Cover Page

Universiteit Leiden

Leiden University Repository

The handle http://hdl.handle.net/1887/43790 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Metselaar, A.J.
Title: Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie
Issue Date: 2016-10-27

Drie rechters en één norm

Drie rechters en één norm

Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 27 oktober 2016
klokke 15.00 uur

door

Alke Johanna Metselaar

geboren te Amstelveen
in 1987

Promotor: prof. mr. drs. W. den Ouden
Co-promotor: mr. dr. P.C. Adriaanse

Promotiecommissie:

prof. mr. A.S. Hartkamp (Radboud Universiteit Nijmegen)
prof. mr. dr. R.H.C. Luja (Maastricht University)
prof. dr. L.Y.M. Parret (Universiteit Utrecht)
prof. mr. T.R. Ottervanger
prof. mr. Y.E. Schuurmans
prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven (Universiteit Utrecht)

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

ISBN 978 90 1313 988 4

© 2016 A.J. Metselaar

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 enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Voor zover het maken van kopieën 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 te Hoofddorp (postbus 3060, 2130 KB, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16, Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp).

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

Woord vooraf

Dit boek gaat op vele manieren over steun. Niet alleen door zijn onderwerp, maar juist ook door degenen die deel hebben uitgemaakt van zijn totstandkoming.

In de eerste plaats zijn dat Willemien den Ouden en Paul Adriaanse, een begeleidingsdreamteam. In Willemien vond ik een bevlogen, doortastende en betrokken promotor die voor bijna elke uitdaging een praktische en constructieve oplossing lijkt te weten. In Paul vond ik een gesprekspartner die me met zijn vele aantekeningen, suggesties en vragen scherp hield, maar ook regelmatig tijd vrijmaakte om te spreken over proefschriftleed, keuzestress en de belangwekkende vraag of luxehotel Cipriani echt staatssteun nodig had, en of dat wel valt vast te stellen zonder een uitgebreide verkenning ter plaatse.

Mijn grote dank gaat ook uit naar de leden van de promotiecommissie – Arthur Hartkamp, Raymond Luja, Tom Ottervanger, Laura Parret, Ymre Schuurmans en Rob Widdershoven – die het toch omvangrijke manuscript hebben willen lezen en van waardevolle opmerkingen hebben voorzien. Bij de totstandkoming van dat manuscript heb ik ook mogen profiteren van de inzichten van rechters, advocaten, medewerkers bij de Europese Commissie en wetenschappelijke experts die hun (praktijk)ervaring tijdens interviews, expert meetings of door het lezen van conceptversies met me hebben willen delen. Ik heb deze hulp als van onschatbare waarde ervaren omdat daarmee (naar ik hoop) een te hoog 'studeerkamergehalte' in de kiem kon worden gesmoord.

Een bijzondere vermelding komt toe aan Stefaan Van den Bogaert, van wie ik de liefde voor het Unierecht heb geleerd en zonder wiens vertrouwen ik vrijwel zeker niet zou hebben overwogen om aan de Universiteit Leiden en – geheel onverwacht – aan de afdeling Staats- en bestuursrecht een proefschrift te schrijven. Die afdeling bleek overigens te bestaan uit een hechte groep intelligente, vriendelijke en open collega's. Ik zal jullie niet allemaal opnoemen, maar wil op deze plek mijn dank uitspreken voor de boeiende gesprekken binnen en buiten werktijd, de onvoorwaardelijke collegialiteit en de broodnodige humor. Door mijn onderzoek heb ik regelmatig ook onderdak gezocht bij mijn collega's van het Europa Instituut en het Instituut voor Privaatrecht, op wie dezelfde beschrijving van toepassing is en wie ik dank voor hun hartelijke gastvrijheid.

Het afronden van een proefschrift is een vak apart. In het bijzonder dank ik Laura Pierik en Louise Verboeket, met name voor het helpen samenstellen

van de literatuur- en jurisprudentielijsten, en Anne-Marie Krens voor het verzorgen van de lay-out. Een bijzondere rol kwam ook toe aan Birgit en Michal. Ik ben trots dat jullie in de aanloop naar en tijdens de verdediging als paranimfen aan mijn zijde willen staan.

