 2001, L 147/1).
- 115 Zie o.m. Beschikking van 8 september 2004, SG(2001) D 285865, inzake steunmaatregel N 700/2000 (*Verhoging bijzondere heffing schapen*), Beschikking van 17 mei 2000, SG(2000) D 103742 inzake steunmaatregel N 413/98 (*Overname steunmaatregelen van het Landbouwschap door het Productschap voor vee en vlees*) en Beschikking van 14 december 2006, inzake steunmaatregel N 517/2006 (*Wijziging heffing voor het Veeziektenfonds schapen en geiten*). Zie buiten de GWD Beschikking van 6 december 2006, C(2005)5807fin, inzake steunmaatregel NN 47/2006 (*Cattle Compensation Scheme*).
- 116 ABRvS 30 maart 1995, *AB* 1995, 375.
- 117 Op zich biedt de hardheidsregeling van art. 91 GWD ruimte voor vergoeding, maar deze bepaling wordt zeer terughoudend toegepast.
- 118 Zie art. 13 lid 4 van Verordening nr. 999/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 houdende vaststelling van voorschriften inzake preventie, bestrijding en uitroeiing van bepaalde overdraagbare spongiforme encefalopathieën. Indien dieren die besmet zijn met een dierziekte (TSE's, waaronder BSE) en zij moeten worden gedood, schrijft deze verordening voor dat eigenaars onverwijld worden vergoed voor die dieren. Hetzelfde geldt als producten van dierlijke oorsprong worden vernietigd.
- 119 Beschikking van 17 mei 2005, SG(2000) D/103742, inzake steunmaatregel N 413/98 (*Overname steunmaatregelen van het Landbouwschap door het Productschap voor Vee en Vlees*) en Beschikking van 4 augustus 2005, C(2005) 3113, inzake steunmaatregel N 102/105 (*Tegemoetkoming wegens uitbraak aviaire influenza*).
- 120 Zie in het algemeen over de rol van de nationale rechter met betrekking tot de handhaving van het staatssteunrecht: W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005.
- 121 Zie voor een opvallende uitzondering de uitspraak Vz. Rb. Groningen 3 september 2004, *LJN* AQ8920 (*Appingedam*), waarin een concurrent zich tot de civiele rechter wendde in kort geding. De laatste overwoog dat er weliswaar sprake was van steuntoekenning in de vorm van een besluit van de gemeenteraad van Appingedam, maar dat dit niet in de weg stond aan de ontvankelijkheid van de concurrent nu deze 'niet de geldigheid van het raadsbesluit als zodanig aan de orde (stelt), maar zich op het standpunt stelt dat de uitvoering van dit besluit niet kan plaatsvinden voordat de voorgenomen steunmaatregel overeenkomstig het bepaalde in artikel 88, lid 3 EG is gemeld bij de Europese Commissie en haar oordeel daarover is verkregen.' Langs deze weg kan vrijwel ieder geschil rond steunbesluiten binnen de rechtsmacht van de civiele rechter worden gebracht.
- 122 In twijfelgevallen volgt een vernietiging op basis van een (nationaal) algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, zoals het beginsel van de zorgvuldige voorbereiding van een besluit. Zie daarover J.H. Jans, *Doorgeschoten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak*, Groningen: Europa Law Publishing 2005 en verschillende bijdragen in: W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005.
- 123 Dat ligt anders voor onder meer subsidiebesluiten (zie bijv. ABRvS 17 december 2003, *AB* 2004, 262, (m.nt. Jacobs en WdO) (*Martiniplaza*) en ABRvS 6 november 2002, *AB* 2003,

de steunmaatregelen betrekking hebben op zaken die werkelijk in het algemeen belang zijn en niet op gevallen waarin van de landbouwproducenten redelijkerwijs verwacht kan worden dat zij zelf het risico dragen als onderdeel van het normale ondernemersrisico.¹¹⁹ Dit kan dus ook met zich brengen dat de Commissie afwijkingen van het nationale aansprakelijkheidsregime toestaat, mits men blijft binnen de randvoorwaarden van de communautaire richtsnoeren.

5 Nationale geschillen

5.1 Hoe kan het staatssteunrecht aan de orde komen?

In deze paragraaf staat centraal in welke Nederlandse geschillen de vraag kan opkomen of een verstrekking van schadevergoeding onrechtmatige staatssteun zou inhouden, alsmede de consequenties van een bevestigend antwoord op die vraag.

