



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Staatssteun en de Nederlandse rechter

Ouden, W. den

Citation

Ouden, W. den. (2005). *Staatssteun en de Nederlandse rechter*. Deventer: Kluwer.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13877>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13877>

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

Staatssteun en de Nederlandse rechter

W. DEN OUDEN (red.)

met bijdragen van:

P.C. Adriaanse
L. Goossens
M.J. Jacobs
M.J. Kuiper

A.W.H. Meij
W. den Ouden
R.J.M. van den Tweel
R.J.G.M. Widdershoven

KLUWER 



INSTITUUT VOOR
RECHTSWETENSCHAPPELIJK
ONDERZOEK

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2005 W. den Ouden

Kluwer, Deventer

ISBN 90-1303-063-7

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inhoudsopgave

1	Ten geleide <i>M.J. Kuiper</i>	VII
2	De toetsing getoetst. De bestuursrechter en het EG-recht inzake staatssteun <i>M.J. Jacobs & W. den Ouden</i>	1
3	De rol van de nationale rechter en de Commissie op het gebied van staatssteun <i>A.W.H. Meij</i>	19
4	Effectieve rechtsbescherming in de praktijk <i>R.J.M. van den Tweel</i>	29
5	De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de toetsing aan het EG-recht <i>R.J.G.M. Widdershoven</i>	39
6	De rol van nationale rechters bij de terugvordering van onrechtmatige staatssteun <i>P.C. Adriaanse</i>	57
7	Staatssteun in de Belgische rechtscollages: aanpak van de Belgische rechter <i>L. Goossens</i>	87

Ten geleide

M.J. Kuiper[■]

Voor u liggen de gebundelde bijdragen aan een expertmeeting over de rol van de nationale rechter bij geschillen over staatssteun, die op initiatief van M.J. Jacobs en W. den Ouden op 4 maart 2005 plaats had. Recente ontwikkelingen in de rechtspraak, zowel communautair als nationaal, vormden een goed gesternte voor deze bijeenkomst.

‘Steunmaatregelen van de staten’ is de minder bekende afdeling van het mededingingshoofdstuk in het EG-Verdrag. Voor de rechtspraak heeft staatssteun als onderwerp van Europees recht lange tijd in de schaduw gestaan van het kartelrecht, waarmee het Europese mededingingsrecht niet zelden werd vereenzelvigd. Eveneens een goede reden aandacht te wijden aan de nationale rechtsspraak over staatssteun.

A.W.H. Meij schetst in zijn bijdrage het communautaire rechtskader en de rol die de nationale rechter hierin heeft te spelen. Die rol is uitgebreider en niet eenvoudiger geworden na de arresten van het Hof van Justitie in de zaken *Altmark* en *Pearle*.¹ Zijn stelling dat hierbij samenwerking met de Commissie buitengewoon nuttig of zelfs onontbeerlijk kan zijn, verdient mijns inziens enige nuancering.

M.J. Jacobs en W. den Ouden bespreken de wijze waarop de Nederlandse bestuursrechter toetst aan de EG-bepalingen inzake staatssteun en lichten deze toe aan de hand van een aantal recente uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Kritisch zijn zij over de indirecte, niet-inhoudelijke toetsing waarbij de Afdeling zich beperkt tot het oordeel of het verwerend bestuursorgaan voldoende is ingegaan op het EG-recht en aldus heeft voldaan aan nationale voorschriften van zorgvuldigheid en deugdelijke motivering.

R.J.G.M. Widdershoven plaatst deze toetsing door de Afdeling aan formele bestuursrechtelijke beginselen in een ruimer kader. In zijn algemeenheid acht hij deze formele toetsing EG-rechtelijk toelaatbaar, maar bij staatssteunbesluiten gaat deze doorgaans niet ver genoeg. De Afdeling doet aldus namelijk geen recht aan de eisen van stopzetting en terugvordering van steun, die voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Behoudens in bepaalde situaties

■ M.J. Kuiper is voormalig vice-president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

1 Zie hierover ook J.A. Winter, ‘Re(de)fining the notion of state aid in article 87(1) of the EC Treaty’, 41 *CML Rev.* (2004), 475-504, en de noot van J.W. van de Gronden bij het arrest *Pearle* in *SEW* 2005, nr. 4, p. 178-183.

die zich niet vaak zullen voordoen, zal de bestuursrechter zelf inhoudelijk moeten vaststellen of sprake is van staatssteun als bedoeld in artikel 87 EG.

R.J.M. van den Tweel vergelijkt de weg naar de nationale rechter, die voor concurrenten van steunontvangers openstaat, met hun mogelijkheid zich bij de Commissie te beklagen over verleende steun. Dat, zoals hij opmerkt, de nationale rechtspraak op het terrein van staatssteun nog in de kinderschoenen staat en dit onderwerp hierin jarenlang een slapend of sluimerend bestaan kende, gaat echter voorbij aan de zaken die sinds begin zeventiger jaren voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven hebben gespeeld over heffingen ter financiering van steunmaatregelen van de productschappen, en die ook hebben geleid tot prejudiciële vragen.²

P.C. Adriaanse gaat nader in op de rol van nationale rechter bij terugvordering van onrechtmatige staatssteun, enerzijds de terugvordering ter uitvoering van een daartoe strekkende Commissiebeschikking, anderzijds de terugvordering die een concurrent van de steunontvanger tracht te bewerkstelligen. Hij bespreekt hierbij een achttal uitspraken van de Nederlandse bestuurs- en civiele rechters.

L. Goossens ten slotte geeft een overzicht van de Belgische rechtspraak, dat in twee opzichten breder van opzet is dan verschillende van de hiervoor vermelde bijdragen. Niet alleen beperkt zij zich niet tot de rechtspraak van de bestuursrechter, maar zij bespreekt ook rechterlijke uitspraken over heffingen, bestemd voor de financiering van steunmaatregelen.

Is de concurrent wel altijd belanghebbende?

Anders dan de bespreking van Goossens zijn verschillende Nederlandse bijdragen geconcentreerd op de rechtsgedingen van concurrenten van de steunontvanger, aanhangig gemaakt bij de bestuursrechter en gericht tegen de steunverlening. Opvalt dat in geen van deze bijdragen de vraag wordt gesteld of een concurrent van een steunontvanger wel zonder meer belanghebbende is, met andere woorden wanneer het belang van die concurrent rechtstreeks bij de bestreden steunverlening is betrokken in de zin van artikel 1:2 van de Awb. Betoogd zou kunnen worden dat doorgaans slechts sprake is van een indirect belang – niet de steunverlening op zich, maar de daardoor veroorzaakte concurrentievervalsing raakt het belang van de concurrent – en dat die concurrent dan niet-ontvankelijk verklaard moet worden in zijn bezwaar.

Tot die conclusie kwam ook de Staatssecretaris van Economische Zaken, bij wie een Franse zoutproducent en een Franse vereniging van zoutproducenten bezwaar hadden gemaakt tegen een investeringssubsidie voor de bouw van een zoutfabriek in Harlingen. Het College van Beroep voor het bedrijfs-

2 Zie arrest van het Hof van Justitie EG van 23 januari 1975, Bloembollen, zaak 51/74, met name punten 38-43, *Jur.* 1975, p. 96-97.

leven oordeelde anders en vernietigde het besluit van de Staatssecretaris van EZ, omdat aangenomen kon worden dat de Franse zoutproducenten op dezelfde markt kunnen opereren als de steunontvangende Frima BV.³

Overigens kwamen appellanten tegen het daaropvolgende besluit van de Staatssecretaris van EZ opnieuw in beroep. In zijn uitspraak hierop overwoog het College van Beroep dat de in geding zijnde subsidie is toegezegd met inachtneming van artikel 93, lid 3, EG (thans artikel 88, lid 3, EG), en voorts dat aan die conclusie een eventuele, door appellanten gestelde ongeldigheid van de goedkeuring door de Commissie niet afdoet. Zodanige ongeldigheid betekent namelijk niet dat de in geding zijnde subsidie is verleend in strijd met artikel 93, lid 3, EG en dat is de toetssteen voor de nationale rechter. Voor het stellen van een prejudiciële vraag over de opgeworpen geldigheidsvraag zag het College dan ook geen grond.⁴

Suiker is geen zout. Het bezwaar van een reeks Franse suikerproducenten tegen de toekenning aan een Nederlandse onderneming van een productiequotum op grond van de gemeenschappelijke marktordening in de suikersector, verklaarde het College van Beroep alsnog niet-ontvankelijk. Het door appellanten gestelde belang was naar het oordeel van het College namelijk niet als rechtstreeks en actueel gevolg van de quotumtoekenning aan te merken.⁵ Nu heeft toekenning van een productiequotum een ander effect op de positie van concurrenten die al over een productiequotum beschikken, dan het effect van steunverlening op de positie van concurrenten die verstoken blijven van die steun. Toch illustreert de laatstvermelde uitspraak dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat iedere concurrent ook rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen door steunverlening aan een branchegenoot en ontvankelijk zal zijn in zijn rechtsmiddelen tegen die steunverlening.

In het geval een concurrent niet-ontvankelijk is, komt de bestuursrechter niet toe aan de rol die hij heeft te spelen ter handhaving van de verbodsbepaling van artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG.

3 Uitspraak van het CBB van 29 augustus 1995, nr. 94/2940/062/230, gepubliceerd in UCB - Uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven 1995, nr. 50.

4 Frappant is dat het Gerecht van eerste aanleg (GEA) nauwelijks 6 weken later een beroep tegen vermelde goedkeuring van de Commissie niet-ontvankelijk verklaarde, daarbij onder meer overwegende dat appellanten voor de nationale rechter kunnen opkomen tegen de steunverlening en daarbij de geldigheid van de goedkeuring door de Commissie in geding kunnen brengen, waarover de nationale rechter vervolgens een prejudiciële vraag kan of moet stellen. Zie uitspraak van het CBB van 4 september 1996, nr. 95/1485/062/230, alsmede arrest van het GEA van 22 oktober 1996, T-330/94, beide geannoteerd door A.W.H. Meij en gepubliceerd in UCB - Uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven 1996, nr. 83A respectievelijk nr. 83B.

5 Uitspraak van het CBB van 13 december 2000, nr. AWB 95/0016/060/013, gepubliceerd in UCB - Uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven 2000/2001, nr. 49.

Een ander aspect van de uitspraak Martiniplaza

In hun bijdrage bekritiseren Jacobs en Den Ouden de toetsing door de Afdeling bestuursrechtspraak aan formele bestuursrechtelijke beginselen van zorgvuldigheid en deugdelijke motivering, zoals met name in de uitspraak Martiniplaza toegepast. Widdershoven en Adriaanse onderschrijven deze kritiek in beginsel. Ook elders zijn kritische geluiden te beluisteren over de wijze van toetsing in genoemde uitspraak.⁶

Wat overigens opvalt is dat in geen der bijdragen met zoveel woorden wordt gesteld dat de uitspraak Martiniplaza ook in strijd is met, immers een miskenning vormt van, de rechtstreekse toepasselijkheid van het uitvoeringsverbod van artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG. Deze rechtstreekse toepasselijkheid brengt, in de woorden van het Hof van Justitie, mee dat het uitvoeringsverbod 'voor de burgers rechten schept die door de nationale rechterlijke instanties *moeten* worden gehandhaafd'.⁷

Toch valt ook iets ter verdediging van de door de Afdeling bestuursrechtspraak gevolgde toetsing aan te voeren, nog afgezien van hetgeen wordt opgemerkt door Van den Tweel, die zich in zijn bijdrage distantieert van de kritiek van genoemde andere auteurs.

Indien in geschil is of een in geding zijnde, niet bij de Commissie aangemelde subsidie een steunmaatregel in de zin van artikel 87 EG vormt, staan de nationale rechter in beginsel drie wegen open om daarover duidelijkheid te geven, te weten:

- a) zonder meer zelf de subsidie kwalificeren en aldus beslissen over toepasselijkheid van het uitvoeringsverbod van artikel 88, lid 3, laatste volzin, EG;
- b) eerst de Commissie daaromtrent raadplegen;
- c) aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag stellen.

De eerste weg was voor de Afdeling bestuursrechtspraak weinig aantrekkelijk, omdat een kwalificatie die achteraf rechtens onjuist zou blijken, een situatie zou scheppen, die neteliger is dan die in de zaak Kühne & Heitz.⁸ Zowel de schade die de beoogde begunstigde zal lijden als hij van de verleende steun zou moeten afzien, als de schade van de concurrent indien het uitvoeringsverbod van artikel 88, lid 3, EG niet zou worden toegepast, is (tenminste deels) onherstelbaar als de onderliggende kwalificatie achteraf onjuist blijkt te zijn.

6 Zie bijv. de op 31 mei 2005 gehouden oratie van J.H. Jans, *Doorgesloten? – Enkele opmerkingen over de gevolgen van Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak*, p. 19.

7 (Mijn cursivering in citaat uit) Punt 8 van het arrest van het Hof van Justitie van 11 december 1973, 120/73, Lorenz, *Jur.* 1973, p. 1483.

8 Zie arrest van het Hof van Justitie van 13 januari 2004, C-453/00, Kühne & Heitz.

Voor dit probleem biedt het voorafgaand raadplegen van de Commissie echter geen soelaas. Ten eerste is de Commissie niet onafhankelijk in haar oordeel over de vraag of sprake is van aanmeldingsplichtige staatssteun, en zal de Commissie zich in haar advies, dat niet bindend is, (mede) laten leiden door haar eigen mededingingspolitieke overwegingen. Ten tweede blijkt de Commissie niet zelden een voor het Hof van Justitie in geding zijnde subsidie ten onrechte als steunmaatregel in de zin van artikel 87 EG te hebben beschouwd, zoals bijvoorbeeld geïllustreerd wordt in de arresten *PreussenElektra* en *Pearle*.⁹ Ten derde zou een bij de Commissie ingewonnen advies de Afdeling bestuursrechtspraak niet ontslaan van haar verplichting ex artikel 234 EG om bij twijfel ter zake een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen. Het inwinnen van advies bij de Commissie zou op zich al een aanwijzing vormen dat de nationale rechter aanleiding tot twijfel ziet. Dat raadpleging van de Commissie voor de nationale rechter buitengewoon nuttig of onontbeerlijk kan zijn, valt daarom in zijn algemeenheid te betwijfelen.

Het stellen van een prejudiciële vraag ten slotte betekent verlenging van de procedure met ruim twee jaar, wat voor de betrokken procespartijen en de beoogde steunontvanger geen aantrekkelijk alternatief vormt, en tot het treffen van een voorlopige voorziening zou kunnen nopen.

Dat de Afdeling bestuursrechtspraak gesteld voor dit dilemma in de zaak *Martiniplaza* er voor heeft gekozen de kwalificatie van de staatssteun via het zorgvuldigheidsbeginsel op verweerder af te wentelen, is daarom uit oogpunt van geschillenbeslechting en proceseconomie niet onbegrijpelijk en wellicht voor betrokken partijen een redelijke uitkomst.

Met het belichten van dit andere aspect van de uitspraak *Martiniplaza* wordt de in genoemde bijdragen geuite kritiek gerelativeerd, niet weerlegd.

Ik hoop dat deze inleidende beschouwingen voor u een extra prikkel vormen met belangstelling de hierbij gebundelde bijdragen te lezen.

⁹ Zie arresten van het Hof van Justitie van 13 maart 2001, C-379/98, *PreussenElektra*, *Jur.* 2001, p. I-2099, en van 15 juli 2004, C-345/02, *Pearle*, *NJ* 2005, 197, m.nt. MRM.

1 INLEIDING

De bestuursrechter kan op verschillende manieren te maken krijgen met het staatssteunrecht. Eén categorie van de bestuursrechtelijke geschillen waarbij het staatssteunrecht relevant is, wordt gevormd door zaken waarin de appellant stelt dat het door hem aangevochten besluit in strijd komt met het bepaalde in artikel 88 EG, derde lid. Daaruit volgt dat voorgenomen steunmaatregelen, zoals omschreven in artikel 87 EG, eerste lid, door de lidstaten bij de Europese Commissie moeten worden gemeld en door de Commissie moeten worden goedgekeurd voordat zij ten uitvoer mogen worden gelegd (de zogenaamde stand-still-verplichting). In dit discussiepaper zal de stelling worden betrokken dat de Nederlandse bestuursrechter in dergelijke zaken in concreto zal moeten toetsen of het aangevochten besluit in strijd komt met het EG-recht, wat vaak zal meebrengen dat hij een oordeel moet geven over het 'staatssteunkarakter' van het aangevochten besluit. Nederlandse bestuursrechters lijken dit wel eens anders te zien.

Wij beperken ons in deze tekst tot subsidiekwesies waarin een concurrent van de ontvanger bezwaren heeft tegen de subsidieverstrekking omdat hij meent dat er sprake is van onrechtmatige staatssteun. Als gezegd zijn er echter ook andere categorieën van bestuursrechtelijke geschillen waarbij het staatssteunrecht relevant is. Zo kunnen geschillen over heffingen die dienen ter financiering van steunmaatregelen aan de bestuursrechter worden voorgelegd.¹ Adriaanse zal in zijn bijdrage ingaan op bestuursrechtelijke terugvorderingsgeschillen met ontvangers van onrechtmatige staatssteun.²

■ Mr. M.J. Jacobs is senior-onderzoeker bij de Afdeling staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en zij is werkzaam bij het Ministerie van Justitie. Mr. dr. W. den Ouden is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Zie bijv. CBB 7 april 2004, LJN-nr. AO 7843 (bloemkwekerijheffing).

2 Zie over nationale procedures waarin het staatssteunrecht relevant is verder: B. Hessel, J.R. van Angeren, W. den Ouden & G.J. van Slooten, *Staatssteun op het grensolak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, VAR-reeks 134, Den Haag: BJu 2005.

2 COMMUNAUTAIR KADER

Bij de handhaving van het EG-rechtelijke staatssteunrecht rust een taak op zowel de Europese Commissie, als op de nationale rechters van de lidstaten. De bevoegdheden die hen ter uitvoering van die taak toekomen, verschillen echter principieel. De Europese Commissie is exclusief bevoegd om te beoordelen of een voorgenomen maatregel een steunmaatregel inhoudt, die (on)verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Nationale rechters hebben die bevoegdheid – in beginsel – niet, hun taak ligt in het beschermen van de rechten die individuen aan artikel 88, derde lid, EG kunnen ontlenen. Concreet betekent dit dat zij beoordelen of de stand-still-verplichting in een bepaald geval geldt en in acht is genomen.

Op het eerste gezicht lijken de bevoegdheden van de Commissie en de nationale rechters duidelijk van elkaar te onderscheiden, maar in de praktijk blijkt het toch niet altijd mee te vallen voor nationale rechters om de reikwijdte van hun bevoegdheden te overzien. Met name bij geschillen die door concurrenten van steunontvangers worden voorgelegd, doet zich de vraag voor waar toe de nationale rechter bevoegd en gehouden is op grond van het EG-recht. Naar aanleiding van prejudiciële vragen hierover heeft het HvJ EG enkele principiële arresten gewezen. Uit het arrest FNCEPA/Frankrijk³ volgt dat de nationale rechter artikel 87, eerste lid, EG – en dus het begrip steunmaatregel – soms moet uitleggen om te kunnen beoordelen of aan de meldplicht van artikel 88, derde lid, EG.⁴ Wanneer dusdoende blijkt dat een bepaalde handeling staatssteun vormt die ten onrechte niet is aangemeld, is actie geboden, aldus het Hof:

‘De nationale rechterlijke instanties dienen de justitiabelen die zich op een dergelijke miskenning kunnen beroepen, te waarborgen dat daaruit, overeenkomstig hun nationaal recht, alle consequenties zullen worden getrokken, zowel wat betreft de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen,

3 Zaak C-354/90.

4 Eerder al in zaak 78/76 (Steinike & Weinlig) en onlangs nog in zaak C-345/02 (Pearle e.a), r.o. 31. Zie ook Kapteyn VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 711. Voor toepassing van deze jurisprudentie verwijzen wij naar CBB 4 september 1996, AB 1996, 490, m.nt. JHvdV. Het CBB overweegt eerst dat de rol van de Commissie bij de vaststelling van de eventuele onverenigbaarheid van een steunmaatregel fundamenteel verschilt van de rol van nationale rechterlijke instanties bij het beschermen van concurrenten. De vraag of de aan de orde zijnde subsidie een steunmaatregel inhoudt, kan in dit geding volgens het CBB niet aan de orde kan komen. Wel moet worden gezien of de subsidie is verstrekt met in achtneming van artikel 93 lid 3 EG (nu 88 lid 3). Daarover stelt het CBB vast dat niet is gebleken dat de subsidietoezegging verder gaat dan de steunmaatregel die bij de Commissie is aangemeld. Om die reden concludeert het CBB dat de subsidietoezegging is gedaan met inachtneming van artikel 93 lid 3 EG.

als wat betreft de terugvordering van in strijd met deze bepaling of eventuele voorlopige maatregelen verleende financiële steun.⁵

Daarbij merkt het Hof op dat het weliswaar zo is dat de Commissie niet de bevoegdheid heeft steunmaatregelen onwettig te verklaren op de enkele grond dat zij niet zijn aangemeld,⁶ maar dat deze regel geen betekenis heeft voor de plichten die rusten op de nationale rechter.

Voorts is het Hof kort en duidelijk over de vraag wat rechtens is wanneer de Commissie een steunmaatregel goedkeurt, die aanvankelijk niet was aangemeld en met betrekking waartoe ook reeds uitvoeringshandelingen waren verricht voordat de steunmaatregel werd goedgekeurd:

‘Dienaangaande moet worden vastgesteld dat, om te voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de rechtstreekse werking van artikel 93, lid 3, (nu artikel 88, lid 3, RJ/WdO) laatste volzin, EEG-Verdrag en dat de belangen van de justitiabelen, die de nationale rechterlijke instanties zoals gezegd dienen te beschermen, worden geschonden, deze eindbeslissing van de Commissie niet tot gevolg heeft, dat de ongeldigheid van uitvoeringsmaatregelen die in strijd met het in dit artikel neergelegde verbod zijn vastgesteld, achteraf wordt gedekt. Iedere andere uitlegging zou in de hand werken dat de betrokken Lid-Staat artikel 93, lid 3, laatste volzin, niet in acht neemt en zou deze bepaling van haar nuttig effect beroven.’⁷

Ook in de zaak SFEI/La Poste⁸ gaat het Hof in op de te onderscheiden taken van Commissie en nationale rechter bij het toezicht op de naleving van de artikelen 87 en 88 EG. Het Hof herhaalt dat de nationale rechter ‘alle consequenties’ moet trekken naar nationaal recht wanneer artikel 88, derde lid, EG is geschonden. De Commissie kan, anders dan de nationale rechter, geen onmiddellijke teruggave gelasten van de niet-gemelde staatssteun, aldus het Hof.⁹ Daarom kan het feit dat de Commissie een onderzoeksprocedure heeft geopend de nationale rechter niet ontheffen van zijn verplichting om de rechten van justitiabelen te beschermen bij schending van de meldplicht. Wanneer hij in dat kader twijfelt over de juiste uitleg van het begrip staatssteun kan hij de Commissie om opheldering verzoeken, zo heeft de Commissie zelf expliciet aangegeven in haar Bekendmaking betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de staten.¹⁰ Daarnaast kan de nationale rechter over de uitleg van artikel

5 R.o. 12, vgl. zaak C-390/98 (Banks & Co tegen Coal Authority), r.o. 73.

6 Vgl. zaak C-301/87 (Boussac) en zaak C-142/87 (België/Commissie).

7 Zaak C-354/90 (FNCEPA), r.o. 16.

8 Zaak C-39/94.

9 Dat ligt nu overigens anders, zie art. 11, lid 2 Procedureverordening waaruit blijkt dat de Commissie een beschikking kan geven waarin een bevel tot voorlopige terugvordering kan worden gegeven wanneer aan strikte voorwaarden is voldaan. Daarover: N.E.M. Kohl, Procedureverordening staatssteun van kracht, NTER 1999, p. 183 e.v.

10 PB 1995, C 312.

87 een prejudiciële vraag stellen aan het HvJ EG (onder omstandigheden is hij daartoe zelfs verplicht). Het Hof overwoog:

‘dat een nationale rechterlijke instantie die zich heeft uit te spreken over een verzoek om de consequenties te trekken uit de schending van artikel 93, lid 3, laatste volzin, van het Verdrag, wanneer de zaak tegelijkertijd ook is voorgelegd aan de Commissie en deze zich nog niet heeft uitgesproken over de vraag of de betrokken overheidsmaatregelen steunmaatregelen van de staat zijn, niet verplicht is zich onbevoegd te verklaren of de uitspraak aan te houden totdat de Commissie haar standpunt heeft bepaald over de kwalificatie van de betrokken maatregelen. (...) In geval van raadpleging van de Commissie of prejudiciële verwijzing naar het Hof, dient zij te onderzoeken of voorlopige maatregelen moeten worden gelast teneinde de belangen van partijen te beschermen in afwachting van haar definitieve uitspraak.’¹¹

De verplichting van de nationale rechter om de rechten van justitiabelen te beschermen bij de schending van de meldplicht, brengt met zich mee dat de constatering dat er steun is toegekend in strijd met artikel 88, derde lid, EG in beginsel moet leiden tot de teruggave van de steun. Op de teruggave zijn, volgens het beginsel van de procedurele autonomie, de interne procedureregels van de desbetreffende lidstaat van toepassing. Het Hof overwoog dienaangaande:

‘Gelet op het belang voor de goede werking van de gemeenschappelijke markt van de eerbiediging van de procedure van voorafgaand toezicht op de voorgenomen steunmaatregelen van de staat, moeten de nationale rechterlijke instanties in beginsel een verzoek om teruggave van in strijd met artikel 93, lid 3, van het Verdrag betaalde steun toewijzen.’¹²

In het arrest *Banks & Co tegen Coal Authority*¹³ worden de taken van de nationale rechter bij verzaking van de meldplicht als volgt nader gepreciseerd:

‘Dienaangaande vormt het herstel van de situatie van vóór de betaling van een onwettige of met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun een noodzakelijk 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 (...)’

In de reeds genoemde bekendmaking van de Commissie betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de staten van 23 november 1995, borduurt de

11 Zaak C-39/1994 (SFEI/La Poste), r.o. 53.

12 Zaak C-39/1994 (SFEI/La Poste), r.o. 70.

13 Zaak C-390/1998, r.o. 75.

Commissie voort op (met name) het arrest FNCEPA. Zij legt de nadruk op haar verantwoordelijkheid voor de tenuitvoerlegging en ontwikkeling van het mededingingsbeleid in het openbare belang van de Gemeenschap, tegenover de verantwoordelijkheden van de nationale rechter die zorgdraagt voor de rechtsbescherming van particulieren en voor het doen naleven van plichten door de lidstaat, gewoonlijk op verzoek van particulieren. Nadat de jurisprudentiële beginselen en uitgangspunten, zoals die hiervoor aan de orde kwamen op een rij zijn gezet, stelt de Commissie dat zij zich ervan bewust is dat de ontwikkelde beginselen inzake de toepassing van de artikelen 87 en 88 EG door de nationale rechter complex zijn en soms onvoldoende ontwikkeld om nationale rechters in staat te stellen hun rechterlijke taak op dit vlak naar behoren te vervullen. De Commissie wil hen daarin bijstaan en kondigt in dat kader aan zoveel mogelijk informatie te zullen blijven verstrekken over steunzaken en het daarop betrekking hebbende beleid in de vorm van velerlei publicaties (waaronder mededelingen, beschikkingen en jaarverslagen inzake het mededingingsbeleid). Verder zal de Commissie op verzoek informatie van procedurele aard verstrekken; de nationale rechter kan bijvoorbeeld navragen of een bepaalde zaak in behandeling is bij de Commissie, of een concrete steunmaatregel is gemeld¹⁴ en of een onderzoeksprocedure is ingeleid. Ook zal de Commissie op verzoek informatie verstrekken over het staatssteunbegrip, vervalsing van mededinging door steunmaatregelen en de invloed daarvan op het handelsverkeer. Nationale rechters kunnen vragen naar de gangbare praktijk van de Commissie bij beoordeling van deze zaken en allerlei feitelijke gegevens opvragen, zoals statistieken, marktstudies en economische analyses. De Commissie benadrukt dat door haar verstrekte informatie en adviezen niet bindend zijn voor de nationale rechter.

Opvallend is dat de Commissie een accent legt op de beperktheid van haar eigen bevoegdheden wanneer een particulier klaagt over (vermeende) onrechtmatige staatssteun en de voordelen die het voor particulieren kan meebrengen om in zo'n geval te procederen voor de nationale rechter benadrukt.¹⁵ Zo kan de Commissie geen schadevergoeding toekennen aan gedupeerden van een schending van het bepaalde in artikel 88 EG, derde lid. Bovendien kan de nationale rechter gewoonlijk snel voorlopige maatregelen vaststellen en beëindiging van inbreuken op rechten van justitiabelen gelasten en de verwerende partij veroordelen in de proceskosten die eiser heeft moeten maken, aldus de Commissie.

Kort gezegd volgt uit de jurisprudentie van het HvJ EG dat nationale rechters zodanige maatregelen moeten nemen, dat de concurrenten van de ontvan-

14 Zie voor een voorbeeld CBB 7 april 2004, LJN-nr. AO 7843. In deze zaak vroeg het CBB de Commissie schriftelijk om informatie over de aanmelding van een steunmaatregel. Het College ontving antwoord na precies drie maanden.

15 Vgl. J. Flynn, *The role of National Courts*, in: A. Biondi e.a. (ed.), *The law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press 2004, p. 330 e.v.

ger van staatssteun die in strijd met de stand-still-verplichting is verstrekt, zoveel mogelijk worden beschermd tegen de gevolgen van de onrechtmatige tenuitvoerlegging van een steunmaatregel. Daarvoor zal het vaak nodig zijn dat de nationale rechter in een concreet geval beoordeelt of de maatregel in kwestie een steunmaatregel vormt en zodoende artikel 87, eerste lid, EG moet uitleggen. Daarbij kan hij hulp vragen aan de Europese Commissie of een prejudiciële vraag aan het HvJ EG stellen. Wanneer de stand-still-verplichting inderdaad geschonden blijkt, geldt dat het herstel van de situatie van vóór de betaling van onwettige of met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun het uitgangspunt moet zijn. Zonodig moet de nationale rechter tijdelijke maatregelen treffen die de belangen van de betrokken partijen beschermen in afwachting van een definitieve uitspraak.

3 TOETSING AAN HET EUROPESE RECHT DOOR NEDERLANDSE BESTUURSRECHTERS

In hun boek *Inleiding tot het Europees bestuursrecht* beschrijven Jans, De Lange, Prechal en Widdershoven vier manieren waarop Nederlandse bestuursrechters aangevochten besluiten plegen te toetsen aan EG-recht.¹⁶

- a. Concrete toetsing: de bestuursrechter beoordeelt in concreto of het aangevochten besluit in overeenstemming is met het EG-recht. Als het besluit niet in overeenstemming is met het EG-recht wordt het vernietigd.
- b. Abstracte toetsing: de bestuursrechter beoordeelt of de nationale wettelijke regeling op basis waarvan het aangevochten besluit werd genomen, in overeenstemming is met het EG-recht. Als de wettelijke regeling niet in overeenstemming is met het EG-recht, wordt deze regeling onverbindend verklaard of buiten toepassing gelaten. Het gevolg is dat het aangevochten besluit geen grondslag meer heeft en vernietigd moet worden.
- c. Abstracte toetsing met splitsing: de bestuursrechter beoordeelt of de nationale wettelijke regeling op basis waarvan het aangevochten besluit werd genomen, in overeenstemming is met het EG-recht. Als de wettelijke regeling niet in overeenstemming is met het EG-recht wordt het gedeelte van de regeling dat niet in overeenstemming is met het EG-recht buiten toepassing verklaard. Als het aangevochten besluit was gebaseerd op het buiten toepassing verklaarde gedeelte van de regeling, wordt het vernietigd. Het aangevochten besluit kan in stand blijven als het is gebaseerd op een gedeelte van de regeling dat wel in overeenstemming is met het EG-recht.
- d. Toetsing aan formele beginselen van behoorlijk bestuur: Bij deze vorm van toetsing toetst de rechter het aangevochten besluit niet inhoudelijk aan

16 J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 128-135.

het EG-recht, maar beoordeelt hij of bij de totstandkoming van het besluit door het bestuursorgaan is gezien of het besluit in overeenstemming is met EG-recht en/of uit de motivering blijkt hoe het besluit zich verhoudt tot het Europese recht. Is dat niet het geval, dan wordt het aangevochten besluit vernietigd op grond van een formeel algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Jans c.s. stellen dat toetsing via een formeel beginsel van behoorlijk bestuur (en dan met name aan het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel), een aantrekkelijke optie voor de bestuursrechter kunnen zijn. Deze hoeft dan namelijk geen inhoudelijk oordeel te geven over de verenigbaarheid van het besluit met het EG-recht of de verenigbaarheid van een wettelijke regeling met het EG-recht.¹⁷ Zeker in gevallen waarin wordt gesteld dat een aangevochten besluit staatssteun inhoudt kan een dergelijke aanpak attractief zijn: om kunnen te beoordelen of een concreet besluit (bijvoorbeeld een subsidiebesluit) staatssteun inhoudt, moeten complexe en (voor velen) onoverzichtelijk rechtsregels van Europese origine worden toegepast, waarbij vaak financiële en economische beoordelingen moeten worden gegeven waarvoor de rechter niet steeds gekwalificeerd lijkt te zijn.

Interessant is de vraag of een dergelijke toetsing ook door de EG-rechtelijke beugel kan. Jans c.s. stellen – voorzichtig – dat, hoewel een concrete toetsing het de meest ‘natuurlijke’ toetsingsmethode is, uit het Europese recht geen dwingende voorkeur lijkt te kunnen worden afgeleid. Uit de zaak *Upjohn Ltd*,¹⁸ die betrekking had op de intrekking van vergunningen voor het in de handel brengen van farmaceutische specialiteiten, leiden zij af dat iedere vorm van ‘normale’ rechterlijke toetsing toelaatbaar zou zijn.

Nu binnen het huidige Nederlandse bestuursprocesrecht door de bestuursrechter als uitgangspunt is gekozen dat de vergaring van de voor een besluit relevante feiten primair plaatsvindt tijdens de bestuurlijke besluitvorming en dat de bestuursrechter die feitengaring toetst op zorgvuldigheid en volledigheid,¹⁹ lijkt de indirecte toetsing aan het EG-recht, via een formeel beginsel van behoorlijk bestuur, derhalve wel mogelijk. Toch willen wij hier anders betogen: wij menen dat wanneer over een aangevochten besluiten wordt gesteld dat het onrechtmatige staatssteun inhoudt, slechts de concrete en de abstracte toetsing (eventueel met splitsing) zoals hiervoor omschreven voldoen.

17 Jans c.s., a.w., p. 134.

18 Zaak C-120/97.

19 Zie daarover o.a.: M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Awb monografieën, Deventer: Kluwer 2003, p. 202, E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, Balanceren boven nul, de vaststelling van de feiten in het bestuursprocesrecht, *NTB* 2000, p. 214 e.v., R.H. de Bock, De toetsing van de feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de Afdeling bestuursrechtspraak, *JB-plus* 2000, p. 66 e.v. en J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak* (oratie UL), Deventer: Kluwer 2000, p. 19 e.v. Zie ook de bijdrage van Widdershoven in deze bundel, p. 40 e.v.

Wij komen tot deze opvatting omdat wij – overigens met Jans c.s.²⁰ – van mening zijn dat de keuze voor een bepaalde vorm van rechterlijke toetsing niet mag leiden tot een resultaat dat niet met doel en strekking van het relevante gemeenschapsrecht in overeenstemming is. Wanneer bij staatssteunkwesties aangebracht door de concurrent van de ontvanger wordt gekozen voor een indirecte toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, leidt dat tot een resultaat dat niet met het bepaalde in artikel 88 EG, derde lid, in overeenstemming is, zo blijkt uit de hiervoor behandelde Europese jurisprudentie met betrekking tot deze bepaling en de daaruit voortvloeiende taak van de nationale rechter. Immers, de bestuursrechter geeft dan geen oordeel over de vraag of de stand-still-bepaling is geschonden (en komt dus ook niet toe aan het treffen van maatregelen die nodig kunnen zijn om herstel van de situatie van voor de onrechtmatige tenuitvoerlegging van de steunmaatregel te herstellen), maar hij volstaat met de uitspraak dat het bestuursorgaan bepaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij het nemen van het gewraakte besluit niet in acht heeft genomen. Daarna is het bestuursorgaan in kwestie weer aan zet, zo zal blijken in de volgende paragraaf waarin wij ter illustratie enkele recente casus bespreken.²¹

4 ENKELE RECENTE NEDERLANDSE CASUS

*Casus Martiniplaza*²²

Enkele jaren geleden had de exploitant van de Martinihal in Groningen verbouwplannen omdat hij de toenmalige accommodatie te klein vond. De verbouwing kon worden gefinancierd met een bijdrage uit het Europees Fonds voor de Regionale Ontwikkeling (hierna: EFRO) en een bijdrage van het openbaar lichaam 'Samenwerkingsverband Noord-Nederland' (hierna: SNN). De exploitant van de in Friesland gelegen Prins Bernhardhoeve vreesde voor de exploitatie van zijn eigen beurscomplex en maakte bezwaar tegen de subsidie die SNN had verleend. De kern van het bezwaar was dat concurrenten van de Martinihal in een nadeliger positie werden gebracht door de subsidie omdat de Martinihal voor haar producten door de subsidie lagere tarieven kon rekenen. De exploitant van de Prins Bernhardhoeve meende dat er sprake was van staatssteun in de zin van artikel 87 EG, eerste lid, die op grond van artikel 88 EG, derde lid, had moeten worden aangemeld bij de Commissie. In bezwaar ving de concurrent bot. De SNN verklaarde de bezwaren ongegrond. In beroep

20 Jans c.s. a.w., p. 134.

21 De gekozen uitspraken worden bij wijze van voorbeeld besproken, waarbij is geprobeerd de belangrijkste (richtinggevende) zaken te selecteren. Wij pretenderen niet dat het om een uitputtende reeks gaat en beseffen terdege dat op basis van een dergelijk kleine selectie slechts voorzichtige en voorlopige algemene conclusies kunnen worden getrokken.

22 ABRS 17 december 2003, AB 2004, 262, m.nt. Rianne Jacobs en Willemien den Ouden.

had de concurrent meer succes: het beroep werd gegrond verklaard omdat de subsidie volgens de Rechtbank Groningen ten onrechte niet was aangemeld bij de Europese Commissie. Bovendien had de subsidieverlener op basis van het Nederlandse recht (art. 3:2 Awb) moeten onderzoeken wat de invloed van de subsidieverlening zou zijn op de concurrentieverhoudingen tussen de Martinihal en de Prins Bernhardhoeve, aldus de Rechtbank.