En dan kom ik toe aan Florens, pap, mam, Rik en Carlijn, en vrienden en familie die ik hier niet opnoem maar wel in mijn hart draag. Hoe kan ik op deze plek beschrijven hoe veel jullie voor mij betekenen? Dat lijkt me haast onmogelijk. Daarom zal ik proberen mijn dank en innige waardering voor jullie buiten deze pagina's tot uitdrukking te brengen.

Dit onderzoek is afgerond op 15 juli 2016. Met latere publicaties en jurisprudentie is geen rekening gehouden.

Leiden, juli 2016

Verkorte inhoudsopgave

AFKORTINGENLIJST XXIII

1 INLEIDING 1
1.1 Inleiding 1
1.2 Een eerste inleiding op de staatssteunregels en de rol van de nationale rechter 2
1.3 Handhaving van het staatssteunrecht via de nationale rechter: nationale procedures voor een Europese norm 4
1.4 Onderzoeksvraag en toelichting daarop 6
1.5 Een nader perspectief: interne en externe coherentie 9
1.6 Inbedding in bredere wetenschappelijke discussies 11
1.7 Onderzoeksmethoden 18
1.8 Afbakening 20
1.9 Definities 23
1.10 Verdere opbouw van dit boek 26

2 STAATSSTEUNRECHT EN DE NATIONALE RECHTER UIT EUROPEES PERSPECTIEF 29
2.1 Inleiding en opzet 29
2.2 Het staatssteunrecht in vogelvlucht 31
2.3 'Staatssteun' 32
2.4 Procedurele en materiële vereisten bij staatssteun 50
2.5 De rol van de Europese Commissie bij de handhaving van het staatssteunrecht 56
2.6 De rol van de nationale rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht 71
2.7 Samenvattend en vooruitblikkend 106

3 NEDERLANDSE STAATSSTEUNRECHTSPRAAK IN VOGELVLUCHT 111
3.1 Inleiding 111
3.2 Onderverdeling per rechter en rechtsmachtverdeling 114
3.3 Staatssteungeschillen voor de burgerlijke rechter in vogelvlucht 117
3.4 Staatssteungeschillen voor de bestuursrechter in vogelvlucht 122
3.5 Staatssteungeschillen voor de belastingrechter in vogelvlucht 127
3.6 Samenvattend en vooruitblikkend 137

4 WAT DOET U HIER? BELANG, PROCESBELANG EN RELATIVITEIT 145
4.1 Inleiding 145
4.2 Belang voor de Nederlandse rechter: het systeem 150
4.3 Europeesrechtelijke grenzen aan een nationaal 'belang-vereiste' 158
4.4 Toepassing van belangvereisten door de Nederlandse belastingrechter 166
4.5 Toepassing van belangvereisten door de Nederlandse bestuursrechter 173
4.6 Toepassing van belangvereisten door de Nederlandse burgerlijke rechter 198
4.7 Slotbeschouwing 213

5 INHOUDELIJKE BEOORDELING: KWALIFICATIE VAN STAATSSTEUN 223
5.1 Inleiding 223
5.2 Een kort overzicht: soorten geschillen waarin staatssteun moet worden gekwalificeerd 230
5.3 Procedurele inkadering van kwalificatievraagstukken naar Nederlands recht 234
5.4 Europese eisen aan het Nederlands recht bij kwalificatievraagstukken 248
5.5 Kwalificatie van staatssteun in de Nederlandse jurisprudentie 263
5.6 Mogelijke verklaringen voor een laag slagingspercentage 302
5.7 Slotbeschouwing 309