In veel gevallen worden geschillen rond (vermeend) onrechtmatig verleende staatssteun aangebracht door concurrenten van de ontvanger daarvan; concurrenten worden immers in hun positie benadeeld door de steun. Vaak kiezen zij ervoor een klacht in te dienen bij de Commissie, die de klacht vervolgens moet onderzoeken. Zij kunnen echter ook op nationaal niveau de beslissing waarbij de steunmaatregel werd ingesteld of toegekend aanvechten; in die gevallen moet de nationale rechter beoordelen of de aangevochten maatregel voldoet aan de criteria van het begrip staatssteun, zoals hiervoor omschreven, en of alle procedurevoorschriften (met name het stand-still-beginsel van art. 88 EG, derde lid) in acht zijn genomen.¹²⁰ In Nederland gaat het bij een beslissing van de overheid om schadevergoeding toe te kennen in de meeste gevallen om een besluit in de zin van art. 1:3 Awb; geschillen daarover worden dus in beginsel aan de bestuursrechter voorgelegd.¹²¹ Die laatste lijkt in geschillen rond andersoortige financiële verstrekkingen nog niet erg geneigd rechtstreeks te toetsen aan het communautaire staatssteunrecht.¹²² In de praktijk kennen wij geen voorbeeld van een concurrent die voor de nationale rechter procedeert tegen een besluit tot schadevergoeding;¹²³ de kokkelvisserijcasus zou daarvan een eerste voorbeeld kunnen zijn.

Het staatssteunrecht kan op verschillende manieren relevant zijn in een procedure voor een nationale rechter. Voorstelbaar zijn geschillen rond de afwijzing van een aanvraag om schadevergoeding door de overheid op grond van argumenten ontleend aan het

¹¹⁹, (m.nt. NV) (*Stichting Concertzender Nederland*)), vrijstellingsbesluiten (ABRvS 21 april 2004, zaaknr. 200307666/1) en goedkeuringsbesluiten m.b.t. bestemmingsplannen (ABRvS 6 mei 2004, *AB* 2004, 225, (m.nt. Groothuijse) (*Bestemmingsplan Haaksbergen*)).

staatssteunrecht.¹²⁴ Ook is denkbaar dat over de hoogte van een toegekende schadevergoeding een geschil ontstaat. Een voorbeeld van dat laatste biedt een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin ontvangers van een schadevergoeding op grond van de Regeling oogstschade 1998 onder meer stelden dat bij de berekening van hun schadevergoeding een te hoog eigen risico was gehanteerd.¹²⁵ Nu in gebieden waarin de Regeling tegemoetkoming schade bij extreem zware regenval 1998 gold een minder hoog eigen risico was toegepast, was er volgens de ontvangers sprake van een met de Europese regelgeving strijdige concurrentievervalsing. Verweerder – de Minister van LNV – beriep zich met succes op het staatssteunrecht. Met het eigen risico van 30% dat was neergelegd in de Regeling oogstschade 1998 werd aangesloten bij de door de Commissie gehanteerde norm bij de beoordeling of steunmaatregelen tot herstel van schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn. Als gezegd kunnen ongunstige weersomstandigheden volgens de Commissie eerst als natuurramp gelden (zodat tot vergoeding van schade mag worden overgegaan) indien zij tot ten minste 30% productieverlies hebben geleid in vergelijking met de normale productie van het betrokken bedrijfs onderdeel. In gebieden waarin de andere regeling gold waren de weersomstandigheden zo slecht geweest dat de situatie (ook volgens de Commissie) viel te vergelijken met een overstroming en dus rechtstreeks als natuurramp kon worden aangemerkt. Er waren volgens de Afdeling dus ‘verschillende compensatieregimes’ aan de orde.

Ook kan het staatssteunrecht aan de orde komen bij geschillen rond de terugvordering van eerder uitgekeerde schadevergoedingen. Zo stelde de Minister van BZK in een afdelingsuitspraak van 4 mei 2005¹²⁶ dat hij bevoegd was tot het vorderen van wettelijke rente over een ten onrechte uitgekeerde tegemoetkoming in schade op grond van het staatssteunrecht. Eerder kende hij op grond van de WTS en de daarop gebaseerde Regeling tegemoetkoming schade bij extreem zware regenval 1998 aan een landbouwbedrijf een tegemoetkoming van ruim € 400 000 toe. Toen uit een onderzoek van de Algemene Inspectiedienst bleek dat zich bij de aanvraag en ook daarna onregelmatigheden hadden voorgedaan (er waren grotere oppervlakten fruitbedden en meer fruitplanten als beschadigd of vernield opgegeven dan er ooit waren geweest en een deel van de als beschadigd aangemelde planten was later alsnog verkocht), ging de minister tot gedeeltelijke terugvordering over. Om de ontvanger geen enkel voordeel te laten vorderde hij ook wettelijke rente over het teruggevorderde bedrag, zonder dat de Regeling daarvoor een grondslag gaf. De minister meende echter dat, nu de tegemoetkoming die was uitbetaald niet op de regeling kon worden gebaseerd,¹²⁷ zij daarmee het karakter van een ongeoorloofde steunmaatregel had gekregen. Daarom was er volgens de

minister op basis van het Europese recht een verplichting tot terugvordering met rente. Zoals hierna zal blijken oordeelde de Afdeling daar anders over.