Zowel het bestuur van de SNN als de subsidieontvanger, de exploitant van de Martinihal, gingen in hoger beroep tegen deze uitspraak. De Afdeling bestuursrechtspraak deed echter geen uitspraak over het aangevochten oordeel van de rechtbank dat het in casu staatssteun betrof. De Afdeling overwoog slechts dat

‘niet is uitgesloten dat de subsidieverlening invloed kan hebben op het handelsverkeer tussen Nederland en andere lidstaten, in het bijzonder Duitsland (...). Gelet hierop had het op de weg van de bestuurscommissie gelegen om zich er bij de Commissie afdoende van te vergewissen dat de aanmeldingsverplichting van art. 88 lid 3 EG niet van toepassing is op de subsidieverlening, of dat de subsidieverlening valt onder de vrijstellingsregeling van verordening (EG) Nr. 70/2001, dan wel om het voornemen tot subsidieverlening overeenkomstig art. 88 lid 3 EG, aan te melden.’

Wegens het niet nakomen van wat de Afdeling de ‘vergewisplicht’ noemt heeft de subsidiënt gehandeld in strijd met de plicht tot zorgvuldige voorbereiding van besluiten (artikel 3:2 Awb), aldus de Afdeling. Zij geeft zodoende geen rechtstreeks oordeel over de vraag of de subsidiënt aan haar communautaire verplichtingen heeft voldaan; schending van het gemeenschapsrecht wordt in een vertrouwd nationaal jasje gehesen. De Afdeling maakt geen gebruik van de mogelijkheden om de Europese Commissie om advies te vragen of om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof en dat terwijl uit de uitspraak blijkt dat zij het onduidelijk acht of de subsidie aan de eigenaar van de Martinihal als (onrechtmatige) staatssteun moet worden gekwalificeerd. Ook maakt zij geen gebruik van de mogelijkheden van artikel 8:72 Awb, vijfde lid, bijvoorbeeld door het bestuursorgaan een termijn te stellen waarbinnen de nieuwe beslissing op bezwaar moet zijn genomen.²³

De jurisprudentie van het Hof van Justitie EG indachtig, kan de vraag worden gesteld of er hier zodanige maatregelen worden getroffen dat concurrenten van de ontvanger van staatssteun zoveel mogelijk worden beschermd tegen de (wellicht) onrechtmatige tenuitvoerlegging van een steunmaatregel. Wij denken van niet. Omdat de rechter niet toekomt aan een concreet oordeel over de verenigbaarheid tussen het aangevochten besluit en het bepaalde in art. 88 EG, derde lid, is het gevolg van de uitspraak slechts dat de subsidiever

23 Hetgeen gezien het feit dat het bestuursorgaan anderhalf jaar de tijd nam voor de eerste beslissing op bezwaar, geen overbodige luxe zou zijn geweest.

opnieuw een beslissing op bezwaar moet nemen (waarbij het oordeel van de Afdeling uiteraard wel dient te worden betrokken en dus overleg met de Europese Commissie nodig zal zijn). Voorlopig wordt de geldigheid van het besluit waarmee de potentieel onrechtmatige steun werd verstrekt niet aangetast²⁴ en wordt de exploitant van de Prins Bernhardhoeve geen concrete bescherming geboden.

*Casus Concertzender*²⁵

Sinds 1993 verzorgde de Stichting Concertzender Nederland (hierna: SCN) een commerciële radiozender voor zgn. 'serieuze muziek' onder de naam 'Concertzender'. Na verloop van tijd werd echter duidelijk dat de Concertzender niet kon bestaan op commerciële basis. De staatssecretaris van OCW bleek bereid om een eenmalige overbruggingssubsidie voor de jaren 1998 en 1999 te verstrekken. Daarvoor was het nodig dat de Concertzender zou worden gepositieerd als een nevenactiviteit van de NOS. Het was publieke omroepen in die tijd niet toegestaan om publieke middelen aan te wenden voor de bekostiging van een commerciële omroep, maar het was ze wel toegestaan om nevenactiviteiten te verrichten, mits die nevenactiviteiten niet in strijd kwamen met artikel 57a Mediawet. Om voor de subsidie in aanmerking te komen, moest de Concertzender zijn commerciële status opgeven.

Concurrenten van de Concertzender maakten bezwaar tegen de subsidieverlening door de staatssecretaris. In bezwaar en beroep werden de bezwaren niet-ontvankelijk verklaard wegens gebrek aan belang.²⁶ In hoger beroep stelden de concurrenten dat de rechtbank had miskend dat een vernietiging van het bestreden besluit niet alleen tot gevolg kan hebben dat de ten onrechte uitgekeerde subsidie door de ontvanger aan de Staat moet worden terugbetaald, maar dat daarmee ook de schadeplichtigheid van de Staat ten opzichte van hen zou zijn gegeven. SCN zou door de subsidie een financiële voorsprong hebben gekregen op concurrerende commerciële radiozenders en de concurrenten zouden schade hebben geleden door deze (in hun ogen) oneerlijke concurrentie.

De Afdeling bestuursrechtspraak overwoog in navolging van de Rechtbank Amsterdam dat van een subsidie als deze in de toekomst geen sprake meer zou zijn.²⁷ De gewijzigde Mediawet staat het sinds 1 september 2000 toe dat

24 Door vernietiging van de beslissing op bezwaar wordt het primaire besluit, waarbij de subsidie werd verleend, immers niet aangetast.

25 Rb. Amsterdam 5 augustus 2004, LJN: AQ 6500.

26 Rb. Amsterdam 18 mei 2001(zaaknummer AWB 99/7695 WET), deze uitspraak is niet gepubliceerd. Ten tijde van de uitspraak was de subsidie reeds beëindigd. Het was niet aannemelijk dat er in de toekomst nog subsidie zou worden verstrekt omdat de Mediawet inmiddels zodanig was gewijzigd dat de NOS de Concertzender wel uit de publieke middelen mocht bekostigen. Om die reden oordeelde de Rechtbank dat de concurrenten geen procesbelang meer hadden bij vernietiging van de subsidiebesluiten.

27 ABRS 6 november 2002, AB 2003, 115, m.nt. NV.

de Concertzender voortaan uit de omroepmiddelen wordt bekostigd. Omdat de concurrenten voorts geen begin van bewijs hadden aangedragen dat zij schade hadden geleden door de subsidie, had de Rechtbank de beroepen, naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak, terecht niet-ontvankelijk geoordeeld. Opvallend is dat de concurrenten in casu niet aanvoerden dat de subsidie in kwestie onrechtmatige (want niet aangemelde staatssteun) inhield. De Afdeling had dan immers in moeten gaan op de relatie van het aangevochten besluit met het EG-recht. Nu dat niet was aangevoerd, hoefde de Afdeling bestuursrechtspraak niet ambtshalve aan artikel 88 EG, derde lid, te toetsen.

Daarmee was de zaak echter niet ten einde. De concurrenten hadden hun pijlen in de tussentijd ook al gericht op de beslissing van het Commissariaat voor de Media om het voortzetten van het radioprogramma van de Concertzender door de NOS aan te merken als nevenactiviteit die niet verboden is op grond van de Mediawet²⁸ en de weigering om handhavend op te treden tegen de voortzetting van de activiteiten van de Concertzender.²⁹ Het Commissariaat voor de Media ziet toe op de naleving van het bepaalde in de Mediawet. Naar de mening van de concurrenten viel het uitzenden van de Concertzender buiten het op grond van de Mediawet geldende gesloten systeem van de hoofdtaak van de NOS en had het Commissariaat voor de Media moeten constateren dat er sprake was van een verboden uitbreiding van die hoofdtaak. Het Commissariaat voor de Media verklaarde de tegen beide besluiten gerichte bezwaren ongegrond. De Rechtbank Amsterdam verklaarde het beroep van de concurrenten tegen deze besluiten vervolgens niet-ontvankelijk omdat appellanten bij een inhoudelijke beoordeling van het beroep geen procesbelang meer zouden hebben. Net als in de beroepszaak tegen de subsidiebesluiten, legde de Rechtbank Amsterdam dat de gewijzigde Mediawet ten grondslag aan die beslissing. De Mediawet was per 1 september 2000 zodanig gewijzigd dat de NOS de Concertzender wel uit de publieke middelen mocht financieren.

Ook tegen deze uitspraak gingen de concurrenten in hoger beroep. De Afdeling ging niet mee in het standpunt van de Rechtbank. De Rechtbank had – kort gezegd – ten onrechte overwogen dat de wijze van toetsing zoals die door het Commissariaat voor de Media was uitgevoerd, sinds de wetswijziging niet langer gold. Daarom kon ook niet worden geconcludeerd dat er door de wetswijziging geen procesbelang meer bestond voor de concurrenten. De Rechtbank had het beroep dan ook ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard. De zaak werd weer terugverwezen naar de Rechtbank. Daar herhaalden de concurrenten het argument dat er sprake was van een verboden uitbreiding van de hoofdtaak van de NOS. Ook stelden zij dat het Commissariaat had moeten onderzoeken in hoeverre het toelaten van een met publiek geld gefinancierde zender leidt tot concurrentievervalsing en of de financiering van het

28 Besluit van 27 januari 1999.

29 Besluit van 9 maart 1999.

voortzetten van de Concertzender door de NOS met publieke middelen door het EG-recht verboden staatssteun inhield.

Deze laatste twee argumenten vonden gehoor bij de rechtbank. Allereerst onderzocht de rechtbank of het voortzetten van de Concertzender in strijd was met de criteria van artikel 57a, eerste lid, Mediawet (oud). In artikel 57a, eerste lid, aanhef en onder b was bepaald dat nevenactiviteiten verband moesten houden met of ten dienste moesten staan van de programma's waarvoor zendtijd is verkregen. Het voortzetten van de Concertzender hield geen verband met en stond niet ten dienste van een programma waarvoor zendtijd was verkregen. Om die reden ontbeerde het besluit van het Commissariaat voor de Media een deugdelijke motivering. Voorts moest de rechtbank oordelen of het Commissariaat voor de Media op goede gronden tot het oordeel was gekomen dat van concurrentievervalsing geen sprake was. In artikel 57a, eerste lid, aanhef en onder c Mediawet is namelijk bepaald dat het instellingen die zendtijd hebben verkregen uitsluitend is toegestaan nevenactiviteiten te verrichten indien het verrichten van de nevenactiviteit niet leidt of kan leiden tot concurrentievervalsing ten opzichte van andere aanbieders van dezelfde of vergelijkbare goederen of diensten. De rechtbank betrok daarbij dat de Europese Commissie op 10 maart 2004 de procedure van artikel 88, tweede lid, EG had ingeleid in verband met de financiering van de publieke omroep vanaf 1992 en op de door de publieke omroep verrichte neventaken. Volgens de rechtbank beoogt het verbod van concurrentievervalsing dat is neergelegd in artikel 57a, eerste lid, aanhef en onder c Mediawet (oud) uitwerking te geven aan het verbod van beperking of vervalsing van de mededinging als bedoeld in artikel 81 EG en aan het verbod op met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunverlening door de lidstaten als bedoeld in artikel 87 EG. De rechtbank overwoog:

'Ingevolge de jurisprudentie van het Hof is de rechter genooddaakt – teneinde te kunnen uitmaken of verweerder in het bestreden besluit terecht geoordeeld heeft dat voortzetten door de NOS van de Concertzender met een steunmaatregel van de staat geen oneerlijke concurrentie oplevert, – het begrip steunmaatregel in artikel 87 uit te leggen, mede omdat – zoals eisers ook hebben aangevoerd – in dit geval het voortzetten van de Concertzender door de NOS met subsidie van de overheid is gerealiseerd, zonder dat is rekening gehouden met de in artikel 88, lid 3 EG-Verdrag bedoelde procedure van voorafgaand onderzoek door de Commissie. (...) In het systeem van het Nederlandse bestuursrecht zal verweerder evenwel eerst – met in achtneming van de geldende regelgeving, de aanwijzingen van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof – een standpunt moeten bepalen of het voortzetten van Concertzender door de NOS met overheidssubsidie, staatssteun vormt en zo ja, voldoet aan de bepalingen die een afwijking toestaan op het verbod van staatssteun. Ook verweerder zal ingevolge de rechtspraak van het Hof (arrest van 12 juni 1990, Duitsland/Commissie, C-8/88, Jurispr. I-2321, punt 13) in de uitoefening van zijn bevoegdheden de eerbiediging van de regels van gemeenschapsrecht dienen te verzekeren, waarbij de rechtbank opmerkt dat de bepalingen artikelen 86, lid 2 en 87, lid 3 EG-Verdrag waarin een afwijking van het verbod van staats-

steun is opgenomen, ingevolge de rechtspraak van het Hof restrictief moeten worden uitgelegd. Nu het bestreden besluit ook in dit opzicht een deugdelijke motivering ontbeert komt het ook op deze grond voor vernietiging in aanmerking.'

Deze uitspraak vormt een prachtige illustratie van de spanning tussen hetgeen artikel 88 EG, derde lid, van de nationale rechter vraagt – te weten een uitleg van het begrip steunmaatregel als genoemd in artikel 87 EG – en het systeem van het Nederlandse bestuursrecht waarbinnen eerst het bestuursorgaan zich daarover op een standpunt moet stellen, waarna de bestuursrechter over dat standpunt een rechtmatigheidsoordeel velt. Het lijkt alsof de rechtbank twijfelde over wat haar te doen stond. Uiteindelijk is gekozen voor de 'vertrouwde weg' en is het bestreden besluit vernietigd omdat het een deugdelijke motivering ontbeert.

Het Commissariaat voor de Media heeft hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak van de Rechtbank en vooruitlopend op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak een verzoek om voorlopige voorziening ingediend. De reden daarvoor was dat de uitspraak van de rechtbank het Commissariaat dwong om een nieuw besluit te nemen. Gelet op de overwegingen van de rechtbank kon het nieuwe besluit er uitsluitend toe leiden dat de nevenactiviteiten van de NOS niet meer worden toegestaan en dat er zonnodig wordt opgetreden als de Concertzender in de lucht blijft. Naar het oordeel van het Commissariaat zou het in dat geval aannemelijk zijn dat de kabelcontracten zouden worden overgenomen door de concurrenten. Het Commissariaat voor de Media verzocht de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak daarom te bepalen dat geen nieuwe beslissing op bezwaar hoeft te worden genomen tot er een uitspraak lag in het hoger beroep. De Voorzitter kwam aan dat verzoek tegemoet.³⁰ Hij overwoog daarbij dat er tegenover het belang van de Concertzender geen zwaarwegender belangen staan van de concurrenten bij een nieuwe beslissing op bezwaar nog voordat de Afdeling op het hoger beroep heeft beslist. Hoewel het oordeel – gelet op de mogelijke onomkeerbare gevolgen van een nieuw besluit op bezwaar in overeenstemming met hetgeen de rechtbank bepaalde – begrijpelijk is, lijkt de Voorzitter meer oog te hebben voor de positie van de NOS, dan voor de positie van de concurrenten, die al meer dan vijf jaar ageren tegen besluiten die in hun ogen de concurrentie vervalsen en in strijd komen met het staatssteunrecht.

*Casus Glasvezelnetwerk Appingedam*³¹

De raad van de gemeente Appingedam besloot op 27 mei 2004 tot de aanleg en exploitatie van een breedbandglasvezelnetwerk (Damsternetproject). Essent Kabelcom BV verzocht de voorzieningenrechter van de rechtbank Groningen om de gemeente te gebiedten alle werkzaamheden en activiteiten ter uitvoering

30 VzABRS 29 september 2004, LJN: AR 3335.

31 Rb. Groningen 30 september 2004, LJN: AQ 8920.

van de aanleg en exploitatie van dat netwerk te staken. Essent stelde zich daarbij op het standpunt dat het Damsternetproject steunmaatregelen behelsde omdat de gemeente Appingedam ten minste € 5 miljoen zou investeren in de aanleg en de exploitatie van het netwerk. Deze investering zou volgens Essent ten goede komen aan bepaalde ondernemingen. Om die reden vorderde het bedrijf stopzetting van alle werkzaamheden tot dat de Europese Commissie een oordeel had gegeven over het steunkarakter van de beslissing van de raad en over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt.

De gemeente Appingedam stelde dat het aangevochten raadsbesluit een (subsidie)besluit in de zin van artikel 1:3 Awb inhield. Essent had daartegen in rechte op kunnen komen. Nu dat niet was gebeurd zou het besluit inmiddels formele rechtskracht hebben verkregen. Op die grond zou Essent niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, aldus de gemeente.

De voorzieningenrechter zag dat anders: Essent stelde niet de geldigheid van het raadsbesluit aan de orde, maar stelde zich op het standpunt dat de *uitvoering* van het raadsbesluit niet kon plaatsvinden zonder dat de voorgenoemen maatregelen bij de Commissie waren gemeld en door deze in orde waren bevonden. De voorzieningenrechter overwoog verder dat het aanmelden van steunmaatregelen een rechtstreeks uit het EG-verdrag voortvloeiende verplichting voor de overheid is. Indien deze verplichting niet wordt nageleefd staat het een ondernemer vrij om zich tot de nationale rechter te wenden om de onrechtmatig verleende steun te laten blokkeren of verbieden. Essent werd daarom in zijn vordering ontvangen en – nadat de rechter had vastgesteld dat het in casu inderdaad ten onrechte niet aangemelde staatssteun betrof – werd de vordering ook toegewezen.

In deze casus neemt de civiele rechter de concurrent van (mogelijke) steunontvangers uitdrukkelijk in bescherming: de uitvoering van het gewraakte raadsbesluit moet worden gestaakt totdat de Europese Commissie een oordeel heeft gegeven. Deze uitspraak lijkt geheel in overeenstemming met de eerder behandelde jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Naar nationaal recht leidt deze uitspraak evenwel tot lastige vragen. Brengt de rechtstreekse werking van artikel 88 EG, derde lid, met zich mee dat Essent mag kiezen of hij zich tot de bestuursrechter of tot de civiele rechter wendt met zijn beroep op het derde lid van artikel 88 EG? Anders gezegd: betekent de toepassing van artikel 88 EG, derde lid, door de nationale rechter dat het beginsel van de formele rechtskracht niet geldt, wanneer een bestuursorgaan voor de civiele rechter wordt gedaagd op grond van de stelling dat de *uitvoering* van een (inmiddels onaantastbaar) besluit in strijd komt met deze bepaling?

*Casus bestemmingsplan Haaksbergen*³²

Van een andere orde is de hierbovengenoemde uitspraak die betrekking heeft op artikel 9, tweede lid, van het Besluit op de Ruimtelijke Ordening 1985, op grond waarvan het college van B&W (onder meer) onderzoek moet doen naar de uitvoerbaarheid van een ontwerp-bestemmingsplan. De financiële uitvoerbaarheid maakt daar deel van uit. Binnen de procedure die uitmondde in de uitspraak over het bestemmingsplan 'Marktpassage' in Haaksbergen, hadden appellanten gesteld dat het bestemmingsplan financieel niet uitvoerbaar zou zijn omdat de manier waarop de gemeente de uitvoering zou financieren volgens appellanten verboden staatssteun inhield. Blijkens de plantoelichting zou de gemeente een kleine veertig procent van de kosten van het plan financieren. Daarnaast zou zij gronden 'om niet' overdragen aan 'andere bij de samenwerkingsovereenkomst betrokken partijen, die het plan zullen uitvoeren.' Tegen het goedkeuringsbesluit van Gedeputeerde Staten van Overijssel stelden appellanten dan ook beroep in. Uit de uitspraak blijkt niet of appellanten concurrenten zijn van de 'andere bij de samenwerkingsovereenkomst betrokken partijen'. Bij de beoordeling van een bestemmingsplangeschil als het onderhavige, waarbij de vraag moet worden beantwoord of het bestemmingsplan uitvoerbaar is, is dat ook niet relevant. Met betrekking tot de beroepsgrond dat de manier waarop de gemeente de uitvoering zou financieren verboden staatssteun inhield, overwoog de Afdeling het volgende:

'Ingevolge art. 9, lid 1 Besluit op de Ruimtelijke ordening 1985 (BRO) verricht het college van burgemeester en wethouders ten behoeve van de toekomstige ruimtelijke ontwikkeling van het gebied der gemeente onderzoek naar de bestaande toestand in en naar de mogelijke en wenselijke ontwikkeling van de gemeente. In gevolge lid 2 van dit artikel heeft bij de voorbereiding van een ontwerp van een bestemmingsplan het in lid 1 bedoelde onderzoek van stonde af aan betrekking op de uitvoerbaarheid van het plan.

Volgens het onderdeel in de plantoelichting inzake de financiële uitvoerbaarheid van het plan is voorzien in een gemeentelijke bijdrage van ca. 38,5% van de kosten van het plan. Daarnaast worden door de gemeente gronden om niet overgedragen aan de andere bij de samenwerkingsovereenkomst betrokken partijen, die het plan zullen uitvoeren. Ten tijde van het nemen van het bestreden besluit was nog geen melding gedaan bij de Europese Commissie van de financiële bijdragen van de gemeente aan het plan, maar was wel bekend dat een dergelijke melding nodig was en dat er nader onderzoek zou moeten plaatsvinden alvorens de Europese Commissie zich zou kunnen uitspreken over deze bijdragen.

Inmiddels heeft het gemeentebestuur melding gedaan. Niet gebleken is dat verweerder bij de beoordeling van de financiële uitvoerbaarheid van het plan met het voorgaande rekening heeft gehouden. Voorts is onduidelijk of het plan zoals dat is goedgekeurd, kan worden uitgevoerd als de gemeentelijke steun niet mag worden verleend vanwege strijd met het EG-Verdrag. Het gemeentebestuur heeft weliswaar

32 ABRS 6 mei 2004, AB 2004, 225, m.nt. F.A.G. Groothuijse.

ter zitting aangevoerd dat het plan in dat geval zonder gemeentelijke steun zal worden uitgevoerd, mogelijk in versoberde vorm, doch dit is niet met nadere stukken onderbouwd.'

De Afdeling oordeelde vervolgens dat het besluit in strijd kwam met het in artikel 3:2 Awb neergelegde zorgvuldigheidsbeginsel.

Als gezegd, kan noch uit de uitspraak, noch uit de in noot 32 genoemde annotatie, worden opgemaakt of het beroep werd ingesteld door concurrenten, omwonenden of nog andere belanghebbenden bij het aangevochten besluit. Aannemend dat het in casu een concurrent betrof, is het interessant te bezien of de rechter hem de door het EG-recht vereiste bescherming heeft geboden. Dat er sprake zou kunnen zijn van staatssteun werd door het bestuursorgaan dat het besluit nam niet betwist; de gemeente wist dat ze conform het bepaalde in artikel 88 EG, derde lid, een melding van de voorgenomen steunmaatregel moest doen en ten tijde van zitting was de melding ook gedaan. De Afdeling kon dan ook tot het oordeel komen dat het goedkeuringsbesluit van Gedeputeerde Staten in strijd met de vereiste zorgvuldigheid was genomen omdat bij de beoordeling van het bestemmingsplan was nagelaten te onderzoeken of het bestemmingsplan ook financieel uitvoerbaar zou zijn, indien de Europese Commissie tot het oordeel mocht komen dat de gemeentelijke bijdrage niet in overeenstemming was met de gemeenschappelijke markt. Dat de Afdeling in dit geval toetst via een beginsel van behoorlijk bestuur, is niet vreemd omdat het in deze procedure ging om de uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan en niet over (de aanvaardbaarheid van) een steunmaatregel. Als de vermeende steunmaatregel rechtstreeks was aangevochten had de Afdeling onzes inziens wel moeten beoordelen of de maatregel in overeenstemming was met het EG-recht.

Ten slotte kan men zich afvragen tot welk oordeel de Afdeling zou zijn gekomen indien de gemeente in casu zou hebben betwist dat er sprake was van een steunmaatregel. Het lijkt erop dat de Afdeling zich dan toch een oordeel had moeten vormen over de aanvaardbaarheid van de maatregel in het licht van het EG-recht.

5 CONCLUSIE

De Nederlandse bestuursrechter wordt regelmatig geconfronteerd met geschillen over besluiten waarin de appellant stelt dat het aangevochten besluit of een onderdeel van dat besluit³³ onrechtmatige steunverlening inhoudt. De (gestelde) onrechtmatigheid is doorgaans gelegen in het feit dat niet is voldaan aan de EG-rechtelijke stand-still-verplichting. In deze bijdrage hebben wij uiteen

33 Dit was bijvoorbeeld het geval bij het besluit van het Commissariaat voor de Media en in de casus van het bestemmingsplan Haaksbergen.

gezet wat blijkt de Europeesrechtelijke jurisprudentie rond artikel 88 EG, derde lid, in zo'n geval van een nationale rechter wordt verwacht.³⁴ Vervolgens hebben wij aan de hand van enkele recente casus geïllustreerd hoe de Nederlandse bestuursrechter bij een dergelijk geschil te werk gaat. Uit deze beschrijving bleek dat hij in belangrijke gevallen heeft gekozen voor een indirecte toetsing aan het EG-recht; de aangevochten besluiten worden vernietigd omdat het bestuursorgaan tijdens de besluitvormingsprocedure op de verhouding met het EG-recht onvoldoende is ingegaan; dat leidt tot strijd met het nationale beginsel dat besluiten zorgvuldig moeten worden voorbereid en/of deugdelijk moeten worden gemotiveerd. Daardoor wordt aan de belangen van de concurrent van de ontvanger van de (gesteld) onrechtmatig verstrekte staatssteun onvoldoende recht gedaan. Het besluit waarbij de omstreden steun werd verstrekt wordt niet aangetast en het neemt vaak jaren in beslag voordat een (bestuurs)rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van de verstrekking daarvan wordt verkregen.³⁵ Dat het ook anders kan bleek uit de bespreking van de casus Appingedam. Daarin toetste de civiele rechter wel direct aan artikel 88 EG, derde lid. Dit leidde tot een voor de concurrent bevredigende uitspraak, maar deze uitspraak geeft wel aanleiding tot de vraag wat het beginsel van de formele rechtskracht betekent (of zou moeten betekenen) voor de beroepsmogelijkheden van de concurrent.

Wij willen deze bijdrage afsluiten met enkele opmerkingen over een aanpak die de Nederlandse bestuursrechter zou kunnen kiezen, waarmee wel aansluiting zou worden gevonden bij de Europeesrechtelijke jurisprudentie over de taak van de nationale rechter binnen het staatssteunrecht. Wij menen dat een Nederlandse rechter, wanneer binnen een aan hem voorgelegd geschil wordt gesteld dat een financiële verstrekking onrechtmatig verstrekte staatssteun inhoudt, *zelf* behoort na te gaan of die stelling juist is. Wij beseffen dat dat in een concreet geval niet altijd eenvoudig zal zijn, maar de rechter kan daarbij de hulp inroepen van de Europese Commissie of het HvJ EG. Wanneer steun inderdaad onrechtmatig blijkt te zijn verstrekt, moeten aan die conclusie die gevolgen worden verbonden die de concurrent van de ontvanger zoveel mogelijk in zijn belangen beschermen. Om het voorgaande te concretiseren: in het geschil rond de subsidiëring van de Martinihal had de Afdeling, wanneer zij evenals de rechtbank had geconcludeerd dat er staatssteun was verstrekt, de beslissing op bezwaar kunnen vernietigen en op grond van artikel

34 Zie ook CBB 4 september 1996, AB 1996, 490, m.nt. JHvdV.

35 Dit is overigens geen typisch Nederlands probleem. In een editorial in *European state aid law Quarterly* (2005/1, pp. 1 en 2), getiteld "What to expect from national courts in the fight against unlawful state aid", vraagt Adinda Sinnaeve zich af of de verwachtingen ten aanzien van de mogelijkheden van nationale rechters in zaken over onrechtmatig verleende staatssteun niet te hoog zijn. Zij stelt dat een procedure bij de nationale rechter in de praktijk, wel eens minder effectief en duurder zou kunnen zijn dan een klacht bij de Europese Commissie. Alleen in gevallen waarin er overduidelijk sprake is van handelen in strijd met artikel 88, derde lid, EG, ligt dit volgens haar anders.

8:72 Awb, vierde lid, door zelf in de zaak te voorzien,³⁶ het onrechtmatige verleningsbesluit kunnen herroepen. Er was dan immers slechts één beslissing op bezwaar mogelijk, hetgeen voor de toepassing van artikel 8:72 Awb, vierde lid, als een vaste, op de wetsgeschiedenis gebaseerde, jurisprudentiële eis geldt. De gevolgen van zo'n uitspraak zouden overigens slechts zijn dat de reeds betaalde subsidiegelden als onverschuldigd betaald kunnen worden teruggevorderd. Daartoe moet de subsidiënt een nieuw besluit nemen. Dat besluit zou de concurrent uit kunnen lokken door om een terugvorderingsbesluit te vragen. Bij vertraging van de besluitvorming door het bestuursorgaan kan de concurrent rechtsmiddelen aanwenden tegen het niet tijdig³⁷ beslissen op de voet van artikel 6:2, onder b, Awb.

In het volle besef dat wij niet alle Europese en Nederlandse jurisprudentie over de toetsing in staatssteungeschillen hebben besproken, menen wij dat het met het oog op een vruchtbare discussie over de rol van de bestuursrechter in staatssteungeschillen verantwoord is om te komen tot de volgende stellingen:

- 1 Wanneer de concurrent van een ontvanger van financiële middelen in een procedure voor de bestuursrechter stelt dat bij het verstrekken daarvan niet is voldaan aan het bepaalde in artikel 88 EG, derde lid, behoort het tot de communautaire plichten van de bestuursrechter om bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het aangevochten besluit een zogenaamde 'concrete toetsing' toe te passen. Dat betekent dat hij zelf moet beoordelen of het aangevochten besluit in overeenstemming is met het EG-recht.
- 2 Wanneer dusdoende blijkt dat het gewraakte besluit in strijd met de standstill-verplichting is genomen, dient de bestuursrechter zelf in de zaak te voorzien door de aangevochten beslissing op bezwaar te vernietigen en zelf het primaire besluit waarbij de financiële middelen werden verstrekt te herroepen.

36 Ook is het voor de bestuursrechter op grond van art. 8:72 Awb, vijfde lid mogelijk bij een gegrondverklaring van het beroep een voorlopige voorziening te treffen. Zie voor een voorbeeld waarin de bestuursrechter wel op grond van strijd met het bepaalde in art. 88 EG, derde lid, een beslissing op bezwaar vernietigt en zelf in de zaak voorzienend het primaire besluit herroept: CBB 7 april 2004, LJN-nr. AO 7843. In deze zaak stond overigens het staatssteunkarakter van de desbetreffende steunmaatregel niet ter discussie: de vraag was slechts of verweerder (het Productschap Tuinbouw) de maatregel had aangemeld, wat niet kon worden bewezen.

37 Waarbij naar onze mening moet worden uitgegaan van een korte beslistermijn omdat er, gezien het Europeesrechtelijke kader waarbinnen het terugvorderingsbesluit moet worden genomen, geen ruimte is voor de gebruikelijke belangenafweging op grond van art. 3:4 Awb.

Aansluitend bij de inleidende beschouwing van de organisatoren van deze 'meeting', beogen de navolgende opmerkingen bij te dragen aan de vorming van een raamwerk voor de discussie die moet volgen en dan vooral voor wat betreft de verhouding tussen de Commissie en de nationale rechter. Een eerste opmerking betreft het verschil in de rollen van de Commissie en de nationale rechter, enerzijds, en het gemeenschappelijke element in beider taken, anderzijds. Een tweede gaat over de kwestie van de kwalificatie van een nationale maatregel als steun in de zin van artikel 87 EG en een derde over de verhouding tussen de Commissie en de nationale rechter op dit gebied.

1 VERSCHILLENDE ROLLEN, GEMEENSCHAPPELIJKE TAKEN

Van meet af aan is zowel in de rechtspraak als in de doctrine benadrukt dat op het gebied van de steunmaatregelen van de staten, de Commissie en de nationale rechters uiteenlopende verantwoordelijkheden en bevoegdheden uitoefenen en onderscheiden, complementaire rollen vervullen.¹

Anders dan tegenwoordig het geval is voor het kartelrecht, waar de aanmeldingsplicht juist is afgeschaft, kent artikel 88 derde lid EG een systeem van voorafgaande goedkeuring van en permanent toezicht door de Commissie op steunmaatregelen van de lidstaten. Al in het arrest *Steinike & Weinlig* heeft het Hof van Justitie erop gewezen dat:

'het Verdrag, door bij art. [88] het voortdurend onderzoek van en het toezicht op steunmaatregelen aan de Commissie op te dragen, beoogt de eventuele onverenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt te doen vaststellen door middel van een geëigende procedure, voor de toepassing waarvan de Commissie verantwoordelijk is, zulks onder toezicht van het Hof van Justitie.'²

■ De auteur is rechter in het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen. Deze bijdrage is echter op persoonlijke titel geschreven.

1 Zie vooral, de arresten van het Hof van 9 augustus 1994, *Namur-Les assurances du crédit*, C-44/93, *Jur.* p. I-3829, punt 14 en van 11 juli 1996, *SFEI e.a.*, C-39/94, *Jur.* p. I-3547, punt 41.

2 Arrest van het Hof van 22 maart 1977, *Steinike & Weinlig*, 78/76, *Jur.* p. 595, punt 9.

Opnieuw anders dan in het kartelrecht ligt het niet erg voor de hand op dit gebied de taak van de Commissie te decentraliseren naar de lidstaten, in de eerste plaats omdat het toezicht van de Commissie uitdrukkelijk in het Verdrag zelf voorzien is, in de tweede plaats omdat hierbij belangen van de lidstaten zelf rechtstreeks in het geding zijn en in de derde plaats omdat het criterium verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt een gespecialiseerde analyse op centraal, communautair niveau vereist. In de opzet van de betrokken verdragsbepalingen komt ook tot uitdrukking dat het toezicht op de steunmaatregelen vooral is gezien als een aangelegenheid tussen de Commissie en de betrokken lidstaat, waarbij de positie van belanghebbende ondernemingen betrekkelijk ondergeschikt tot uitdrukking komt in de procedure van artikel 88, tweede lid, EG. Eerst in de loop van een langjarige rechtspraakontwikkeling is sprake geweest van een zekere emancipatie, wat betreft procedurele en processuele positie, van deze belanghebbenden. Een en ander neemt intussen niet weg dat in de praktijk laatstelijk ook bepaalde verschuivingen van beoordelingen naar nationaal niveau waar te nemen zijn. Ik kom daarop terug.

De rol van de nationale rechter in het toezicht op steunmaatregelen van de staten vloeit voort uit de rechtstreekse werking van de laatste zin van artikel 88 lid 3 EG. Volgens het daarin vervatte *standstill* beginsel mag de betrokken lidstaat de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid. Al in het arrest *Costa Enel* heeft het Hof erkend dat dit onvoorwaardelijke en duidelijke verbod rechtstreekse werking heeft.³ In het *Lorenz* arrest heeft het Hof nog eens benadrukt dat particulieren aan deze bepaling rechten kunnen ontleen die de nationale rechters hebben te handhaven.⁴ Dienovereenkomstig moet de nationale rechter aan de rechtzoekenden die zich op de niet-naleving van deze bepaling door de nationale autoriteiten kunnen beroepen, garanderen dat

‘daaruit, overeenkomstig hun nationale recht, alle consequenties zullen worden getrokken, zowel wat betreft de (on)geldigheid van handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen, als wat betreft de terugvordering van in strijd met deze bepaling of eventuele voorlopige maatregelen verleende financiële steun.’⁵

De nationale rechter kan dus te maken krijgen met beroepen van derden, dat wil zeggen concurrenten van de begunstigde van de steun, tot nietigverklaring van steunbesluiten en/of tot terugbetaling van ten onrechte toegekende steun,

3 Arrest van het Hof van 15 juli 1964, *Costa*, 6-64 *Jur.*, p. 1141, 1162.

4 Arrest van 11 december 1973, *Lorenz*, 120-73, *Jur.*, p. 611, punt 6.

5 Arrest van het Hof van 21 november 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a./Frankrijk*, C 354/90, *Jur.*, p. I-5505, punt 12 (hierna het arrest ‘*Saumon*’).

en beroepen tot schadevergoeding,⁶ en anderzijds met beroepen van begunstigen tegen besluiten tot terugvordering van ten onrechte uit gekeerde steun.

Het feit dat de nationale rechter en de Commissie verschillende functies vervullen, is nog eens nauwkeurig uiteengezet in de Saumon⁷ rechtspraak, waarin het Hof een vraag heeft beantwoord over parafiscale heffingen ten gunste van de zeevisserij. Volgens dat arrest verschilt de centrale en exclusieve rol van de Commissie voor de vaststelling van de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt, fundamenteel van de rol van de nationale rechters bij de bescherming van aanspraken op grond van – nu – artikel 88, lid 3, laatste zin. Daarbij is in het bijzonder gepreciseerd dat, ook al is de eindbeslissing over de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt voorbehouden aan de Commissie,

‘deze eindbeslissing van de Commissie niet tot gevolg heeft, dat de ongeldigheid van uitvoeringsmaatregelen die in strijd met het in dit artikel neergelegde verbod zijn vastgesteld, achteraf wordt gedekt. Iedere andere uitlegging zou in de hand werken dat de betrokken Lid-Staat artikel [88], lid 3, laatste volzin, niet in acht neemt en zou deze bepaling van haar nuttig effect beroven.’⁸

Hieruit volgt dat wanneer de Commissie een steunregime verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart terwijl dat regime niet bij haar was aangemeld overeenkomstig artikel 88 lid 3, de vóór deze beslissing van de Commissie toegekende steun onrechtmatig blijft. De nationale rechter zal in zo’n geval terugbetaling van het toegekende steunbedrag verhoogd met rente moeten bevelen. Hierbij valt op te merken dat in geval van een beroep tegen een steunbesluit of tegen een steunregime waartegen de Commissie de formele onderzoeksprocedure van artikel 88 tweede lid heeft geopend, de nationale rechter eventueel voorlopige maatregelen moet nemen om in afwachting van de eindbeslissing van de Commissie de eerbiediging van de standstill regel van artikel 88 derde lid te garanderen.⁹ Het spreekt intussen voor zich dat ná een verenigbaarverklaring van de Commissie de verlening van niet-aangemelde steun in de toekomst onverlet blijft.

Zoals in de inleidende beschouwing in deze bundel reeds opgemerkt, zijn belangrijke onderdelen van de rechtspraak over procedurele aspecten inmiddels gecodificeerd in Verordening nr. 659/1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 [nu 88] van het EG-Verdrag.¹⁰

6 Arrest van het Hof van 19 november 1991, Francovich en Bonifaci/Italië, C 6/90 et C 9/90, *Jur.* p. I-5357.

7 Vermeld in noot 5.

8 Arrest ‘Saumon’ vermeld in noot 5.

9 L. Hancher, T. Ottervanger P.J. Slot, *EC State Aids*, 2nd edition, 1999, para. 21-005.

10 Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 [nu 88] van het EG-Verdrag, PbEG 1999 L83/1.