6 BLIK NAAR BUITEN: DE VERHOUDING TOT DE EUROPESE COMMISSIE 317
6.1 Inleiding 317
6.2 Europese inkadering van de rolverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter 323
6.3 De rolverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter uit Nederlandsrechtelijk perspectief 340
6.4 Hoe formuleert de Nederlandse rechter zijn rol ten opzichte van die van de Commissie? 342
6.5 De rol van de Nederlandse rechter wanneer de formele onderzoeksprocedure nog niet is ingeleid 345
6.6 De rol van de Nederlandse rechter wanneer de formele onderzoeksprocedure is ingeleid 356
6.7 De rol van de Nederlandse rechter wanneer de Commissie een definitief besluit heeft genomen 360
6.8 Bijzondere gevallen: situaties van bestaande steun 380
6.9 Vragen aan de Europese Commissie 387
6.10 Slotbeschouwing 396

7 GEVOLGEN VAN SCHENDINGEN VAN HET STAATSSTEUNRECHT 401
7.1 Inleiding 401
7.2 Gevolgen van onrechtmatige staatssteun: het Unie- en Nederlandsrechtelijke kader 406
7.3 Uitspraken van de bestuurs- en belastingrechter over de gevolgen van staatssteun 424
7.4 Uitspraken van de burgerlijke rechter over de gevolgen van staatssteun 458
7.5 Terugkomende verhaallijnen en slotbeschouwingen 499

8 REACTIE VAN DE WETGEVER 507
8.1 Inleiding 507
8.2 De eerste aanvliegroute: aansluiten bij de bestaande rechtsverhouding 510
8.3 De tweede aanvliegroute: een apart regime voor staatssteungeschillen 534
8.4 De derde aanvliegroute: een staatssteunautoriteit 545
8.5 Afsluitende opmerkingen 547

9 CONCLUSIE 551
9.1 Inleiding 551
9.2 Het raamwerk voor de rol van de rechter in staatssteunzaken: een Europese norm en een nationale gereedschapskist 552
9.3 Samengevat: de belangrijkste lijnen uit de jurisprudentie per rechtsgebied 554
9.4 Problemen waarmee de Nederlandse rechter bij de handhaving van de Europese staatssteunregels wordt geconfronteerd 570
9.5 Implicaties van dit onderzoek voor bredere wetenschappelijke discussies 577
9.6 Een blik op de toekomst 586

SUMMARY 589
LITERATUURLIJST 599
JURISPRUDENTIE 633
LIJST VAN DOCUMENTEN VAN DE INSTELLINGEN VAN DE EUROPESE UNIE 653
OVERIGE DOCUMENTEN 659
TREFWOORDENREGISTER 663
BIJLAGEN:
I – Bestudeerde uitspraken per categorie 671
II – Instanties met wie interviews zijn gevoerd en experts 689
III – Wet terugvordering staatssteun, consultatieversie juni 2016 691
CURRICULUM VITAE 697

Inhoudsopgave

AFKORTINGENLIJST XXIII

1 INLEIDING 1

1.1 Inleiding 1
1.2 Een eerste inleiding op de staatssteunregels en de rol van de nationale rechter 2
1.3 Handhaving van het staatssteunrecht via de nationale rechter: nationale procedures voor een Europese norm 4
1.4 Onderzoeksvraag en toelichting daarop 6
1.5 Een nader perspectief: interne en externe coherentie 9
1.6 Inbedding in bredere wetenschappelijke discussies 11
1.6.1 De rol van de nationale rechter in een meerlagige rechtsorde 11
1.6.2 Private handhaving van Unierecht via de nationale rechter 12
1.6.3 De horizontale interactie tussen rechtsterreinen 14
1.7 Onderzoeksmethoden 18
1.7.1 Algemeen 18
1.7.2 Jurisprudentieonderzoek 18
1.7.3 Interviews 20
1.7.4 Inspiratie uit andere EU-lidstaten 20
1.8 Afbakening 20
1.9 Definities 23
1.10 Verdere opbouw van dit boek 26