5.2 *Terugvordering van onrechtmatig uitbetaalde schadevergoeding*

Met het laatste voorbeeld raken wij aan één van de belangrijkste problemen die zich kunnen voordoen in gevallen waarin een door de overheid uitgekeerde schadevergoeding onrechtmatig verstrekte staatssteun blijkt in te houden. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie ‘is de ongedaanmaking van een onwettige steun door middel van terugvordering het logische gevolg van de vaststelling dat de steun onwettig is (...) Dienaangaande vormt het herstel van de situatie van vóór de betaling van een onwettige of met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun een noodzakelijke vereiste voor de handhaving van de nuttige werking van de verdragsbepalingen inzake staatssteun, en de nationale rechter moet met inachtneming van de omstandigheden nagaan, of de beroepen van de justitiabelen die tot het herstel van deze vroegere toestand kunnen bijdragen, kunnen worden toegewezen.’¹²⁸ Dit betekent dat in de meeste gevallen waarin het besluit tot verstrekking van schadevergoeding moet worden ingetrokken, een besluit tot terugvordering van reeds verstrekte gelden moet worden genomen en dat daarbij (een door de Commissie vastgestelde) rente moet worden gevorderd vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun.¹²⁹

Ten aanzien van deze verplichting tot terugvordering is een belangrijk probleem dat het Nederlandse recht bestuursorganen in sommige gevallen onvoldoende bevoegdheden geeft om een terugvorderingsbesluit te nemen dat aan deze eisen voldoet. In zaken waarin de verstrekte schadevergoeding op een wettelijke regeling berust, zal het intrekken van de beschikking waarbij deze is verstrekt kunnen worden gebaseerd op die regeling indien deze daartoe een bevoegdheid verschaft. Zo geeft art. 10 WTS de minister de bevoegdheid de toekenningsbeschikking in bepaalde gevallen te wijzigen of in te trekken.¹³⁰ Maar ook wanneer de regelgever daaraan niet heeft gedacht bij het opstellen van de regeling, of wanneer de desbetreffende schadevergoeding zonder wettelijke grondslag is verstrekt, kan een wijzigings- of intrekkingbesluit worden genomen. Dat valt af te leiden uit het volgens de Afdeling bestuursrechtspraak in het ongeschreven bestuursrecht geldende uitgangspunt ‘dat aan het betrokken bestuursorgaan in beginsel niet de bevoegdheid kan worden ontzegd een begunstigende beschikking met terugwerkende kracht in te trekken indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven. De toelaatbaarheid daarvan werd en wordt begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel.’¹³¹ Nu het vertrouwensbe-

ginsel en het rechtszekerheidsbeginsel in geschillen waarin het communautaire recht terugvordering vereist zeer beperkt dienen te worden ingevuld,¹³² zal de bestuursrechter niet snel komen tot een vernietiging van een dergelijk intrekingsbesluit op grond van een ontbrekende bevoegdheid.

Datzelfde kan worden gezegd over het daarna te nemen terugvorderingsbesluit. Nadat de beschikking waarbij de schadevergoeding werd toegekend, is

- 124 Ook hiervan is ons wat betreft het schadevergoedingsrecht geen voorbeeld bekend, zie voor een dergelijk geval binnen het subsidierecht CBB 14 december 2006, AB 2007, 136, m.nt. P.C. Adriaanse en W. den Ouden (afwijzing aanvraag CO₂-reductiesubsidie).
- 125 ABRvS 20 april 2005, zaak n. 200408046/1.
- 126 AB 2005, 395 (m.nt. WdO).
- 127 Die zelf was gemeld en door de Commissie was goedgekeurd (Beschikking van 14 juni 1999 inzake steunmaatregel N 54/99, SG99/D(4233)).
- 128 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-390/98 (*Banks@Co tegen Coal Authority*), § 74-75, met verwijzingen naar jurisprudentie.
- 129 Vgl. art. 14, tweede lid, van de Procedureverordening (Vo EG 659/1999), op grond waarvan de Commissie wanneer zij de lidstaat tot terugvordering van staatssteun beveelt, ook steeds de vordering van een dergelijke rentevergoeding moet gelasten.
- 130 Mogelijk zou de terugvordering kunnen worden gebaseerd op art. 10 onder b WTS, waaruit volgt dat een bevoegdheid daartoe bestaat indien de ontvanger wist of had moeten weten dat er iets aan de beschikking mankeerde. Vgl. ook de regeling voor terugvordering van te veel betaalde bedragen in de Wet van 3 december 1999 betreffende steunmaatregelen ten gunste van door de dioxinecrisis getroffen landbouwbedrijven (Beschikking van 9 februari 2000, SG (2000) D/101388 (*Belgische dioxinecrisis*)).
- 131 ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 (m.nt. WdO) (*BPM-subsidies*). Het betreft in casu weliswaar de terugvordering van een subsidie, maar mede gezien de algemene formulering die de Afdeling koos, valt niet in te zien waarom dit anders zou liggen ten aanzien van beschikkingen over schadevergoeding.
- 132 Volgens vaste Europese jurisprudentie geldt het criterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden die het vertrouwen van de ontvanger in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen.' Zie onder meer HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (*BUG Alutechnik*) en HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (*Alcan*). De Afdeling past deze jurisprudentie ook toe, zie wederom ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 (m.nt. WdO).
- 133 Zie bijvoorbeeld art. 11 WTS.
- 134 Bijzondere nadeelcompensatieregelingen plegen daaromtrent niets te regelen.
- 135 ABRvS 21 oktober 1996, AB 1996, 496 (m.nt. NV). Deze regel werd onlangs nog bevestigd in een zaak waarin de uitgekeerde gelden onrechtmatig verstrekte staatssteun inhielden: ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 (m.nt. WdO) (*BPM-subsidies*).
- 136 Zie daarover Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2005, p. 116-117 en W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid* (rede UL), Den Haag: Bju 2004.
- 137 Het ging hier niet om subsidies in de zin van art. 4:21 Awb, die ter stimulering van bepaalde activiteiten werden verstrekt, maar om gelden verstrekt ter compensatie van het verlies van omzet die het gevolg was van fiscale maatregelen. Eerder (2006, p. 115) kwalificeerden wij deze verstrekking als een vorm van onverplichte nadeelcompensatie.
- 138 Beschikking van 20 juli 1999, 1999/705, *Pb L* 280, p. 87. Het Hof stelde de Commissie daarin in het gelijk: HvJ EG 13 juni 2002, zaak C-382/99, AB 2002, 248 (m.nt. FHvdB).