2 DE KWALIFICATIE VAN EEN MAATREGEL ALS STEUNMAATREGEL IN DE ZIN VAN ART 87, EERSTE ALINEA, EG

De verschillende rollen van de nationale rechter en de Commissie op het gebied van staatssteun mogen niet verhullen dat zij zich beiden hebben te buigen over de vraag of een bepaalde maatregel is te kwalificeren als staatssteun in de zin van artikel 87 eerste lid EG. Om te kunnen vaststellen of een subsidie is toegekend in strijd met de controleprocedure van artikel 88 derde lid EG moet de nationale rechter eerst uitmaken of die maatregel staatssteun in de zin van artikel 87 eerste lid EG is. Dit is ook de eerste vraag die de Commissie heeft te beantwoorden in het kader van haar onderzoek naar de verenigbaarheid van een maatregel met de gemeenschappelijke markt.

Hierbij is in het bijzonder het onderscheid tussen nieuwe en bestaande steun van belang, nu de standstillbepaling van artikel 88 lid 3, uitsluitend op nieuwe steunmaatregelen ziet. De voorlopige kwalificatie van een maatregel als *nieuwe steun* in een besluit tot opening van de formele onderzoeksprocedure van artikel 88 lid 2, wordt in meer recente rechtspraak gezien als een voor beroep bij het Gerecht vatbaar besluit, juist vanwege het standstill gevolg verbonden aan die kwalificatie.¹¹ Dit betekent niet dat de definitieve kwalificatie als nieuwe steun in de eindbeschikking louter als een bevestiging kan worden gezien, die niet meer voor beroep vatbaar zou zijn. Het is dus niet per se noodzakelijk meteen tegen het besluit tot opening van de procedure op te komen.¹²

De verdere consequenties van de 'gedeelde' bevoegdheid inzake de kwalificatievraag zijn tot dusver nog slechts summier in kaart gebracht. Gewoonlijk wordt de interactie tussen de nationale rechter en de Commissie over de kwalificatievraag benaderd uit het gezichtspunt van de samenwerking tussen deze twee actoren, met het idee dat de nationale rechter kan profiteren van de expertise waarover de Commissie beschikt, wanneer hij wordt geconfronteerd met de moeilijkheid om de criteria voor de vraag of een maatregel een steunmaatregel is toe te passen in een concreet geval. Zonder zelfs maar een begin van een overzicht te geven, kan worden opgemerkt dat de beoordeling of sprake is

- van een voordeel,
- voor bepaalde ondernemingen,
- toegekend door de staat of met staatsmiddelen bekostigd,

11 Arrest van het Gerecht van 30 april 2002, Gibraltar/Commissie, T-207/01, *Jur.* 2002, p. II 2309, Arrest van het Hof van 9 oktober 2001, Italië/Commissie (Tirrenia), C-400/99, *Jur.* 2001, p. II-230; Beschikking van het Gerecht van 2 juni 2003, Forum 187/Commissie, T-276/02, *Jur.* 2003, p. II-2075.

12 Arrest van het Gerecht van 27 november 2003, T-190/00, Regione Siciliana/Commissie, n.n.g.

- waardoor de concurrentie wordt of dreigt te worden vervalst en
- het handelsverkeer ongunstig wordt beïnvloed,

geen sinecure is.¹³ Minstens drie, eigenlijk wel vier van deze criteria vereisen een economische analyse aan de hand van nadere maatstaven. Voor de vraag of van een voordeel sprake is, moet bijvoorbeeld onderzocht worden of een overheidsparticipatie in een concreet geval te zien is als marktconform gedrag van een particuliere investeerder. Het Gerecht van eerste aanleg behandelt de bestuursrechtelijke zaken waarin de Commissie die beoordeling al heeft gemaakt. Nationale rechters verkeren in een moeilijker positie, wanneer zij in het kader van een beroep op de standstillverplichting zelfstandig moeten kwalificeren of van (nieuwe) steun sprake is. Zij kunnen zich terzake voor inlichtingen tot de Commissie en zonodig voor een prejudiciële beslissing tot het Hof wenden.

Twee op het eerste gezicht niet zo gemakkelijk te rijmen arresten over de vraag of sprake was van bekostiging uit staatsmiddelen, kunnen de complexiteit van de kwalificatievraag illustreren. Het eerste is de zaak *PreussenElektra*¹⁴ waarin producenten van zogenaamde groene stroom voordeel trokken uit een wettelijke verplichting van distributeurs en andere producenten om die groene stroom van hen te kopen tegen een tarief boven de marktprijs. Betrekkelijk rechtlijnig werd in dit geval overwogen dat geen sprake was van tussenkomst van de schatkist en dat dit (Duitse) wettelijk voorschrift dus niet een overdracht van staatsmiddelen impliceerde. In de *Pearle*-zaak¹⁵ was de geldstroom nu juist wel via een publieke organisatie gestuurd. Het is bekend: publiekrechtelijke heffingen van het HBA ter financiering van een collectieve reclamecampagne. In dit geval ging het Hof nog een opmerkelijke stap verder door betekenis te hechten aan het feit dat de campagne uitsluitend uit de bestemmingsheffing werd gefinancierd, waarover het HBA niet vrij kon beschikken en aan de omstandigheid dat het ging om een louter commercieel doel, op initiatief van een particuliere ondernemersvereniging, zonder band met overheidsbeleid. Ook hier luidde het oordeel dat geen sprake was van staatsmiddelen, althans aan de staat toe te rekenen middelen, en derhalve evenmin van staatssteun in de zin van het Verdrag.

Vermeldenswaard in dit verband is voorts het geval van een subsidie die wordt toegekend als tegenprestatie voor de uitvoering van taken van algemeen economisch belang, als bedoeld in artikel 86 van het Verdrag. In zo'n geval moet de kwalificatievraag nader getoetst worden aan de criteria die door het

13 Zie voor een recente analyse J.A. Winter; 'Re(de)fining the notion of state aid in article 87(1) of the EC Treaty', *Common Market Law Review*, 2004, p. 475-504.

14 Arrest van het Hof van 13 maart 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, *Jur.* 2001, p. I-2099.

15 Arrest van het Hof van 11 maart 2004, *Pearle*, C-345/02, n.n.g.

Hof zijn uitgewerkt in het Altmark arrest.¹⁶ Dit arrest nuanceert en preciseert de rechtspraak in gang gezet door het Ferring arrest,¹⁷ waarin het Hof een geheel andere lijn koos ten opzichte van vroegere jurisprudentie van het Gerecht. Volgens de oude jurisprudentie van het Gerecht¹⁸ moesten subsidies of voordelen toegekend aan een onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang, noodzakelijkerwijs worden aangemeld en goedgekeurd door de Commissie, waarbij deze – net als de nationale rechter bij wie een derde belanghebbende tegen een dergelijke maatregel in beroep gekomen is – allereerst moet vaststellen of de betrokken maatregel inderdaad een steunmaatregel is. De Commissie onderzocht in die opvatting vervolgens of deze steun ingevolge artikel 86 tweede lid EG niettemin zou kunnen worden beschouwd als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt, bij wijze van uitzondering op artikel 87 eerste lid, op de grond dat de maatregel noodzakelijk was voor de vervulling van de taak van algemeen economisch belang die aan de betrokken onderneming was toevertrouwd. In het Altmark arrest worden de toe te passen criteria als volgt samengevat:¹⁹

‘Overheidssubsidies (...) vallen (...) niet onder [art. 87 lid 1 EG] voorzover dergelijke subsidies moeten worden beschouwd als een compensatie die de tegenprestatie vormt voor de prestaties die de begunstigde ondernemingen hebben verricht om openbardienstverplichtingen uit te voeren. Met het oog op de toepassing van dit criterium staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de volgende voorwaarden vervuld zijn:

- in de eerste plaats moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn geweest met de uitvoering van openbardienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk zijn afgebakend;
- in de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld;
- in de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbardienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen;
- in de vierde plaats moet, wanneer de met de uitvoering van openbardienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet wordt gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met vervoermiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.’

16 Arrest van het Hof van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, C 280/00, *Jur.* p. I-7747.

17 Arrest van het Hof van 22 november 2001, Ferring, C-53/00, *Jur.* p. I-9067.

18 Arrest van het Gerecht van 27 februari 1997, FFSA e.a./Commissie, T 106/95, *Jur.* p. II-229

19 Zie het dictum van het arrest vermeld in noot 16.

Deze wijziging van de jurisprudentie heeft tot gevolg dat een verschuiving van bevoegdheid plaatsvindt van de Commissie naar de nationale autoriteiten, die opereren onder de controle van de nationale rechter. Het compensatoire karakter van de betrokken maatregel wordt immers niet meer pas in aanmerking genomen in het stadium van onderzoek van de uitzondering voorzien bij artikel 86, tweede lid EG, voor diensten van algemeen economische belang, maar al in het voorafgaande stadium van de kwalificatie van de maatregel als staatssteun. Een compensatie die voldoet aan voormelde criteria wordt niet aangemerkt als steun. In beginsel worden compenserende bedragen voor openbare diensten dus niet meer vooraf bij de Commissie aangemeld. De nationale rechter krijgt zo een belangrijke taak op het buitengewoon gevoelige terrein van de openbare diensten.

Aan een en ander is nog toe te voegen dat de nationale rechter ook een autonome taak heeft bij de toepassing van de inmiddels tot stand gekomen generieke uitzonderingen (de de minimis steun, de steun aan het midden en kleinbedrijf en de opleidingssteun).²⁰

3 DE VERHOUDING TUSSEN DE COMMISSIE EN DE NATIONALE RECHTER OP HET GEBIED VAN DE STAATSSTEUN

In talrijke gevallen zal de samenwerking tussen de nationale rechter en de Commissie buitengewoon nuttig of zelfs onontbeerlijk kunnen zijn. De kwestie van de gedeelde bevoegdheid wat betreft de kwalificatie van maatregelen als staatssteun zou immers nog veel problematischer zijn wanneer van een zekere afstemming geen sprake is. Bij ontbreken daarvan is het immers niet uitgesloten dat ieder van de betrokken autoriteiten tot uiteenlopende kwalificatiebeslissingen komt. Dit risico is des te groter nu de rechtspraak tot dusver niet heeft uitgemaakt of in geval van divergerende kwalificaties de beslissing van de nationale rechter of die van de Commissie voorrang of voorkeur verdient. In het arrest SFEI heeft het Hof geoordeeld dat 'een nationale rechterlijke instantie die zich heeft uit te spreken over een verzoek om de consequenties te trekken uit de schending van artikel [88], lid 3, laatste volzin, van het Verdrag, wanneer de zaak tegelijkertijd ook is voorgelegd aan de Commissie en deze zich nog niet heeft uitgesproken over de vraag of de betrokken overheidsmaatregelen steunmaatregelen van de staat zijn, niet verplicht is zich onbevoegd te ver-

20 Verordening (EG) nr. 70/2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen, PbEG 2001 L10/33; Verordening (EG) nr. 68/2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op opleidingssteun, PbEG 2001 L10/20; Verordening (EG) nr. 69/2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de de minimis steun, PbEG 2001 L10/30.

klaren of de uitspraak aan te houden totdat de Commissie haar standpunt heeft bepaald over de kwalificatie van de betrokken maatregelen.²¹

Nu gaat het arrest SFEI er weliswaar van uit dat, wanneer een zaak tegelijkertijd ook aanhangig is gemaakt bij de Commissie en deze zich nog niet heeft uitgesproken, de nationale rechter zich niet onbevoegd hoeft te verklaren of de uitspraak moet aanhouden, maar het is de vraag of dit niet anders zou kunnen zijn wanneer de Commissie inmiddels een standpunt over de kwalificatievraag heeft ingenomen. De vraag of de nationale rechter gebonden is aan de beschikking van de Commissie waarin de betrokken steunmaatregel wordt gekwalificeerd als steun in de zin van artikel 87 EG, is tot dusver in de rechtspraak niet beantwoord. Wel zijn in de rechtspraak aanwijzingen te vinden voor een bevestigend antwoord op die vraag. Zo heeft het Hof in het arrest *Tirrenia* erop gewezen dat een besluit van de Commissie tot opening van de procedure van artikel 88 lid 2 EG ten aanzien van een maatregel die al ten uitvoer werd gebracht en was gekwalificeerd als nieuwe steun, noodzakelijkerwijs wijzigingen bracht in de rechtstoestand van de betrokken maatregel, in het bijzonder op grond dat deze 'tevens [zou] kunnen worden aangevoerd voor een nationale rechter die moet oordelen over de gevolgen van de schending van artikel 88, lid 3, laatste zin, EG.'²² Het ligt dan voor de hand dat de nationale rechter uitgaat van de voorlopige kwalificatie van de Commissie. Bovendien kan een interessante parallel worden getrokken tussen de steunmaatregelen van de staten en de concurrentieregels voor ondernemingen (artikel 81 en 82 EG). Ook op dat laatste gebied delen de nationale rechters en de Commissie immers sommige bevoegdheden. Op dit gebied heeft het Hof in het arrest *Masterfoods* geoordeeld dat

'een nationale rechter, wanneer hij zich uitspreekt over een overeenkomst of gedraging waarvan de verenigbaarheid met de artikelen [81], lid 1, en [82] van het Verdrag reeds in een beschikking van de Commissie is beoordeeld, geen beslissing mag nemen die tegen de beschikking van de Commissie indruist, ook al is deze laatste in tegenspraak met de beslissing van een nationale rechter in eerste aanleg. Heeft de geadresseerde van de beschikking van de Commissie binnen de in artikel [230], vijfde alinea, van het Verdrag gestelde termijn beroep tot nietigverklaring tegen deze beschikking ingesteld, dan moet de nationale rechter beoordelen, of hij de behandeling van de zaak zal schorsen om een definitieve beslissing op dat beroep tot nietigverklaring af te wachten of om een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen.'²³

21 Arrest van het Hof van 11 juli 1996, vermeld in noot 1, punt 53.

22 Arrest van het Hof van 9 oktober 2001, vermeld in noot 11.

23 Arrest van het Hof van 14 december 2000, *Masterfoods* en HB, C-344/98, *Jur.* p. I-11369, punt 60.

Verder bepaalt artikel 14 van Verordening nr. 659/1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88] van het EG-Verdrag²⁴ dat, indien de Commissie ten aanzien van gevallen van onrechtmatige steun negatieve beschikkingen geeft, zij beschikt dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen (terugvorderingsbeschikking). De Commissie verlangt echter geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht. Dit artikel bepaalt trouwens ook dat de terugvordering plaatsvindt volgens nationale procedures van de betrokken lidstaat.

De nationale rechter kan dus enerzijds te maken krijgen met de vraag naar de kwalificatie van een maatregel in het kader van de bevoegdheid die hij ontleent aan artikel 88 derde lid EG en anderzijds met de terugbetalingsprocedure. In deze tweeledige structuur zou het nogal ongerijmd voorkomen wanneer de nationale rechter niet gehouden zou zijn aan een kwalificatie als steunmaatregel door de Commissie wanneer hij optreedt in het kader van de standstill-verplichting, terwijl hij anderzijds de kwalificatie van de Commissie niet opnieuw zou kunnen beoordelen in het kader van een terugbetalingsprocedure. Het ligt dan ook voor de hand ervan uit te gaan dat een beschikking van de Commissie waarin een maatregel van een lidstaat wordt gekwalificeerd als staatssteun in de zin van artikel 87, de nationale rechter bindt die in het kader van de toepassing van artikel 88 lid 3 EG met dezelfde vraag te maken krijgt. De vraag of een beslissing van de nationale rechter die een maatregel kwalificeert als nieuwe steun de Commissie bindt, is wellicht theoretisch. Immers, zodra een nationale rechter heeft beslist dat een maatregel onrechtmatige steun is, zal hij in beginsel hebben te beslissen tot herstel van de toestand voorafgaand aan de uitbetaling van de onrechtmatige steun.²⁵ Nog onontgonnen is ook de vraag wat rechtens is wanneer de Commissie later oordeelt dat van staatssteun geen sprake is.

24 Vermeld in noot 10.

25 Arrest van 21 maart 1990, België/Commissie, C-142/87, *Jur.* p. I 959, punt 66.

R.J.M. van den Tweel^a

1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

‘Krijgen concurrenten van steunontvangers (of steunverstrekken overheden) van de Nederlandse rechter wat zij daarvan verwachten of klagen concurrenten liever bij de Commissie?’, zo luidde de vraag die de organisatoren van de expertmeeting mij voorlegden. Probleem is dat men nog niet precies weet wat kan worden verwacht omdat de (proces)praktijk in Nederland op het terrein van staatssteun nog opvallend klein is. Hoewel in Nederland enorme bedragen aan staatssteun worden verstrekt, weliswaar ieder jaar afnemend maar in 2002 volgens de officiële gegevens van de Commissie nog steeds in totaal 1,8 miljard euro (exclusief de spoorwegen),¹ is het aantal nationale gerechtelijke procedures over vermeend onrechtmatige steunverlening beperkt gebleven. Pas sinds de eeuwwisseling, en met name in 2004, begint de nationale jurisprudentie enige vorm te krijgen. Als er al geschillen over staatssteun zijn geweest, lijken de meeste daarvan buiten de rechtszaal te zijn gebleven (en te blijven). Dit gebrek aan jurisprudentie maakt dat er veel onzekerheid over tal van onderwerpen bestaat.

De jurisprudentie die er inmiddels wél is, is weinig eenduidig. Dat komt mede doordat de casusposities zeer kunnen uiteenlopen en er in Nederland bovendien verschillende rechtsingangen bestaan. In hun opiniërende stuk ‘De toetsing getoetst, De bestuursrechter en het EG-recht inzake staatssteun’ beperken M.J. Jacobs en W. den Ouden zich tot de positie van de concurrent en de rol van de bestuursrechter. Deze beperking is begrijpelijk, maar bij staatssteun zijn veel meer partijen betrokken. Naast de steunverlenende overheid, de begunstigde onderneming en zijn concurrent kunnen worden genoemd belangenorganisaties, zoals bedrijfsverenigingen (zoals in de AZ-zaak)² en milieuorganisaties, maar tevens de justitiabele in het algemeen. Deze laatste kan zich in vele hoedanigheden manifesteren. Het kan gaan om een omwonende, een consument of een belastingbetaler die al dan niet vanwege eigen

■ Mr. R.J.M. van den Tweel is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te 's-Gravenhage.

1 Scorebord staatssteun voor 2004, COM(2004) 750 def. Volgens persbericht IP/05/457 van 20 april 2005 was het totaalbedrag aan Nederlandse staatssteun in 2003 gedaald tot 1,5 miljard euro.

2 Zie ABRS 21 april 2004, LJN AO7997.

(financiële) belangen zich afvraagt of de opbrengst van de belasting wel goed wordt besteed.

Ook de concurrent kan verschillende hoedanigheden aannemen en zelfs geen concurrent blijken te zijn. Bij dit laatste denk ik onder meer aan ondernemingen die worden geconfronteerd met een heffing met de opbrengst waarvan een steunmaatregel wordt gefinancierd. Als voorbeelden noem ik de bedrijfsgenoot van een productschap of bedrijfsschap (zoals Pearle die ook in hoedanigheid van concurrent optrad)³ of het lid van een bepaalde bedrijfstak, zoals de veehouder Pape, die met een mestoverschotheffing wordt geconfronteerd,⁴ maar ook de willekeurige ingezetene van een waterschap die met een verontreinigingsheffing wordt geconfronteerd.

De overheid heeft nog geprobeerd om deze categorie van willekeurige justitiabelen 'buiten de deur' te houden met het betoog dat zij niet in een rechtstreekse concurrentieverhouding staan met de ondernemingen die worden begunstigd. In feite is getracht een relativiteitsvereiste te introduceren: het staatssteunregime strekt slechts tot bescherming van de belangen van de concurrent van de begunstigde onderneming. Als er tussen de begunstigde onderneming en de concurrent geen concurrentieverhouding bestaat, kan de begunstiging de mededinging ook niet vervalsen. Zo oordeelde ook de Afdeling bestuursrechtspraak naar aanleiding van het beroep van de vleesverwerkende industrie tegen tarieven van Rendac voor het ophalen en verwijderen van slachtafval. De bijdrage van de Minister van VWS aan Rendac waardoor de tarieven voor ophalen van kadavers bij veehouders lager konden zijn, was geen steunmaatregel die de mededinging vervalst omdat tussen de veehouderij en de vleesverwerkende industrie geen mededinging bestaat.⁵

Het Hof van Justitie heeft met deze gedachte echter korte metten gemaakt. In zijn arrest van 13 januari 2005 in de zaak van het Streekgewest Westelijk Noord-Brabant tegen de Staatssecretaris van Financiën heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een justitiabele er belang bij kan hebben om zich voor de nationale rechter te beroepen op de rechtstreekse werking van de 'stand still'-plicht. De justitiabele heeft dat belang niet alleen wanneer hij negatieve gevolgen ondervindt van het concurrentievervalsende effect van de onrechtmatige steunverlening, maar ook wanneer hij terugbetaling wenst te verkrijgen van een heffing die in strijd met artikel 88, lid 3, EG is geïnd. Voorwaarde is wel dat de justitiabele is onderworpen aan een heffing die integrerend deel uitmaakt van een steunmaatregel, die in strijd met de 'stand still'-plicht tot uitvoering is gebracht.⁶

3 HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-345/02, Pearle, NJ 2005, 197, m.nt. MRM.

4 HvJ EG 13 januari 2005, zaak C-175/02, Pape, n.n.g.

5 ABBRS 7 mei 2003, LJN AF8315.

6 HvJ EG 13 januari 2005, zaak C-174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant, AB 2005, 118, m.nt. AdMvV, punt 19.

Dit arrest, dat mogelijk tot een aanwas van nieuwe zaken zal leiden, illustreert dat staatssteunzaken niet enkel bij de bestuursrechter of de civiele rechter maar tevens bij de belastingrechter aanhangig kunnen worden gemaakt. Mede door deze verschillende rechtsgangen is de nationale jurisprudentie momenteel te beperkt en te versnipperd om duidelijke antwoorden te krijgen op de vragen die op de expertmeeting aan de orde zijn. Dit roept de vraag op waardoor er tot dusverre zo weinig rechtszaken hebben gespeeld met staatssteun tot inzet. Verwacht de concurrent wellicht meer te winnen van een klacht van de Europese Commissie of is er meer aan de hand?

2 DE GANG NAAR DE EUROPESE COMMISSIE

Kan een verklaring van het relatief geringe aantal nationale procedures zijn gelegen in de eenvoudige toegang tot de Europese Commissie? De drempel om een klacht in te dienen is inderdaad laag: de klachtenprocedure is kosteloos en juridische bijstand is, anders dan voor het voeren van een gerechtelijke procedure, niet strikt noodzakelijk. Men kan zich via eenvoudige brief tot de Commissie wenden. De Commissie helpt de klager bovendien door via een klachtenformulier kenbaar te maken welke informatie zij nodig heeft om gevolg te kunnen geven aan de klacht.⁷

In beginsel is de Commissie gehouden om naar aanleiding van een klacht 'onverwijld' een onderzoek in te stellen.⁸ In beginsel zou de klager vervolgens binnen enkele maanden duidelijkheid kunnen hebben. In werkelijkheid kan het vele maanden tot (in uiterste gevallen) enkele jaren duren voor men duidelijkheid van de Commissie verkrijgt. Anders dan in het geval van de aanmeldingsprocedure, gelden in het geval van een klachtprocedure namelijk geen termijnen.⁹ Een kortgedingprocedure bij de nationale rechter biedt sneller duidelijkheid.

Naast deze lange behandelingsduur kleeft nóg een nadeel aan de klachtprocedure. De Commissie was, althans in het verleden, namelijk niet altijd genegen om een klacht inhoudelijk in behandeling te nemen. De Commissie kan uiteenlopende (organisatorische of politieke) redenen hebben om een bepaald onderwerp niet op te pakken. Een voorbeeld is de financiering van voetbalclubs en voetbalstadions. Dat is een onderwerp dat de Commissie ogenschijnlijk slechts met grote tegenzin oppakt. De klacht van de bedrijfsvereniging in Alkmaar met betrekking tot de bouw van het stadion van AZ is door de Commissie wellicht uiteindelijk alleen maar in behandeling genomen,

7 Het klachtenformulier is gepubliceerd in PB 2003, C 116, p. 3, en op de website van de Commissie (http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html).

8 Artikel 10, lid 1, van Verordening (EG) nr. 659/1999, PB 1999, L 83, p. 1; de Procedureverordening.

9 Artikel 13, lid 2, Procedureverordening.

doordat ook een klacht door een Duitse projectontwikkelaar is ingediend.¹⁰ Daardoor kon de Commissie de bedrijfsvereniging niet meer, zoals wel vaker gebeurt, 'afschepen' met de mededeling dat de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloedt dan wel de mededinging niet vervalst of dreigt te vervalsen. Ter illustratie: in 2003 heeft de Commissie naar aanleiding van klachten in totaal 175 steunzaken geopend, terwijl dat er in 1998 slechts 5 en in 1999 zelfs maar 2 waren.¹¹

Een ander nadeel van de klachtenprocedure bij de Commissie is de toegang tot de Europese rechter in geval van een onwelgevallige beslissing van de Commissie, of beter: het gebrek aan toegang. Want hoewel volgens het klachtenformulier van de Commissie 'elke persoon of ondernemer' een klacht bij de Commissie kan indienen, geldt dat niet voor het instellen van beroep. Adressant van een op artikel 88 EG gebaseerde beschikking is de lidstaat. Particulieren kunnen dan alleen een beroep tegen de beschikking van de Commissie instellen, wanneer zij door die beschikking rechtstreeks en individueel worden geraakt.¹²

Dat is een streng criterium dat in het algemeen al de nodige weerstand heeft opgeroepen. Volgens het Hof van Justitie kan dit criterium alleen worden versoepeld door een wijziging van het EG-verdrag.¹³ In de Grondwet voor Europa is de eis voor de ontvankelijkheid van particulieren evenwel niet gewijzigd.¹⁴ Voor staatssteunzaken is dit strenge criterium nader geconcretiseerd.¹⁵ Dit komt er op neer dat, afhankelijk van de inhoud van de beschikking, het begunstigde bedrijf altijd en het concurrerende bedrijf onder bepaalde voorwaarden beroep bij de Europese rechter kunnen instellen. Een concurrent kan zich alleen tot de Europese rechter wenden, wanneer het in het kader van de onderzoeksprocedure van de Commissie een actieve rol heeft gespeeld, en voorzover de steunmaatregel zijn marktpositie wezenlijk heeft beïnvloed. Het zijn van een concurrent, die ook nog eens een klacht heeft ingediend of die schriftelijke opmerkingen heeft ingediend in de onderzoeksprocedure, is dus nog niet voldoende. Het bedrijf moet door de steunmaatregel rechtstreeks in zijn concurrentiepositie zijn geraakt. Dit betekent meteen dat een justitiabele, die opkomt tegen een aan hem opgelegde heffing waarmee een steunmaatregel wordt gefinancierd, een klacht bij de Commissie kan indienen, en zelfs de nationale rechter om een schorsing kan vragen,¹⁶ maar geen rechtstreekse toegang heeft tot de Europese rechter.

10 Zie het besluit tot opening van de formele onderzoeksprocedure van 23 juli 2003, PB 2003, C 266, p. 8. Voorzover mij bekend was het onderzoek in augustus 2005 nog niet afgerond.

11 Zie het 33ste Mededingingsverslag 2003 (SEC(2003) 658 def), p. 146.

12 Zie artikel 230, 4e alinea, EG.

13 HvJ EG 25 juli 2002, zaak C-50/00 P, UPA, *Jur.* 2002, p. I-6677.

14 Zie artikel III-365, lid 4, van de Grondwet voor Europa.

15 Zie o.a. GvEA 21 oktober 2004, zaak T-36/99, Lenzing AG, n.n.g.

16 Zie voetnoot 6.

Ten slotte biedt de gang naar de Commissie geen soelaas indien de concurrent een schorsing van de steunmaatregel dan wel terugbetaling door de begunstigde onderneming van het onrechtmatig ontvangen voordeel wenst. Wat betreft de terugvordering: de Commissie beveelt die alleen wanneer zij een negatieve beschikking neemt. Als zij oordeelt dat er weliswaar sprake is van (niet aangemelde) staatssteun maar deze verenigbaar acht met de gemeenschappelijke markt, zal de Commissie niet de terugvordering bevelen van de vóór de goedkeuring, in strijd met de 'stand still'-plicht, verleende staatssteun. Daarvoor dient de concurrent zich tot de nationale rechter te wenden. Daarnaast kan de Commissie op zich wel een bevel tot opschorting of voorlopige terugvordering van steun geven, maar dan moet aan enkele strenge voorwaarden zijn voldaan.¹⁷ De lastigste hobbel voor de Commissie zal zijn dat een ernstig gevaar moet bestaan dat de concurrent aanzienlijke en onherstelbare schade oploopt. Dat nu zal niet snel aan de orde zijn en in elk geval voor de concurrent niet eenvoudig zijn aan te tonen.¹⁸ De belangenafweging door de nationale kortgedingrechter is minder streng en zal wellicht eerder in het voordeel van de concurrent uitvallen.

De gang naar de Commissie biedt de concurrent derhalve niet zoveel voordelen dat daarin een verklaring is gelegen voor de relatief geringe aantallen procedures die voor de Nederlandse rechter worden aangespannen. Wat zou dan wel een verklaring kunnen zijn?

3 DE TOEGANG TOT DE NATIONALE RECHTER

Het is interessant om te constateren dat bijvoorbeeld in het milieurecht en aanbestedingsrecht het Europese recht wél is ontdekt. Het aantal procedures op deze terreinen waarin een beroep op een Europese verdragsbepaling of een richtlijn wordt gedaan, is vele malen groter. Waar ligt dat verschil dan aan? Het EG-recht inzake staatssteun is niet veel ingewikkelder dan het Europese milieu- of aanbestedingsrecht. Naar mijn indruk kende het staatssteun-regime jarenlang een slapend of sluimerend bestaan. Staatssteun werd in verband gebracht met kwijnende industrieën met laatste stuiptrekkingen. De Commissie was weinig actief en liet zich meer leiden door politiek-beleidsmatige motieven. Maar gaandeweg werd de Commissie actiever in haar onderzoeken en publiceerde zij haar beleid in richtsnoeren en kaderregelingen. En ondertussen was Nederland wakker geschud door Securitel- en ESF-affaires.

¹⁷ Zie artikel 11, lid 2, Procedureverordening.

¹⁸ Inmiddels heeft Commissaris Kroes in haar Actieplan Staatssteun, een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009) van 7 juni 2005, een voorstel tot wijziging van de Procedureverordening in het vooruitzicht gesteld, onder meer om tot een betere handhaving te komen.

In het discussiestuk wordt gewezen op het kennisgebrek aan de zijde van de rechterlijke macht. Ik zou eerder spreken van een kennisachterstand. Maar dat verklaart niet het geringe aantal procedures. Dat wordt eerder verklaard door hetzelfde kennisgebrek aan de zijde van de (rijks- en decentrale) overheden en de advocatuur. Als bij deze betrokkenen de kennis al ontbreekt, is het niet verwonderlijk dat bij ondernemingen en de justitiabele al helemaal niet het besef bestond om met het EG-verdrag in de hand op te komen tegen subsidiëring van een activiteit.

Mijns inziens is er nog meer aan de hand. Een concurrent of een justitiabele zal een inbreuk op de staatssteunvoorschriften anders ervaren dan een schending van milieuvoorschriften of aanbestedingsrichtlijnen. Het milieu gaat ons allemaal aan, getuige bijvoorbeeld de problematiek rond de luchtkwaliteit. Een verkeerde aanbesteding leidt tot het missen van een opdracht, oftewel tot een concrete omzetsderving. Het gaat om concrete geschillen tussen meestal overheid en burger of onderneming met concrete belangen. Bij staatssteun ligt dat genuanceerder. Het verlenen van staatssteun leidt ertoe dat een activiteit kan plaatsvinden die anders niet zou kunnen plaatsvinden. De overheid betaalt en de burger profiteert. Daar zal de burger niet snel tegen op komen. De klassieke gedachte van staatssteun is dat de eigen nationale industrie wordt ondersteund in de internationale concurrentie. Ondernemingen profiteren van deze ondersteuning en zullen niet snel hun eigen ruiten willen ingooien. 'Vandaag profiteert mijn concurrent, maar morgen wordt mij eenzelfde voordeel toegeworpen'. Door een gang naar de rechter of naar de Commissie kan de kans op dat voordeel nadelig worden beïnvloed. Ondernemingen blijven als het even kan liever 'on speaking terms' met de overheid waarop zij nog vele jaren in velerlei opzicht een beroep moeten doen.

En als een concurrent daadwerkelijk bezwaar maakt, berust dat vaak op het argument van de ongelijke behandeling. Niet altijd is de concurrent beter af als de oude toestand wordt hersteld.¹⁹ Niet zelden gebruikt de concurrent het staatssteunargument juist om de steunverlenende overheid te beïnvloeden om hem eenzelfde voordeel of een rol in het begunstigde project te gunnen. Maar, als dat doel niet wordt bereikt, vervolgens de stap naar de rechter zetten, is kennelijk net een brug te ver. Wellicht mede omdat het nadeel dat de concurrent van de steunverlening ondervindt, wel meevalt. De concurrent zal zich in elk geval alvorens de gang naar de rechter te (willen) maken, immers afvragen welk concreet nadeel de begunstiging van zijn concurrent hem eigenlijk oplevert. Dat nadeel is moeilijk te duiden of te kwantificeren, veel moeilijker dan bij een verloren aanbesteding. Als de subsidiëring van een ander bedrijf niet merkbaar tot een omzetsdaling of verlies van marktaandeel leidt, zijn er kennelijk niet veel ondernemingen die enkel omwille van het principe de gang naar de rechter doorzetten.

19 Terwijl dit wel het doel van het staatssteunregime is: zie bijvoorbeeld HvJ EG 29 april 2004, zaak C-277/00, Duitsland/Commissie, *Jur.* 2004, p. I-3925.

4 KRIJGT DE CONCURRENT VAN DE NEDERLANDSE RECHTER WAT HIJ ERVAN VERWACHT?

Als de concurrent besluit de Nederlandse rechter te adiëren, krijgt hij dan wat hij ervan verwacht? Gelet op de beperkte (eenduidige) jurisprudentie zal hij daar nog geen duidelijk beeld van hebben. Als iedere procespartij verwacht hij natuurlijk gelijk te krijgen. Soms krijgt de concurrent ook gelijk maar soms ook niet, gewoon omdat hij niet in zijn recht staat. Slechts een enkele keer wordt hem zijn recht ten onrechte onthouden, zoals in het geval van de uitspraak van de Voorzieningenrechter te Alkmaar.²⁰ De gevraagde schorsing van de nieuwbouw van het voetbalstadion van AZ werd door deze rechter afgewezen met de motivering dat door de gemeente Alkmaar informatie over het project is verstrekt aan de Commissie (door de Commissie opgevraagd naar aanleiding van de klacht van de bedrijfsvereniging overigens). Nu de zaak feitelijk bij de Commissie ligt, is voor een voorziening alleen plaats indien het evident gaat om een steunmaatregel, aldus de Voorzieningenrechter. Het Gerechtshof te Amsterdam heeft deze uitspraak gecorrigeerd en alsnog een schorsing uitgesproken.²¹

Afgezien van dergelijke incidenten zou ik niet als Jacobs en Den Ouden willen beweren dat de Nederlandse rechter beter werk zou kunnen en moeten afleveren. Het is altijd goed om kwalitatief betere rechtspraak na te streven maar de Nederlandse rechter doet het lang zo slecht niet. Jacobs en Den Ouden plaatsen in hun opiniërende stuk vanuit een nationaal bestuursrechtelijke invalshoek enkele kanttekeningen bij diverse uitspraken, met name in licht van de 'stand still'-plicht van artikel 88, lid 3, EG. Wat er van die kanttekeningen ook zij, bezien vanuit de invalshoek van het EG-recht inzake staatssteun zie ik minder bezwaren.

Een goed voorbeeld van de wijze waarop met een in kort geding gevraagde schorsing moet worden omgegaan, is de uitspraak van de Voorzieningenrechter Groningen in de zaak van de gemeente Appingedam.²² Voor mij staat deze casus standaard voor de gevallen waarin een concurrent schorsing van een met overheidsmiddelen gefinancierd project wil in verband met de schending van de 'stand still'-plicht. Bijzonder in dit geval was de wijze waarop de concurrent (Essent) de procedure heeft opgezet. Daardoor kwam niet de rechtmatigheid van het besluit (de steunmaatregel zelf) maar alleen de uitvoering van die steunmaatregel aan de orde. De rechter heeft zich enkel gebogen over de vraag of er in het geval van het Damsternetproject een aanmeldingsplicht bestond en, nu dat het geval was, beslist dat alle werkzaamheden ter verdere uitvoering van het project moeten worden gestaakt.

20 Vznr. Alkmaar 5 december 2002, LJN AF1407.

21 Gerechtshof Amsterdam 1 april 2004, LJN AO6912.

22 Vznr. Groningen 3 september 2004, LJN AQ8920.

Met één element van de redenering van de Voorzieningenrechter heb ik grote moeite, namelijk de overweging dat al bij twijfel of sprake is van een steunmaatregel, melding aan de Commissie moet plaats vinden. In de zaak Pearle heeft het Hof van Justitie met betrekking tot de aanmeldingsplicht van artikel 88, lid 3, EG overwogen dat voor de kwalificatie als steun vereist is dat aan alle in artikel 87, lid 1, EG bedoelde voorwaarden is voldaan. Maar dit terzijde.

Op de rechtmatigheid van het besluit is de rechter terecht niet ingegaan en niet alleen omdat het besluit formele rechtskracht heeft, dan wel dat oordeel is voorbehouden aan de bestuursrechter.²³ De nationale rechter kan en mag zich namelijk niet uitspreken over de verenigbaarheid van een steunmaatregel, als bedoeld in artikel 87, lid 3, EG. Dat oordeel is voorbehouden aan de Commissie.

Om die reden is met de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in de zaak over de Martinihal²⁴ naar mijn mening niets mis. De Afdeling constateert dat de subsidieverlening mogelijk een aanmeldingsplichtige steunmaatregel omvat en oordeelt dat de gemeente zich daarvan eerst moet vergewissen en – als dat het geval is – tot aanmelding moet overgaan. Ik zie geen probleem in het feit dat de Afdeling hier ‘slechts’ indirect heeft getoetst aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur en zich de vraag heeft gesteld of het bestuursorgaan overeenkomstig artikel 3: 2 van de Awb, de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen heeft vergaard, en het besluit wel voldoende heeft gemotiveerd. Over de rechtmatigheid, en daarmee ook de verenigbaarheid, van het subsidiebesluit valt zonder het (definitieve) oordeel van de Commissie immers nog niets te zeggen. Bij de huidige stand van het EG-recht inzake staatssteun mag de Afdeling daar niets over zeggen.²⁵

Zo beschouwd zou de bestuursrechter ook niet kunnen toekomen aan een concrete toetsing van het subsidiebesluit. Wanneer sprake is van een steunmaatregel en deze niet is aangemeld, kan de bestuursrechter in elk geval niet zonder meer constateren dat er maar één beslissing op bezwaar mogelijk is. Na aanmelding kan de steunmaatregel immers verenigbaar met de gemeenschappelijke markt, en daarmee het besluit dus rechtmatig, blijken te zijn. Met de opmerking in het opiniërende stuk van Jacobs en Den Ouden dat er maar één beslissing op bezwaar mogelijk is, ben ik het dan ook niet eens. Er kleeft hooguit een formeel gebrek aan het besluit en het herstel van dat gebrek, eventueel resulterend in de aanmelding bij de Commissie, kan ertoe leiden dat het besluit in stand kan blijven (vergelijk artikel 6: 22 Awb), namelijk

23 De hiermee verband houdende, interessante (nationale) rechtsvragen die deze uitspraak oproept, laat ik even voor wat ze zijn.