2 STAATSSTEUNRECHT EN DE NATIONALE RECHTER UIT EUROPEES PERSPECTIEF 29

2.1 Inleiding en opzet 29
2.1.1 Afbakening en opbouw van het hoofdstuk 30
2.2 Het staatssteunrecht in vogelvlucht 31
2.3 'Staatssteun' 32
2.3.1 Selectief voordeel voor een onderneming 34
2.3.1.1 De overheid als deelnemer in een markteconomie 35
2.3.1.2 Diensten van algemeen economisch belang 36
2.3.1.3 Begunstiging aan bepaalde ondernemingen of producties (selectiviteit) 37
2.3.2 Door de Staat of met staatsmiddelen bekostigd 39
2.3.2.1 Staatsmiddelen 40
2.3.2.2 Toerekenbaarheid aan de Staat 42

2.3.3 Mededingingsvervalsing of dreiging daarvan 43
2.3.3.1 Algemeen 43
2.3.3.2 De minimissteun 44
2.3.4 Ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer 45
2.3.4.1 Algemeen 45
2.3.4.2 Commissiepraktijk 46
2.3.4.3 Invloed van de financieringswijze 47
2.3.4.4 Verhouding tot mededingingsvervalsing 48
2.3.5 Hulp bij de interpretatie van steunmaatregelen 48
2.4 Procedurele en materiële vereisten bij staatssteun 50
2.4.1 Verenigbare en onverenigbare steun 51
2.4.2 Aanmelding van steunmaatregelen bij de Europese Commissie 52
2.4.3 Uitzonderingen op de aanmeldingsplicht 54
2.4.4 Rechtmatige en onrechtmatige steun 55
2.4.5 Bestaande en nieuwe steun 55
2.5 De rol van de Europese Commissie bij de handhaving van het staatssteunrecht 56
2.5.1 Controle op de naleving van de standstillbepaling door de Commissie 57
2.5.2 Voorlopige maatregelen en uitspraakmogelijkheden door de Commissie naast terugvordering 60
2.5.3 De terugvorderingsbevoegdheid en haar beperkingen 61
2.5.3.1 Terugvorderingsverplichting bij de lidstaat 63
2.5.3.2 Vaststellen begunstigden, bedrag en rente 64
2.5.3.3 Uitzonderingen op de naleving van de terugvorderingsverplichting 67
2.5.4 De rol van de Commissie wanneer haar besluiten niet worden nageleefd 68
2.5.5 Een Commissiebesluit aanvechten 69
2.6 De rol van de nationale rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht 71
2.6.1 Principes die het optreden van de nationale rechter als *juge de droit commun* beheersen 71
2.6.1.1 Het loyaliteitsbeginsel 72
2.6.1.2 Voorrang van Europees recht 73
2.6.1.3 Rechtstreekse werking 74
2.6.1.4 Nationale procedurele autonomie 75
2.6.1.5 Effectieve rechtsbescherming 81
2.6.2 De rol van de rechter bij de naleving van (terugvorderings)besluiten van de Commissie 82
2.6.3 De rol van de rechter bij een beroep op de rechtstreekse werking van de standstillbepaling 84
2.6.4 Kwalificatie: vaststellen of de standstillbepaling is geschonden 86
2.6.5 Remedies: welke consequenties moet de rechter aan schending van de standstillbepaling verbinden? 87
2.6.5.1 Terugvorderen van uitgekeerde steun en rente en aantasten geldigheid steunverlenende maatregelen 89

2.6.5.2 Voorkomen dat onrechtmatige steun wordt uitgekeerd 94
2.6.5.3 Terugbetaling van heffingen of belastingen aan derden 95
2.6.5.4 Veroordelen tot het vergoeden van de geleden schade 96
2.6.5.5 Voorlopige voorzieningen 99
2.6.5.6 Overige maatregelen 100
2.6.5.7 Remedies bij verenigbare steun: CELF I 100
2.6.6. Hulplijnen voor de nationale rechter 104
2.7 Samenvattend en vooruitblikkend 106