ingetrokken, zijn eventueel reeds uitgekeerde gelden onverschuldigd betaald, waardoor de mogelijkheid ontstaat een terugvorderingsbesluit te nemen. Soms zal de regeling waarop de schadevergoeding is gebaseerd daarvoor een wettelijke grondslag bieden,¹³³ vaak ook zal een wettelijke grondslag voor terugvordering ontbreken, ofwel omdat de regelgever daaraan niet heeft gedacht,¹³⁴ ofwel omdat de schadevergoeding niet op een wettelijke regeling beruiste. Ook dan is er niet direct een probleem. Sinds de bekende *Nanne/VROM*-uitspraak neemt de Afdeling bestuursrechtspraak aan dat bestuursorganen, ook wanneer een expliciete wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt, bevoegd zijn tot terugvordering van de onverschuldigd betaalde gelden over te gaan. Deze bevoegdheid beruist op het algemene, ook in het bestuursrecht geldende rechtsbeginsel dat wat onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd.¹³⁵

Hoewel uit de jurisprudentie blijkt dat verstrekte gelden die onrechtmatige staatssteun inhouden door Nederlandse bestuursorganen op grond van ongeschreven publiekrecht kunnen worden ingetrokken én teruggevorderd, verdienen geschreven bevoegdheden hiertoe naar ons idee de voorkeur. Die voorkeur komt niet slechts voort uit het feit dat er veel kritiek is op de leer van de 'geïmpliceerde bevoegdheden',¹³⁶ maar ook vanuit de gedachte dat er een reële kans bestaat dat de ongeschreven bevoegdheden die worden benoemd in de genoemde jurisprudentie in bepaalde gevallen waarin staatssteun moet worden teruggevorderd niet voldoen. Een mooi voorbeeld biedt de casus van de compensatiegelden die de Minister van Financiën had verstrekt op basis van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland in verband met fiscale maatregelen die ertoe hadden geleid dat een liter benzine in Nederland soms tot 40 cent meer moest kosten dan in Duitsland. Om te voorkomen dat deze 'subsidies'¹³⁷ die aan ondernemers werden verstrekt, staatssteun zouden kunnen vormen, bepaalde de regeling dat per aanvrager slechts subsidie kon worden verstrekt tot een maximumbedrag van € 100 000 over een periode van drie jaar. Dit om te garanderen dat de 'de minimis'-grens niet zou worden overschreden. Echter, de Commissie oordeelde dat op basis van de regeling onrechtmatige staatssteun was verstrekt.¹³⁸ Een deel van de pompstationhouders bleek te bestaan uit oliemaatschappijen die via verschillende pompstations veel meer dan honderdduizend euro hadden ontvangen. Een ander deel van de pompstationhouders had met de oliemaatschappij die de toelevering verzorgde een exclusieve afnameovereenkomst gesloten, waarin een zogenoemde SPB-clausule (systeem van prijsbeheer) was opgenomen. Een dergelijk systeem houdt – kort gezegd – in dat kortingen die de pomphouder aan de klant geeft, geheel of gedeeltelijk voor rekening komen van de toeleverancier. In die gevallen kwam de subsidie van de Minister van Financiën dus eigenlijk ten goede aan de oliemaatschappijen. Ook

langs deze weg werd vaak de grens van € 100 000 overschreden. In beide gevallen moesten de subsidies worden teruggevorderd. Ten aanzien van de gevallen waarin de bevoordeling was gelopen via het SPB-systeem, eiste de Commissie bovendien dat niet bij de subsidie-aanvrager, maar bij de desbetreffende oliemaatschappijen moest worden teruggevorderd. Dat was immers de partij die feitelijk door de staatssteun was bevoordeeld.