24 ABRs 17 december 2003, AB 2004, 262, m.nt. Jacobs en Den Ouden, en Gst. 2004, 120, m.nt. Dekker.

25 HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354/90, FNCEPA, *Jur.* 1991, p. I-5505, punt 14.

wanneer de Commissie de steunmaatregel vervolgens goedkeurt. Er is dan ook in mijn visie voor de bestuursrechter geen enkele aanleiding om na vernietiging van het besluit vanwege dat formele gebrek zelf in de zaak te voorzien door het primaire besluit te herroepen.

Ontdaan van alle nuances is de enige vraag waar de (bestuurs)rechter zich dan voor geplaatst ziet, of de rechten die de concurrent aan artikel 88, lid 3, EG kan ontlennen – anders dan door herroeping – voldoende worden gewaarborgd. Het hangt dan van de omstandigheden van de casus en van de proceshouding van partijen af of de Afdeling aanleiding had moeten zien om gelijktijdig bij de uitspraak een voorlopige voorziening te treffen. Op grond van artikel 8:72, lid 5, Awb is de bestuursrechter daartoe bevoegd. We krijgen dan de interessante discussie of in gevallen als de onderhavige uit het Europees recht voortvloeit dat de bestuursrechter verplicht is om zonodig ambtshalve een voorziening te treffen. Uit de arresten Van Schijndel²⁶ en Kühne & Heitz²⁷ volgt dat zodra het nationale recht een bevoegdheid toekent, de nationale rechter ook verplicht is van deze bevoegdheid gebruik te maken als dat nodig is om de rechtsbescherming te verzekeren die de concurrent (in casu) aan artikel 88, lid 3, EG kan ontlennen. Indien de bestuursrechter niet van deze bevoegdheid gebruik maakt, staat het de concurrent altijd nog vrij om hangende de nieuwe beslissing op bezwaar en eventueel de aanmeldingsprocedure de voorzieningenrechter om een schorsing van de uitvoering van het besluit te vragen.

Deze benadering waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de (concrete) toetsing van de rechtmatigheid van het subsidiebesluit en de uitvoering daarvan vindt steun in artikel 88, lid 3, EG en de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot de precieze consequenties van de 'stand still'-plicht. Het Hof van Justitie is van oordeel dat bij schending van de 'stand still'-plicht de geldigheid van handelingen tot uitvoering van steunmaatregelen wordt aangetast, en *niet* de geldigheid van de steunmaatregel zelf!²⁸ In het kader van het staatssteunregime ziet de op nationaal niveau te bieden rechtsbescherming primair op de uitvoering van de steunmaatregel en niet op de steunmaatregel zelf. De vraag wat onder de uitvoeringshandelingen van een steunmaatregel moet worden begrepen, moet dus worden onderscheiden van de vraag wat moet worden aangemerkt als de (voorgenomen) steunmaatregel waarvoor de aanmeldingsplicht van artikel 88, lid 3, EG geldt. In de zaak Fleuren Compost oordeelde het Gerecht van eerste aanleg – met de Commissie – dat het relevante criterium voor het antwoord op de laatste vraag is het juridisch bindende besluit waarmee de steun wordt toegezegd. Dat besluit

26 HvJ EG 14 december 1995, zaken C-430 en 431/93, Van Schijndel en Van Veen, *Jur.* 1995, p. I-4705, AB 1996, 92, m.nt. FHvdB.

27 HvJ EG 13 januari 2004, zaak C-453/00, Kühne & Heitz, *NJ* 2004, 125, m.nt. MRM, AB 2004, 58, m.nt. RW.

28 HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354/90, FNCEPA, *Jur.* 1991, p. I-5505, punt 12.

was in die zaak genomen ná de periode waarvoor de Commissie steunverlening had goedgekeurd.²⁹ Een uitvoeringshandeling kan daarentegen evengoed een feitelijke handeling zijn, zoals de uitbetaling van het in het juridisch bindende besluit toegezegde bedrag. De (bestuurs)rechter dient bij schending van de ‘stand still’-plicht aangaande die uitvoeringshandeling een adequate rechtsbescherming te bieden en alle consequenties te trekken, zowel wat betreft de geldigheid van die uitvoeringshandeling als wat betreft de terugvordering van onrechtmatig verleende steun.

5 SLOT

De nationale rechtspraak op het terrein van de staatssteun staat nog in de kinderschoenen. Naar verhouding lijken weinig zaken bij de Nederlandse rechter te worden aangespannen. Daaraan kunnen uiteenlopende oorzaken ten grondslag liggen. Langzaamaan begint de Nederlandse jurisprudentie vorm te krijgen, maar tal van (nationale) rechtsvragen resteren nog. Concurrenten moeten vooralsnog waken voor al te hoge verwachtingen en zich in ieder geval goed afvragen waartegen zij willen opkomen en hoe zij dat willen doen. Is dat de steunmaatregel zelf of primair de uitvoering daarvan? De keuze die zij hier maken, is vervolgens ook weer van invloed op de keuze van de instantie tot wie zij zich moeten (kunnen) wenden. De Europese Commissie of toch de Nederlandse rechter? En in het laatste geval: de civiele of de bestuursrechter, of misschien wel de belastingrechter? In de regel vervult de Nederlandse rechter de rol die ingevolge het EG-recht inzake staatssteun wordt verlangd, namelijk het verwezenlijken van de rechten die een concurrent aan artikel 88, lid 3, EG kan ontlenen. Deze rechten beperken zich tot de schorsing of terugvordering van in strijd met de ‘stand still’-plicht verstrekte steun. De inhoudelijke discussie over de verenigbaarheid van de steunmaatregel zelf, in feite de kern van de zaak, zal uiteindelijk op Europees niveau moeten worden gevoerd. In die discussie kan de Nederlandse rechter zich niet mengen.

29 GvEA 14 januari 2004, zaak T-109/01, *Fleuren Compost*, AB 2004, 411, m.nt. AdMvV.

5 De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de toetsing aan het EG-recht

R.J.G.M. Widdershoven[■]

1 INLEIDING

In hun in deze bundel opgenomen bijdrage verdedigen M.J. Jacobs en W. den Ouden de stelling dat de Nederlandse bestuursrechter in zaken waarin de verlening van staatssteun in strijd met de krachtens artikel 88, derde lid, EG, geldende stand-still-verplichting aan de orde is, in concreto moet toetsen of het verleningsbesluit in strijd is met het EG-recht.¹ Daartoe zal hij in de regel zelf een oordeel moeten geven over het 'staatssteun-karakter' van het aangevochten besluit. Met deze stelling zetten beide auteurs zich af tegen de benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRS), die dergelijke besluiten pleegt te beoordelen aan de hand van de nationale formele beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder de beginselen van zorgvuldigheid (art. 3:2) en deugdelijke motivering (art. 3:46 of 7:12 Awb). In deze benadering gaat de ABRS niet zelf in concreto na of een subsidiebesluit moet worden aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 87, eerste lid, EG, maar beperkt zich tot het beoordelen van de vraag of het bestuursorgaan voldoende zorgvuldig heeft onderzocht of er sprake is van staatssteun.

Met hun standpunt leveren beide auteurs ook voorzichtige kritiek op de opvatting van J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en ondergetekende,² dat de door de ABRS verrichte toetsing van besluiten aan het EG-recht via de formele beginselen van behoorlijk bestuur in algemene zin waarschijnlijk door de EG-rechtelijk beugel kan. Gelet hierop zou het voor de hand liggen dat ik het met beiden in hoge mate oneens ben. Dat is echter niet het geval.³ Evenmin ben

■ Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven is als hoogleraar Europees bestuursrecht verbonden aan het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Utrecht.

1 M.J. Jacobs en W. den Ouden, De toetsing getoetst, De bestuursrechter en het EG-recht inzake staatssteun, deze bundel, p. 1 e.v. Zie ook J.R. van Angeren en W. den Ouden, Subsidierecht en staatssteun, in: Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht, *VAR-reeks* 134, BJu: Den Haag 2005, p. 180-187,

2 J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2002, p. 131-135.

3 Ook Jans is het met de opvatting van Jacobs en den Ouden eens. Vergelijk diens recente oratie, *Doorgeschoten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak*, Europa Law Publishing, Groningen 2005, p. 17-22

ik overigens van mening dat Jans e.a. bij nader inzien ongelijk hebben.⁴ In deze bijdrage zal ik mijn opvatting, die op het eerste gezicht innerlijk tegenstrijdig lijkt, nader onderbouwen.

Daartoe wordt in paragraaf 3 en 4 de wijze waarop de ABRS tegenwoordig in veel zaken de mogelijke strijdigheid van besluiten met het EG-recht via de formele beginselen van behoorlijk bestuur toetst langs de EG-rechtelijke meetlat gelegd. Deze exercitie leidt tot de conclusie dat dit in algemene zin waarschijnlijk is toegestaan (Jans e.a. hebben gelijk). Vervolgens wordt in paragraaf 5 bekeken of deze wijze van toetsing ook voldoende is in staatssteunzaken. Dit onderdeel leidt tot de conclusie dat dit in het Nederlands stelsel van bestuursprocesrecht vaak niet het geval is (Jacobs en den Ouden hebben in zoverre ook gelijk). Alvorens deze verzoeningspoging te starten, wordt eerst in paragraaf 2 ingegaan op de wijze waarop de ABRS de bestuurlijke feitenvaststelling in zowel nationale als EG-rechtelijke zaken veelal toetst.

2 TOETSING VAN DE BESTUURLIJKE FEITENVASTSTELLING DOOR DE ABRS

Wanneer men kennisneemt van de rechtspraak van de ABRS blijkt dat deze rechter voor wat betreft vernietigingsgronden een duidelijke voorkeur heeft voor de artikel 3:2 Awb al dan niet in samenhang met artikel 3:46 Awb of, indien een besluit op bezwaar ter beoordeling staat, 7:12 Awb. In dergelijke uitspraken kan men lezen dat verweerder onvoldoende zorgvuldig onderzoek heeft gedaan naar bepaalde feiten die relevant zijn voor de besluitvorming en het bestreden besluit daarom in zoverre in strijd is met artikel 3:2 Awb. Mede daarom is het besluit in de regel ook niet deugdelijke gemotiveerd en dus in strijd met artikel 3:46 of 7:12 Awb.

Deze voorkeur voor toetsing van besluiten via de genoemde formele beginselen van behoorlijk bestuur heeft alles te maken met de wijze waarop de ABRS aankijkt tegen de rechterlijke verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de voor een besluit relevante feiten. Kort en goed komt de opvatting van de ABRS erop neer dat de rechter in een bestuursrechtelijk geschil niet de taak heeft om de feiten vast te stellen alsof er geen bestuurlijke feitenvaststelling heeft plaatsgevonden, maar zich dient te beperken tot toetsing van de feitenvergaring door het bestuur op zorgvuldigheid en volledigheid.⁵ Achtergrond

4 Daarbij is niet onbelangrijk dat deze opvatting van Jans e.a. niet betrekking had op de steunverleningszaken, waarover de bijdrage van Jacobs en den Ouden gaat. De rechtspraak van de ABRS inzake steunverlening was in 2002 (toen de tweede druk van Jans e.a. verscheen) nog niet gewezen.

5 Zie onder meer E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, *Balanceren boven nul, de vaststelling van feiten door in het bestuursprocesrecht*, NTB 2000/7, p. 214-221; M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedures*, *Awb-monografieën A-3*, Deventer: Kluwer 2003, p. 202 e.v.; Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in een bestuurs*

van deze opvatting is het in het bestuursprocesrecht geldende adagium 'het bestuur beslist, de rechter toetst'.⁶

Het bestuur moet *beslissen*, of te wel besluiten nemen. De inhoud van een besluit wordt bepaald door het recht enerzijds – waartoe vooral behoren het wettelijk kader waarop het besluit is gebaseerd, de beginselen van behoorlijk bestuur en steeds vaker het EG-recht – en de feiten anderzijds. Het wettelijk kader schrijft soms, namelijk bij gebonden besluiten, precies voor tot welke rechtsgevolg bepaalde feiten moeten leiden. Doorgaans heeft het bestuur bij het nemen van besluiten echter beoordelings- of beleidsvrijheid. Voor de toepassing van zijn wettelijke bevoegdheden moet het bestuur de feiten vaststellen. Ingevolge artikel 3:2 Awb dient dat zorgvuldig te geschieden: het bestuur moet de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaren.⁷ Deze taak dient onbevooroordeeld, coherent en dus met overzicht over en beheersing van alle zaken die op grond van hetzelfde wettelijke kader worden beslist, te geschieden.⁸ De combinatie van recht en bestuurlijke feitenvaststelling leidt tot een besluit met een bepaalde inhoud. Dat besluit heeft de status van een gezaghebbende rechtsvaststelling en wordt onaantastbaar indien het niet tijdig wordt aangevochten. Wordt een besluit – al dan niet na bezwaar – wel aangevochten dan komt de bestuursrechter in beeld.

De bestuursrechter neemt zelf geen besluiten maar toetst of een besluit *ex tunc* rechtmatig is genomen. Daarbij is het – althans in de opvatting van de ABRS – niet zijn taak om de feiten opnieuw vast te stellen alsof er geen gezaghebbende feitenvaststelling door het bestuur heeft plaatsgevonden. Hij beperkt zich daarentegen tot het *toetsen* van de vraag of het bestuur de feiten op een rechtmatige wijze heeft vastgesteld, met andere woorden hij toetst de bestuurlijke feitenvaststelling op 'houdbaarheid in rechte'.⁹ De maatstaf die daarbij door de rechter wordt gehanteerd is de zorgvuldigheidsnorm van artikel 3:2 Awb. Is de feitengaring – mede gelet op hetgeen partijen ter zake hebben aangevoerd – zorgvuldig en volledig geweest, dan blijft het besluit in stand. Zo niet, dan wordt het besluit vernietigd en wordt de zaak verwezen naar het bestuur, dat doorgaans een nieuw besluit zal moeten nemen. De toetsing aan artikel 3:2 Awb wordt door de ABRS streng verricht. Bij elke twijfel over de zorgvuldigheid van het feitenonderzoek, sneuvelt het besluit.

rechtelijke context, *NTB* 2004/1, p. 1-9. Zie ook de bijdrage van Jacobs en den Ouden in deze bundel, par. 3.

6 N. Verheij, Tussen toen en nu. Het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep, *JB-plus* 2003/1, p. 26-47, i.h.b. p. 47.

7 Ingevolge artikel 4:2 Awb kan in de bestuurlijke fase een deel van de bewijslast met betrekking tot de feiten bij de belanghebbende liggen. Voldoet hij hieraan niet, dan kan dat ertoe leiden dat het bewijs in de rechterlijke fase niet meer kan worden ingebracht. Deze bewijsfuik-problematiek blijft hierna buiten beschouwing.

8 Daalder/Schreuder-Vlasblom 2000, p. 215.

9 Schuurmans 2004, p. 6.

Dat het volgens de ABRS niet de taak van de bestuursrechter is om de feitenvaststelling door het bestuur over te doen, heeft diverse redenen:¹⁰

- Deskundigheid en capaciteit: de rechterlijke procedure is niet toegesneden op het op grote schaal overdoen van het bestuurlijke feitenonderzoek. De rechter beschikt immers, anders dan het bestuur, niet over een uitgebreid ambtenarenapparaat om dergelijk onderzoek te laten verrichten en heeft bovendien niet de hiervoor vaak noodzakelijke technische en wetenschappelijke kennis.
- Coherentie van de uitvoering: het rechterlijke oordeel is naar zijn aard toegespitst op het individuele geval, waarbij de rechter maar een beperkt overzicht heeft over het gehele terrein van de toepassing van een bepaalde wet. Zou de rechter in een concreet geval het feitenonderzoek overdoen en daaruit conclusies trekken over de inhoud van het besluit, dan is het gevaar aanwezig dat de totale toepassing van deze wet (inclusief het oordeel van de rechter) incoherent wordt.
- Beslissingsvrijheid van het bestuur: vanwege de veelal aanwezige bestuurlijke beleids- of beoordelingsvrijheid zal de rechter in de regel moeten volstaan met de vernietiging van besluit en kan hij niet zelf in de zaak voorzien. Voor een vernietiging is het oordeel dat de bestuurlijke feitenvaststelling onzorgvuldig is geweest voldoende. Bij verdergaand rechterlijke feitenonderzoek kan de vraag worden opgeworpen of dit voor het opnieuw voorzien wel relevant zal zijn. Beleidsmatige overwegingen en/of nieuwe feiten en omstandigheden kunnen voor het bestuur immers reden zijn om de zaak op een geheel andere wijze af te doen.
- Redelijke termijn: als de rechter in de regel zelf de feiten vaststelt, dan zal dat leiden tot een aanzienlijke verlenging van de rechterlijke procedures waardoor de eis van berechting binnen redelijke termijn in het geding komt. Daarbij is het – zoals al opgemerkt – de vraag of dat feitenonderzoek gegeven de bestuurlijke beleids- en beoordelingsvrijheid uiteindelijk relevant zal zijn.

Over de vraag of de opvatting van de ABRS over de (beperkte) rol van de bestuursrechter bij de vaststelling van de feiten in alle opzichten wenselijk is, kan men verschillend denken. Naar mijn mening is deze opvatting in elk geval verdedigbaar in het geval het bestuur op grond van de wet beoordelings- en/of beleidsvrijheid, alsmede indien de feitenvaststelling nogal wat technische en wetenschappelijke kennis vereist. Naarmate de besluitvorming meer gebonden is en de feitenvaststelling minder ingewikkeld is, zou het rechterlijke feitenonderzoek naar mijn mening daarentegen verder kunnen gaan. Dit blijkt

10 Vergelijk Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 214-215; Schuurmans 2004, p. 6-9. Zie in algemene zin, M. Heldeweg, *Waarborgen voor technische deskundigheid in het bijzonder bij vergunningverlening in het milieurecht*, Den Haag 1993.

ook uit de rechtspraak van de belastingrechter en in iets mindere mate uit die van de Centrale Raad van Beroep. Beide rechters hebben meer dan de ABRS te maken met volledig of in hoge mate gebonden besluiten en zijn daarom meer dan de ABRS geneigd tot het zelf vaststellen van de feiten. Vernietigingen wegens schending van artikel 3:2 Awb komen bij deze rechters dan ook zelden (CRvB) of nooit (belastingrechter) voor.

3 DE ABRS EN DE TOETSING AAN HET EG-RECHT

Voor wat betreft de toetsing aan het EG-recht heeft de ABRS in de loop der tijden diverse methoden gehanteerd.¹¹ In het inmiddels al wat grijze verleden paste de ABRS met enige regelmaat de zogenoemde *abstracte methode* toe.¹² Bij deze methode stond in de toetsing niet zozeer het concrete besluit centraal, maar de wettelijke regeling waarop het besluit was gebaseerd. Deze wettelijke regeling werd getoetst aan een rechtstreeks werkende bepaling van EG-recht. Was de regeling in strijd daarmee dan werd deze onverbindend verklaard dan wel buiten toepassing gelaten. Vervolgens werd het daarop gebaseerde besluit vernietigd wegens het ontbreken van een nationale wettelijke grondslag.

Het bezwaar dat tegen deze vorm van toetsing kan worden aangevoerd is dat de gevolgen ervan nogal ingrijpend zijn, omdat wegens het 'wegtoetsen' van de onderliggende, met het EG-recht strijdige wettelijke regeling geen enkel besluit meer kan worden genomen, ook niet een besluit dat in het concrete geval conform de rechtstreeks werkende bepaling van EG-recht is. Deze vorm van toetsing ontnemt het bestuursorgaan met andere woorden de mogelijkheid om, ondanks de EG-rechtelijke gebreken op het niveau van de wetgeving, toch een EG-rechtconform besluit te nemen. Dit is pas weer mogelijk nadat de wetgever de (buiten toepassing gelaten) wettelijke regeling in overeenstemming met het EG-recht heeft gebracht. Waarschijnlijk vanwege deze ingrijpende gevolgen, die verder gaan dan voor de doorwerking van het EG-recht noodzakelijk is, past de ABRS de abstracte methode de laatste 10 jaar niet meer toe.

11 Vergelijk Jans e.a. 2002, p. 128-135. Zie voorts reeds J.H. Jans, *Over grenzen van het Europese milieurecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992; R.J.G.M. Widdershoven, *Naar een bestuurs(proces)rechtelijk Ius Commune*, in: *Europees recht en het Nederlands bestuursrecht, VAR-reeks* 116, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1996, p. 138-145.

12 Bijv. ARRS 6 maart 1986, *tB/S* 1986, nr. 46a, m.a. vD, *M en R* 1987, p. 16-19, m.nt. Jans; Vz. ARRS 19 maart 1993, nr. 20, m.a. dzz. (beide over de Vogelrichtlijn); AGRS 11 november 1991, *AB* 1992, 50, m.nt. FM (over de MER-richtlijn); AGRS 17 februari 1993, *M en R* 1993, nr. 36, m.nt. Addink, *SEW* 1993, p. 618-622, m.nt. Jans; AGRS 20 januari 1994, *M en R* 1994, nr. 60, m.nt. Jans (over de Richtlijn gevaarlijke afvalstoffen).

De tweede toetsingsmethode die de ABRS in het verleden veelvuldig en thans sporadisch toepast, is de *concreet-inhoudelijke methode*.¹³ Bij deze methode wordt niet de onderliggende wettelijke regeling, maar het daarop gebaseerde besluit in concreto materieel aan het EG-recht getoetst. Binnen deze methode kunnen twee varianten worden onderscheiden. In sommige zaken toetst de ABRS concreet aan een rechtstreeks werkende bepaling van EG-recht. Is het besluit daarmee materieel in strijd dan wordt het vernietigd wegens strijd met de desbetreffende bepaling van EG-recht. In veel zaken gaat de ABRS eerst over tot een EG-rechtconforme interpretatie van het nationale wettelijke kader, waarna het bestreden besluit vervolgens inhoudelijk wordt getoetst aan dit EG-rechtconform 'bijgebogen' wettelijke kader. Is het besluit daarmee in strijd dan wordt het vernietigd. In een vaste rechtspraak heeft de ABRS inmiddels uitgemaakt dat toetsing aan het EG-rechtconform geïnterpreteerde (nationale) wettelijke kader de voorkeur heeft boven de toetsing aan een rechtstreeks werkende bepaling van EG-recht.¹⁴ Bij deze voorkeur speelt ongetwijfeld een rol dat de ABRS zich bij toetsing aan het EG-rechtconform geïnterpreteerde wettelijke kader niet hoeft uit te laten over de EG-rechtelijke vraag of een bepaling van EG-recht wel rechtstreeks werkend is en ter zake derhalve geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie hoeft te stellen. Aldus wordt een vertraging van de procedure, die het gevolg zou zijn van prejudiciële verwijzing, vermeden.

De toetsingsmethode die de ABRS in het verleden af en toe en thans veelvuldig toepast is de toetsing *via de formele beginselen van behoorlijk bestuur*, meer in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb en het motiveringsbeginsel van artikel 3:46 Awb.¹⁵ Bij deze methode wordt niet getoetst of een besluit inhoudelijk in overeenstemming is met een rechtstreeks werkende bepaling van EG-recht dan wel met het EG-rechtconform geïnterpreteerde nationale wettelijke kader, maar wordt een besluit vernietigd wegens strijd met artikel 3:2 Awb omdat niet of onvoldoende zorgvuldig is onderzocht of het besluit in overeenstemming is met een rechtstreeks werkende bepaling van EG-recht of het EG-rechtconform geïnterpreteerde nationale wettelijke kader.

13 Bijv. AGRS 29 november 1991, *M en R* 1992, p. 472, m.nt. Gilhuis; AGRS 17 maart 1989, *M en R* 1989, p. 520, m.nt. Jans; AGRS 25 april 1994, *AB* 1994, 399, m.nt. Drupsteen; ABRS 16 juni 1995, *RAwb* 1995, nr. 91, m.nt. Soppe; *AAe* 1995, p. 712, m.nt. Drupsteen. Zie voor een recent voorbeeld ABRS 22 december 2004, *JB* 2005, 60, waarin een besluit wordt vernietigd wegens strijd met artikel 6, derde lid, Habitatrichtlijn.

14 Vergelijk ABRS 31 maart 2000, *AB* 2000, 302, m.nt. ChB; *JB* 2000, 138, m.nt. Jansen. Zie bijv. ook ABRS 27 april 2000, *RAwb* 2000, 114, m.nt. dzz; ABRS 7 april 2004, *AB* 2004, 460, m.nt. MPJ; *JB* 2004, 187, m.nt. MP; ABRS 28 juli 2004, *AB* 2005, 8, m.nt. FM; *JB* 2004, 338, m.nt. MP; *M en R* 2004/10, 104, m.nt. Jans.

15 Zie reeds AGRS 25 september 1992, *MR* 1992/46. Zie voor recente voorbeelden bijvoorbeeld ABRS 23 oktober 2002, *M en R* 2003/1, nr. 4, m.nt. Van Rijswijk en dzz., en ABRS 13-11-02, *AB* 2003, 6, m.nt. MPJ, alsmede het vervolg van deze bijdrage.

Ter illustratie volgt hierna een aantal zaken waarin de ABRS aldus te werk gaat.¹⁶

- ABRS 31 maart 2000:¹⁷ in deze zaak is de vraag aan de orde of de goedkeuring van een bestemmingsplan voor wat betreft de voor militair gebruik bestemde plandelen in overeenstemming is met de Habitatrichtlijn. De ABRS stelt eerst vast dat het betrokken gebied onder de bescherming van deze richtlijn valt. Vervolgens maakt zij onderscheid tussen de gedeelten van de bestreden plandelen die wel als staatsnatuurmonument zijn aangewezen en waarop derhalve het Habitatrichtlijnconform te interpreteren rechtsregiem van artikel 12 en 16 Natuurbeschermingswet van toepassing is, en gedeelten die niet als staatsnatuurmonument zijn aangewezen en die, bij ontbreken van een richtlijnconform te interpreteren nationaal wettelijk kader, direct moeten worden getoetst aan het rechtstreeks werkende artikel 6, tweede lid, Habitatrichtlijn. Over de eerste gedeelten stelt de ABRS vast dat in het bestreden besluit niet is getoetst aan het richtlijnconform geïnterpreteerde rechtsregiem; ten aanzien van de tweede gedeelten dat in besluit niet is getoetst of het militair gebruik zich verdraagt met artikel 6, tweede lid, Habitatrichtlijn. Gelet hierop berust het besluit voor wat betreft beide gedeelten 'niet op een deugdelijke motivering, thans neergelegd in artikel 3:46 Awb en is het besluit in zoverre tevens onzorgvuldig voorbereid en is in strijd gehandeld met artikel 3:2 Awb'.
- ABRS 16 juli 2003:¹⁸ aan de orde is de vraag of een concrete beleidsbeslissing in de herziening van het streekplan Zeeland die voorziet in de mogelijkheid tot aanleg van de Westerschelde Container Terminal (WCT) in Vlissingen, zich wel verdraagt met de Habitatrichtlijn. Meer in het bijzonder gaat het erom of de significante negatieve gevolgen die het project zal hebben voor de als speciale beschermingszone in de zin van deze richtlijn aangewezen Westerschelde, door de beugel van artikel 6, vierde lid, Habitatrichtlijn kunnen. De ABRS overweegt expliciet dat zij 'met name zal nagaan of de besluitvorming van verweerder wat betreft de in artikel 6, vierde lid, Habitatrichtlijn genoemde voorwaarden, in overeenstemming is met de in de artikelen 3:2 en 3:46 Awb genoemde eisen van zorgvuldigheid respectievelijk deugdelijke motivering'. Na uitvoerige overwegingen stelt zij vast dat het door artikel 6, vierde lid, van de richtlijn voorgeschreven alternatievenonderzoek te beperkt is geweest en dat mede daardoor ontoereikend is onderbouwd dat de aanleg van de WCT 'om dwingende

16 Zie voorts J.H. Jans, De reflexwerking van het Europese recht op het formele zorgvuldigheidsbeginsel, in: M. Herweijer e.a. (red.), *Alles in één keer goed*, Deventer: Kluwer 2005, p. 155-169, die ook een aantal zaken buiten het omgevingsrecht noemt, waarin de ABRS via het zorgvuldigheidsbeginsel toetst aan het EG-recht.

17 ABRS 31 maart 2000, *AB* 2000, 302, m.nt. ChB; *JB* 2000, 138, m.nt. Jansen.

18 ABRS 16 juli 2003, *AB* 2003, 336, m.nt. ChB.

redenen van groot algemeen belang' toch moet worden gerealiseerd. Om beide redenen is het bestreden besluit in zoverre genomen 'in strijd met artikel 3:2 en 3:46 Awb'.

- ABRS 7 april 2004:¹⁹ ter beoordeling staat de vraag of de grenswaarden voor de emissie van chloordioxide in een revisievergunning op basis van de Wet milieubeheer in overeenstemming zijn met de eis van de 'best beschikbare technieken' van artikel 9, vierde lid, IPPC-richtlijn. De ABRS stelt vast dat deze bepaling niet is omgezet in het Nederlands recht, maar dat artikel 8.11, derde lid, Wm – het toetsingskader voor revisievergunningen – zich leent voor een interpretatie conform artikel 9, vierde lid, IPPC-richtlijn. Verweerder heeft echter niet onderzocht of de vergunde uitbreiding van de emissie moet worden beschouwd als een belangrijke wijziging die significante negatieve effecten op mens en milieu kan hebben, zodat artikel 9, vierde lid, IPPC-richtlijn (en dus de daarin opgenomen eis van 'best beschikbare technieken') van toepassing is. Daarom is het bestreden besluit 'in zoverre in strijd met artikel 3:2 Awb en komt het in zijn geheel voor vernietiging in aanmerking'.
- ABRS 15 september 2004:²⁰ in deze zaak is onder meer aan de orde of een besluit betreffende de aanpassing van de rijksweg A2 ingevolge de Spoedwet wegverbreding in overeenstemming is met het Besluit Luchtkwaliteit (dat wat betreft grenswaarden voor NOx en zwevende deeltjes een rechtstreekse vertaling is van Richtlijn 1999/30/EG). De ABRS stelt vast dat het uit het oogpunt van zorgvuldigheid op de weg van verweerder had gelegen om inzichtelijk te maken of de door hem aan ingebruikneming van de spitsstroken toegerekende verbetering van de luchtkwaliteit in voldoende mate bijdraagt aan de verwezenlijking van de in het Besluit luchtkwaliteit gestelde grenswaarden voor zwevende deeltjes. Daarom is het bestreden besluit op dit punt 'genomen in strijd met de bij het voorbereiden van een besluit te betrachten zorgvuldigheid en berust het voorts niet op een deugdelijke motivering, zodat het strijdt met artikel 3:2 en 3:46 Awb'.

In al deze zaken gaat de ABRS niet inhoudelijk na of het bestreden besluit in strijd is met een rechtstreeks werkende bepaling van een richtlijn of een richtlijnconform geïnterpreteerde bepaling van nationaal recht, maar baseert zij haar vernietiging op de schending van artikel 3:2 en 3:46 Awb. De ene keer – in de uitspraken van 30 maart 2000 en 7 april 2004 – doet zij dit omdat het bestuursorgaan de consequenties van de (mogelijke) toepasselijkheid van een richtlijn in het geheel niet in zijn beoordeling heeft betrokken, de andere keer – in de uitspraken van 16 juli 2003 en 15 september 2004 – omdat het onderzoek gelet op de (mede) door een EG-richtlijn gestelde eisen onvoldoende

19 ABRS 7 april 2004, AB 2004, 460, m.nt. MPJ; JB 2004, 187, m.nt. MP. Zie ook ABRS 10 november 2004, AB 2005, 40, m.nt. JV; JB 2005, 12.

20 ABRS 15 september 2004, AB 2005, 12, m.nt. ChB.

volledig en zorgvuldig is geweest. In beide situaties zal het bestuur vervolgens moeten uitmaken wat de uiteindelijke consequenties van het vernietigingsoordeel van de ABRS zijn. In sommige gevallen is het mogelijk dat het bestuursorgaan na een zorgvuldig onderzoek van de gevolgen van de toepasselijkheid van de richtlijn en van de daarin gestelde eisen, een rechtmatig besluit met een vergelijkbare inhoud kan nemen. In andere gevallen lijkt een dergelijk besluit gelet op de eisen die ABRS stelt aan de zorgvuldigheid van de besluitvorming nauwelijks mogelijk.

Wat hiervan verder zij, in elk geval zal het nieuw te nemen besluit EG-rechtconform moeten zijn. Is dat niet het geval, dan zal het immers na een nieuwe toetsing door de ABRS – concreet-inhoudelijk of opnieuw via de formele beginselen van behoorlijk bestuur – opnieuw sneuvelen.

4 DE EG-RECHTELIJKE TOELAATBAARHEID VAN DE TOETSING VIA DE FORMELE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR IN ALGEMENE ZIN

De vraag of de rechterlijke toetsing aan het EG-recht via de formele beginselen van behoorlijk bestuur door de EG-rechtelijke beugel kan, kan niet met volledige zekerheid worden beantwoord omdat zij nog nooit expliciet aan het Hof van Justitie is voorgelegd. Wel kan worden opgemerkt dat het Hof zelf in vernietigingsberoepen minder dan de ABRS geneigd is tot een dergelijke formele toetsing. Hoe een en ander zit in andere lidstaten van de EU, is mij niet bekend. Met Jans kan worden vastgesteld dat hier een mooi onderwerp voor rechtsvergelijkend onderzoek ligt.²¹

De meeste aanknopingspunten voor beantwoording van de hier opgeworpen vraag biedt de uitspraak van het Hof van Justitie van 21 januari 1999 in de zaak Upjohn.²² Deze zaak draait om de vraag of de nationale rechter bij de toetsing van besluiten tot intrekking van vergunningen tot het in de handel brengen (hierna: vhb's) van farmaceutische specialiteiten zijn beoordeling van de feiten, met name waar het gaat om de wetenschappelijke bewijzen ter staving van de intrekkingsbesluiten, in de plaats moet kunnen stellen van die van de nationale instanties die tot deze intrekking bevoegd zijn. Het antwoord van het Hof is tweeledig. Het stelt voorop dat deze vraag, aangezien het EG-recht zelf over de wijze van toetsing niets bepaalt, moet worden beantwoord aan de hand van de bekende Rewe-riedel.²³ Dit betekent dat de nationale rechter het nationale recht inzake de toetsing van besluiten mag toepassen

²¹ Jans 2005, p. 169.

²² Zaak C-120/97, Upjohn. *Jur.* 1999, p. I-6927.

²³ Deze regel wordt door S. Prechal aldus genoemd naar de eerste uitspraak van het Hof waarin zij werd geformuleerd, de zaak 33/76, Rewe, *Jur.* 1976, p. 1989. Zie Jans e.a. 2002, p. 72-81.

mits dit voldoet aan de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid (effectiviteit). Meer precies stelt het Hof:

'32. Volgens vaste rechtspraak is het bij ontbreken van een desbetreffende gemeenschapsregeling een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor vorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontnemen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel), en zij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel).'

Vervolgens gaat het Hof nader in op de toetsing aan het effectiviteitsbeginsel. Het overweegt in dit verband.

'33. Met betrekking tot de beslissingen tot intrekking van vhb's die de bevoegde nationale instanties nemen na ingewikkelde medisch-farmacologische beoordelingen, blijkt *niet* (cursivering: RW), dat uitsluitend een procedure voor de rechterlijke toetsing van nationale beslissingen tot intrekking van vhb's voor farmaceutische specialiteiten, waarbij de bevoegde nationale rechter hun beoordeling van de feiten, met name van de wetenschappelijke bewijzen ter staving van de intrekkingbeslissing, in de plaats kunnen stellen van die van inzake de intrekking van vhb's bevoegde nationale instanties, geschikt is om te voorkomen dat de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk zou worden gemaakt.

34. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt immers, dat een gemeenschapsinstantie die bij de vervulling van haar taak ingewikkelde beoordelingen dient te verrichten, over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt, die slechts is onderworpen aan een beperkte rechterlijke toetsing, waarbij de gemeenschapsrechter zijn beoordeling van de feiten niet in de plaats van die van bedoelde instanties kan stellen. De gemeenschapsrechter moet zich in dergelijke gevallen beperken tot het onderzoek van de feitelijke grondslag en de daarop door die instantie toegepaste juridische kwalificaties, en met name van de vraag of bij het optreden van die instantie geen sprake is van een kennelijke dwaling of misbruik van bevoegdheid, dan wel of die instantie de grenzen van haar beoordelingsvrijheid niet klaarblijkelijk heeft overschreden.'

Kort en goed, als het nemen van bestuursbesluit ingewikkelde feitelijke beoordelingen vergt hoeft de rechter zijn beoordeling van de feiten niet in de plaats van de bestuurlijke beoordeling te stellen, maar kan hij zich beperken tot toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling op kennelijke dwaling, misbruik van bevoegdheden en klaarblijkelijke overschrijding van de grenzen van de bestuurlijke beoordelingsvrijheid. Deze beperkte rechterlijke toetsing geldt voor de gemeenschapsrechter en is daarom ook voldoende voor de nationale rechter als deze EG-rechtelijke besluiten beoordeelt.

Bezieet men tegen de achtergrond van deze overwegingen de toetsing door de ABRS aan EG-recht via de formele beginselen van behoorlijk bestuur, dan lijkt deze mij EG-rechtelijke toelaatbaar.

De belangrijkste reden is, dat deze wijze van toetsing voldoet aan de eisen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. Zij is in overeenstemming met het eerstgenoemde vereiste omdat deze toetsingsmethode ook veelvuldig wordt toegepast in louter nationale zaken (zie par. 2). Bovendien leidt zij ertoe dat niet alleen besluiten die in strijd zijn met het EG-recht, maar ook besluiten waarvan de materiële strijdigheid met het EG-recht niet vaststaat maar wel kan worden betwijfeld – omdat het bestuur in het geheel niet heeft getoetst aan het EG-recht – worden vernietigd. Bij het opnieuw voorzien zal het bestuur vervolgens met inachtneming van de uitspraak een EG-rechtconform besluit moeten nemen. Aldus wordt uiteindelijk EG-rechtconformiteit bereikt en kan men derhalve niet zeggen dat toetsing van EG-recht via het zorgvuldigheidsbeginsel 'de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt'. Van strijd met het effectiviteitsbeginsel is daarom geen sprake.