3 NEDERLANDSE STAATSSTEUNRECHTSPRAAK IN VOGELVLUCHT 111
3.1 Inleiding 111
3.1.1 Wat niet ter tafel komt …. 112
3.1.2 Opbouw van het hoofdstuk 113
3.2 Onderverdeling per rechter en rechtsmachtverdeling 114
3.3 Staatssteungeschillen voor de burgerlijke rechter in vogelvlucht 117
3.3.1 Uitspraken waarin de overheid wordt verweten dat aan een concurrent een voordeel zou zijn toegekend 117
3.3.2 Uitspraken over de handhaving van een terugvorderingsbesluit van de Commissie 118
3.3.3 Uitspraken waarin de overheid terugkomt op een verleend voordeel of weigert een voordeel toe te kennen 119
3.3.4 Uitspraken over heffingen waarmee staatssteun zou worden gefinancierd 120
3.3.5 Uitspraken over onteigening 120
3.3.6 Geschillen tussen de vermeende steunontvanger en een andere private partij 121
3.3.7 Uitspraken waarin staatssteun indirect aan de orde komt 121
3.4 Staatssteungeschillen voor de bestuursrechter in vogelvlucht 122
3.4.1 Uitspraken waarin aan een concurrent een voordeel zou zijn toegekend 122
3.4.2 Uitspraken over de handhaving van een terugvorderingsbesluit van de Commissie 123
3.4.3 Uitspraken waarin de overheid een begunstiging weigert of terugkomt op een eerdere begunstiging 123
3.4.4 Uitspraken over opgelegde heffingen waarmee steun wordt gefinancierd 124
3.4.5 Uitspraken in de sfeer van de ruimtelijke ordening 125
3.4.6 Uitspraken waarin staatssteun indirect aan de orde komt 126
3.4.7 Overige geschillen 127
3.5 Staatssteungeschillen voor de belastingrechter in vogelvlucht 127
3.5.1 Uitspraken waarin de overheid een beroep doet op het staatssteunrecht 128
3.5.2 Uitspraken over heffingen waarmee staatssteun zou worden gefinancierd 129

3.5.3 Uitspraken waarin staatssteun indirect aan de orde komt 130
3.5.4 Overige geschillen: overheid tegen begunstigde? 130
3.5.5 Uitspraken waarin het staatssteunrecht niet relevant is 131
3.5.6 Waarom zo weinig zaken bij de belastingrechter? 131
3.6 Samenvattend en vooruitblikkend 137
3.6.1 De soorten staatssteungeschillen voor de Nederlandse rechter 138
3.6.2 Belangrijkste verschillen en overeenkomsten met het Europeesrechtelijk kader 141
3.6.3 Belangrijkste verschillen en overeenkomsten tussen de verschillende rechtsgebieden 141
3.6.4 Eerste afbakening: keuze van een brandpunt en verantwoording 142

4 WAT DOET U HIER? BELANG, PROCESBELANG EN RELATIVITEIT 145
4.1 Inleiding 145
4.1.1 Afbakening van dit hoofdstuk 147
4.1.2 In dit hoofdstuk gebruikte begrippen 148
4.1.3 Opbouw van dit hoofdstuk 149
4.2 Belang voor de Nederlandse rechter: het systeem 150
4.2.1 Belang in relatie tot de bestreden handeling: procesbevoegdheid 150
4.2.2 Belang in relatie tot de ingeroepen norm: relativiteit 152
4.2.3 Belang in relatie tot de gevolgen van de gang naar de rechter: procesbelang 155
4.2.4 Belang in relatie tot de Nederlandse rechtsmachtverdeling 156
4.2.5 Tussenconclusie 157
4.3 Europeesrechtelijke grenzen aan een nationaal 'belang-vereiste' 158
4.3.1 Startpunt: nationale procedurele autonomie, effectiviteit en effectieve rechtsbescherming 158
4.3.2 Het beschermingsbereik van de standstillbepaling naar Europees recht 160
4.3.3 Het Unierechtelijk kader wanneer de overheid zich op de staatssteunregels beroept 163
4.3.4 Tussenconclusie 165
4.4 Toepassing van belangvereisten door de Nederlandse belastingrechter 166
4.4.1 Concurrenten bij de belastingrechter: geen beroepsgerechtigdheid 166
4.4.2 Heffingbetalers bij de belastingrechter 169
4.4.2.1 Belang vanwege de hoedanigheid als geadresseerde van een besluit 169
4.4.2.2 Relativiteit avant la lettre? 170
4.4.3 Tussenconclusie 172
4.5 Toepassing van belangvereisten door de Nederlandse bestuursrechter 173
4.5.1 Concurrenten bij de bestuursrechter 173
4.5.1.1 De concurrent als belanghebbende in staatssteunzaken 174