Uiteindelijk zijn er niet veel terugvorderingsgeschillen die volgden uit deze kwestie aan de Nederlandse bestuursrechter voorgelegd. Naar verluidt hebben de Commissie, de Minister van Financiën en verschil-

Het is zeer de vraag of de ongeschreven bevoegdheid tot terugvorderen van onverschuldigd betaalde gelden zo ver strekt dat ook bij andere partijen dan waaraan de gelden zijn uitbetaald, per besluit kan worden teruggevorderd

lende oliemaatschappijen de zaak uiteindelijk geschikt. Maar als dat anders was gelopen was het zeer de vraag geweest of de eerder geschetste, ongeschreven bevoegdheid tot terugvorderen van onverschuldigd betaalde gelden zo ver strekt dat ook bij andere partijen dan waaraan de gelden zijn uitbetaald, per besluit kan worden teruggevorderd. Wij achten het niet waarschijnlijk dat de bestuursrechter de ongeschreven bevoegdheid tot terugvordering van eerder per besluit verstrekte gelden zo ver zal oprekken, alleen al niet omdat in dat geval niet steeds direct duidelijk zal zijn bij welke

partijen mag en moet worden teruggevorderd. Een duidelijke wettelijke grondslag waarin is geregeld dat op bevel van de Commissie ook bij derden mag worden teruggevorderd is daarom geen overbodige luxe.

Hetzelfde geldt voor een algemene regeling voor de bevoegdheid tot het vorderen van rente. Wij kennen geen voorbeelden van schadevergoedingsregelingen die het verstrekkende bestuursorgaan de bevoegdheid geven om bij terugvordering van onverschuldigd betaalde gelden een passende rente te berekenen. Uit de hierboven al aangehaalde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 4 mei 2005¹³⁹ werd echter duidelijk dat er geen ongeschreven bevoegdheid tot het vorderen van wettelijke rente over onverschuldigd betaalde gelden bestaat¹⁴⁰ en dat deze bevoegdheid ook niet (rechtstreeks) op art. 87 EG of art. 14 van de Procedureverordening kan worden gebaseerd.¹⁴¹ Een rentevordering kan, wanneer een specifieke publiekrechtelijke bevoegdheid ontbreekt, volgens de Afdeling slechts op het burgerlijk

recht worden gebaseerd. Hieraan kleven verschillende bezwaren. Zo is terugvordering van het juiste bedrag door het nemen van verschillende besluiten (een voor het hoofdbedrag en een tweede ten aanzien van de rente), waarover bij verschillende rechters moet worden geprocedeerd, buitengewoon omslachtig en ineffectief. Bovendien is onduidelijk of bestuursorganen die tot terugvordering van onrechtmatig verstrekte staatssteun moeten overgaan met een vordering op basis van het burgerlijk recht aan hun Europeesrechtelijke verplichtingen kunnen voldoen. Op grond van art. 6:119 BW kan misschien niet een rentebetaling 'vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was' worden verkregen, zoals de Procedureverordening (art. 14, lid 2) vereist. Ook is de op die basis te vorderen *wettelijke* rente in de praktijk niet gelijk aan het 'passende rentepercentage' dat blijkens de Procedureverordening (art. 14, lid 2) door de Commissie wordt vastgesteld (de door de Minister van LNV gevorderde 'referentierente').

5.3 Een wettelijke regeling

Uit het voorgaande volgt dat bij de huidige juridische stand van zaken een duidelijke, liefst algemene wettelijke regeling van de bevoegdheid tot het terugvorderen van onverschuldigd betaalde schadevergoedingen (waarbij aandacht wordt besteed aan de vraag bij welke (rechts)persoon mag worden teruggevorderd) en het vorderen van een passende rente daarover, gewenst is. Bij het opstellen van dergelijke regelingen of het nog eens doorlopen van reeds bestaande regelingen om te bezien of zij 'staatssteun-proof' zijn, moet ook worden gelet op termijnen, die terugvorderingen kunnen bemoeilijken. Zo is in art. 11 van de WTS de terugvorderingstermijn voor onverschuldigd betaalde tegemoetkomingen gesteld op vijf jaar, terwijl op basis van de Procedureverordening de Commissie tot tien jaar na verstrekking terugvordering van staatssteun kan gelasten. De totstandkoming van deze regelgeving en het doorvoeren van de nodige aanpassingen van bestaande regelgeving dient op korte termijn plaats te vinden, nu duidelijk is dat het Nederlandse recht op dit punt niet zo is vormgegeven dat daarmee op een effectieve wijze aan de communautaire verplichtingen op het terrein van het staatssteunrecht kan worden voldaan¹⁴² en inmiddels ook gebleken is dat de Commissie daar geen genoegen mee neemt. Op het terrein van het subsidierecht, waar eerder vergelijkbare omissies zijn geconstateerd,¹⁴³ die in de praktijk ook al hebben geleid tot omslachtige terugvorderingsprocedures, heeft (onder meer) een recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak ertoe geleid dat de Commissie een infractieprocedure tegen de lidstaat Nederland is begonnen.¹⁴⁴