Aan het voorgaande kan nog worden toegevoegd dat de toetsing van de feiten die de ABRS via het zorgvuldigheidsbeginsel verricht misschien wel eerder tot vernietigingen leidt dan de weliswaar inhoudelijke, maar zeer marginale rechterlijke toetsing die het Hof van Justitie bij ingewikkelde feitelijke beoordelingen reeds voldoende acht. Terwijl het Hof genoeg neemt met een rechterlijke controle van de bestuurlijke feitenvaststelling op criteria als *kennelijke dwaling*, *misbruik* van bevoegdheden en *klaarblijkelijke* overschrijding van de grenzen van de bestuurlijke beoordelingsvrijheid, vindt bij de ABRS een behoorlijk kritische toetsing van zorgvuldigheid en volledigheid van de bestuurlijke feitenvaststelling plaats. De toetsing van de ABRS is aldus weliswaar formeler dan de Upjohn-toetsing van het Hof van Justitie, maar biedt mijns inziens voldoende garanties dat er geen met het EG-recht strijdige besluiten door de mazen van het rechterlijke net glippen.

Al met al kan de toetsing aan het EG-recht via de formele beginselen van behoorlijk bestuur naar mijn mening in zijn algemeenheid door de EG-rechtelijke beugel. Eerst en vooral, omdat deze toetsing voldoet aan de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit en daarnaast (ten overvloede), voor wat betreft ingewikkelde feitelijke beoordelingen, omdat deze toetsing niet minder ver gaat dan de marginale toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling die het Hof van Justitie in Upjohn reeds voldoende acht. In zoverre hebben Jans e.a. mijns inziens nog steeds gelijk.

5 TOETSING VIA FORMELE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR IN STAATS-STEUNZAKEN

Dat de rechterlijke toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling via de formele beginselen van behoorlijk bestuur in zijn algemeenheid EG-rechtelijk toelaatbaar is, wil niet zeggen dat een dergelijke toetsing altijd voldoende is. Mijn opvatting hieromtrent geldt immers op grond van de Rewe-riedel alleen als het EG-recht zelf ter zake van de rechterlijke toetsing van feiten geen nadere eisen stelt. Op dit punt onderscheidt het terrein van de steunverlening zich van andere terreinen van EG-recht, omdat het Hof van Justitie in een vaste jurisprudentie ten aanzien van de rechtsbescherming die de nationale rechter in staatssteunzaken moet verlenen, aanvullende eisen voorschrijft. Deze eisen gaan verder dan de minimumvereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit.

De desbetreffende eisen worden helder en duidelijk in kaart gebracht door Jacobs en den Ouden in paragraaf 2 van hun bijdrage, waarnaar op deze plaats wordt verwezen. Zij hebben betrekking op (a) de controle door de nationale rechter van de naleving van aanmeldingsplicht van artikel 88, derde lid, EG en (b) de verdere maatregelen die de nationale rechter moet nemen in het geval deze plicht niet is nageleefd. Samengevat komen beide groepen eisen op het volgende neer:

Ad a. Controle aanmeldingsplicht: de nationale rechter moet in een zaak waarin een concurrent opkomt tegen een besluit waarin in strijd met het EG-recht staatsteun zou zijn verleend, controleren of de nationale overheid heeft voldaan aan de aanmeldingsplicht van artikel 88, derde lid, EG en of de daaruit voortvloeiende stand-stillverplichting in acht is genomen. Daartoe kan het onder omstandigheden nodig zijn dat de nationale rechter zelf vaststelt of er sprake is van staatsteun in de zin van artikel 87, eerste lid, EG. Ter beantwoording van deze vraag kan de nationale rechter de Commissie raadplegen of een prejudiciële vraag aan het Hof stellen.

Ad b. Verdere maatregelen: stelt de nationale rechter vast dat de aanmeldingsverplichting is miskend, dan moet de hij overeenkomstig het nationale recht waarborgen dat alle consequenties worden getrokken, zowel wat betreft de geldigheid van (handelingen ter uitvoering van) de steunmaatregel als wat betreft de terugvordering van de in strijd met artikel 88, derde lid, EG, verleende steun.²⁴ Herstel van de situatie vóór de betaling van de onrechtmatige steun vormt in dit verband een noodzakelijk vereiste,²⁵ waarbij het Hof bovendien heeft bepaald, dat het niet-naleven van de aanmeldings- en stand-stillverplichting niet achteraf wordt gedekt door een Commissie-beschikking

24 Zaak C-354/90 (FNCEPA); zaak C-390/98 (Banks & Co).

25 Zaak C-390/1998 (Bank & Co).

waarbij de steunmaatregel wordt goedgekeurd.²⁶ Ten slotte kan worden opgemerkt dat in het geval waarin de nationale rechter om vast stellen of er sprake is van staatssteun de Commissie raadpleegt of een prejudiciële vraag aan het Hof stelt, deze rechter moet onderzoeken of voorlopige maatregelen moeten worden gelast ten einde de belangen van partijen te beschermen in afwachting van de definitieve uitspraak.²⁷

Beziet men deze eisen dan acht ik de kritiek die Jacobs en den Ouden hebben op de uitspraak van de ABRS in de casus Martiniplaza en van de rechtbank Amsterdam in de casus Concertzender correct.²⁸ Wel is het de vraag of het op zich reeds problematisch is dat beide rechters de bestreden staatssteunbesluiten toetsen (en vernietigen) via de formele beginselen van behoorlijk bestuur – en derhalve niet zelf concreet-inhoudelijk vaststellen of sprake is van ontoelaatbare staatssteun – dan wel dat deze wijze van toetsing vooral problematisch wordt vanwege de gevolgen die het Nederlandse bestuursprocesrecht hieraan verbindt. Mijns inziens is het laatste het geval. Deze stelling wordt hierna geadstrueerd, waarbij ik mij concentreer op de casus Martiniplaza.

In de Martiniplaza-casus vernietigt de ABRS het subsidiebesluit op bezwaar wegens strijd met artikel 3:2 Awb, omdat het bestuursorgaan zich onvoldoende heeft vergewist van, kort gezegd, de eventuele toepasselijkheid van de aanmeldingsplicht van artikel 88, derde lid, EG. Aan de eisen die het Hof stelt aan de rechterlijke controle van deze plicht is daarmee op zich voldaan. De problemen zitten echter bij de verdere maatregelen die het Hof eist. Zoals hiervoor aangegeven moet de nationale rechter overeenkomstig het nationale recht er ook voor zorgen dat de situatie wordt hersteld van vóór de betaling van de onrechtmatige staatssteun en moet hij in dit verband waarborgen dat ook consequenties op het punt van terugvordering kunnen worden getrokken. Uiteraard moet ook de verdere subsidiebetaling worden stopgezet. Wil men dit bereiken dan is *naar Nederlands procesrecht* de vernietiging van het besluit op bezwaar onvoldoende, omdat het primaire subsidiebesluit hierdoor niet wordt aangetast.²⁹ Een dergelijke vernietiging biedt het bestuur daarom geen juridische basis voor stopzetting van de subsidiebetaling of voor het terugvorderen van reeds betaalde subsidie. Beide is pas mogelijk als het bestuur, nadat het heeft voldaan aan de 'vergewisplicht', de subsidie alsnog weigert.

Wil de rechter ervoor zorgen dat de verdere maatregelen die het Hof eist wel kunnen worden genomen, dan kan hij niet volstaan met een vernietiging van het bestreden (subsidie)besluit op bezwaar, maar zal hij het primaire besluit waarbij de subsidie werd verstrekt moeten herroepen met behulp van

26 Zaak C-354/90 (FNCEPA).

27 Zaak C-39/1994 (SFEI/La Poste).

28 ABRS 17 december 2003, AB 2004, 262, m.nt. Jacobs en den Ouden, respectievelijk Rb. Amsterdam 5 augustus 2004, LJN: AQ 6500.

29 Zo ook Jacobs & den Ouden in hun bijdrage, noot 24.

zijn bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72, vierde lid, Awb).³⁰ Voor toepassing van deze bevoegdheid is het naar Nederlands recht echter noodzakelijk dat er na vernietiging rechtens nog slechts één besluit kan worden genomen, casu quo voor het bestuur bij het opnieuw voorzien geen nadere beslissingsruimte resteert.³¹ Pas in dit stadium komt de door de ABRS verrichte toetsing in beeld. Omdat de ABRS niet zelf inhoudelijk heeft vastgesteld dat er sprake is van staatssteun (die ten onrechte niet is aangemeld), maar slechts heeft vernietigd omdat het bestuur zich onvoldoende heeft vergewist van de eventuele toepasselijkheid van de aanmeldingsplicht, staat niet vast hoe het na vernietiging te nemen besluit zal luiden. Wellicht leidt het 'verwissen' bij de Commissie er wel toe dat de subsidie niet hoeft te worden aangemeld. Omdat hierdoor na vernietiging meer besluiten kunnen worden genomen, is niet voldaan aan de voorwaarde om zelf in de zaak te voorzien en kan het primaire besluit niet worden herroepen. Wil de ABRS de juridische situatie scheppen om dit wel te kunnen doen, dan zal zij zelf in concreto moeten vaststellen of er sprake is van staatsteun.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat stellingen, waarmee Jacobs en den Ouden hun bijdrage afronden, op zich in de hiervoor genoemde casus juist zijn, maar dat beide mijns inziens zouden moeten worden omgedraaid. Conform stelling II dient een primair besluit waarbij in strijd met de standstillverplichting steun wordt verleend door de rechter inderdaad te worden herroepen (ten einde een basis voor stopzetting en terugbetaling van de steun te scheppen). Om daartoe te kunnen overgaan is het conform hun stelling I veelal noodzakelijk dat de rechter concreet en inhoudelijk toetst of er sprake is van staatssteun en schiet toetsing via het zorgvuldigheidsbeginsel in zoverre te kort.

Deze omdraaiing van beide stellingen lijkt wellicht overdreven genuanceerd, maar kan onder omstandigheden ook praktische gevolgen hebben.

- In de eerste plaats is het sinds de invoering van artikel 7:1a Awb mogelijk dat tegen een staatssteunbesluit geen bezwaarschriftprocedure wordt gevoerd, namelijk in het geval belanghebbenden hierom verzoeken en het bestuursorgaan met dit verzoek instemt. In dat geval creëert de vernietiging van het bestreden (primaire) besluit wel een juridische basis voor de stopzetting van de steunverlening en voor terugvordering van reeds bestaande steun. Het maakt daarbij mijns inziens niet uit of de vernietiging is gebaseerd op een concreet-inhoudelijke toetsing van het staatssteunkarakter van het bestreden besluit, dan wel op een toetsing via de band van het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit laatste is immers alleen van belang

30 Bijv. ABRS 22 februari 1996, *NJB-katern* 1996, p. 649.

31 Zie reeds J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard, R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Ervaringen met de Awb: het bestuursprocesrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 230-236. Vergelijk voorts Schreuder-Vlasblom 2003, p. 295-299.

om in het geval van vernietiging van een besluit op bezwaar ook het primair besluit te kunnen herroepen. Als er geen bezwaarschriftprocedure is geweest, is herroeping van het primaire besluit niet nodig.

In de tweede plaats heeft de bestuursrechter ingevolge van artikel 8:72, vijfde lid, Awb, de bevoegdheid om in geval van vernietiging van het besluit op bezwaar een voorlopige voorziening te treffen ten aanzien van het primaire besluit tot het bestuur opnieuw in de zaak heeft voorzien. Met behulp van deze bevoegdheid kan de rechter als hij het besluit tot steunverlening op bezwaar vernietigt, de werking van het primaire besluit schorsen, zodat uitbetaling van de steun wordt opgeschort. Voorzover er nog geen gelden zijn verstrekt, biedt dit artikel derhalve de mogelijkheid om te voldoen aan de door het Hof geëiste verdere maatregelen. Is de steun reeds verstrekt, dan is de toepassing van deze schorsingsbevoegdheid onvoldoende, omdat geen grondslag wordt gecreëerd voor de terugvordering van reeds verstrekte bedrag. Vergeleken met de herroeping van het primaire besluit met behulp van artikel 8:72, vierde lid, Awb, biedt artikel 8:72, vijfde lid, Awb de rechter ruimere mogelijkheden omdat voor de toepassing ervan niet hoeft vast te staan dat er na vernietiging van het besluit op bezwaar rechtens maar één besluit kan worden genomen. Evenals bij een 'gewone' schorsing kan een voorlopige voorziening op grond van artikel 8:72, vijfde lid, Awb een (gebrekig) primair besluit betreffen ook al staat niet vast hoe het nieuw besluit precies zal luiden.³² Daarom kan de rechter deze bevoegdheid ook toepassen in het geval hij heeft volstaan met een toetsing (en vernietiging) van het staatssteunbesluit via het zorgvuldigheidsbeginsel en hoeft hij niet in concreto vast te stellen of er sprake is van staatssteun.

Al met al is de concreet-inhoudelijke toetsing door de rechter van de vraag of een bepaald besluit als staatssteun moet worden aangemerkt, alleen noodzakelijk wanneer ter zake van het besluit de bezwaarschriftprocedure daadwerkelijk is gevolgd én de steun reeds is uitgekeerd (en moet worden teruggevorderd). In de praktijk zal aan beide voorwaarden overigens meestal voldaan zijn. Is aan beide voorwaarden niet voldaan, dan kan de Nederlandse rechter volstaan met een toetsing via het zorgvuldigheidsbeginsel.

Ten slotte past nog een korte opmerking naar aanleiding van een andere eis die het Hof van Justitie stelt aan de rechtsbescherming in staatssteunzaken. Zoals aangegeven moet de nationale rechter in het geval hij om vast stellen of er sprake is van staatssteun de Commissie raadpleegt of een prejudiciële vraag stelt, onderzoeken of voorlopige maatregelen moeten worden gelast ten einde de belangen van partijen te beschermen in afwachting van de definitieve uitspraak.³³ Naar ik aanneem moet hierbij worden gedacht aan het voorlopig

³² Schreuder-Vlasblom 2003, p. 299.

³³ Zaak C-39/1994 (SFEI/La Poste).

opschorten van de tenuitvoerlegging van het bestreden staatssteunbesluit en wellicht zelfs aan het terugvorderen van reeds verstrekte gelden.

Als dat laatste de bedoeling is, heeft de Nederlandse bestuursrechter deze bevoegdheid in elk geval niet. Evenmin kan de bestuursrechter in de hoofdzaak in afwachting van een antwoord van de Commissie of van het Hof van Justitie de tenuitvoerlegging van het staatssteunbesluit schorsen. Wat waarschijnlijk wel mogelijk is, is dat de belanghebbende daartoe een aparte voorlopige-voorzieningsprocedure aanspant. Daarvoor is wel een extra procedure met alle bijkomende kosten noodzakelijk. Echt praktisch is dat niet. Gelet hierop lijkt het mij een goede gedachte dat de rechter in de hoofdzaak de bevoegdheid krijgt om in de hiervoor genoemde gevallen – als de behandeling van de zaak wordt geschorst ten einde de Commissie te raadplegen of een prejudiciële vraag te stellen – de tenuitvoerlegging van een staatssteunbesluit (tijdelijk) te schorsen. Een dergelijke bevoegdheid zou wellicht ook bij prejudiciële vragen buiten het terrein van de staatsteun nuttig kunnen zijn.

6 AFRONDING

In het voorafgaande is vastgesteld dat de toetsing aan het EG-recht via de formele beginselen van behoorlijk bestuur (zorgvuldigheid en motivering), zoals die door de ABRS wordt toegepast, in zijn algemeenheid EG-rechtelijk waarschijnlijk toelaatbaar is. Deze wijze van toetsing voldoet aan de eis van gelijkwaardigheid, omdat zij ook wordt toegepast in louter nationale zaken. Bovendien leidt zij uiteindelijk tot een EG-rechtconform besluit, zodat ook wordt voldaan aan het effectiviteitsvereiste. Daaraan kan worden toegevoegd dat deze toetsingsmethode niet minder ver gaat dan de marginale rechterlijke toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling die het Hof van Justitie bij ingewikkelde feitelijke beoordelingen in de Upjohn-zaak reeds voldoende acht.

Bij staatsteunbesluiten stelt het Hof van Justitie extra eisen aan de rechtsbescherming die de nationale rechter aan concurrenten moet verlenen. Gelet op deze eisen gaat de toetsing van dergelijke besluiten op bezwaar via de beginselen van behoorlijk bestuur in de regel niet ver genoeg. De reden hiervoor is overigens vooral gelegen in het feit dat deze formele toetsing niet de voorwaarde schept om ook het primaire besluit te kunnen herroepen. Daardoor kunnen de verdere maatregelen die het Hof van Justitie eist om de belangen van concurrenten te beschermen – stopzetting van de steunbetaling en terugvordering van het reeds betaalde steun – niet worden getroffen. Wil de ABRS wel de situatie scheppen dat het primaire staatssteunbesluit kan worden herroepen dan zal zij concreet-inhoudelijk moeten bepalen of er sprake is van staatsteun (die had moeten worden aangemeld). In zoverre zijn de stellingen van Jacobs en den Ouden correct, zij het dat zij mijns inziens eigenlijk zouden moeten worden omgedraaid.

Het hiervoor genoemde probleem bestaat niet in het geval de bezwaarschriftprocedure is overgeslagen op basis van artikel 7:1a Awb, dan wel (als de bezwaarschriftprocedure wel is doorlopen) nog geen steun is verstrekt. In het eerste geval – de bezwaarschriftprocedure is overgeslagen – schept de vernietiging van het (primaire) besluit wel de juridische basis om de door het Hof geëiste verder maatregelen te kunnen nemen. In het tweede geval – er is nog geen steun verstrekt – kan de rechter met behulp van de bevoegdheid van artikel 8:72, vijfde lid, Awb de tenuitvoerlegging van het steunbesluit schorsen, zodat geen uitbetaling meer kan plaatsvinden. In beide situaties is het niet noodzakelijk dat de rechter zelf concreet-inhoudelijk vaststelt of er sprake is van staatssteun, maar kan hij volstaan met de toetsing via de formele beginselen van behoorlijk bestuur. Voor deze situaties, die zich overigens niet al te vaak zullen voordoen, is stelling I van Jacobs en den Ouden mijns inziens derhalve niet correct.

1 INLEIDING

Wanneer staatssteun onrechtmatig wordt verleend, dat wil zeggen zonder het toepasselijke EG-recht in acht te nemen, bestaat het risico dat die steun van de begunstigden moet worden teruggevorderd. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie wordt ongedaanmaking van staatssteun door middel van terugvordering namelijk gezien als het logische gevolg van de vaststelling dat die steun onrechtmatig is.¹ De gedachte achter terugvordering is dat wanneer begunstigden de onrechtmatig verkregen steun inclusief rente terugbetalen aan de steunverlener, zij het marktvoordeel dat zij ten opzichte van concurrenten hebben genoten weer verliezen en dat zodoende de concurrentieverhoudingen van voor de onrechtmatige steunverlening kunnen worden hersteld.²

Terugvordering van onrechtmatige staatssteun zal verschillende reacties oproepen. De overheid die de betreffende steun heeft verleend en begunstigden

■ Mr. P.C. Adriaanse is als promovendus verbonden aan de afdeling Internationaal recht en Rechtsvergelijking, sectie Europees recht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Het onderwerp van zijn begin 2006 te verschijnen proefschrift is handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun.

1 Zie zaak C-142/87, België/Commissie (Tubemeuse), *Jur.* 1990, p. I-959, r.o. 66; zaak C-305/89, Italië/Commissie, *Jur.* 1991, p. I-1603, r.o. 41; zaak C-404/97, Portugal/Commissie, *Jur.* 2000, p. I-4897, r.o. 38; zaak C-114/00, Spanje/Commissie, *Jur.* 2002, p. I-7657, r.o. 107; zaak C-404/00, Commissie/Spanje, *Jur.* 2003, p. I-6695, r.o. 44.

2 Zie gev. zaken C-278/92, C-279/92 en C-280/92, Spanje/Commissie, *Jur.* 1994, p. I-4103, r.o. 75; zaak C-348/93, Commissie/Italië, *Jur.* 1995, p. I-673, r.o. 26-27; zaak C-350/93, Commissie/Italië, *Jur.* 1995, p. I-699, r.o. 20-22; zaak C-24/95, Land Rheinland-Pfalz, *Jur.* 1997, p. I-1591, r.o. 23; zaak C-169/95, Spanje/Commissie, *Jur.* 1997, p. I-135, r.o. 47; zaak C-75/97, België/Commissie (Maribel), *Jur.* 1999, p. I-3671, r.o. 64-65; zaak C-480/98, Spanje/Commissie, *Jur.* 2000, p. I-8717, r.o. 34 en 35; zaak C-277/99, Duitsland/Commissie, *Jur.* 2002, p. I-1261, r.o. 76; zaak C-382/99, Nederland/Commissie, *Jur.* 2002, p. I-5163, r.o. 89; zaak C-298/00 P, Italië/Commissie, *Jur.* 2004, P.I-4087, r.o. 76; gev. zaken C-328/99 en C-399/00, Italië en SIM 2 Multimedia SpA/Commissie, *Jur.* 2003, I-4035, r.o. 66. Zie ook de dertiende overweging van de considerans van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 april 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag [nu art. 88 EG] (*PbEG* 1999, L 83/1), hierna: verordening 659/1999. Opmerkelijk is dat de Commissie in recente beschikkingen stelt dat terugvordering van onrechtmatige steun ten doel heeft *in de mate van het mogelijke* de concurrentieverhoudingen zoals die bestonden vóór de steun werd toegekend te herstellen. Zie beschikking 2003/438/EG (*PbEG* 2003, L 153/40), ov. 59; beschikking 2003/601/EG (*PbEG* 2003, L 204/51), ov. 54.

van die steun zullen terugvordering zeer waarschijnlijk proberen te voorkomen. De Commissie daarentegen zal in haar functie van communautaire toezicht-houdster op het terrein van het staatssteunrecht proberen die terugvordering juist zoveel mogelijk te bewerkstelligen, om zo naleving van de staatssteun-regels te bevorderen. Ook concurrenten van de begunstigen van onrecht-matige staatssteun zullen zijn gebaat bij terugvordering van die steun. Datzelf-de geldt voor andere belanghebbenden die menen gedupeerd te zijn door onrechtmatige steunverlening, zoals bijvoorbeeld beroepsverenigingen.

De verschillende belangen bij onrechtmatige staatssteun en de terugvorde-ring daarvan kunnen aanleiding geven tot juridische geschillen tussen de verschillende betrokken partijen en uiteindelijk ook tot rechtszaken bij onder andere nationale rechters. In deze bijdrage zal daarom worden ingegaan op de rol van nationale rechters in dergelijke terugvorderingszaken. Voor twee soorten terugvorderingszaken wordt achtereenvolgens onderzocht welke specifieke communautaire aanwijzingen over de rol van nationale rechters zijn gegeven en in hoeverre die aanwijzingen in Nederlandse terugvorderings-zaken door betrokken rechters zijn opgevolgd. Het betreft in de eerste plaats terugvorderingszaken naar aanleiding van pogingen van bestuurlijke autoritei-ten op centraal of decentraal niveau uitvoering te geven aan een terugvorde-ringsbeschikking van de Commissie. In de tweede plaats wordt gekeken naar zaken waarin concurrenten of andere belanghebbenden met een beroep op rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht proberen de terug-vordering van onrechtmatige staatssteun te bewerkstelligen.

2 TERUGVORDERINGSZAKEN NAAR AANLEIDING VAN POGINGEN VAN BESTUURLIJKE AUTORITEITEN UITVOERING TE GEVEN AAN EEN TERUG-VORDERINGSBESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

2.1 Algemeen

Wanneer de Commissie onrechtmatig verleende staatssteun aan een formeel onderzoek onderwerpt, kan dat resulteren in een terugvorderingsbeschikking. De Commissie zal een terugvorderingsbeschikking nemen als is voldaan aan drie voorwaarden. De eerste voorwaarde is dat het formele onderzoek van de Commissie heeft geleid tot een negatieve beschikking, waarin de betreffende steun onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard. De tweede voorwaarde is dat het gelasten van terugvordering niet in strijd is met

een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.³ De derde voorwaarde is dat sinds de verlening van de steun nog geen vijftien jaren zijn verstreken.⁴

Een terugvorderingsbeschikking van de Commissie wordt gericht tot de lidstaat waarin de onderzochte steun op onrechtmatige wijze is verleend.⁵ Uit die beschikking volgt voor de betreffende lidstaat een verplichting alle nodige maatregelen te nemen om de onrechtmatig verleende steun, inclusief rente, van de begunstigde(n) terug te vorderen.⁶ De realisering van de terugvordering moet bij gebrek aan communautaire regels volgens de nationaalrechtelijke terugvorderingsprocedures van de betrokken lidstaat plaatsvinden, althans voorzover die procedures een onverwijlde en daadwerkelijke uitvoering van de terugvorderingsbeschikking van de Commissie mogelijk maken.⁷ Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat nationaalrechtelijke bepalingen die daaraan in de weg kunnen staan, zoveel mogelijk gemeenschapsconform moeten worden uitgelegd en toegepast. Zonodig moeten die bepalingen zelfs buiten toepassing worden gelaten.⁸

Wanneer de op nationaal niveau bevoegde autoriteiten in de hiervoor bedoelde zin uitvoering proberen te geven aan een terugvorderingsbeschikking van de Commissie, zal dat bij de begunstigde(n) van de betreffende staatssteun in de meeste gevallen op bezwaren stuiten. De kans is groot dat die begunstigten dan gebruik maken van de hen in rechte ter beschikking staande mogelijkheden van bezwaar, beroep of verweer. In art. 14 lid 3 van verordening 659/1999 is met deze situatie rekening gehouden. Daarin staat dat lidstaten in geval van een procedure voor een nationale rechtbank alle nodige maatregelen nemen waarover zij binnen hun nationale rechtsstelsel beschikken om een onverwijlde en daadwerkelijke terugvordering toch te bereiken.⁹ Met dergelijke procedures in rechte komt ook de rol van nationale rechters in beeld. In de nu volgende paragraaf zal worden onderzocht welke aanwijzingen over die rol uit het gemeenschapsrecht kunnen worden afgeleid.

3 Zie art. 14 lid 1 van verordening 659/1999.

4 Zie art. 15 lid 1 van verordening 659/1999. Zie ook art. 15 lid 2, waarin is bepaald wanneer de verjaringstermijn een aanvang neemt en in welke gevallen deze termijn wordt gestuit of geschorst.

5 Zie art. 25 van verordening 659/1999.

6 Zie art. 14 lid 1 en 2 van verordening 659/1999 jo art. 249 EG.

7 Zie art. 14 lid 3 van verordening 659/1999.

8 Zaak 106/77, *Simmenthal II*, *Jur.* 1978, p. 629, r.o. 21.

9 Art. 14 lid 3 van verordening 659/1999 geeft aan dat met name het nemen van voorlopige maatregelen op nationaal niveau mogelijk zou moeten zijn. Te denken valt aan het leggen van conservatoir beslag om de terugbetaling van de verkregen steun zeker te stellen. De toepassing van het nationale recht geldt volgens art. 14 lid 3 van verordening 659/1999 'onverminderd communautaire wetgeving'. Momenteel is van dergelijke wetgeving op dit punt echter nog geen sprake. In de Engelse versie van verordening 659/1999 wordt verwezen naar 'a procedure before national courts' en in de Franse versie naar een 'procédure devant les tribunaux nationaux'. Het in de Nederlandse versie gebruikte 'rechtbank' moet dan ook ruim worden opgevat.

2.2 Communautaire benadering van de rol van nationale rechters

2.2.1 Handhaving versus rechtsbescherming

Wanneer de Commissie een terugvorderingsbeschikking neemt, richt zij deze in algemene zin tot de lidstaat die de betreffende onverenigbare staatssteun op onrechtmatige wijze heeft verleend. Uit art. 249 EG jo art. 10 EG vloeit voort dat die beschikking dan verbindend is voor alle organen van de betrokken lidstaat, daaronder begrepen nationale rechters.¹⁰ Van die nationale rechters wordt verwacht dat zij binnen de grenzen van hun rechterlijke bevoegdheden al het mogelijke doen om aan de effectieve tenuitvoerlegging van de terugvorderingsbeschikking bij te dragen en zodoende het EG-recht op nationaal niveau te handhaven.¹¹

Naast deze communautaire handhavingsverplichting hebben nationale rechters ook de verplichting rechtsbescherming te bieden aan particulieren die zich tegen de tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking verzetten. Dit vloeit algemeen voort uit de artikelen 6 en 13 EVRM en voorzover die particulieren zich daarbij beroepen op gemeenschapsrecht in het bijzonder ook uit het communautaire beginsel van effectieve rechtsbescherming.¹² Krachtens dit beginsel moeten particulieren aanspraken op het gemeenschapsrecht voor een rechterlijke instantie kunnen afdwingen.¹³ Bij de uitvoering van terugvorderingsbeschikkingen moet dan met name worden gedacht aan directe of indirecte aanspraken van de ontvangers van onrechtmatige staatssteun op de communautaire beginselen van rechtszekerheid en gerechtvaardigd vertrouwen.

Nationale rechters die in procedures over de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen uitvoering willen geven aan zowel de genoemde handhavingsverplichting als de rechtsbeschermingsverplichting, zullen te maken krijgen met een zekere spanning. Het rechtsbeschermingsbelang van de ontvangers van de terug te vorderen steun loopt in dergelijke procedures immers niet parallel aan het belang van handhaving van EG-recht op nationaal niveau. De vraag rijst dan ook hoe nationale rechters met die spanning moeten omgaan. In de nu volgende paragraaf zal worden onderzocht welke aanwijzingen daarover kunnen worden afgeleid uit het gemeenschapsrecht, in het bijzonder uit de communautaire rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg.

10 Zie zaak C-103/88, *Fratelli Costanzo*, *Jur.* 1989, p. 1839, r.o. 32 en 33; zaak C-224/97, *Ciola*, *Jur.* 1999, p. I-2517, r.o. 30.

11 Zie ook de conclusie van procureur-generaal Wattel in de zaak *Staatssecretaris van Financiën/X-2 B.V.* d.d. 23 november 2004, *LJN* AR7738, ov. 7.1 e.v.

12 Zie C. Kilpatrick, T. Novitz en P. Skidmore (red.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2000, p. 21-27.

13 Zie J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 81.

2.2.2 *Communautaire aanwijzingen voor nationale rechters over handhaving en rechtsbescherming*

Algemene aanwijzingen

In het algemeen wordt in de communautaire rechtspraak van nationale rechters verlangd dat zij het nationale recht dat van toepassing is bij de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen op nationaal niveau zoveel mogelijk gemeenschapsconform uitleggen en toepassen. Zonodig moeten zij dat nationale recht zelfs buiten toepassing laten als het in de weg staat aan de effectieve en onverwijlde tenuitvoerlegging van de terugvorderingsbeschikking. Voorzover vragen rijzen over de (on)geldigheid of de interpretatie van het toepasselijke gemeenschapsrecht kunnen nationale rechters zich via een prejudiciële procedure op grond van art. 234 EG tot het Hof van Justitie wenden.

Aanwijzingen over betwisting van de geldigheid van de terugvorderingsbeschikking

Wanneer de Commissie een terugvorderingsbeschikking heeft genomen, dient in beginsel te worden uitgegaan van de geldigheid van die beschikking.¹⁴ Het is echter mogelijk dat de ontvangers van staatssteun die worden geconfronteerd met de tenuitvoerlegging van een dergelijke beschikking op nationaal niveau, behalve de uitvoeringshandelingen, ook de geldigheid van de terugvorderingsbeschikking zelf betwisten. De vraag rijst hoe nationale rechters daarmee moeten omgaan, gegeven het feit dat ontvangers van staatssteun op grond van art. 230 EG tegen een terugvorderingsbeschikking van de Commissie ook beroep bij het Gerecht van eerste aanleg kunnen instellen. Volgens vaste rechtspraak worden zij in beginsel namelijk geacht rechtstreeks en individueel geraakt te zijn door terugvorderingsbeschikkingen die tot de lidstaten zijn gericht. Daarvan uitgaande kunnen drie situaties worden onderscheiden.

a. Betwisting van de geldigheid van een terugvorderingsbeschikking in een procedure over de nationaalrechtelijke uitvoeringshandelingen zonder dat gebruik is gemaakt van de op grond van art. 230 EG bestaande beroepsmogelijkheid

In de zaak *TWD Textilwerke Deggendorf* heeft het Hof van Justitie duidelijk gemaakt dat de begunstigden van staatssteun in deze situatie de geldigheid van die terugvorderingsbeschikking niet meer kunnen betwisten.¹⁵ Volgens

14 Zie zaak C-404/97, *Portugal/Commissie*, *Jur.* 2000, p. I-4897, r.o. 57; zaak C-261/99, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2001, p. I-2537, r.o. 26.

15 Zaak C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, *Jur.* 1994, p. I-833, r.o. 17. Zie ook zaak C-178/95, *Wiljo*, *Jur.* 1997, p. I-585, r.o. 20 en 21; zaak C-239/99, *Nachi Europe*, *Jur.* 2001, p. I-1197, r.o. 30. Zie over beroepsmogelijkheden bij de communautaire rechters op het terrein van het staatssteunrecht verder J.A. Winter, 'The Rights of complainants in state aid cases: judicial review of commission decisions adopted under article 88 (ex 93) EC', *CMLRev.* 1999-36(3), p. 521-568; Th. Giannakopoulos, 'The Right to Bring an Action before the European Courts against the Various Decisions of the Commission in State Aid Cases', *Journal of World Competition* 2000-23(3), p. 81-102.

het Hof is de aangezochte nationale rechter in die situatie krachtens het rechtszekerheidsbeginsel gebonden aan de onaantastbaarheid van de terugvorderingsbeschikking ten opzichte van de begunstigde onderneming(en).¹⁶

- b. Betwisting van de geldigheid van een terugvorderingsbeschikking in een procedure over de nationaalrechtelijke uitvoeringshandelingen in de situatie waarin die geldigheid in het kader van beroep op grond van art. 230 EG bij rechterlijke uitspraak reeds vast is komen te staan*

In deze situatie is het evenmin mogelijk de geldigheid van een terugvorderingsbeschikking nog te betwisten. Door de uitspraak van hetzij het Gerecht van eerste aanleg, hetzij in hoger beroep van het Hof van Justitie, is de beschikking immers onaantastbaar geworden, zodat de geldigheid van die beschikking in de nationale procedure onherroepelijk vaststaat.¹⁷ De aangezochte nationale rechter is aan de uitspraak van de communautaire rechter gebonden.

- c. Betwisting van de geldigheid van een terugvorderingsbeschikking in een procedure over de nationaalrechtelijke uitvoeringshandelingen in de situatie waarin op grond van art. 230 EG tijdig beroep is ingesteld tegen die beschikking en dat beroep nog aanhangig is*

In deze situatie mogen nationale rechters wel rekening houden met de betwisting van de geldigheid van een terugvorderingsbeschikking. Dit volgt indirect uit de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *TWD Textilwerke Deggendorf*.¹⁸ Nationale rechters zijn dan namelijk niet gebonden aan het definitieve karakter van de beschikking van de Commissie. Het Gerecht van eerste aanleg heeft bevestigd dat het gemeenschapsrecht nationale rechters in die situatie niet verbiedt de tenuitvoerlegging van de terugvorderingsbeschikking op te schorten totdat het Gerecht ten gronde een beslissing heeft genomen. Dit is zelfs mogelijk als het Gerecht van eerste aanleg een verzoek om opschorting in de zin van art. 242 EG zelf heeft afgewezen. Ook kunnen nationale rechters in deze situatie prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie op grond van art. 234 EG.¹⁹

Aanwijzingen over de ongeldigheid van handelingen waarmee de terug te vorderen steun op onrechtmatige wijze tot uitvoering is gebracht

Nationale rechters moeten er rekening mee houden dat de nationaalrechtelijke handelingen waarmee de terug te vorderen staatssteun tot uitvoering is ge-

¹⁶ Zaak C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, *Jur.* 1994, p. I-833, r.o. 18.

¹⁷ Zie ook de conclusie van Procureur-Generaal Wattel in de zaak *Staatssecretaris van Financiën/X-2 B.V.* d.d. 23 november 2004, *LJN AR7738*, ov. 7.7.

¹⁸ Zaak C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, *Jur.* 1994, p. I-833, r.o. 19 en 20.

¹⁹ Zie zaak T-181/02 R, *Neue Erba Lautex*, *Jur.* 2002, p. II-5081, r.o. 107-108; zaak T-34/02 R, *B/Commissie*, *Jur.* 2002, p. II-2803, r.o. 92.

bracht vanuit communautair perspectief gezien als ongeldig worden beschouwd. Deze 'communautaire ongeldigheid' wordt gezien als het directe gevolg van de schending van het in art. 88 lid 3, laatste zin EG neergelegde uitvoeringsverbod.²⁰ Afhankelijk van de juridische vorm waarin de betreffende steunmaatregel volgens nationaal recht is gegoten en de uitspraakmogelijkheden waarover de aangezochte nationale rechter beschikt, zal volgens het toepasselijke nationale recht nader invulling moeten worden gegeven aan deze 'communautaire ongeldigheid'.²¹ Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan nietigheid van rechtswege of vernietiging van de uitvoeringshandelingen.

Aanwijzingen over nationaalrechtelijke bepalingen die een belangenafweging toelaten

Voorzover in het kader van de tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking nationaalrechtelijke bepalingen in aanmerking komen die de intrekking van een onrechtmatige bestuurshandeling afhankelijk maken van de beoordeling van verschillende in het geding zijnde belangen, moet het belang van de gemeenschap ten volle in aanmerking worden genomen.²²

Aanwijzingen over nationaalrechtelijke bepalingen die termijnen stellen aan de ongedaanmaking van nationaalrechtelijke handelingen

Aanspraken op nationaalrechtelijke bepalingen die termijnen stellen aan het kunnen intrekken van nationaalrechtelijke besluiten kunnen niet worden gehonoreerd in het kader van de uitvoering van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie. Dit blijkt uit de zaak *Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland*. Gezien de motivering van het Hof van Justitie in deze zaak, kan er in het algemeen vanuit worden gegaan dat bij de uitvoering van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie geen beroep meer kan worden gedaan op verjaringstermijnen die zijn gesteld in het belang van rechtszekerheid. Volgens het Hof van Justitie beschikken de lidstaten bij de uitvoering van terugvorderingsbeschikkingen namelijk niet over beoordelingsbevoegdheid en daarom verkeren particulieren vanaf het moment dat de Commissie haar terugvorderingsbeschikking heeft genomen niet langer in onzekerheid of zij met terugvordering zullen worden geconfronteerd.²³

20 Zie zaak C-354/90, FNCEPA, *Jur.* 1991, p. I-5505, r.o. 12; zaak C-39/94, SFEL, *Jur.* 1996, p. I-3547, r.o. 40.

21 Zie hierover S. Prechal, 'Direct Effect Reconsidered, Redefined and Rejected', in: J.M. Prinssen en A. Schauwen (red.), *Direct Effect; Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen: Europa Law Publishing 2002, p. 34 e.v.