4.5.1.2 De geadresseerde van een besluit als belanghebbende in staatssteunzaken 178
4.5.1.3 Concurrenten bij de bestuursrechter: relativiteit 179
4.5.1.4 Procesbelang en beoogde rechtsgevolgen in zaken voor de bestuursrechter 180
4.5.2 Heffingbetalers bij de bestuursrechter 184
4.5.3 De overheid bij de bestuursrechter 185
4.5.4 Omwonenden (en concurrenten?) in de sfeer van de ruimtelijke ordening 186
4.5.5 Concessiehouders: staatssteun in de aanbestedingscontext 191
4.5.6 Onteigende personen bij de bestuursrechter: relativiteit 192
4.5.7 Spoedeisend belang bij een bestuursrechtelijke voorlopige voorziening 194
4.5.8 Tussenconclusie 195
4.6 Toepassing van belangvereisten door de Nederlandse burgerlijke rechter 198
4.6.1 Concurrenten bij de burgerlijke rechter 199
4.6.1.1 De kring van belanghebbenden 199
4.6.1.2 Procesbelang en beoogde rechtsgevolgen in zaken voor de burgerlijke rechter 201
4.6.2 Heffingbetalers bij de burgerlijke rechter 203
4.6.3 De overheid bij de burgerlijke rechter 203
4.6.4 Andere partijen die door vermeende steunverlening worden geraakt 205
4.6.5 Onteigende personen bij de burgerlijke rechter 207
4.6.6 De abnormaal lage inschrijving: staatssteun in de aanbestedingscontext 208
4.6.7 Spoedeisend belang in kort geding: de burgerlijke rechter 210
4.6.8 Tussenconclusie 211
4.7 Slotbeschouwing 213

5 INHOUDELIJKE BEOORDELING: KWALIFICATIE VAN STAATSSTEUN 223
5.1 Inleiding 223
5.1.1 Factoren van invloed op de kwalificatie door de rechter 225
5.1.2 Afbakening van dit hoofdstuk 226
5.1.3 Terminologie: geen woord Frans 228
5.1.4 Opbouw van dit hoofdstuk 229
5.2 Een kort overzicht: soorten geschillen waarin staatssteun moet worden gekwalificeerd 230
5.3 Procedurele inkadering van kwalificatievraagstukken naar Nederlands recht 234
5.3.1 De rol van de burgerlijke rechter bij feitenvaststelling en kwalificatie: algemeen 234
5.3.2 De grenzen van de civiele rechtsstrijd 234
5.3.3 Feitenvaststelling in het burgerlijk recht 236
5.3.4 Toegang tot informatie naar burgerlijk recht 239