6 Conclusies en aanbevelingen

In deze bijdrage hebben wij de relatie onderzocht tussen van overheidswege verstrekte schadevergoedingen en het verbod op staatssteun in de zin van art. 87 EG. Hoewel een verband niet direct voor de hand lijkt te liggen, is gebleken dat aan de Europese Commissie (of, in voorkomend geval, het Gerecht van Eerste Aanleg of het Hof van Justitie) geregeld steunmaatregelen worden voorgelegd die naar nationaal recht als een schadevergoeding van overheidswege moeten worden gekwalificeerd. Vanuit een communautair perspectief komt aan de precieze kwalificatie van de schadevergoeding of het oogmerk dat de overheid had met het verstrekken daarvan, slechts een relatief gewicht toe. Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG kijkt de Commissie slechts naar het *gevolg* dat de steunmaatregel heeft voor de concurrentieverhoudingen tussen ondernemingen. Het oogmerk dat de overheid had met het vergoeden van de schade is slechts in zoverre van belang dat in het *Asteris*-arrest van het Hof en de beschikkingen van de Commissie is aanvaard dat schade die de overheid vergoedt omdat zij daartoe op grond van het eigendomsrecht verplicht is, geen steun in de zin van art. 87 EG is. Dergelijke steun heeft volgens de Commissie een zuiver compensatoir doel. Daaruit hebben wij afgeleid dat in elk geval nationale vergoedingen vanwege onteigening of andere ernstige inbreuken op het eigendomsrecht (zie art. 14 Grondwet) met art. 87 EG verenigbaar zijn. Indien de overheid schade vergoedt op grond van een bijzondere wettelijke regeling die een zuivere uitwerking is van het *égalité*-beginsel of indien

139 AB 2005, 395 (m.nt. WdO).

140 Eerder al in ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123 (m.nt. NV).

141 Zie ook ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 (m.nt. WdO) (*BPM-subsidies*). Zie over het direct aan communautair recht ontleen van bevoegdheden om het EG-recht ten uitvoer te (kunnen) leggen: H.M. Griffioen, 'Kinken in de bevoegdheidskabel: het legaliteitsbeginsel tussen "Europa" en de nationale rechtsorde', *NTER* 2006, p. 290-295 en de daarin genoemde literatuur.

142 Zie daarover in het algemeen P.C. Adriaanse, 'Terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Knelpunten en oplossingen in het Nederlandse recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger, *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 199 e.v. en R.J.G.M. Widdershoven e.a. *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Bju 2007, p. 99-108.

143 Overigens moet hier worden opgemerkt dat in sommige wettelijke subsidieregelingen wel uitdrukkelijk rekening is gehouden met de mogelijkheid dat subsidies onrechtmatige staatssteun blijken in te houden; in de meeste subsidiekaderwetten zijn met het oog daarop specifieke intrekings- en terugvorderingsgronden geformuleerd en is ook een bevoegdheid tot het vorderen van rente opgenomen. Zie bijvoorbeeld art. 5 van de Kaderwet subsidies Verkeer en Waterstaat en art. 6 Kaderwet LNV-subsidies.

144 Zie het persbericht van de Commissie met referentienr. IP/07/94 via <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/94&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>.

het buitenwettelijke *égalité*-beginsel aan een nadeelcompensatie ten grondslag wordt gelegd, zullen er in beginsel evenmin staatssteunrelateerde problemen zijn. In de *Akzo-Nobel*-beschikking heeft de Commissie dat verklaard door te stellen dat op dergelijke gronden gegeven vergoedingen geen *selectief* voordeel bieden; op de desbetreffende beginselen die het eigendomsrecht beschermen kan elke onderneming in gelijke mate een beroep doen, zodat de gemeenschappelijke markt niet negatief wordt beïnvloed.