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

23 Zaak C-24/95, Land Rheinland-Pfalz, *Jur.* 1997, p. I-1591, r.o. 34-38.

Aanwijzingen over nationaalrechtelijke bepalingen die rekening houden met het ontbreken van verrijking bij de begunstigden

Nationaalrechtelijke bepalingen die rekening houden met het ontbreken van verrijking bij begunstigden kunnen evenmin in de weg staan aan terugvordering. Volgens het Hof van Justitie is het ontbreken van verrijking bij overheidssteun boekhoudkundig gezien namelijk eerder regel dan uitzondering, aangezien die steun vaak wordt verleend aan bedrijven in moeilijkheden. Bovendien neemt het feit dat een begunstigde niet langer beschikt over het eigenlijke steunbedrag volgens het Hof niet weg dat de betreffende onderneming toch voordeel heeft gehaald uit haar tijdelijk (mede door de steun mogelijk gemaakte) voortbestaan. Te denken valt aan de handhaving van haar marktpositie, haar goede naam en haar cliënten.²⁴

Aanwijzingen over nationaalrechtelijke bepalingen die gewettigd vertrouwen beschermen

Uit vaste communautaire rechtspraak blijkt dat nationaalrechtelijke bepalingen die gewettigd vertrouwen beschermen in beginsel verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht, omdat het vertrouwensbeginsel als algemeen communautair rechtsbeginsel ook deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde.²⁵ Voorzover ontvangers van staatssteun zich met een beroep op dergelijke nationaalrechtelijke bepalingen proberen te verweren tegen de tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie, moeten nationale rechters die bepalingen echter wel gemeenschapsconform, dat wil zeggen rekening houdend met de communautaire rechtspraak, uitleggen en toepassen.

In de communautaire rechtspraak wordt nu aangenomen dat ondernemingen die steun genieten in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun kunnen hebben, wanneer de steun met inachtneming van de procedure van art. 88 lid 3 EG, dat wil zeggen rechtmatig is toegekend. Volgens het Hof van Justitie zal een behoedzaam ondernemer normaliter immers in staat zijn zich ervan te vergewissen of die procedure is gevolgd.²⁶ Alleen in uitzonderlijke omstandigheden kunnen ontvangers van onrechtmatige staatssteun zich nog beroepen op gerechtvaardigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de ontvangen steun en zich zo met succes verzetten tegen de terugbetaling ervan. Het staat aan de aangezochte nationale rechter op basis van de omstandigheden van het geval te beoordelen of zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen, zonodig na daarover prejudiciële vragen te hebben gesteld aan het Hof van Justitie.²⁷ Het Hof is tot nu toe

24 Idem, r.o. 50-52. De vraag is echter wel of dergelijke voordelen geheel zullen worden tenietgedaan door de terugvordering van de verleende steun inclusief rente.

25 Zaak 5/89, Commissie/Duitsland (Alcan), *Jur.* 1990, p. I-3437, r.o. 13 en 14; zaak C-24/95, Land Rheinland-Pfalz, *Jur.* 1997, p. I-1591, r.o. 25.

26 Idem. Zie ook zaak C-169/95, Spanje/Commissie, *Jur.* 1997, p. I-135, r.o. 51.

27 Zaak 5/89, Commissie/Duitsland (Alcan), *Jur.* 1990, p. I-3437, r.o. 16.

echter spaarzaam geweest met (positieve) aanwijzingen over dergelijke uitzonderlijke omstandigheden. Nationale rechters zullen er dan ook vanuit moeten gaan dat daarvan niet snel sprake is.

2.2.3 *Evaluatie van de communautaire benadering*

In nationaalrechtelijke procedures over de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie hebben nationale rechters op basis van het gemeenschapsrecht zowel een handhavingsverplichting als een rechtsbeschermingsverplichting. Het gelijktijdig naleven van beide verplichtingen leidt tot een zekere spanning, waaruit voor nationale rechters lastige vragen kunnen voortvloeien. Het betreft met name vragen over parallelle beroepsmogelijkheden op communautair en nationaal niveau, vragen over nationaalrechtelijke bepalingen die in de weg (kunnen) staan aan de effectieve tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking en vragen over de invulling van het begrip uitzonderlijke omstandigheden. Uit de communautaire aanwijzingen die hierover zijn gegeven, blijkt met betrekking tot al deze vragen dat de nadruk moet worden gelegd op de effectieve handhaving van het EG-recht, ten koste van de belangen van ontvangers die door terugvordering worden gedupeerd.²⁸ Wattel heeft terecht opgemerkt dat de communautaire effectiviteitseis in procedures over de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen anders dan gewoonlijk niet ten gunste van de burger en ten laste van de staat werkt, maar omgekeerd juist ten laste van de burger en ten gunste van de staat.²⁹

Hiervan uitgaande zal in de nu volgende paragraaf worden ingaan op terugvorderingszaken die zich in Nederland naar aanleiding van de uitvoering van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie hebben voorgedaan. Daarbij zal worden onderzocht in hoeverre de betreffende nationale rechters de voorliggende zaken conform de hiervoor gegeven communautaire aanwijzingen hebben behandeld.

2.3 Nederlandse terugvorderingszaken

In de afgelopen jaren heeft de Commissie voor uiteenlopende vormen van onrechtmatige en onverenigbare staatssteun terugvorderingsbeschikkingen

28 Zie over de positie van ontvangers van staatssteun ook P.C. Adriaanse, 'Staatssteun aan een 'behoedzaam' ondernemer. De mythe van het gegeven paard...', *Dossier voor onderneming, financiering en recht* 2001-49, p. 33-42.

29 Conclusie van procureur-generaal Wattel in de zaak *Staatssecretaris van Financiën/X-2 B.V.* d.d. 23 november 2004, *LJN AR7738*, ov. 7.8.

gericht aan Nederland.³⁰ Het aantal gerechtelijke procedures over de tenuitvoerlegging van die beschikkingen is, afgaande op de hoeveelheid gepubliceerde uitspraken, echter beperkt gebleven. Hieronder zullen drie gepubliceerde uitspraken worden besproken. Twee van deze uitspraken hebben betrekking op de terugvordering van subsidies aan pomphouders in de grensstreek met Duitsland. De derde uitspraak heeft betrekking op terugvordering van subsidies aan mestverwerkende bedrijven. Deze drie uitspraken zijn alle bestuursrechtelijk van aard.

2.3.1 Terugvordering van subsidies aan pomphouders in de grensstreek met Duitsland

De eerste twee uitspraken hebben betrekking op de terugvordering van subsidies die waren verstrekt op grond van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland. Aanvankelijk was de Nederlandse Staat ervan uitgegaan dat de krachtens deze regeling verstrekte subsidies als zogenaamde *de minimis* steun zonder voorafgaande aanmelding bij de Commissie ten uitvoer konden worden gelegd. Later bleek echter dat de Commissie een andere mening was toegedaan. Volgens de Commissie waren de subsidies in een groot aantal gevallen ten goede gekomen aan ondernemingen die eigenaren waren van meerdere tankstations en daarom bestond volgens haar het risico dat die subsidies door cumulatie boven de *de minimis* grens waren uitgekomen. In die gevallen hadden de subsidies wel moeten worden aangemeld. In haar beschikking van 20 juli 1999 gelastte de Commissie de Nederlandse Staat uiteindelijk een groot deel van de reeds verstrekte subsidies van de begunstigden terug

30 Zie beschikking 96/76/EG van 4 oktober 1995 betreffende steun welke door Nederland is verleend aan de vrachtwagenproducent DAF (*PbEG* 1996, L 15/37); beschikking 98/384/EG van 21 januari 1998 ten aanzien van de steun die Nederland heeft verleend voor de bouw van een waterstofperoxidefabriek te Delfzijl (*PbEG* 1998, L 171/36); beschikking 1999/705 betreffende staatssteun van Nederland ten behoeve van 633 Nederlandse tankstations in de grensstreek met Duitsland (*PbEG* 1999, L 280/87); beschikking 2001/517/EG van 13 februari 2001 betreffende de door Nederland toegekende staatssteun ten gunste van SCI-Systems (*PbEG* 2001, L 186/43); beschikking 2001/521/EG van 13 december 2000 betreffende de steunregeling die het Koninkrijk der Nederlanden ten uitvoer heeft gelegd ten gunste van zes mestverwerkende bedrijven (*PbEG* 2001, L 189/13); beschikking 2002/142/EG van 18 juli 2001 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van Valmont Nederland BV (*PbEG* 2002, L 48/20); beschikking 2002/901/EG van 19 juni 2002 betreffende staatssteun van Nederland ten behoeve van activiteiten van Nederlandse sleepboten in zeehavens en op binnenwateren van de Gemeenschap (*PbEG* 2002, L 314/97); beschikking 2003/45/EG van 5 juni 2002 betreffende de maatregelen van Nederland ter herstructurering en privatisering van Koninklijke Schelde Groep (*PbEG* 2003, L 14/56). Zie over de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen in Nederland R.H.C. Luja, 'De implementatie van beschikkingen tot terugvordering van staatssteun in het Nederlandse bestuursrecht', *NTER* 2000-10, p. 243-255.

te vorderen.³¹ Het beroep van Nederland tegen deze beschikking is bij uitspraak van het Hof van Justitie van 13 juni 2002 ongegrond verklaard.³² Daarmee werd de verplichting tot terugvordering onherroepelijk.

Rechtbank Assen 2 oktober 2000, LJN AA7472

De casus

Verzoekster in deze zaak werd geconfronteerd met de terugvordering van de haar krachtens de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland verstrekte subsidie. In de fase van bezwaar tegen het terugvorderingsbesluit van de Minister van Financiën verzocht zij de president van de rechtbank Assen om een voorlopige voorziening in de zin van art. 8:81 Awb.

De uitspraak

In zijn uitspraak geeft de president aan zich bewust te zijn van de verwevenheid van het communautaire en het nationale recht in deze zaak. In het bijzonder wijst de president op het feit dat op communautair niveau op dat moment ook diverse procedures tegen de terugvorderingsbeschikking van de Commissie aanhangig zijn. Dat brengt volgens de president het risico met zich dat zijn uitspraak of vergelijkbare uitspraken van andere nationale rechters in deze zaak naar aanleiding van de rechterlijke uitspraken in die communautaire zaken later mogelijk weer moeten worden teruggedraaid. Van oordeel dat het onderhavige geschil zich mede daarom niet goed leent voor een voorlopige voorzieningenprocedure over het bestreden besluit, zeker niet in de bezwaarfase, beperkt de president zich tot een uitspraak over de feitelijke gevolgen van dat besluit. Het betreft de verplichting tot terugbetaling van het gehele subsidiebedrag inclusief wettelijke rente binnen een termijn van vier weken.

Volgens de president moet ernstig worden betwijfeld of deze verplichting de rechterlijke toets kan doorstaan. De president is van mening dat het alleszins redelijk was geweest, als verweerder bij afweging van de belangen verzoekster de gelegenheid had geboden om een voorstel te doen voor een ruimere betalingsregeling dan die zoals genoemd. De president baseert dit op twee punten. Het eerste punt is dat verweerder naar het voorlopig oordeel van de president tekort is geschoten in het geven van een duidelijk kader voor de grondslag van de bestreden terugvorderingsbeschikking. Een dergelijk kader is volgens de president juist van belang omdat in deze zaak zowel het nationale recht als het gemeenschapsrecht een rol speelt. Het tweede punt is dat volgens de president bij verzoekster mogelijk gerechtvaardigd vertrouwen is opgewekt, met name omdat verweerder, zoals hiervoor is aangegeven, zelf eerst ook in

31 Beschikking van de Commissie van 20 juli 1999 betreffende staatssteun van Nederland ten behoeve van 633 Nederlandse tankstations in de grensstreek met Duitsland (*PbEG* 1999, L 280/87).

32 Zaak C-382/99, Nederland/Commissie, *Jur.* 2002, p. I-5163.

de veronderstelling verkeerde dat de Tijdelijke subsidieregeling en de daarop gebaseerde subsidies voor de pomphouders niet in strijd met het gemeenschapsrecht waren. Het verzoek om een voorlopige voorziening wordt ingewilligd: het terugvorderingsbesluit wordt geschorst voorzover dat betrekking heeft op terugbetaling van het gehele bedrag binnen een termijn van vier weken.

Evaluatie van de uitspraak in het licht van de communautaire aanwijzingen

De president van de rechtbank Assen plaatst deze zaak in eerste instantie in de juiste communautaire context. Zijn overwegingen die tot het toewijzen van de voorlopige voorziening hebben geleid, geven echter wel aanleiding tot het leveren van enige kritiek. Een eerste punt van kritiek betreft de overweging dat verweerder aan verzoekster de gelegenheid had moeten bieden een ruimere terugbetalingsregeling voor te stellen. Gegeven de communautaire verplichting de terugvordering onverwijld en doeltreffend ten uitvoer te leggen, moet worden betwijfeld of een dergelijke terugbetalingsregeling wel met het gemeenschapsrecht verenigbaar is. Een tweede punt van kritiek betreft de overweging omtrent het mogelijk opgewekte vertrouwen bij verzoekster. De president interpreteert het vertrouwensbeginsel in deze zaak namelijk louter nationaal-rechtelijk. In het licht van de communautaire uitleg van dit beginsel, zoals weergegeven in paragraaf 2.2.2, had de president moeten oordelen dat van verzoekster had mogen worden verwacht dat zij ten tijde van het verkrijgen van de subsidie als behoedzaam ondernemer had geverifieerd of de subsidie wel in overeenstemming met het gemeenschapsrecht was verstrekt. Nu verzoekster dat in casu niet had gedaan, had de president het beroep op gerechtvaardigd vertrouwen op basis van de communautaire interpretatie dus moeten afwijzen.

Rechtbank Zutphen 20 mei 2003, LJN AF9788

De casus

Deze zaak voor de meervoudige bestuurskamer van de rechtbank Zutphen heeft betrekking op het door Demarol BV ingestelde beroep tegen een besluit van de Minister van Financiën waarin het eerder gemaakte bezwaar van Demarol BV tegen het primaire intrekkings-/terugvorderingsbesluit van de Minister ongegrond was verklaard. Dit primaire besluit hield verband met de terugvorderingsbeschikking van de Commissie over de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland. Nadat het beroep was ingesteld, maar nog voor de uitspraak van de rechtbank, heeft het Hof van Justitie het beroep van Nederland tegen de terugvorderingsbeschikking afgewezen.

De uitspraak

De rechtbank overweegt eerst dat de Minister van Financiën in deze zaak niet alleen bevoegd, maar zelfs verplicht was over te gaan tot terugvordering. De bevoegdheid daartoe kon de Minister volgens de rechtbank ontleen aan art.

88 lid 2 EG in verbinding met de terugvorderingsbeschikking van de Commissie en daarnaast ook aan art. 4:49, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb en het gelijkkluidende artikel 13, eerste lid, aanhef en onder b, van de Tijdelijke regeling. Op grond van laatstgenoemde nationaalrechtelijke bepalingen kan een bestuursorgaan een subsidievaststelling intrekken of ten nadele van de ontvanger wijzigen, indien deze onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten. Volgens de rechtbank was in casu aan deze voorwaarden voldaan. Verzoekster had rekening moeten houden met het onderzoek van de Commissie en de mogelijkheid van terugvordering.

De rechtbank geeft overigens aan dat de Minister gezien de terugvorderingsbeschikking van de Commissie bevoegd en zelfs verplicht was het gehele subsidiebedrag terug te vorderen en niet slechts het surplus boven de *de minimis* grens van 100.000 euro. In casu was uiteindelijk maar een deel van de subsidie teruggevorderd. Dat roept volgens de rechtbank de vraag op of deze gedeeltelijke terugvordering wel verenigbaar is met de verplichtingen uit het gemeenschapsrecht. De rechtbank volstaat echter met het opwerpen van deze vraag, omdat de beantwoording daarvan buiten de grenzen van het geschil zou vallen.

Vervolgens komt het beroep op het vertrouwensbeginsel aan de orde. Na de Europese rechtspraak op dit punt te hebben weergegeven overweegt de rechtbank:

‘Gegeven het feit dat eiseres als gezegd wist, en in ieder geval had kunnen weten, dat ten tijde van het vaststellingsbesluit van 30 maart 1999 de procedure van artikel 88 EG was ingeleid en nog niet was afgerond, en in aanmerking genomen dat geen uitzonderlijke omstandigheden als zojuist bedoeld zijn gesteld, kan eiseres geen succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel doen. Om dezelfde reden is herroeping van het besluit van 30 maart 1999 evenmin onrechtmatig uit een oogpunt van rechtszekerheid.’³³

Evaluatie van de uitspraak in het licht van de communautaire aanwijzingen

De uitspraak van de rechtbank Zutphen is, anders dan de hiervoor besproken uitspraak van de president van de rechtbank Assen, geheel in overeenstemming met de hiervoor genoemde communautaire aanwijzingen. De rechtbank gaat, zoals reeds is opgemerkt, zelfs nog een stap verder dan op basis van het geschil strikt noodzakelijk is, door de vraag op te werpen of het terugvorderen van slechts een gedeelte van de onrechtmatig verleende steun wel verenigbaar is met de verplichtingen uit de terugvorderingsbeschikking van de Commissie. Wat betreft het oordeel van de rechtbank over de bevoegdheid tot terugvordering moet worden opgemerkt dat het in de literatuur nog geen uitgemaakte zaak is of nationale autoriteiten rechtstreeks aan het gemeenschapsrecht bevoegdheden kunnen ontleen, met name wanneer expliciete bevoegdheids-

33 Rechtbank Zutphen 20 mei 2003, L/JN AF9788, r.o. 3.4.2.

grondslagen in het nationale recht ontbreken. De meningen hierover zijn verdeeld.

Sommigen zijn met verwijzing naar het uitgangspunt van nationale institutionele autonomie of het nationale legaliteitsbeginsel van mening dat bestuursbevoegdheden in ieder geval (ook) een grondslag in het nationale recht moeten hebben.³⁴ In deze zin hebben Van Angeren en Den Ouden gepleit voor een expliciete bevoegdheidsgrondslag in de Awb voor het intrekken en terugvorderen van als staatssteun aan te merken subsidies, nu een dergelijke grondslag volgens hen noch in het gemeenschapsrecht, noch in het Nederlandse recht gemakkelijk kan worden gevonden.³⁵ Anderen zijn van mening dat bevoegdheden voor nationale autoriteiten door de toenemende vervlechting van de communautaire rechtsorde en de nationale rechtsordes van de lidstaten niet in alle gevallen per se in het nationale recht hoeven te zijn verankerd.³⁶

Ik sluit me voor wat betreft de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbesluiten van de Commissie bij laatstgenoemde benadering aan. Hoewel een expliciete bevoegdheidsgrondslag in het nationale recht, zoals Van Angeren en Den Ouden bepleiten, de rechtszekerheid voor belanghebbenden in deze context zeker ten goede zal komen, is het onverkort vasthouden aan de eis van een dergelijke nationaalrechtelijke bevoegdheidsgrondslag in de onderhavige context niet mogelijk. Ook wanneer in het nationale recht wel een expliciete bevoegdheidsbepaling bestaat, moet deze onder invloed van het gemeenschapsrecht namelijk zoveel mogelijk gemeenschapsconform worden uitgelegd en zonodig zelfs buiten toepassing worden gelaten, indien door die bepaling de intrekking dan wel terugvordering van onrechtmatig verleende onverenigbare staatssteun praktisch onmogelijk zou worden gemaakt. Hierop is reeds gewezen in paragraaf 2.2.2. Maar ook los daarvan kan een bevoegdheid tot intrekking of terugvordering van onrechtmatig verleende steun, inclusief rente, rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht worden afgeleid. Deze bevoegdheid voor de nationale autoriteiten moet namelijk worden gezien in nauwe samenhang met de bevoegdheid van de Commissie tot het nemen van terugvorderingsbeschikkingen, welke uiteindelijk haar grondslag vindt in verordening 659/1999. De intrekking dan wel terugvordering op nationaal niveau betreft slechts de onvoorwaardelijke uitvoering van een door de Commissie genomen

34 Zie onder andere I.C. van der Vlies en R.J.G.M. Widdershoven, *De betekenis van de Nederlandse grondwet binnen de Europese rechtsorde*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 31; Jans e.a. 2002, p. 50.

35 J.R. van Angeren en W. den Ouden, 'Subsidierecht en staatssteun', in: *Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, VAR-reeks 134, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 192.

36 Zie onder andere W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, oratie Leiden gehouden op 12 september 2003, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 26 e.v. Jans e.a. merken op 'dat een volledige integratie van de nationale en de communautaire rechtsorden ertoe zou kunnen leiden dat communautaire normen een rechtstreekse bron van bevoegdheidsuitoefening voor de nationale autoriteiten kunnen vormen.' (Jans e.a. 2002, p. 50).

beschikking in het kader van gedeeld bestuur, waarbij de nationale autoriteiten geen discretionaire bevoegdheid meer toekomt. Belanghebbenden, in het bijzonder de ontvangers van onrechtmatige staatssteun, kunnen op basis van geldende communautaire wetgeving en diverse bekendmakingen van de Commissie inmiddels weten dat onrechtmatige staatssteun die voorwerp is van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie in beginsel moet worden terugbetaald, inclusief de daarover genoten rente. Wanneer de bevoegdheid tot intrekking dan wel terugvordering van die steun, inclusief rente, rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht wordt afgeleid, zoals de rechtbank Zutphen in de hier besproken zaak deed, komt die bevoegdheid, ondanks het ontbreken van een expliciete nationaalrechtelijke bevoegdheidsgrondslag, dan ook niet uit de lucht vallen.

2.3.2 Terugvordering van subsidies aan mestverwerkende bedrijven

De derde uitspraak heeft betrekking op de terugvordering van subsidie die was verstrekt op grond van de Bijdrageregeling proefprojecten mestverwerking (hierna BPM). Deze regeling was conform de geldende regels bij de Commissie aangemeld en door de Commissie goedgekeurd tot 1994. Aangezien Nederland op grond van deze regeling ook na 1994 nog subsidies had verstrekt, startte de Commissie een nieuw onderzoek op basis waarvan zij tot de conclusie kwam dat deze als nieuwe steun aan te merken subsidies niet verenigbaar konden worden verklaard met de gemeenschappelijke markt. Bij beschikking van 13 december 2000 gelastte zij Nederland de betreffende subsidies van na 1994 van de begunstigden terug te vorderen, inclusief de daarover genoten rente.³⁷

Rechtbank 's-Hertogenbosch 26 november 2004, LJN AR6630

De casus

Ter uitvoering van de terugvorderingsbeschikking van de Commissie in verband met de BPM heeft de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit de aan eiseres op grond van die regeling toegekende subsidie bij besluit ingetrokken en teruggevorderd, inclusief rente. De rechtbank 's-Hertogenbosch moet beoordelen of de ongegrondverklaring van het bezwaar van eiseres tegen dat besluit in rechte stand kan houden.

De uitspraak

De rechtbank is in deze zaak van oordeel dat de Minister terecht en op goede gronden is overgegaan tot intrekking en terugvordering van de aan eiseres

³⁷ Beschikking 2001/521/EG van 13 december 2000 betreffende de steunregeling die het Koninkrijk der Nederlanden ten uitvoer heeft gelegd ten gunste van zes mestverwerkende bedrijven (*PbEG* 2001, L 189/13).

verleende subsidie. In de eerste plaats overweegt de rechtbank dat uit de terugvorderingsbeschikking van de Commissie een rechtstreeks werkende EG-verplichting voortvloeit, waarbij gezien de tekst van de beschikking geen ruimte is gelaten voor een redelijkheidsafweging. Eiseres heeft tegen deze terugvorderingsbeschikking geen beroep op grond van art. 230 EG ingesteld bij het Gerecht van eerste aanleg en dus is die beschikking volgens de rechtbank jegens eiseres in rechte komen vast te staan. In de tweede plaats overweegt de rechtbank dat eiseres in deze zaak geen aanspraak kan maken op gerechtvaardigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de verkregen subsidie. Daartoe wijst de rechtbank eerst op art. 16 van de BPM waarin uitdrukkelijk is vermeld dat het recht op subsidie pas ontstaat als de Commissie daartegen geen bezwaar maakt. Vervolgens verwijst de rechtbank naar de rechtspraak van het Hof van Justitie op dit punt, zoals die in paragraaf 2.2.2 is weergegeven. In de derde plaats overweegt de rechtbank nog dat van de Minister niet mag worden verwacht dat hij handelt in strijd met het communautaire recht door de tijdige en volledige uitvoering van de beschikking van de Commissie achterwege te laten. Dat betekent volgens de rechtbank onder andere dat de formele rechtskracht van de beschikking tot subsidieverlening en de vaststelling daarvan niet aan de tenuitvoerlegging van de terugvorderingsbeschikking van de Commissie in de weg kan staan. Ook kan gegeven de terugvorderingsverplichting geen rekening worden gehouden met de financiële omstandigheden van eiseres. De rechtbank wijst er nogmaals op dat van eiseres mocht worden verwacht dat zij rekening hield met de eventuele terugvordering van de verleende steun. Tot slot overweegt de rechtbank dat er in Nederland geen publiekrechtelijke grondslag voor het vorderen van rente bestaat, maar dat die grondslag wel kan worden gevonden in artikel 14 lid 2 van verordening 659/1999, aangezien er sprake is van een op Europees recht gebaseerde beschikking en verordening 659/1999 rechtstreeks werkend is.

Evaluatie van de uitspraak in het licht van de communautaire aanwijzingen

De uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch is evenals de hiervoor besproken uitspraak van de rechtbank Zutphen conform de communautaire aanwijzingen over de taak van nationale rechters in zaken over de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie. Door middel van deze uitspraak geeft de rechtbank vrij baan voor de tenuitvoerlegging van de terugvorderingsbeschikking van de Commissie en daarmee voor de handhaving van het EG-recht op nationaal niveau. Interessant is met name dat de rechtbank het vorderen van rente, ondanks het ontbreken van een publiekrechtelijke grondslag in het nationale recht, toch mogelijk acht. Zie in dit verband de reeds gemaakte opmerkingen over rechtstreeks aan het gemeenschapsrecht ontleende bevoegdheden naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank Zutphen. Overigens had het beroep van eiseres op gerechtvaardigd vertrouwen in deze zaak eventueel wel kans van slagen kunnen hebben als eiseres expliciet zou hebben aangevoerd dat zij was misleid door foutieve informatie in de

Staatscourant van de zijde van de Nederlandse overheid. Met Van Angeren en Den Ouden kan namelijk worden gesteld dat, hoewel deze misleiding door de nationale autoriteiten in de tegen de Commissie gevoerde procedure bij het Gerecht van eerste aanleg geen aanleiding kon geven tot gerechtvaardigd vertrouwen jegens de Commissie, de uitspraak van het Gerecht impliciet lijkt te suggereren dat nationale rechters daarmee onder de noemer van uitzonderlijke omstandigheden wél rekening kunnen houden.³⁸ Het Gerecht van eerste aanleg had deze foutieve informatie, nog voordat de nationale rechter in casu tot een uitspraak kwam, al als betreurenswaardig aangemerkt.³⁹

3 ZAKEN WAARIN CONCURRENTEN OF ANDERE BELANGHEBBENDEN MET EEN BEROEP OP RECHTSTREEKS WERKENDE BEPALINGEN VAN GEMEENSCHAPS-RECHT PROBEREN DE TERUGVORDERING VAN ONRECHTMATIGE STAATSSTEUN TE BEWERKSTELLIGEN

3.1 Algemeen

De tweede categorie terugvorderingszaken waarmee nationale rechters onder invloed van de communautaire staatssteunregels te maken kunnen krijgen, betreft zaken waarin concurrenten of andere actoren die door onrechtmatige staatssteun gedupeerd menen te zijn de terugvordering van die steun proberen te bewerkstelligen.⁴⁰ Andere belanghebbenden kunnen in dit verband bijvoorbeeld beroepsverenigingen zijn. Voordat de Commissie onderzoek naar een bepaalde maatregel heeft ingesteld of zolang de Commissie haar goedkeuring niet heeft gegeven aan een als staatssteun te kwalificeren maatregel, biedt art. 88 lid 3, laatste zin EG een grondslag voor dergelijke acties. Het in deze rechtstreeks werkende bepaling neergelegde uitvoeringsverbod voor nieuwe steunmaatregelen is in die fase namelijk onverkort van kracht.⁴¹ Wanneer de Commissie een terugvorderingsbeschikking heeft genomen, kunnen de genoemde acties vanaf het moment waarop de in die beschikking gegeven uitvoeringstermijn verstrijkt ook op de bepalingen van die beschikking worden gebaseerd, aangezien aan die bepalingen jegens concurrenten en vergelijkbare belanghebbenden dan eveneens rechtstreekse werking toekomt.⁴²

38 Van Angeren en Den Ouden 2005, p. 193.

39 Zaak T-109/91, Fleuren Compost BV/Commissie, d.d. 14 januari 2004, r.o. 143 en 144.

40 Zie over acties van concurrenten ook de bijdrage van Den Ouden en Jacobs in deze bundel.

41 De rechtstreekse werking van art. 88 lid 3, laatste zin EG is voor het eerst aangenomen in zaak 6/64, Costa/E.N.E.L., *Jur.* 1964, p. 1141 en later bevestigd in diverse zaken. Zie o.a. zaak 120/73, Gebr. Lorenz, *Jur.* 1973, p. 1471, r.o. 4; zaak C-354/90, FNCEPA, *Jur.* 1991, p. I-5505, r.o. 11.

42 De rechtstreekse werking van bepalingen van niet tijdig uitgevoerde terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie jegens concurrenten en vergelijkbare belanghebbenden is niet expliciet door het Hof van Justitie uitgesproken, maar kan worden afgeleid uit andere zaken.

3.2 Communautaire benadering van de rol van nationale rechters

3.2.1 Rechtsbescherming en handhaving

De hier centraal staande acties van concurrenten en vergelijkbare belanghebbenden zullen doorgaans primair verzoeken om rechtsbescherming zijn. Ervan uitgaande dat die acties worden gebaseerd op de hiervoor genoemde rechtstreeks werkende communautaire bepalingen, zijn de aangezochte nationale rechters krachtens het gemeenschapsrecht gehouden effectieve rechtsbescherming te bieden om de rechten die aan die bepalingen kunnen worden ontleend te garanderen. Indirect kunnen dergelijke verzoeken om rechtsbescherming echter ook bijdragen aan de handhaving van het EG-recht in de lidstaten. In de zaak *Van Gend en Loos* overwoog het Hof van Justitie reeds

‘... dat de waakzaamheid der belanghebbenden op de verzekering van hun rechten een doelmatige controle verschaft, die zich paart aan het toezicht dat de artikelen 169 en 170 [nu de artikelen 226 en 227 EG] aan de commissie en de lidstaten opdragen.’⁴³

Anders dan wat geldt voor de ontvangers van staatssteun die met terugvordering worden geconfronteerd, loopt het belang dat concurrenten en vergelijkbare belanghebbenden bij rechtsbescherming in de hier bedoelde terugvorderingszaken hebben indirect dus wel parallel aan het belang van handhaving van EG-recht. Indien in dergelijke zaken (mede) een beroep wordt gedaan op een niet tijdig uitgevoerde terugvorderingsbeschikking, geldt die parallel ook in directe zin, aangezien nationale rechters op grond van dergelijke beschikkingen een zelfstandige handhavingsverplichting hebben. Zoals in paragraaf 2.2.1 is aangegeven, houdt die verplichting in dat nationale rechters binnen de grenzen van hun rechterlijke bevoegdheden al het mogelijke moeten doen om aan de effectieve tenuitvoerlegging van de terugvorderingsbeschikking bij te dragen en zodoende het EG-recht op nationaal niveau te handhaven.

Zie zaak 9/70, *Grad*, *Jur.* 1970, p. 825, r.o. 5; zaak 77/72, *Carmine Capolongo*, *Jur.* 1973, p. 611, r.o. 6; zaak C-156/91, *Hansa Fleisch*, *Jur.* 1992, p. I-5567, r.o. 19 en 20. Zie ook M. Stolba, *Europäisierung staatlicher Beihilfen*, Frankfurt am Main: Peter Lang 1999, p. 213-214; N. Sasserath, *Schadenersatzansprüche von Konkurrenten zur Effektivierung der Beihilfenkontrolle?*, Berlin: Duncker & Humblot GmbH 2001, p. 227; B. Hessel en A. Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 317.

43 Zaak 26/62, *Van Gend en Loos*, *Jur.* 1963, p. 3. Zie meer recent zaak C-253/00, *Muñoz en Superior Fruiticola*, *Jur.* 2002, p. I-7289. Zie over private handhaving ook G. Betlem, ‘Private handhaving van EG-recht na Muñoz: dat moet kunnen’, *NTER* 2003-7/8, p. 212-217. In mijn vermoedelijk begin 2006 te verschijnen dissertatie zal ik nader ingaan op de bijdrage van particulieren aan de handhaving van het EG-staatssteunrecht.

3.2.2 *Communautaire aanwijzingen voor nationale rechters over rechtsbescherming en handhaving*

Algemene aanwijzingen

Ook voor deze categorie terugvorderingszaken geldt in het algemeen dat bij gebrek aan communautaire regels de rechtsbescherming dan wel handhaving van het EG-recht in beginsel moet verlopen volgens de toepasselijke bepalingen van nationaal recht. Dit geldt in het bijzonder voor het aanwijzen van de bevoegde rechter, eventuele ontvankelijkheidseisen, procedurele aspecten, bewijsrechtelijke aspecten en de mogelijke remedies voor schending van het gemeenschapsrecht. Nationale rechters zijn daarbij gehouden het nationale recht zoveel mogelijk gemeenschapsconform uit te leggen en toe te passen. Zonodig moet dat nationale recht buiten toepassing worden gelaten als het in de weg staat aan effectieve rechtsbescherming of handhaving van het EG-recht. Verder geldt voor deze categorie terugvorderingszaken in het algemeen ook dat nationale rechters zich op grond van art. 234 EG tot het Hof van Justitie kunnen wenden met prejudiciële vragen over de (on)geldigheid of de interpretatie van het gemeenschapsrecht. Daarnaast kunnen zij vragen van juridische, economische of praktische aard stellen aan de Commissie.⁴⁴

Aanwijzingen over te verlenen remedies

Met betrekking tot op art. 88 lid 3, laatste zin EG gebaseerde acties heeft het Hof van Justitie aan nationale rechters duidelijke aanwijzingen gegeven over de te verlenen remedies in geval van schending van die bepaling. Volgens het Hof moeten nationale rechters de justitiabelen in het bijzonder waarborgen, dat overeenkomstig hun nationale recht uit een schending van art. 88 lid 3, laatste zin EG alle consequenties zullen worden getrokken, zowel wat betreft de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen, als wat betreft de terugvordering van in strijd met deze bepaling of met eventuele voorlopige maatregelen verleende financiële steun.⁴⁵ In de zaak *SFEI* heeft het Hof van Justitie verduidelijkt dat nationale rechters in beginsel, dat wil zeggen behoudens uitzonderlijke omstandigheden, verplicht zijn een verzoek om teruggave van in strijd met art. 88 lid 3, laatste zin EG betaalde steun toe te wijzen.⁴⁶ Naar moet worden aangenomen geldt dit ook ambtshalve wanneer art. 88 lid 3, laatste zin EG niet expliciet is ingeroepen, maar wel

44 Zie de bekendmaking van de Commissie betreffende de samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de staten uit 1995 (*PbEG* 1995, C 312/8). Zie ook zaak C-39/94, *SFEI*, *Jur.* 1996, p. I-3547, r.o. 50.

45 Zie zaak C-354/90, *FNCEPA*, *Jur.* 1991, p. I-5505, r.o. 12; zaak C-39/94, *SFEI*, *Jur.* 1996, p. I-3547, r.o. 40; zaak C-390/98, *Banks & Co*, *Jur.* 2001, p. I-6117, r.o. 73. De woorden 'alle consequenties' vertonen sterke gelijkenis met de woorden 'alle nodige maatregelen', zoals die voorkomen in art. 14 van verordening 659/1999 met betrekking tot de uitvoering van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie.

46 Zaak C-39/94, *SFEI*, *Jur.* 1996, p. I-3547, r.o. 70.

over schending van de communautaire staatssteunregels wordt geklaagd.⁴⁷ Als het beroep in rechte (mede) wordt gebaseerd op een niet tijdig uitgevoerde terugvorderingsbeschikking van de Commissie, vloeit de verplichting voor de rechter uitvoering te geven aan die terugvordering direct voort uit de beschikking (zie paragraaf 2.2.1).

Aanwijzingen over de opstelling van nationale rechters lopende onderzoek van de Commissie

Uit vaste rechtspraak blijkt dat nationale rechters onder invloed van het gemeenschapsrecht niet van hun taak tot het bieden van rechtsbescherming worden ontheven wanneer de Commissie een voorlopig of formeel onderzoek naar bepaalde steun heeft ingesteld. Indien dat anders was, zou dat volgens het Hof van Justitie de miskennis door de lidstaten van het verbod op de tenuitvoerlegging van voorgenomen steunmaatregelen, zoals neergelegd in art. 88 lid 3, laatste zin EG, in de hand werken en zou aan de nuttige werking van deze bepaling worden afgedaan.⁴⁸ Bij gelijklopende procedures op communautair en op nationaal niveau bestaat echter het risico dat nationale rechters en de Commissie tot tegenstrijdige beslissingen komen, bijvoorbeeld over de kwalificatie van een maatregel of over de vraag of een steunmaatregel wel of niet onrechtmatig is verleend. Om dit risico zo klein mogelijk te maken wordt daarom van nationale rechters en de Commissie verwacht dat zij loyaal samenwerken.⁴⁹ Het Hof van Justitie heeft in de zaak *SFEI* bepaald dat nationale rechters uitdrukkelijk niet verplicht zijn zich onbevoegd te verklaren of hun uitspraak aan te houden totdat de Commissie haar standpunt heeft bepaald over de kwalificatie van de betreffende maatregel.⁵⁰ Uit een bekendmaking van de Commissie uit 1995 blijkt verder dat nationale rechters in die fase niet gebonden zijn aan de door de Commissie verstrekte informatie.⁵¹ Als de Commissie zich bij beschikking wel heeft uitgelaten over de kwalificatie van een maatregel en/of de (on)rechtmatigheid daarvan, moet er daarentegen van worden uitgegaan dat die beschikking bindend is voor nationale rechters.

47 Zie zaak 120/73, Gebr. Lorenz, *Jur.* 1973, p. 1471, r.o. 9. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in zaak C-174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant, d.d. 4 maart 2004, ov. 51; J.A. Winter, *Nationale Steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht, Een onderzoek naar de uitlegging en toepassing van de artikelen 92 t/m 94 van het EEG-verdrag*, Deventer: Kluwer 1981, p. 296.

48 Zie zaak C-39/94, *SFEI*, *Jur.* 1996, p. I-3547, r.o. 44.

49 Zie de bekendmaking van de Commissie betreffende de samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de staten uit 1995, ov. 23 e.v.

50 Zaak C-39/94, *SFEI*, *Jur.* 1996, p. I-3547, r.o. 53.

51 Zie de bekendmaking uit 1995, ov. 30.

Aanwijzingen over de opstelling van nationale rechters nadat de Commissie de verenigbaarheid van onrechtmatige staatssteun heeft uitgesproken

Wanneer de Commissie een positieve eindbeschikking heeft genomen, waarin onrechtmatige staatssteun verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard, wordt die beschikking volgens vaste rechtspraak geacht niet van invloed te zijn op de consequenties die nationale rechters behoren te verbinden aan de schending van het in art. 88 lid 3, laatste zin EG neergelegde uitvoeringsverbod. De ongeldigheid van uitvoeringshandelingen van staatssteun als gevolg van die procedurele schending wordt volgens het Hof van Justitie namelijk niet achteraf gedekt door het inhoudelijke oordeel van de Commissie over de verenigbaarheid van de betreffende steunmaatregel.⁵² In die benadering is een nationale rechter die wordt verzocht de terugvordering van onrechtmatig verleende steun te gelasten in beginsel dan ook verplicht aan dat verzoek gehoor te geven.

Aanwijzingen over de uitzonderingsmogelijkheid in uitzonderlijke omstandigheden

De uitzonderlijke omstandigheden waarin nationale rechters volgens vaste rechtspraak niet tegemoet hoeven te komen aan een verzoek om terugvordering van beweerdelijk onrechtmatig verleende staatssteun, moeten vooral in verband worden gebracht met eventuele gerechtvaardigde verwachtingen van ontvangers in de rechtmatigheid van die staatssteun.⁵³ Nationale rechters zullen immers in beginsel ook met de belangen van die actoren rekening moeten houden. De manier waarop dat moet gebeuren in procedures tussen enerzijds concurrenten of vergelijkbare belanghebbenden en anderzijds de steunverlenende overheid, zal afhangen van het toepasselijke nationale procesrecht. Gegeven de in paragraaf 2.2.2 genoemde strenge communautaire eisen die volgens vaste rechtspraak aan ontvangers van onrechtmatige staatssteun worden gesteld, is de kans echter klein dat uitzonderlijke omstandigheden kunnen worden aangenomen.⁵⁴

3.2.3 *Evaluatie van de communautaire benadering*

In procedures waarin concurrenten of vergelijkbare belanghebbenden met een beroep op rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht proberen de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun te bewerkstelligen, worden nationale rechters geacht effectieve rechtsbescherming te bieden. Het belang van deze particulieren bij effectieve rechtsbescherming loopt direct of indirect

52 Zie zaak C-354/90, FNCEPA, *Jur.* 1991, p. I-5505, r.o. 15 en 16.

53 Zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in zaak C-39/94, SFEL, *Jur.* 1996, p. I-3547, ov 75.

54 Zie ook Sasserath 2001, p. 104-106; J.P. Keppenne, *Guide des aides d'État en droit communautaire; Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Brussel: Bruylant 1999, p. 307, voetnoot 19.

parallel aan het communautaire belang van effectieve handhaving van EG-recht. De communautaire eisen die in dergelijke procedures aan nationale rechters worden gesteld gaan dan ook vrij ver. Hoewel effectieve rechtsbescherming in beginsel moet gebeuren volgens de daarvoor op nationaal niveau geschikte procedures en remedies, worden nationale rechters niettemin geacht verzoeken om terugvordering in beginsel toe te wijzen. Alleen in uitzonderlijke omstandigheden kunnen zij anders beslissen, maar de kans dat dergelijke omstandigheden zich voordoen is in het licht van de communautaire aanwijzingen hierover gering. Een opmerkelijke eis is verder dat terugvordering zelfs moet worden bewerkstelligd wanneer de Commissie inmiddels de verenigbaarheid van onrechtmatig verleende staatssteun heeft uitgesproken. Volgens advocaat-generaal Jacobs is dit nodig om de nuttige werking van het verbod van art. 88 lid 3, laatste zin EG te waarborgen en heeft de lidstaat die de schending heeft begaan het ongemak dat daardoor kan ontstaan aan zichzelf te wijten.⁵⁵ Hieraan kan worden toegevoegd dat het feit dat een onrechtmatig verleende steunmaatregel als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt beschouwd, niet wegneemt dat de ontvangers van die steun gedurende de periode dat de uitvoering van de maatregel krachtens art. 88 lid 3, laatste zin EG eigenlijk had moeten worden opgeschort, een voordeel op hun concurrenten hebben kunnen behalen. Desondanks ontstaat er bij terugvordering van onrechtmatig verleende verenigbare steun een opmerkelijke situatie, aangezien de betreffende steun na terugvordering alsnog kan worden verleend.⁵⁶

3.3 Nederlandse terugvorderingszaken

Uitgaande van de hiervoor besproken communautaire benadering van de rol van nationale rechters in terugvorderingszaken op initiatief van concurrenten of vergelijkbare belanghebbenden, lijkt de kans op succes van dergelijke zaken vrij groot te zijn. Desondanks hebben zich in Nederland de afgelopen jaren weinig zaken voorgedaan waarin door dergelijke belanghebbenden daadwerkelijk is verzocht om de terugvordering van beweerdelijk onrechtmatige staatssteun, althans afgaande op gepubliceerde rechterlijke uitspraken. In deze bijdrage zal niet nader worden ingegaan op mogelijke oorzaken daarvan.⁵⁷ Hier wordt volstaan met een bespreking van drie Nederlandse zaken waarin uitdrukkelijk werd verzocht om terugvordering van beweerdelijk onrechtmatige staatssteun. Het betreft in de eerste plaats een zaak over beweerdelijk onrechtmatige steunverlening aan de zoutindustrie in Harlingen (paragraaf 3.3.1),

55 Zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in zaak C-354/90, FNCEPA, *Jur.* 1991, p. I-5505, ov. 32-33.

56 Zie ook de opvatting van de Commissie in zaak C-354/90, FNCEPA, *Jur.* 1991, p. I-5505, ov. 16 en 17.

57 Zie verder de bijdrage van Van Tweel in deze bundel.

in de tweede plaats een zaak over beweerdelijk onrechtmatige staatssteun in verband met de exploitatie van de Martinihal in Groningen (paragraaf 3.3.2) en in de derde plaats een zaak over beweerdelijk onrechtmatige staatssteun van de gemeente Alkmaar rond de bouw van het nieuwe AZ-stadion (paragraaf 3.3.3). De gewezen uitspraken in deze zaken zijn overwegend civielrechtelijk van aard.

3.3.1 Beweerdelijk onrechtmatige staatssteun aan de zoutindustrie in Harlingen

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

De casus

In deze zaak hebben enkele vertegenwoordigers van de Franse zoutindustrie een kort geding aangespannen tegen de Gemeente Harlingen in verband met beweerdelijk onrechtmatige staatssteun van die gemeente aan de plaatselijke zoutindustrie, in het bijzonder aan de ondernemingen Frima BV en Aliss BV. Eisers in deze zaak verzoeken in de eerste plaats een verbod voor de gemeente om aan de genoemde ondernemingen op directe of indirecte wijze verder nog enige steun te verlenen, voordat de Commissie haar goedkeuring heeft gegeven. In de tweede plaats verzoeken zij dat de gemeente wordt gelast de reeds verleende staatssteun onverwijld van de begunstigden terug te vorderen. In de derde plaats vorderen eisers dat reeds aangegane verplichtingen uit borgstelling komen te vervallen.

De uitspraak

De president van de rechtbank Leeuwarden komt in deze zaak tot het voorlopige oordeel dat de betwiste maatregelen in casu niet als staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG kunnen worden gekwalificeerd en dus ook niet bij de Commissie hadden moeten worden aangemeld. De vorderingen, waaronder die tot terugvordering van reeds verleende steun, worden daarom afgewezen. In hoger beroep en ook in cassatie houdt dit oordeel stand.⁵⁸

Evaluatie van de uitspraak in het licht van de communautaire aanwijzingen

De in paragraaf 3.2.2 besproken communautaire aanwijzingen over het gelasten van terugvordering gelden alleen in de situatie waarin een nationale rechter tot de conclusie komt dat, al dan niet naar zijn voorlopig oordeel, sprake is van onrechtmatige staatssteun. Aangezien daarvan in casu naar het voorlopig oordeel van zowel de president, het Hof als de Hoge Raad geen sprake was, valt voor wat betreft terugvordering op de uitspraak niet veel aan te merken.

58 Zie HR 3 januari 1997, NJ 1997/303. In deze zaak is ook langs bestuursrechtelijke weg geprocedeerd. Zie CBB 4 september 1996, AB 1996, 490. In deze bestuursrechtelijke procedure kwam terugvordering van de beweerdelijk onrechtmatig verleende steun niet expliciet aan de orde.

3.3.2 *Beweerdelijk onrechtmatige staatssteun in verband met de exploitatie van de Martinihal in Groningen*

De casus

Deze zaak heeft betrekking op beweerdelijk onrechtmatige staatssteun in verband met de exploitatie van de Martinihal in Groningen.⁵⁹ De Martinihal heeft als onderdeel van de Gemeentelijke Dienst Onderwijs, Cultuur, Sport en Welzijn naast reguliere Gemeentelijke subsidie ook een subsidie uit het Europees Fonds voor de Regionale Ontwikkeling ontvangen. Bovendien heeft het openbaar lichaam Samenwerkingsverband Noord-Nederland (SNN) in verband met de verbouwing van de bestaande complexen van de Martinihal een subsidie verleend aan de Gemeente Groningen. De Stichting Prins Bernhardoeve te Zuidlaren (SPB), een private onderneming die ook een evenementenhal exploiteert, heeft geen subsidie ontvangen. Uit vrees voor oneerlijke concurrentie heeft SPB zowel een civielrechtelijk kort geding als een bestuursrechtelijke procedure aanhangig gemaakt over de als beweerdelijk onrechtmatige staatssteun verleende subsidies.

In het kort geding heeft SPB diverse vorderingen ingesteld tegen zowel de Gemeente Groningen als tegen SNN. Met het oog op ongedaanmaking van de reeds verleende 'steun' vordert SPB in het bijzonder dat de Gemeente wordt geboden de eerstvolgende begroting van de Martinihal zodanig in te richten dat de reeds verleende kapitaalbijdragen worden onttrokken aan de exploitatie van de Martinihal, zodanig dat het totale bedrag terugvloeit naar de algemene Gemeentekas. Van SNN verlangt SPB dat zij binnen drie maanden na dagtekening van het vonnis de door haar toegekende voorschotten op de subsidie terugvordert.

Via bestuursrechtelijke weg heeft SPB bezwaar gemaakt tegen het besluit van SNN tot subsidieverlening. Dit bezwaar is ongegrond verklaard. In beroep is het besluit op bezwaar echter vernietigd door de Rechtbank Groningen bij uitspraak van 11 april 2002. Tegen deze uitspraak hebben SNN en het college van B&W van de Gemeente Groningen hoger beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

De uitspraken

President Rechtbank Groningen 11 januari 2001, KG 2001, 58

In het kort geding verklaart de president van de Rechtbank Groningen de vorderingen van SPB niet ontvankelijk voorzover zij zijn gericht tegen SNN, aangezien daarvoor een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang mogelijk was. De president beperkt zich tot de tegen de Gemeente ingestelde vorderingen op grond van beweerdelijk onrechtmatig handelen.

⁵⁹ Zie ook de bespreking van deze zaak in de bijdrage van Jacobs en Den Ouden in deze bundel.

Op basis van diverse overwegingen komt de president echter tot de conclusie dat de uitbreiding van de Martinihal niet zo veel concurrerende beurzen met zich mee zal brengen dat de desbetreffende concurrentie als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Omdat er naar zijn voorlopig oordeel geen sprake is van onrechtmatigheid, kan volgens de president onder andere in het midden blijven in hoeverre in casu sprake is van in zijn woorden '(verboden) staatssteun'.

Evaluatie van de uitspraak in het licht van de communautaire aanwijzingen

In het licht van de communautaire aanwijzingen had de kortgedingrechter moeten onderzoeken of in casu wellicht sprake was van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG. Als dat het geval zou zijn geweest, had hij in de beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van de Gemeente ook moeten meenemen of die staatssteun in overeenstemming met de communautaire staatssteunregels was verleend. Ten onrechte is de president nu niet ingegaan op de mogelijkheid van onrechtmatigheid wegens schending van art. 88 lid 3, laatste zin EG.

ABRvS 17 december 2003, AB 2004, 262, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden

In de bestuursrechtelijke procedure overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State omtrent de beweerdelijk onrechtmatige steunverlening slechts dat

'[n]iet is uitgesloten dat de subsidieverlening invloed kan hebben op het handelsverkeer tussen Nederland en andere lidstaten, in het bijzonder Duitsland (...). Gelet hierop had het op de weg van de bestuurscommissie gelegen om zich er bij de Commissie afdoende van te vergewissen dat de aanmeldingsverplichting van artikel 88, derde lid, EG niet van toepassing is op de subsidieverlening, of dat de subsidieverlening valt onder de vrijstellingsregeling van Verordening (EG) Nr. 70/2001, dan wel om het voornemen tot subsidieverlening overeenkomstig artikel 88, derde lid, EG, aan te melden.'

De Afdeling verbindt hieraan echter geen bijzondere consequenties, zoals die uit schending van het gemeenschapsrecht zouden kunnen voortvloeien. Zij volstaat met het oordeel dat SNN haar besluit op bezwaar niet met de vereiste zorgvuldigheid heeft genomen en derhalve heeft gehandeld in strijd met art. 3:2 Awb. De uitspraak van de rechtbank werd dan ook bevestigd.

Evaluatie van de uitspraak in het licht van de communautaire aanwijzingen

Met Jacobs en Den Ouden kan worden gesteld dat de Afdeling bestuursrechtspraak in deze zaak geen rechtstreeks oordeel geeft over de vraag of SNN aan haar communautaire verplichtingen heeft voldaan. De afdeling hijst de schending van het gemeenschapsrecht daarentegen slechts, zoals Jacobs en Den

Ouden dat noemen, in een '(vertrouwd) nationaal jasje'.⁶⁰ Deze nationaalrechtelijke benadering van de Afdeling lijkt niet in overeenstemming te zijn met de in deze bijdrage besproken communautaire aanwijzingen voor het bieden van effectieve rechtsbescherming in zaken waarin belanghebbende particulieren stellen dat sprake is van beweerdelijk onrechtmatige staatssteun. Nu laat de Afdeling SNN slechts een nieuwe uitspraak op bezwaar nemen, waarbij het oordeel van de Afdeling in acht zal moeten worden genomen en overleg met de Commissie zal moeten plaatsvinden.

Had de Afdeling zelf echter beoordeeld of in casu sprake was van staatssteun, dan had zij bij constatering van de onrechtmatigheid van die steun wegens schending van art. 88 lid 3, laatste zin EG daaraan wellicht ook direct consequenties kunnen verbinden, zoals het herroepen van het primaire besluit tot subsidieverlening. Dit was meer in overeenstemming geweest met de communautaire eis van effectieve rechtsbescherming. Het zou dan overigens nog de vraag zijn of ook terugvordering van de reeds verleende subsidie zou kunnen worden gelast. Die vraag moet worden beantwoord met behulp van art. 8:72 lid 4 Awb jo art. 36 lid 1 Wet RvS, op grond waarvan de Afdeling, wanneer zij het beroep gegrond verklaart, het bestuursorgaan kan opdragen een nieuw besluit te nemen of een andere handeling te verrichten met inachtneming van haar uitspraak, dan wel kan bepalen dat haar uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan. Volgens de gebruikelijke, nationaalrechtelijke interpretatie van deze bepaling wordt met de woorden 'een nieuw besluit' vooral bedoeld op een nieuw besluit op bezwaar, dat het door de rechter vernietigde besluit op bezwaar zal moeten vervangen. De toevoeging 'of een andere handeling' is vooral bedoeld voor de situaties waarin op grond van de bepalingen 18 Wbb en art. 8:1 lid 2 Awb beroep tegen een andere handeling dan een besluit mogelijk was. Dat neemt niet weg dat de tekst van art. 8:72 lid 4 Awb grammaticaal gezien wel een ruimere, gemeenschapsconformere uitleg toelaat, zodat ook het gelasten van terugvordering door de bestuursrechter daaronder zou kunnen vallen.⁶¹

3.3.3 *Beweerdelijk onrechtmatige staatssteun van de Gemeente Alkmaar rond de bouw van het nieuwe AZ-stadion*

De casus

In deze zaak hebben diverse eisers, namelijk bedrijvenvereniging Huiswaard/Overstad, Jong en Jong Projectontwikkeling BV, een kort geding tegen de Gemeente Alkmaar aangespannen over beweerdelijk onrechtmatige staatssteun van die Gemeente rond de bouw van het nieuwe AZ-stadion. Eisers hebben

⁶⁰ Noot van M.J. Jacobs en W. den Ouden bij ABRvS 17 december 2003, AB 2004, 262.

⁶¹ Soms hanteren rechters in de praktijk ook in louter nationaalrechtelijke zaken reeds een ruimere interpretatie van deze bepaling. Zie hierover B.J. Schueler, 'De uitspraak', in: D. Allewijn e.a. (red.), *Bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 703.

de stopzetting van het samenwerkingsverband tussen AZ en de Gemeente gevorderd totdat de Commissie heeft beslist of er sprake is van een steunmaatregel in de zin van art. 87 lid 1 EG. Jong en Jong Projectontwikkeling hebben verder nog gevorderd dat de Gemeente zal worden veroordeeld tot het ongedaan maken van reeds uitgevoerde onderdelen van de overeenkomsten met AZ. De vorderingen zijn gebaseerd op beweerdelijk onrechtmatig handelen van de Gemeente door niet-aangemelde steun te verlenen. Ten tijde van dit kort geding was de zaak ook in onderzoek bij de Commissie.

De uitspraken

President Rechtbank Alkmaar 5 december 2002, AF1407

De president van de Rechtbank Alkmaar vangt zijn uitspraak aan met de overweging dat in casu niet ter beoordeling staat of ten aanzien van de overeenkomsten tussen de Gemeente Alkmaar en AZ sprake is van verboden staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG, maar slechts of de Gemeente tot melding aan de Commissie had moeten overgaan en zo ja, welke consequenties moeten worden verbonden aan het niet aanmelden van de desbetreffende transacties. Op basis van een in 1997 door de Commissie uitgevaardigde mededeling stelt de president vervolgens vast dat de in casu verrichte transacties hadden moeten worden aangemeld bij de Commissie alvorens zij ten uitvoer konden worden gelegd.⁶² Daartoe overweegt de president dat deze transacties onderhands zijn verricht en dat het daarbij bovendien gaat om een aanmerkelijk financieel belang. Ook stelt de president vast dat door de onderhandse transacties zowel Nederlandse als buitenlandse investeerders niet in de gelegenheid zijn geweest in het omvangrijke project mee te dingen en dat derhalve sprake is van invloed van de transacties op de tussenstaatse handel in de zin van art. 87 lid 1 EG.

De president blijkt zich terdege bewust te zijn van het communautaire kader van zijn uitspraak. Hij overweegt namelijk dat wanneer vast komt te staan dat van overheidswege een steunmaatregel heeft plaatsgevonden waarvan melding achterwege is gebleven, die omstandigheid getoetst aan de communautaire staatssteunregels als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Op grond daarvan kan door de nationale rechter vervolgens terugbetaling worden bevolen. Ondanks deze overwegingen komt de president tot de conclusie dat de gevraagde voorzieningen in casu toch niet voor toewijzing in aanmerking komen. Volgens de president is de meldingsverplichting die in casu op basis van de genoemde mededeling van de Commissie bestond namelijk van andere orde dan de melding waarvan schending kan leiden tot onrechtmatigheid. De melding in casu had volgens de president alleen tot doel de Commissie in staat te stellen van een feitencomplex, zonder dat feitelijk

62 Mededeling betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (*PbEG* 1997, C 209/3).

vaststaat dat sprake is van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG. De president is van oordeel dat de gevraagde voorzieningen slechts kunnen worden toegewezen wanneer in casu evident sprake is van staatssteun. Daarvan kan volgens de president niet op voorhand worden uitgegaan.

Overigens wijst de president de Gemeente Alkmaar erop dat ondanks deze afwijzing van de gevraagde vorderingen de risico's van voortzetting van de werkzaamheden zonder de uitkomst van het onderzoek van de Commissie af te wachten voor de rekening van de Gemeente komen. De Gemeente heeft er immers voor gekozen de communautaire staatssteunregels niet te betrekken bij het project rond het AZ-stadion.

Evaluatie van de uitspraak in het licht van de communautaire aanwijzingen

Deze uitspraak van de president van de Rechtbank Alkmaar geeft goed aan met welke dilemma's een nationale rechter onder invloed van de doorwerking van de communautaire staatssteunregels te maken kan krijgen. De president is zich in de onderhavige zaak bewust van de communautaire regels inzake staatssteun, maar durft het als kortgedingrechter blijkbaar niet aan volledig toepassing te geven aan de consequenties van schending van die regels. Hij stelt vast dat de betwiste transacties in casu voor aanmelding in aanmerking komen, maar het doel van die aanmelding is volgens de president vooral dat de Commissie kan vaststellen of daadwerkelijk van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG sprake is. In die benadering ziet de president de aanmelding als een ander soort aanmelding dan die welke is bedoeld voor maatregelen waarvan evident is dat het om staatssteun gaat.

Deze benadering strookt niet met de communautaire staatssteunregels en de interpretatie daarvan in de communautaire rechtspraak. De president had zelf moeten vaststellen of sprake was van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG. Als dat het geval was geweest, gold de aanmeldingsverplichting op grond van art. 88 lid 3 EG, anders niet. In theorie had hij bij twijfel vragen kunnen stellen aan de Commissie of aan het Hof van Justitie. Daarbij moet echter worden opgemerkt dat een kortgedingprocedure zich niet goed leent voor vragen waarvan de beantwoording normaal gesproken geruime tijd duurt. Nu lijkt de president te zweven tussen enerzijds een sterk vermoeden van staatssteun en anderzijds het niet willen verbinden van de vergaande consequentie van stopzetting van de werkzaamheden aan schending van de toepasselijke regels. Op zich is de twijfel van de president ook wel weer begrijpelijk. De kans dat later door de Commissie zou worden vastgesteld dat toch geen sprake was van staatssteun, was ten tijde van het kort geding immers nog aanwezig. In dat geval zou de stopzetting of ongedaanmaking van werkzaamheden op last van de rechter op een onjuiste aanname hebben berust.

Hof Amsterdam 1 april 2004, BR 2004, 694

Ten tijde van de uitspraak van het Hof Amsterdam op het hoger beroep in deze zaak had de Commissie inmiddels een formele onderzoeksprocedure

naar de betwiste transacties rond het AZ-station aangevangen. De Commissie had blijkbaar ook een sterk vermoeden van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG. Daarvan uitgaande overweegt het Hof Amsterdam dat de door de Gemeente met AZ gesloten overeenkomsten niet tot uitvoering mogen worden gebracht voordat de formele onderzoeksprocedure tot een eindbeslissing van de Commissie heeft geleid. Het Hof wijst de gevraagde stopzetting van de werkzaamheden daarom alsnog toe. Geholpen door het feit dat de Commissie inmiddels de formele onderzoeksprocedure had ingesteld, corrigeert het Hof zodoende de twijfelachtige uitspraak van de president van de Rechtbank Alkmaar in deze zaak. De door Jong en Jong Projectontwikkeling gevraagde ongedaanmaking van uitgevoerde onderdelen van de overeenkomsten met AZ wordt echter afgewezen. Het Hof is van oordeel dat deze vordering niet voldoende bepaald is en reeds daarom niet voor toewijzing in aanmerking komt.

Evaluatie van de uitspraak in het licht van de communautaire aanwijzingen

Het Hof corrigeert in hoger beroep terecht de uitspraak van de president van de Rechtbank Alkmaar. Het Hof verbindt aan het geldende uitvoeringsverbod van art. 88 lid 3, laatste zin EG immers wel de stopzetting van de werkzaamheden. Dat neemt niet weg dat het Hof zelf in casu evenmin toetst of daadwerkelijk sprake is van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG. Ook met betrekking tot de gevraagde ongedaanmaking lijkt het Hof zijn verantwoordelijkheid als *juge de droit communautaire* enigszins te ontlopen, door te oordelen dat deze vordering niet voldoende is bepaald. In het licht van de communautaire aanwijzingen had het Hof er ook voor kunnen kiezen deze vordering in beginsel toe te wijzen, nu kon worden aangenomen dat het uitvoeringsverbod van art. 88 lid 3, laatste zin EG in casu van toepassing was en dat dit verbod bovendien niet was nageleefd.

4 CONCLUSIE

In deze bijdrage is ingegaan op de verschillende manieren waarop nationale rechters te maken kunnen krijgen met zaken over terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Daarbij zijn twee categorieën terugvorderingszaken onderscheiden. De eerste categorie betreft zaken naar aanleiding van pogingen van bestuurlijke autoriteiten op centraal of decentraal niveau uitvoering te geven aan een terugvorderingsbeschikking van de Commissie. Dergelijke zaken kunnen ontstaan doordat ontvangers van steun die wordt teruggevorderd zich in rechte tegen die terugvordering proberen te verzetten. De tweede categorie betreft zaken waarin concurrenten of vergelijkbare belanghebbenden met een beroep op rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht de terugvordering van beweerdelijk onrechtmatige staatssteun proberen te bewerkstelligen. Dergelijke zaken kunnen spelen voordat de Commissie bij beschik-

king de terugvordering heeft gelast, maar ook nadat zij dat wel heeft gedaan, als de betrokken lidstaat nalaat tijdig uitvoering te geven aan een dergelijke beschikking.

In de eerstgenoemde categorie terugvorderingszaken beperkt de rol van nationale rechters zich tot toetsing van besluiten of handelingen van de bestuurlijke autoriteiten op centraal of decentraal niveau. In de tweede categorie terugvorderingszaken wordt bij gebrek aan dergelijke besluiten of handelingen een zelfstandiger rol van nationale rechters verwacht. Voor beide categorieën terugvorderingszaken geldt dat het gemeenschapsrecht onder de noemers van effectieve handhaving en effectieve rechtsbescherming vergaande eisen stelt aan de rol van nationale rechters als *juges de droit communautaire*. De nadruk ligt overduidelijk op het garanderen van de nuttige werking van de communautaire regels inzake staatssteun en derhalve op de effectieve handhaving van die regels in geval van schending. Belangen van door onrechtmatige staatssteun begunstigde ondernemingen moeten daar in de meeste gevallen dan ook voor wijken.

Uit diverse terugvorderingszaken die zich in de afgelopen jaren in Nederland hebben voorgedaan blijkt dat nationale rechters nog zeer verschillend omgaan met de specifieke communautaire aanwijzingen over hun rol in dergelijke zaken, ondanks het feit dat zij in de meeste gevallen wel uitgaan van het juiste communautaire kader. De mogelijkheid in dergelijke zaken te rade te gaan bij de Commissie of bij het Hof van Justitie neemt niet weg dat nationale rechters voor lastige afwegingen kunnen komen te staan. Die afwegingen hebben met name betrekking op de vraag hoe moet worden omgegaan met parallel lopende onderzoeksprocedures van de Commissie of juridische beroepsprocedures over de geldigheid van een terugvorderingsbeschikking bij het Hof van Justitie of het Gerecht van eerste aanleg. Ook rijzen vaak vragen over de verenigbaarheid van het toepasselijke nationale recht met het gemeenschapsrecht in het licht van de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende eisen voor de effectuering van EG-recht op nationaal niveau.

1 INLEIDING

De nationale rechter speelt, naast de Europese Commissie, een belangrijke en onvervangbare rol bij de handhaving van de EG-staatssteunregels. Wegens de rechtstreekse werking van het in artikel 88, lid 3 van het EG-Verdrag vervatte uitvoeringsverbod¹ rust op de nationale rechter de verplichting om alle nodige maatregelen te treffen ten aanzien van in strijd met artikel 88, lid 3 EG ten uitvoer gelegde steun. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie² houdt dit in dat de nationale rechter verplicht is om (rechts)handelingen waarmee steun ten uitvoer wordt gelegd met miskenning van artikel 88, lid 3 EG ongeldig te verklaren en dienvolgens de terugbetaling van in voorkomend geval reeds uitgekeerde steun te bevelen, zelfs wanneer de steun naderhand door de Commissie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard.

Dat ook de Belgische rechters verplicht zijn alle nodige maatregelen te treffen ten aanzien van onrechtmatige (wegens niet inachtneming van artikel 88, lid 3 EG) ten uitvoer gelegde steun, lijdt geen twijfel. Toch kan vastgesteld worden dat de regels inzake overheidssteun (helaas nog te) weinig worden ingeroepen voor en (waar nodig ambtshalve) toegepast door de Belgische rechter. Een van de voornaamste redenen hiervoor is dat vele Belgische rechters en advocaten nog niet voldoende vertrouwd zijn met de regels inzake overheidssteun.

Ondanks het feit dat er geen uitgebreide Belgische rechtspraak met betrekking tot staatssteun bestaat, werden de Belgische rechters reeds in uiteenlopende zaken geconfronteerd met de staatssteunregels. Hierna worden een aantal voorbeelden van uitspraken besproken die hun aanpak in staatssteungeschillen illustreren. De verschillende zaken worden ingedeeld naargelang van de partij

-
- Mr. L. Goossens is assistente aan het Europees Instituut van de Universiteit Gent en advocaat te Brussel. Deze bijdrage geeft enkel de persoonlijke standpunten van de auteur weer.
- 1 Krachtens artikel 88, lid 3 EG moet elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen (zoals bedoeld in artikel 87, lid 1 EG) op voorhand bij de Commissie worden aangemeld en kan de betrokken lidstaat niet overgaan tot tenuitvoerlegging van de steun voor de eindbeslissing van de Commissie.
 - 2 Zie het eerste arrest van het Hof van Justitie van 21 november 1991 in zaak C-354/90, FNCEPA, *Jur.* 1991, I-5505.

die een beroep doet op de staatssteunregels en, waar mogelijk, wordt een onderscheid gemaakt tussen de aanpak van de burgerlijke en administratieve rechter.

2 ZAKEN WAARIN DE STEUNVERLENENDE OVERHEID EEN BEROEP DOET OP EEN SCHENDING VAN ARTIKEL 88, LID 3 EG

Burgerlijke rechter

Een arrest dat een belangrijke nieuwigheid bevatte voor de staatssteunproblematiek is het arrest Tubemeuse van het Hof van Cassatie van 18 juni 1992,³ naar aanleiding van een vordering tot terugbetaling van de Belgische overheid ten gevolge op een Commissiebeschikking waarbij de Belgische overheid gelast werd een kapitaalinbreng terug te vorderen, die door de Commissie als onrechtmatige en onverenigbare steun werd aangemerkt. Het Hof van Cassatie leidde terecht uit de rechtspraak van het Hof van Justitie af dat, de rechtshandeling waarmee steun in strijd met artikel 88, lid 3 EG ten uitvoer wordt gelegd absoluut nietig is, wat wil zeggen dat de nietigheid door elke partij kan worden ingeroepen en door de rechter, desnoods ambtshalve, moet worden toegepast.

Deze regel werd op onverkorte wijze toegepast in een vonnis van de Gentse Rechtbank van Koophandel van 25 februari 1994⁴ ten aanzien van steun toegekend aan de Beaulieu-groep die door de Commissie was onverenigbaar verklaard en waarbij de terugvordering werd bevolen. Het Vlaams Gewest ging, zonder veel enthousiasme, over tot terugvordering, die werd toegewezen, en waarbij (terecht) werd geoordeeld dat Beaulieu zich niet (meer) kon beroepen op de beweerde onwettigheid van de Commissiebeschikking. De Gentse Rechtbank van Koophandel was het eerste Belgische rechtscollege dat de terugbetaling beval door de begunstigde onderneming van onrechtmatig verleende steun. Deze uitspraak werd bevestigd in hoger beroep en in cassatie.⁵

In dergelijke terugvorderingszaken rijzen weinig problemen voor de nationale rechter om de juiste gevolgen te verbinden aan een schending van artikel 88, lid 3 EG, gezien het bestaan van een Commissiebeschikking die de terugvordering van overheidssteun beveelt. Moeilijker wordt het wanneer dergelijke Commissiebeschikking niet voorhanden is.

3 Cass. 18 juni 1992, TRV 1993, 234, noot H. GILLIAMS.

4 Kh. Gent 25 februari 1994, TRV 1995, 335, noot H. GILLIAMS.

5 Gent 5 oktober 2000, onuitg. en Cass. 22 februari 2002, onuitg.

Administratieve rechter

Het Waals Gewest sloot in 1995 een overeenkomst met het metaalbedrijf Dufrasne Métaux waarbij aan deze laatste steun werd toegekend. Twee van de drie schijven van de steun werden in de eerste helft van 1996 uitbetaald zonder dat de steun vooraf bij de Commissie was aangemeld. Bij besluit van 8 november 1996 werd de steun ingetrokken omdat naderhand uit een Commissiemededeling met betrekking tot identieke steun verleend door Duitsland was gebleken dat de verleende steun als verboden werd beschouwd. Het metaalbedrijf, dat de derde schijf van de steun niet werd uitbetaald en de ontvangen steun diende terug te betalen, stelde een vordering tot aansprakelijkheid in tegen het Waals Gewest voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen en een beroep tot nietigheid tegen het intrekkingbesluit voor de Raad van State.⁶ Voor de Raad van State argumenteerde het Waals Gewest dat een nietigverklaring van het intrekkingbesluit geen enkel nut heeft omdat zij verplicht zou zijn een identieke beslissing te nemen vermits de toegekende steun niet werd aangemeld bij de Commissie. Het Waals Gewest beriep zich eveneens op het arrest Alcan van het Hof van Justitie,⁷ overeenkomstig hetwelk de bevoegde autoriteit verplicht is, het toekenningsbesluit tot onrechtmatige steun, overeenkomstig een onaantastbare beschikking van de Commissie waarbij de steun onverenigbaar wordt verklaard en de terugvordering wordt gelast, in te trekken, ook indien zij de termijn waarna intrekking naar nationaal recht is uitgesloten, heeft laten verstrijken. Tenslotte wees het Waals Gewest erop dat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen, overeenkomstig de rechtspraak inzake artikel 88, lid 3 EG, verplicht is om de terugbetaling van de onrechtmatige steun te bevelen. De Raad van State verwierp deze argumenten één voor één: het besliste dat de zaak Alcan niet getransponeerd kon worden naar deze zaak omdat *in casu* geen beslissing van de Commissie bestond en dat er geen enkele zekerheid was omtrent de beslissing die de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen zou treffen inzake het bestaan (in de zin van artikel 87, lid 1 EG) en de teruggave van de steun. De Raad van State besloot dan ook dat er *in casu* geen enkel motief bestond om af te stappen van de rechtspraak volgens hetwelk een handeling die rechten toekent, zelfs indien zij onregelmatig is, niet ingetrokken kan worden na afloop van de termijn om beroep in te dienen bij de Raad van State (60 dagen). Het intrekkingbesluit van het Waals Gewest werd vernietigd. In deze zaak werd de Raad van State enkel gevraagd een oordeel te vellen over het intrekkingbesluit en niet over de oorspronkelijke overeenkomst tot toekenning van de steun, zodat het niet aan deze rechter was om zich uit te spreken over de vraag of de toegekende steun in strijd met artikel 88, lid 3 EG was ten uitvoer gelegd. Deze vraag diende wel beantwoord te worden door de Rechtbank van Eerste Aanleg te

6 R.v.St. nr. 94.080, 16 maart 2001 (te raadplegen op <http://www.raadvst-consetat.be>).

7 Arrest van het Hof van Justitie van 20 maart 1997 in zaak C-24/95, Alcan, *Jur.* 1997, I-1591.

Bergen,⁸ die het niet bewezen achtte dat het om aanmeldbare steun ging (zonder in het vonnis toe te lichten waarom) en het Waals Gewest veroordeelde tot een contractuele schadevergoeding bestaande uit de uitbetaling van de derde schijf van de steun, inclusief intresten.

3 ZAKEN WAARIN CONCURRENTEN VAN DE STEUNBEGUNSTIGDE EEN SCHENDING VAN ARTIKEL 88, LID 3 EG INROEPEN

Burgerlijke rechter

In de twee hiernavolgende voorbeelden betreft het telkens een vordering tot staken o.g.v. de Belgische Wet Handelspraktijken, ingesteld door een concurrent van de steunbegunstigde die van oordeel is dat het gebruik van onrechtmatige steun in strijd is met de eerlijke handelspraktijken. In het kader van een dergelijke vordering is de rechter enkel bevoegd de staking te bevelen van een daad die een inbreuk maakt op de Wet Handelspraktijken.

In de eerste zaak bevestigde de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel⁹ een eerder uitgevaardigd stakingsbevel ten aanzien van de Italiaanse onderneming BFM om, in concurrentie met anderen, een bod te doen in het kader van een aanbesteding. BFM genoot van staatssteun welke niet was aangemeld bij en goedgekeurd door de Commissie en kon op die manier een abnormaal laag bod doen, wat in strijd is met de eerlijke handelsgebruiken. De voorzitter verwierp, o.g.v. de rechtspraak van het Hof van Justitie, terecht het argument dat hij onbevoegd zou zijn een stakingsbevel uit te vaardigen omwille van de omstandigheid dat de Commissie een onderzoek had geopend naar de steun en nog geen beslissing over de verenigbaarheid had genomen. Om tot de vaststelling te komen dat er sprake is van staatssteun baseerde de voorzitter zich op het Commissiebesluit tot opening van een onderzoek o.g.v. artikel 88, lid 2 EG, waarin werd aangegeven dat de maatregelen ten voordele van BFM als staatssteun zijn aan te merken. In deze zaak wordt concrete bescherming geboden aan de concurrenten van de steunontvanger o.g.v. de Belgische Wet Handelspraktijken (en niet o.g.v. artikel 88, lid 3 EG¹⁰). De bescherming bestaat er hier in dat de ontvanger van onrechtmatige steun niet mag meedoen aan de aanbesteding.