Een bestudering van de beschikkingenpraktijk van de commissie leert dat schadevergoedingen van overheidswege met name vaak worden gemeld indien zij worden verstrekt naar aanleiding van een natuurramp of een andere buitengewone gebeurtenis. Op grond van art. 87 lid 2 sub b EG zijn die tegemoetkomingen wel van het staatssteunverbod uitgezonderd. Naar nationaal recht wordt in die gevallen in het algemeen geen verplichting tot schadevergoeding aangenomen. Deze vergoedingen vallen dus niet onder het bereik van de formule uit het *Asteris*-arrest, zodat het gevaar dreigt dat de steun selectief uitwerkt en bepaalde ondernemingen een voordeel gunt waar andere ondernemingen van verstoken blijven. Dat kan zeker gebeuren als lidstaten de begrippen 'natuurramp' en 'buitengewone gebeurtenis' te rekkelijk interpreteren en de uitzonderingsclausule van art. 87 lid 2 sub b EG in feite wordt aangegrepen om verboden staatssteun te verstrekken. In de Commissiepraktijk zijn daarom criteria geformuleerd om de toegestane steunmaatregelen van de verboden staatssteun te scheiden. In dat kader geeft de Commissie blijk van een terughoudende uitleg van de begrippen natuurramp en buitengewone gebeurtenis en slaat zij in het bijzonder acht op het causaal verband tussen de gebeurtenis en de schade, de objectieve wijze van schadeberekening, het verbod van cumulatie van verschillende verstrekkingen naar aanleiding van één gebeurtenis en het voor eigen rekening laten van normale ondernemersrisico's. Dezelfde criteria zijn van belang voor de beoordeling van tegemoetkomingen die niet vallen binnen de reikwijdte van art. 87 lid 2 EG en die daarom worden getoetst aan het beleid dat is geformuleerd in het kader van de goedkeuringsmogelijkheden van art. 87 lid 3 EG. Wordt aan één van deze criteria niet voldaan, dan neemt de Commissie al snel aan dat de tegemoetkoming in kwestie één of meer ondernemingen in het bijzonder begunstigt en zo de mededinging vervalst.

Naast de bespreking van de criteria die gelden bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van tegemoetkomingen was een tweede centraal onderwerp in deze bijdrage de vraag wanneer nadeelcompensatie in het vaarwater van de verboden staatssteun belandt. Dat dit kan gebeuren, vindt onder meer zijn oorzaak in de tot op zekere hoogte vage grenzen van het *égalité*-beginsel. In het bijzonder het 'normale ondernemersrisico' laat ruimte voor uiteenlopende interpretaties, zodat niet is uitgesloten dat het hiervoor ver-

melde uitgangspunt dat op het égalité-beginsel gebaseerde vergoedingen in beginsel een zuiver compensatoir karakter hebben, wordt verlaten. Commissiebeschikkingen en jurisprudentie op dit punt moeten worden afgewacht. Vanuit het perspectief van het staatssteunrecht hebben wij betoogd dat het de voorkeur verdient om vergelijkbare beperkingen van het eigendomsrecht zo veel mogelijk op een uniforme grondslag – waarbij primair moet worden gedacht aan het égalité-beginsel – te baseren. Dat ook dit niet per definitie een garantie biedt dat de compensatie niet in strijd komt met art. 87 EG, blijkt uit het feit dat van het égalité-beginsel soms ‘instrumenteel’ gebruik wordt gemaakt en wordt ingezet om ondernemingen in de richting van bepaald gewenst gedrag te sturen. Daarbij valt te denken aan het binden van bedrijven aan een bepaalde regio of het stimuleren van een bepaalde bedrijfstak. Een dergelijke ‘instrumentele’ benadering van de nadeelcompensatie – die daardoor het karakter krijgt van een ‘onverplichte nadeelcompensatie’ – blijft in Brussel niet altijd onbestraft. Dit is geïllustreerd aan de hand van de beschikking over de Berlijnse richtsnoeren. Uit die zaak hebben wij afgeleid dat vanuit staatssteunperspectief schadevergoeding op basis van een algemene wettelijke regeling, gebaseerd op het égalité-beginsel als specifieke uitwerking van de bescherming van het eigendomsrecht, de voorkeur heeft. In dat geval is gewaarborgd dat ondernemingen in den lande, ongeacht hun aard, hun regio of hun relatie met de betrokken overheid, op gelijke manier behandeld worden. Wordt echter slechts een omliggende groep ondernemingen naar aanleiding van een bepaalde schadeoorzaak gecompenseerd, dan is het gevaar voor verboden staatssteun al groter, zelfs indien de nationale autoriteiten menen dat het égalité-beginsel hen daartoe verplicht. Dergelijke regelingen voor bijzondere groepen ondernemingen zouden naar ons idee dan ook bij de Commissie moeten worden gemeld. Tegelijkertijd hebben wij aan de hand van het voorbeeld van de bestrijding van dierziekten verduidelijkt dat lidstaten zich bij de verstrekking van nadeelcompensatie ook weer niet te zeer moeten concentreren op de grenzen die uit het aansprakelijkheidsrecht voortvloeien. De Commissie staat, daar waar een bijzondere staatssteunregeling van toepassing is of specifiek beleid is geformuleerd, regelmatig vergoedingen toe die naar nationaal recht niet op een rechtsplicht kunnen worden gebaseerd. De specifieke verordeningen of richtsnoeren die op het desbetreffende beleidsterrein van toepassing (kunnen) zijn, bepalen dus veelal de grenzen bij de vraag wat wel en niet aan staatssteun mag worden gegeven op een bepaald beleidsterrein. Dan blijkt bijvoorbeeld de vraag of de schadeoorzaak in zo’n geval moet worden gezocht in de uitbraak van de dierziekte zelf of in het overheidshandelen dat daarop een reactie is, maar van zeer gering belang voor de Commissie. Opnieuw wordt geïllustreerd dat het staatssteunrecht zijn eigen dynamiek kent.