In de tweede zaak voor het Hof van Beroep te Brussel eisten een aantal privé-verzekeringsondernemingen, nadat hun vordering in eerste aanleg onontvankelijk was verklaard, dat de rechter aan de Franstalige christelijke

8 Rb. Bergen 25 maart 2005, onuitg.

9 Voorz. Kh. Brussel 13 februari 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, 728, noot P. DE VROEDE.

10 De stakingsrechter is immers niet bevoegd om de nietigheid van de tenuitvoerleggingsmaatregel van onrechtmatige staatssteun uit te spreken.

ziekenfondsen zou bevelen hun commerciële activiteiten op het vlak van de hospitalisatieverzekeringen te staken. Deze activiteiten zouden worden gefinancierd met niet-aangemelde overheidssteun die de ziekenfondsen in het kader van hun gereserveerde activiteiten op het vlak van de verplichte ziekte-invaliditeitsverzekeringen ontvangen. Het Hof van Beroep¹¹ oordeelde dat, ondanks de bevoegdheid van de nationale rechter op grond van artikel 88, lid 3 EG, er geen juridische basis is voor de vordering tot staking van de activiteiten van de ziekenfondsen op het vlak van de hospitalisatieverzekeringen. Het voegt eraan toe dat door de stopzetting van alle activiteiten inzake hospitalisatieverzekeringen te eisen, de verzekeringsondernemingen niet het herstel van de normale concurrentievoorwaarden op die markt beogen, maar wel de eliminatie van een concurrent op die markt. Vermits er geen andere maatregelen door verzoekers werden gevraagd, besloot het Hof van Beroep dat niet diende onderzocht te worden of er sprake is van overheidssteun. Wanneer het bestaan van onrechtmatige staatssteun wordt vastgesteld, geldt er inderdaad geen verbod op de gesteunde activiteit maar een verbod op het gebruik van de steun.

Administratieve rechter

Gelet op de problematiek die in de bijdrage van M.J. Jacobs en W. den Ouden wordt geschetst, is op te merken dat in tegenstelling tot in Nederland, waar de burger volgens de Awb steeds een bezwaarschriftprocedure¹² dient in te stellen tegen een *administratieve handeling* alvorens naar de bestuursrechter te kunnen stappen, in België die verplichting enkel bestaat wanneer dit uitdrukkelijk door een normatieve regeling wordt georganiseerd. In België is voor besluiten van administratieve overheden tot toekenning van subsidies geen georganiseerd (willig) administratief beroep¹³ voorzien. Dit betekent dat concurrenten van een steunontvanger het subsidiebesluit rechtstreeks, zonder dat eerst bezwaar bij een administratieve overheid dient te worden aangetekend, via een jurisdictioneel nietigheidsberoep (eventueel gecombineerd met een schorsingsberoep) bij de Raad van State kunnen aanvechten wegens een schending van artikel 88, lid 3 EG. De Raad van State is, indien de ontvankelijkheidsvoorwaarden zijn vervuld, verplicht het besluit te toetsen aan artikel 88, lid 3 EG en dient desgevallend de schorsing en/of nietigheid (de nietigheid werkt *ex tunc* en vereist het herstel van de voordien bestaande toestand) uit

11 Brussel 23 mei 2003, *T.B.H.* 2004, 285.

12 In België het 'willig' of 'oneigenlijk' administratief beroep genoemd.

13 Een beroep bij hetzij de overheid die het besluit heeft genomen ('willig' of 'oneigenlijk' beroep), hetzij de hiërarchische overheid (hiërarchisch beroep), hetzij de toezichthoudende overheid (beroep op de toezichthoudende overheid). Het willig beroep maakt eerder uitzonderlijk het voorwerp uit van een uitdrukkelijke normatieve regeling.

te spreken. Dit leidt tot een resultaat dat met de jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake artikel 88, lid 3 EG in overeenstemming is.

Hierna volgt een voorbeeld van een arrest van de Raad van State, waarin werd geoordeeld dat de ontvankelijkheidsvoorwaarden van het door de concurrenten van de steunontvanger ingestelde schorsingsberoep niet waren voldaan.

Enkele ondernemingen vorderden de nietigheid en de schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van een besluit van het Waals Gewest tot toekenning van niet-aangemelde overheidssteun aan een concurrent in moeilijkheden. De Raad van State¹⁴ verwierp het schorsingsberoep omdat het van mening was dat de onmiddellijke toekenning van de steun niet de uiterst dringende noodzakelijkheid van de vordering tot schorsing rechtvaardigt, aangezien de concurrenten niet hebben aangetoond dat het om een moeilijk te herstellen ernstig nadeel gaat. Het overwoog dat de verplichting die de laatste zin van artikel 88, lid 3 EG aan de lidstaat oplegt, niet tot gevolg heeft dat afbreuk wordt gedaan aan de regels van bevoegdheid en van procedure die de nationale rechtbanken moeten toepassen, o.m. wat de voorwaarden betreft waaronder een vordering tot schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden aangenomen. De vraag rijst of de interpretatie van de Raad van State van het begrip 'hoogdringendheid' in deze zaak, de bescherming van de concurrenten tegen de onrechtmatige tenuitvoerlegging van de steunmaatregel niet aantast. Het schorsingsberoep werd ingesteld (en verworpen) op een ogenblik dat het hogergenoemde arrest Tubemeuse van het Hof van Cassatie nog niet (aan partijen) bekend was en ervan werd uitgegaan dat een kapitaalbreng, die *in casu* de niet-aangemelde steun uitmaakte, nog principieel onomkeerbaar was. Hoewel het argument inzake staatssteun in de nietigheidsprocedure ten gronde aan bod zou zijn gekomen, werd het nietigheidsberoep ingetrokken omdat de steunontvanger intussen failliet was verklaard.

In een zaak voor het Arbitragehof, dat o.a. bevoegd is om een uitspraak te doen over de schending door een *wet* van de artikelen 10, 11 en 24 van de Belgische Grondwet, verzochten de traditionele verzekeringsondernemingen, bij monde van hun beroepsvereniging, o.m. artikel 25 van de wet van 20 december 1995 te vernietigen omdat daarin een staatswaarborg werd toegekend aan de Voorzorgskas van de geneesheren, die niet zou zijn aangemeld bij de Europese Commissie. Volgens verzoeksters, die niet van een dergelijke waarborg genoten, vloeide daaruit een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (gelijkheids- en niet discriminatiebeginsel) voort, doordat zij zouden beroofd zijn van een belangrijke waarborg ter eerbiediging van een niet-vervalste concurrentie. Het Arbitragehof¹⁵ koos voor een wel zeer gemakkelijke oplossing: het verklaarde zich onbevoegd door te stellen dat de grief

14 R.v.St. nr. 41.036, 12 november 1992, R.A.C.E. 1992.

15 Arbitragehof nr. 20/97, 15 april 1997, T.B.P. 1997, 502.

niet de inhoud van de bestreden wet, maar de wijze van totstandkoming ervan betreft. In deze zaak had het Arbitragehof zich, o.g.v. de vaste rechtspraak inzake artikel 88, lid 3 EG, bevoegd moeten verklaren gelet op het feit dat met betrekking tot een steunmaatregel de wijze van totstandkoming van de wet een rechtstreekse invloed heeft op de inhoud van de wet.

4 ZAKEN WAARIN HEFFINGSPLICHTIGEN EEN SCHENDING VAN ARTIKEL 88, LID 3 EG INROEPEN

Aangezien de aanmeldingsplicht in artikel 88, lid 3 EG ook betrekking heeft op de wijze van financiering van de steunmaatregel, gelden de gevolgen van de niet-inachtneming door de lidstaten van artikel 88, lid 3 EG zowel voor de steunmaatregel als voor de maatregelen ter financiering ervan. Dit betekent dat ook heffingsplichtigen van bijdragen die specifiek dienen ter financiering van een steunmaatregel een schending van artikel 88, lid 3 EG kunnen inroepen.

Burgerlijke rechter

In een vonnis van 6 september 2002¹⁶ ging het over een heffing op leegstand van bedrijfsruimten ter financiering van een Vernieuwingsfonds dat subsidies toekent voor saneringswerken van bedrijfsruimten. Verzoekster, die de terugbetaling van de door haar betaalde heffingen eiste, wierp op dat de subsidie een steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1 EG is die niet zou zijn aangemeld bij de Europese Commissie. De niet-aanmelding heeft, volgens verzoekster, de onrechtmatigheid van het gehele subsidiestelsel tot gevolg, de financieringsmaatregel inclus. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel oordeelde dat de subsidieregeling geen steunmaatregel is omdat deze geldt voor alle eigenaars van bedrijfsruimten, zowel voor individuele burgers, als voor ondernemingen van allerlei aard en van alle mogelijke sectoren en dus een algemene maatregel is die de economie als geheel raakt. In deze zaak houdt de rechter er geen rekening mee dat enkel ondernemingen die eigenaar (in tegenstelling tot ondernemingen die huurder) zijn van bedrijfsruimten of zelfs dat enkel te saneren (in tegenstelling tot nieuw te bouwen) bedrijfsruimten, in aanmerking komen voor de betrokken subsidies, en oordeelt dus ten onrechte dat de subsidieregeling niet aan de selectiviteitsvereiste van artikel 87, lid 1 EG¹⁷ voldoet. De heffingen werden dan ook niet als onrechtmatig aangemerkt.

16 Rb. Brussel 6 september 2002, *T.F.R.* 2003, 640, noot D. DE KEUSTER.

17 Artikel 87, lid 1 van het EG-Verdrag heeft betrekking op 'steunmaatregelen' van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of producties vervalsen of dreigen te vervalsen, voor zover deze steun de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. De voorwaarde 'begunstiging van bepaalde ondernemingen of producties' is de selectiviteitsvereiste.

Een consequente toepassing van de gevolgen van een niet-aangemelde steunmaatregel vinden we daarentegen wel terug in de talloze uitspraken van de Belgische rechters met betrekking tot het stelsel van verplichte heffingen aan het 'Fonds voor de gezondheid en de productie van dieren', ondanks de persistente pogingen van de Belgische overheid om aan die gevolgen te ontsnappen.

In 1987 werd in uitvoering van de Dierengezondheidswet een heffing opgelegd die ten goede kwam aan het 'Fonds voor de gezondheid en de productie van dieren' ter financiering van steunmaatregelen ter bestrijding van allerlei dierenziektes. Het heffingsstelsel werd zonder voorafgaande aanmelding bij de Commissie ten uitvoer gelegd.

Verschillende procedures werden door de heffingsplichtigen gestart voor de Belgische rechters. Een aantal rechters stelden prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Bovendien verklaarde de Commissie in een beschikking van 7 mei 1991¹⁸ het gehele heffingsstelsel onverenigbaar met artikel 87 EG en stelde ze vast dat de Belgische autoriteiten de verplichtingen van artikel 88, lid 3 EG niet zijn nagekomen.

Na de beschikking van de Commissie en de door het Hof aan artikel 88, lid 3 EG gegeven interpretatie in zijn prejudiciële arresten van 16 december 1992 in de zaken Lornoy, Claeys en Demoor,¹⁹ werd de onrechtmatigheid van de verplichte heffingen vastgesteld in verschillende uitspraken van Belgische hoven en rechtbanken.

Naar aanleiding van een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout van 10 februari 1994,²⁰ waarin werd geoordeeld dat de verplichte heffingen onrechtmatige steun uitmaken welke, overeenkomstig artikel 88, lid 3 EG, moeten worden terugbetaald, nam de Belgische wetgever de wet van 21 december 1994 aan die de Dierengezondheidswet wijzigde. De Belgische Staat trachtte te ontkomen aan de verplichting tot terugbetaling van de in strijd met artikel 88, lid 3 EG geheven heffingen door de eerder genomen uitvoeringsbesluiten retroactief bij wet te bekrachtigen. De Belgische overheid verzuimde evenwel opnieuw de wet van 21 december 1994 aan te melden.

Deze poging van de Belgische overheid om door een wetgevende ingreep te ontsnappen aan de uit artikel 88, lid 3 EG voortvloeiende verplichting tot terugbetaling mislukte: immers, het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Turnhout werd bevestigd door het Hof van Beroep te Antwerpen in een arrest van 7 november 1995²¹ en door het Hof van Cassatie in een arrest van 19 januari 2001.²²

18 P.B. L 294/43 van 25 oktober 1991.

19 Arresten van het Hof van Justitie van 16 december 1992 in zaak C-17/91 (Lornoy en Zonen e.a.), zaak C-114/91 (Claeys) en gevoegde zaken C-144/91 en C-145/91 (Demoor en Zonen en Westvlees), *Jur.* 1992, I-6523, I-6559 en I-6613.

20 Rb. Turnhout 10 februari 1994, onuitg.

21 Antwerpen 7 november 1995, onuitg.

22 Cass. 19 januari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 141.

Gedurende dezelfde periode werd in diverse gelijklopende uitspraken van andere rechtbanken en hoven de Belgische Staat eveneens veroordeeld tot terugbetaling van de onrechtmatig opgelegde heffingen.²³

Ondertussen had de Belgische overheid, teneinde zich in te dekken tegen de financiële gevolgen van voornoemde uitspraak van het Antwerpse Hof van Beroep van 7 november 1995 (en van eventuele andere hoven en rechtbanken die in soortgelijke zaken uitspraak zouden doen), de 'Reparatie'wet van 23 maart 1998 tot wijziging van de Dierengezondheidswet vastgesteld. Deze wet heft de door voornoemde rechterlijke uitspraken onrechtmatig verklaarde heffingen op, maar voert deze heffingen meteen terug in met terugwerkende kracht *ab initio*. Het ontwerp van wet werd op 20 mei 1996 aangemeld en bij beschikking van 9 augustus 1996 stelde de Commissie de verenigbaarheid van de voorgenomen steunmaatregelen vast.

De Belgische Staat verzocht in twee hogere beroepen dan ook om op basis van de 'Reparatie'wet van 23 maart 1998 twee eerdere vonnissen te hervormen. Het Hof van Beroep te Antwerpen richtte een aantal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over de eventuele strijdigheid van de door de 'Reparatie'wet van 1998 ingevoerde retroactieve heffingen met artikel 88, lid 3 EG.

Na de door het Hof van Justitie gegeven interpretatie in zijn arrest van 21 oktober 2003 in de zaken Van Calster en Cleeren en Openbaar Slachthuis²⁴ dat heffingen die met terugwerkende kracht worden opgelegd voor een periode die aan de goedkeuringsbeschikking van de Commissie voorafgaat in strijd zijn met artikel 88, lid 3 EG, oordeelde het Hof van Beroep te Brussel²⁵ in een identieke zaak dat de Belgische Staat alle heffingen tot en met de goedkeuringsbeschikking van 9 augustus 1996 van de Commissie dient terug te betalen. Het Hof van Beroep besliste eveneens terecht, op grond van het arrest Alcan,²⁶ dat de Belgische Staat de exceptie van verjaring niet kan inroepen.

In een andere zaak met betrekking tot het heffingsstelsel voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, was de rechter voorzichtiger. In haar besluiten deed de Belgische Staat, om de volledige terugbetaling van de retroactieve heffingen te betwisten, een beroep op het arrest Enirisorce²⁷ van het Hof van

23 Zie bijv. vonnis van de Rechtbank van eerste aanleg te Turnhout van 18 april 1996 (onuitg.), bevestigd door arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 9 december 1997 (onuitg.), bevestigd door arrest van het Hof van Cassatie van 30 maart 2001 (onuitg.). Zie ook drie vonnissen van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 11 mei 1999 (R.W. 1999-2000, 616), vonnis van de Rechtbank van eerste aanleg te Turnhout van 30 oktober 1997 (onuitg.) en vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Mechelen van 19 november 1997 (onuitg.).

24 Arrest van het Hof van Justitie van 21 oktober 2003 in gevoegde zaken C-261/01 en C-262/01, Van Calster en Cleeren en Openbaar Slachthuis, *Jur.* 2003, I-12249.

25 Brussel 26 april 2004, onuitg.

26 Arrest van het Hof van Justitie van 20 maart 1997 in zaak C-24/95, Alcan, *Jur.* 1997, I-1591.

27 In tegenstelling tot de betrokken retroactieve heffingen, waarin het volledige bedrag van de geïnde heffing door het Fonds wordt aangewend voor de financiering van de steunmaatregelen, wordt in de zaak Enirisorce slechts een deel van het bedrag van de geïnde heffing aangewend voor de financiering van de steunmaatregel. Het Hof oordeelde dat indien een

Justitie, dat dateert van na het arrest Van Calster en Cleeren. Zelfs na die laatste uitspraak van het Hof van Justitie, waarin de betrokken retroactieve heffingen uitdrukkelijk als strijdig met artikel 88, lid 3 EG worden gekwalificeerd, vroeg de rechter bij tussenvonnis aan de partijen om bijkomend te concluderen over de draagwijdte van het arrest Enirisorce. In het eindvonnis²⁸ oordeelde de rechter dan toch dat alle door de Belgische Staat reeds geïnde heffingen dienen terugbetaald te worden.

In een (tot op heden) laatste arrest van 11 maart 2005²⁹ met betrekking tot het heffingsstelsel vernietigde het Hof van Cassatie, met toepassing van het arrest Van Calster en Cleeren, een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 5 september 2001. Dit laatste rechtscollege had ten onrechte geoordeeld, met verwijzing naar een arrest van het Arbitragehof van 9 februari 2000 (zie verder):

‘dat het verzuim van de verplichte voorafgaande mededeling van een steunmaatregel aan de Commissie niet het onaantastbare recht kan doen ontstaan voor altijd te worden vrijgesteld van elke betaling van de betwiste heffing, wanneer de betaling ervan gegrond is op een nieuwe akte, de Wet van 23 maart 1998, waarvan de overeenstemming met het EG-Verdrag en de Grondwet onbetwistbaar is [...]’

en bijgevolg besloten dat de retroactieve heffingen rechtmatig zijn, ongeacht de periode waarop de bedragen betrekking hebben.

Hoe dan ook, uit het voorgaande blijkt, dat bijna alle Belgische rechters die reeds uitspraak hebben gedaan, in overeenstemming met de hen door de rechtstreekse werking van artikel 88, lid 3 EG en de jurisprudentie van het Hof van Justitie³⁰ toegedachte taak, de retroactieve heffingen als onrechtmatig hebben bestempeld en de terugbetaling ervan hebben bevolen.

Administratieve rechter

Tegen voornoemde ‘Reparatie’wet van 23 maart 1998 werd door diverse heffingsplichtigen eveneens een voorziening ingesteld voor het Arbitragehof. Deze voorziening was gebaseerd op de schending van de artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet en werd bij arrest van 9 februari 2000³¹ grotendeels verworpen. Het Arbitragehof sprak zich niet uit over de verenigbaarheid van retroactieve heffingen in de wet met artikel 88, lid 3 EG. Het suggereerde

deel van de heffing de onrechtmatige steunmaatregel financiert, enkel het overeenstemmende deel van de heffing dient terug betaald te worden: arrest van het Hof van Justitie van 27 november 2003 in gevoegde zaken C-34/01 tot C-38/01, Enirisorce, *Jur.* 2003, I-14243.

28 Rb. Brussel 4 maart 2005, onuitg.

29 Cass. 11 maart 2005 (te raadplegen op <http://www.juridat.be>).

30 Arrest van het Hof van Justitie van 21 november 1991 in zaak C-354/90, FNCEPA, *Jur.* 1991, I-5505.

31 Arbitragehof nr. 17/2000, 9 februari 2000, *A.A.* 2000, 179.

enerzijds wel dat het retroactieve heffingsstelsel strijdig is met het Verdrag door te stellen dat

‘[de aangevochten] bepalingen van die aard [zijn] dat zij de geschillen kunnen beïnvloeden die thans voor de gewone rechtscolleges hangende zijn. Zij maken het de verzoekende partijen evenwel niet onmogelijk voor de rechtscolleges de schending van artikel 88, lid 3, van het E.G.-Verdrag aan te voeren.’

maar overwoog anderzijds ten onrechte en in tegenstrijd met vorige rechtsoverweging dat

‘het verzuim van de verplichte voorafgaande mededeling van een steunmaatregel aan de Commissie, niet het onaantastbare recht [kan] doen ontstaan voor altijd te worden vrijgesteld van elke betaling van de betwiste heffing, wanneer de betaling ervan gegrond zou zijn op een nieuwe akte waarvan de overeenstemming met het E.G.-Verdrag en de Grondwet onbetwistbaar zou zijn. [...]’.

Tenslotte, in een zaak voor de Raad van State ging het over een Koninklijk Besluit van 1999 dat een bijdrage oplegde van 0,10% van de waarde van elke transactie van diamant die aan het Intern Compensatiefonds voor de Diamantsector diende te worden betaald. De bijdragen waren verschuldigd door de (rechts)personen die als activiteit de diamanthandel of diamantnijverheid hebben en werden gebruikt om compensatie-uitkeringen uit te betalen aan de werkgevers in de diamantnijverheid. De diamanthandelaars stelden een nietigheidsberoep in tegen het Koninklijk Besluit en wierpen ondermeer als middel op dat het om een verboden steunmaatregel gaat. De Raad van State³² vernietigde het Koninklijk Besluit omwille van procedurele redenen zonder het middel inzake staatssteun te onderzoeken. Hier wordt hetzelfde resultaat bekomen als wanneer de Raad van State tot het besluit zou zijn gekomen dat het om in strijd met artikel 88, lid 3 EG uitgevoerde steun betrof,³³ met name de nietigheid van het besluit.

32 R.v.St. nr. 85.871, 13 maart 2000 (te raadplegen op <http://www.raadvst-consetat.be>).

33 Nadien verklaarde de Commissie in een beschikking van 9 april 2002 (P.B. L 272/25 van 10 oktober 2002) de door België ten uitvoer gelegde steunregeling onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en beval ze de terugvordering van de steun.

5 ZAKEN WAARIN LOKALE OVERHEDEN DIE INKOMSTEN MISLOPEN ALS GEVOLG VAN EEN BELASTINGSVRIJSTELLING, EEN SCHENDING VAN ARTIKEL 88, LID 3 EG INROEPEN

Burgerlijke rechter

In een procedure voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel die de gemeente Schaarbeek aanhangig had gemaakt tegen de Belgische Staat, is artikel 25 van de wet van 1930 in het geding, dat het Belgische telecommunicatiebedrijf Belgacom, als opvolger van het staatsbedrijf de RTT, vrijstelt van alle belastingen ten gunste van de provincies en de gemeenten. De gemeente Schaarbeek stelde dat de vrijstelling een onrechtmatige steunmaatregel vormt sinds 4 september 1992, het ogenblik waarop de RTT werd omgevormd tot het autonome overheidsbedrijf Belgacom dat sindsdien ook strikt commerciële activiteiten heeft kunnen uitoefenen. De rechter oordeelde, zonder hierover de door de eiser voorgestelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen, dat de vrijstelling een bestaande steunregeling is, zodat die artikel 88, lid 3 EG niet schendt. De rechter richtte wel een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof over de verenigbaarheid van de fiscale vrijstelling met het grondwettelijk gelijkheids- en niet-discriminatie beginsel, in samenhang met de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag. Dit brengt ons bij de uitspraak van de administratieve rechter.

Administratieve rechter

Het Arbitragehof³⁴ was van mening dat de artikelen 87 en 88 EG niet zijn geschonden vermits het gaat om een bestaande steunmaatregel, en de Commissie de klachten met betrekking tot die fiscale vrijstelling heeft geseponeerd nadat zij van de Belgische overheid de verzekering had gekregen dat de vrijstelling ten voordele van Belgacom zou worden opgegeven vanaf het aanslagjaar 2002. Vervolgens stelde het Arbitragehof dat een verschil in behandeling voor een beperkte duur tussen Belgacom en de andere marktdeelnemers die dezelfde activiteiten uitoefenen is gerechtvaardigd door de omstandigheid dat Belgacom, als erfgenaam van de RTT, enerzijds, verplichtingen van openbare dienst op zich diende te nemen en, anderzijds, op het vlak van haar personeelsbeleid en het beheer van haar onroerende goederen niet een soepelheid genoot die vergelijkbaar is met die van de in België nieuw opgerichte vennootschappen.

Reeds eerder had het Arbitragehof,³⁵ omwille van dezelfde redenen, een beroep tot nietigverklaring van de gemeente Schaarbeek verworpen tegen de wet van 2 augustus 2002 die de vrijstelling ten voordele van Belgacom vanaf

34 Arbitragehof nr. 32/2004, 10 maart 2004, A.A. 2004, 397.

35 Arbitragehof nr. 143/2003, 5 november 2003, A.A. 2003, 1729.

1 januari 2002 (en niet met retroactieve werking vanaf 4 september 1992) opheft.

6 ZAKEN WAARIN DE BURGERLIJKE RECHTER AMBTSHALVE EEN SCHENDING VAN ARTIKEL 88, LID 3 EG INROEPT

Dat de Belgische rechters niet altijd terughoudend zijn om te toetsen aan de staatssteunregels, blijkt uit de volgende voorbeelden.

In twee zaken voor de Rechtbank van Koophandel te Brussel vorderde het Openbaar Ministerie het faillissement van de verhuisonderneming DMT respectievelijk de Brusselse taverne Falstaff. De rechtbank onderzocht telkens op eigen initiatief of de betalingsfaciliteiten, toegestaan door een Belgische overheidsinstelling, met name de Rijksdienst voor sociale zekerheid (RSZ) respectievelijk de BTW-administratie, als onrechtmatige staatssteun dienden te worden beschouwd.

In de eerste zaak³⁶ stelde de rechter, die van oordeel was dat de RSZ met de betalingsfaciliteiten op kunstmatige wijze de activiteit had ondersteund van een insolvente onderneming die geen financiering tegen normale marktvoorwaarden kon verkrijgen, bij vonnis van 7 juli 1997 twee prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.³⁷

In de tweede zaak oordeelde de rechtbank³⁸ dat het afbetalingsplan die de taverne met de BTW-administratie was overeengekomen staatssteun in de zin van artikel 87 EG was omdat een privé-schuldeiser nooit een betaaltermijn van acht jaar had toegestaan. Aangezien die steun niet was aangemeld bij en goedgekeurd door de Europese Commissie, verklaarde de rechter het afbetalingsplan nietig met als gevolg dat de volledige BTW-schuld onmiddellijk opeisbaar werd en de onderneming failliet werd verklaard. In dit vonnis baseerde de rechter zich, om tot het besluit te komen dat er sprake is van staatssteun, op de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in het kader van de prejudiciële vragen die de rechtbank in voornoemde zaak DMT stelde, waarin werd gepreciseerd dat in bepaalde omstandigheden het voortdurend en royaal tolereren van de te late betaling van de socialezekerheidsbijdragen staatssteun vormt. De rechter onderzocht evenwel niet nauwkeurig genoeg of alle voorwaarden van artikel 87 EG voldaan zijn, zoals bijv. de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de interstatenhandel, waaraan getwijfeld zou kunnen worden of deze *in casu* was vervuld.

36 Kh. Brussel 7 juli 1997, *J.T.D.E.* 1998, 90.

37 Arrest van het Hof van Justitie van 29 juni 1999 in zaak C-256/97, DMT, *Jur.* 1999, I-3913.

38 Kh. Brussel 8 februari 1999, *T.B.H.* 2002, 60, noot E. JANSSENS.

7 TOT SLOT

Bij wijze van kort besluit, volgt uit voorgaande voorbeelden, zonder een volledig overzicht te hebben gegeven van de Belgische rechtspraak in staatssteungeschillen, dat de Belgische rechter veelal een inspanning doet om te toetsen aan artikel 88, lid 3 EG maar daarbij niet altijd een juiste beoordeling van het begrip staatssteun maakt.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn verschenen:

- MI-1 T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 530 7
- MI-2 E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 558 7
- MI-3 M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren. Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting in traditionele en alternatieve procesvormen*, Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 298 2
- MI-4 C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker 1998, ISBN 90 4230 045 0
- MI-5 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 324 5
- MI-6 P.B. Cliteur, G.J.J. Heerma van Voss, H.M.T. Holtmaat & A.H.J. Schmidt (red.), *Sociale cohesie en het recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 618 4
- MI-7 M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 352 0
- MI-8 P.T.C. van Kampen, *Expert Evidence Compared. Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System* (diss. Leiden), Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998, ISBN 90 5095 049 3
- MI-9 N.C. van Steijn, *Mobil Oil III, een uitvinding of een ontdekking? Een onderzoek naar de gevolgen van de Mobil Oil III-beschikking van het Europees Octrooi Bureau van Nederland*, Den Haag: Jongbloed 1999, ISBN 90 7006 221 6
- MI-10 R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen; bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 463 2
- MI-11 J. Junger-Tas & J.N. van Kesteren, *Bullying and Delinquency in a Dutch School Population*, New York: Kugler Publications 1999 (or PB 97747, 2509 GC Den Haag), ISBN 90 6299 171 8
- MI-12 T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 511 6
- MI-13 P.W. Brouwer, M.M. Henket, A.M. Hol & H. Kloosterhuis (red.), *Drie dimensies van recht: rechtstheorie, rechtsgeleerdheid, rechtspraktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, ISBN 90 5454 026 5
- MI-14 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 567 1
- MI-15 H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 557 4
- MI-16 H.I. Sagel-Grande & M.V. Polak (eds.), *Models of conflict resolution*, Antwerpen: Maklu 1999, ISBN 90 6215 651 7
- MI-17 H.J.Th.M. van Rosmalen, *The King can do no wrong. Overheidsaansprakelijkheid naar Engels recht onder invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, Den Haag: Jongbloed 2000, ISBN 90 7006 223 2
- MI-18 R.A. Lawson & E. Myjer, *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2000, ISBN 90 6750 038 0
- MI-19 C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het Internet. Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 2683 622 8
- MI-20 R.P. Raas, *Het Benelux Merkenrecht en de Eerste Merkenrichtlijn: overeenstemming over verwarring?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 028 1
- MI-21 R.H. Haveman, P. Ölçer, Th.A. de Roos & A.L.J. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 3870 798 3
- MI-22 W.J. Zwolve, *Qui solvit alii. Beschouwingen over betaling aan inningsonbevoegden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 033 8
- MI-23 Hans Krabbendam & Hans Martien ten Napel (eds.), *Regulating Morality. A Comparison of the Role of the State in Mastering the Mores in the Netherlands and the United States*, Antwerpen: Maklu 2000, ISBN 90 6215 736 x

- MI-24 Jan-Peter Loof, Hendrik Ploeger & Arine van der Steur, *The right to property. The influence of Article 1 Protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker Publishing 2000, ISBN 90 4230 103 1
- MI-25 D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 042 7
- MI-26 T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2683 713 5
- MI-27 J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten (oratie Leiden)*, Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2715 268 3
- MI-28 H.F. Munneke, *Recht en samenleving in de Nederlandse Antillen, Aruba en Suriname. Opstellen over recht en sociale cohesie*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2001, ISBN 90 5850 011 x
- MI-29 C.P.M. Cleiren, *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation (oratie Leiden)*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 3870 833 5
- MI-30 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. A Sociological and Comparative Study*, Richmond: Curzon Press 2001
- MI-31 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 763 1
- MI-32 X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 784 4
- MI-33 P.B. Cliteur & V. Van Den Eeckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 093 1
- MI-34 C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 848 3
- MI-35 A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, openbaar ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 847 5
- MI-36 U. Drobnig, H.I. Sagel-Grande & H.J. Snijders, *Neue Entwicklungen im deutschen und niederländischen Insolvenzrecht sowie Kreditsicherheiten an Mobilien*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 6170 546 8
- MI-37 E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 113 x
- MI-38 P.B. Cliteur, H.J. van den Herik, N.J.H. Huls & A.H.J. Schmidt (red.), *It ain't necessarily so*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 854 9
- MI-39 E.R. Muller, *Conflictbeslechting: Kruisbestuiving van rechtswetenschap en bestuurskunde (oratie Leiden)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2001, ISBN 90 1408 204 5
- MI-40 H.C. Wiersinga, *Nuance in benadering. Culturele factoren in het strafproces (diss. Leiden)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 155 5
- MI-41 W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2683 887 5
- MI-42 I. Sagel-Grande, *In the best interest of the child. Conflict resolution for and by children and Juveniles*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 5170 572 7
- MI-43 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. Sociological and Comparative Study*, Richmond Surrey: Curzon Press 2002, ISBN 07 0071 577 0
- MI-44 M. Dekker, *Het water meester. Het recht rond de overheidszorg voor de beveiliging tegen overstroming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 188 1
- MI-45 M. Lurks, W. Den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder, *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen ter gelegenheid van zijn afscheid van de Universiteit Leiden op 31 mei 2002*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 004 7

- MI-46 S.C. Huisjes, *Over dode lijnen en een heuvel recht. De privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falende telecommunicatiedienstverlening*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 003 9
- MI-47 M. Hallers, C. Joubert & J. Sjöcrona (eds.), *The Position of the Defence at the International Criminal Court and the Role of the Netherlands as the Host State*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2002, ISBN 90 5170 625 1
- MI-48 K. Teuben, *Rechtersregelingen als 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO*, Den Haag: Jongbloed 2002, ISBN 90 7006 231 3
- MI-49 M. Hallers, A.J. Mauritz, E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Beginselen van behoorlijk rampenonderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 251 9
- MI-50 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4117 5
- MI-51 Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, C. de Groot, P.A.C.E. van der Kooij, S.J.A. Mulder (red.), *Zekerheidshalve. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.M. Mendel*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4083 7
- MI-52 B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie*, Deventer: Kluwer ISBN 90G 0000 61X
- MI-53 A.F.M. Brenninkmeijer, M. Hallers, A.T. Marseille, N.M. Mulder & G.K. Schoep (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 279 9
- MI-54 H. Snijders & S. Weatherill, *E-commerce Law. National and transnational topics and perspectives*, Londen: Kluwer International 2003
- MI-55 F.B. Ronkes Agerbeek, *Zeg ik dat goed? EU-ambtenaren en hun vrijheid van meningsuiting*, Den Haag: Jongbloed 2003, ISBN 90 7006 2 33 x
- MI-56 A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 312 4
- MI-57 P. Vos, *Kredietopporaging en Insolventierisico. Overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden en de Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00580 2
- MI-58 P.B. Cliteur & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Rechten, plichten, deugden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003, ISBN 90 6916 485 X
- MI-59 F.J.M. Feldbrugge (red.), *Law's beginnings*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2003, ISBN 90 0413 705X
- MI-60 A.F.M. Brenninkmeijer, *Effectieve conflictoplossing bij individuele arbeidsconflicten*, en L.C.J. Sprengers, *Collectieve belangen – uiteenlopende geschillen (oraties Leiden)*, Den Haag: Sdu 2003
- MI-61 A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00744 9
- MI-62 W.H. Pokorný-Versteeg, *Milieu-effectrapportage in Nederland en de direct aangrenzende EU-lidstaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00946 8
- MI-63 A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensisch bewijs*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00964 6
- MI-64 C.L.J. Caminada & K.P. Goudswaard, *Verdeelde zekerheid. De verdeling van baten en lasten van sociale zekerheid en pensioenen*, Den Haag: Sdu 2003, ISBN 90 1210 006 2
- MI-65 B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004
- MI-66 A.J. Mauritz, *Liability of the operators and owners of aircraft for damage inflicted to persons and property on the surface*, Maastricht: Shaker 2003, ISBN 90 423 0234 8
- MI-67 T. Hartlief, Jac. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003 ISBN 90 13 0092 47
- MI-68 E.I. Helsloot, E.R. Muller, R. Pieterman & W.J.M. Voermans (red.), *Vervoer gevaarlijke stoffen in perspectief. Evaluatie van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen 1996-2002*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 420 1
- MI-69 W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid (oratie Leiden)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 433 3

- MI-70 M.C. Zwanenburg, *Accountability under International Humanitarian Law for UN and NATO Peace Support Operations* (diss. Leiden), 2004
- MI-71 M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2004, ISBN 90 5850 074 8
- MI-72 V.J.A. Sütő, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 467 8
- MI-73 Paul Cliteur, Hans Franken & Wim Voermans (red.), *Naar een Europese Grondwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 471 6
- MI-74 S.L. Kuipers, *Cast in Concrete? The Institutional Dynamics of Belgian and Dutch Social Policy Reform*, Delft: Eburon Academic Publishers 2004, ISBN 90 5972 028 8
- MI-75 J. Heinsius, *Collectief ontslagrecht. Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 502 x
- MI-76 N. Djebali, *Procedures ter beslechting van interstatelijke verrekenprijsgeschillen*, Den Haag: Jongbloed 2004, ISBN 90 70062 36 4
- MI-77 M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid*, Den Haag: Sdu 2004, ISBN 90 5409 448 6
- MI-78 K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, ISBN 90 1302 144 1
- MI-79 K.P. Goudswaard, C.L.J. Caminada & H. Vording, *Naar een transparanter loonstrookje?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 521 6
- MI-80 P.J. Slot & M. Bulterman (eds.), *Globalisation and Jurisdiction*, Den Haag: Kluwer Law International 2004, ISBN 90 411 2307 5
- MI-81 R. Holtmaat, *Grenzen aan gelijkheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 523 2
- MI-82 J. van der Leun & L. Vervoorn, *Slavernij-achtige uitbuiting in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 534 8
- MI-83 B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, ISBN 90 6916 526 0
- MI-84 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 554 2
- MI-85 G.K. Schoep & P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij straftoemeting*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 107 8
- MI-86 M.E. Koppenol-Laforce (red.), *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk*, Deventer: Kluwer, ISBN 90 13023 22 3
- MI-87 A.P.A. Broeders, *Ontwikkelingen in de criminalistiek. Van vingerspoot tot DNA-profiel – van zekerheid naar waarschijnlijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 576 3
- MI-88 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1302 715 6
- MI-89 T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 130 2811 X
- MI-90a L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel I: normen van vaagheid*, Deventer: Kluwer 2005
- MI-90b L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2005, ISBN 90 1302 776 8
- MI-91 R. Haveman & H. Wiersinga, *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 116 7
- MI-92 P.C. van Es, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 131 0.
- MI-93 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 633 6
- MI-94 W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Kluwer: Deventer 2005, ISBN 90 1303 063 7

- H.D. Ploeger, *Privaatrechtelijke aspecten van de aanleg van boortunnels*, Kluwer Rechtswetenschappelijke publicaties, Deventer: Kluwer 1997, ISBN 90 2683 122 6
- T. Heukels, N. Blokker & M. Brus (eds.), *The European Union after Amsterdam; A Legal Analysis*, The Hague: Kluwer Law International 1998, ISBN 90 411 1131 x
(together with the Europa Instituut, Universiteit Leiden)
- T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague: Kluwer Law International 1999, ISBN 90 411 1152 2
(together with Van Asbeck Centrum, Universiteit Leiden)
- H. Peter van Fenema, *The International Trade in Launch Services, The Effects of US Laws, Policies and Practices on its Development*, Leiden 1999, ISBN 90 901 3064 0
(together with International Institute of Air and Space Law)
- E.C. Nieuwenhuys & M.M.T.A. Brus, *Multilateral Regulation of Investment*, Den Haag: Kluwer Law International 2001, ISBN 90 411 9844 x
- E. Nieuwenhuys, A. Toussaint & M. Valstar, *Verslag van het symposium Internationale Dimensies van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2002, ISBN 90 9016 080 9
- E.R. Muller & J.P. Coenen, *Parlementair onderzoek in Nederland*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, ISBN 90 1209 700 2
- E.R. Muller, D. Starink, J.M.J. Bosch & I.M. de Jong, *Krijgsmacht. Studies over de organisatie en het optreden*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, ISBN 90 1301 130 6
- E.R. Muller, *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, ISBN 90 1301 129 2