Zoals bekend zal binnenkort een voorontwerp voor een wettelijke regeling voor nadeelcompensatie worden gepubliceerd. In dit voorontwerp zal waarschijnlijk worden voorgesteld om het égalité-beginsel te codificeren in de Algemene wet bestuursrecht en zo een algemene wettelijke grondslag voor nadeelcompensatie te bieden. Wat kan deze regeling vanuit het perspectief van het staatssteunrecht betekenen? Voor verstrekkingen die op basis van de égalité-regeling in de Algemene wet bestuursrecht worden gedaan, zal in beginsel gelden dat zij louter het doel van compensatie dienen. Wel moet bij het nemen van individuele besluiten steeds worden gewaakt voor een te ruime invulling van dat beginsel; de Commissie zal zich niet laten misleiden door de juridische grondslag van een verstrekking wanneer daarbij feitelijk nadeelcompensatie wordt verstrekt die verder gaat dan nodig is op basis van het eigendomsrecht. Verder kan de Awb-regeling mogelijk bijdragen aan een verdergaande objectivering van het nadeelcompensatierecht, doordat de wetgever, of eventueel de bestuursrechter, duidelijke(r) grenzen gaat trekken rond de omvang van de schadevergoedingsplicht op grond van het égalité-beginsel. Daarbij moet vooral worden gedacht aan de invulling van het begrip ‘normaal maatschappelijk of ondernemersrisico’ en daarbinnen geldende, vage criteria als de ‘voorzienbaarheid’, de ‘aard’ en ‘ernst’ van het nadeel. Desondanks zal er in de praktijk waarschijnlijk behoefte blijven bestaan aan maatwerk. Immers, het kan de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid ten goede komen indien een regeling naar aanleiding van – bijvoorbeeld – een groot infrastructureel project een precieze opsomming

De wetgever moet op korte termijn wetgeving tot stand brengen die het mogelijk maakt dat op een effectieve wijze aan de communautaire verplichtingen op het terrein van het staatssteunrecht kan worden voldaan

bevat van de voor schadevergoeding in aanmerking komende overheidshandelingen en daarbij behorende schadepercentages. Het gevaar dat dergelijke bijzondere nadeelcompensatieregelingen in strijd komen met het staatssteunrecht, zal aanwezig zijn indien in die specifieke situaties wordt afgeweken van de uitgangspunten van de algemene Awb-regeling, die immers beoogt een weerslag te zijn van het geldende recht op grond van het égalité-beginsel. In dergelijke gevallen ligt melding van de desbetreffende regeling bij de Commissie voor de hand.

Wij nemen aan dat in (de toelichting op) het voorontwerp aandacht is besteed aan de verhouding tussen deze regeling en het staatssteunrecht en dat in dat kader is nagedacht over de regeling van passende weigeringsgronden, de bevoegdheid tot het terugvorderen van onverschuldigd betaalde schadevergoedingen en het vorderen van een passende rente daarover, intrekking- en terugvorderingstermijnen en wat dies meer zij. Het zou mooi zijn wanneer daarover reeds bepalingen in de voorgestelde Awb-regeling zijn neergelegd, maar het is ook goed mogelijk dat de wetgever er uiteindelijk voor zal kiezen meer algemene bepalingen in de Awb op te nemen voor de intrekking van begunstigende beschikkingen en terugvordering van op die basis uitgekeerde gelden, waardoor deze onderwerpen ten aanzien van meerdere soorten besluiten (zoals nadeelcompensatie, tegemoetkoming, subsidie en uitkering) eenduidig zullen zijn geregeld. Voorstelbaar is zelfs zoiets als een algemene 'staatssteunwet', die niet alleen ziet op besluiten genomen binnen het (reguliere) bestuursrecht, maar ook bevoegdheden geeft bij terugvorderingen van steun die verstrekt werd via een civielrechtelijke rechtshandeling of een fiscale regeling.¹⁴⁵ Welke oplossing de wetgever ook kiest, duidelijk is dat er op korte termijn wetgeving tot stand moet worden gebracht die het mogelijk maakt dat steeds – en dus ook bij de terugvordering van schadevergoedingen van overheidswege – op een effectieve wijze aan de communautaire verplichtingen op het terrein van het staatssteunrecht kan worden voldaan.

¹⁴⁵ Dat de zaken ook daar nog niet goed zijn geregeld wordt onder meer duidelijk uit P.C. Adriaanse, 'Terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Knelpunten en oplossingen in het Nederlandse recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger, *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 199 e.v. en G.J. van Slooten, *Steunverlening en de Nederlandse bestuurspraktijk*, VAR-reeks 134, Den Haag: BJu 2005.