5.3.5 De rol van de bestuursrechter bij feitenvaststelling en kwalificatie: algemeen 241
5.3.6 De omvang van het bestuursrechtelijk geding 242
5.3.7 Feitenvaststelling in het bestuursrecht 243
5.3.8 Toegang tot informatie in het bestuursrecht 245
5.3.9 Tussenconclusie 246
5.4 Europese eisen aan het Nederlands recht bij kwalificatievraagstukken 248
5.4.1 Laboratoires Boiron: bewijslastverdeling en toegang tot informatie 249
5.4.2 Europese eisen aan de toetsingsmaatstaf en -intensiteit 251
5.4.3 Zelfstandige of indirecte feitenvaststelling in het bestuursrecht 254
5.4.4 Feitenvaststelling in kort geding uit Europees perspectief 254
5.4.5 Ambtshalve toetsing van EU-staatssteunrecht 255
5.4.6 Europese eisen wanneer de overheid zich op de standstillbepaling beroept 261
5.4.7 Tussenconclusie 262
5.5 Kwalificatie van staatssteun in de Nederlandse jurisprudentie 263
5.5.1 Burgerlijke rechter: een derde beroept zich op het staatssteunrecht 263
5.5.1.1 Feitenvaststelling door de burgerlijke rechter 263
5.5.1.2 Verzwaarde stelplicht? 267
5.5.1.3 Aanbestedingsrecht en de kwalificatie van staatssteun 268
5.5.1.4 Het kort geding 271
5.5.1.5 Tussenconclusie 275
5.5.2 Burgerlijke rechter: de overheid beroept zich op het staatssteunrecht 278
5.5.2.1 De bewijspositie van de overheid in bodemzaken 278
5.5.2.2 Prejudiciële vragen 281
5.5.2.3 Toegang tot informatie door de overheid 281
5.5.2.4 Het kort geding 282
5.5.2.5 Tussenconclusie 283
5.5.3 Bestuursrechter: een derde beroept zich op het staatssteunrecht 283
5.5.3.1 Feitenvaststelling en de vergewisplicht van de overheid 283
5.5.3.2 Concrete toetsing of toetsing aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur 284
5.5.3.3 De bewijsvoeringslast in de praktijk 286
5.5.3.4 De vergewisplicht: kritiek en mogelijkheden 291
5.5.3.5 De voorlopige voorziening 293
5.5.3.6 Tussenconclusie 294
5.5.4 Bestuursrechter: de overheid beroept zich op het staatssteunrecht 296
5.5.4.1 De bewijslast bij een geweigerd voordeel 296
5.5.4.2 De 'Ridderstee-vergewisplicht' 298
5.5.4.3 Een Europees kader en een nationale plicht 299

5.5.4.4 De grote afwezige: geschillen over het terugdraaien van al verleende staatssteun 301
5.5.4.5 Tussenconclusie 302
5.6 Mogelijke verklaringen voor een laag slagingspercentage 302
5.7 Slotbeschouwing 309

6 BLIK NAAR BUITEN: DE VERHOUDING TOT DE EUROPESE COMMISSIE 317
6.1 Inleiding 317
6.1.1 Afbakening 319
6.1.2 Gebruikte begrippen 321
6.1.3 Opbouw van dit hoofdstuk 322
6.2 Europese inkadering van de rolverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter 323
6.2.1 De verhouding tussen de nationale rechter en de Commissie bij parallelle procedures 324
6.2.2 De verhouding tussen de nationale rechter en de Commissie wanneer de Commissie een eindbeslissing heeft genomen 330
6.2.3 De verhouding tussen de nationale rechter en de Commissie in gevallen van bestaande steun 332
6.2.4 De rol van de Commissie als adviserend orgaan 336
6.2.5 Tussenconclusie 339
6.3 De rolverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter uit Nederlandsrechtelijk perspectief 340
6.4 Hoe formuleert de Nederlandse rechter zijn rol ten opzichte van die van de Commissie? 342
6.5 De rol van de Nederlandse rechter wanneer de formele onderzoeksprocedure nog niet is ingeleid 345
6.5.1 Fase 1: De Commissie heeft nog niet inhoudelijk op de mogelijke staatssteun gereageerd 346
6.5.2 Fase 2: De Commissie heeft een voorlopige reactie gegeven 348
6.5.3 Het hypothetisch oordeel van de Commissie als toetsingsmaatstaf in civiele zaken 352
6.5.4 Tussenconclusie 354
6.6 De rol van de Nederlandse rechter wanneer de formele onderzoeksprocedure is ingeleid 356
6.7 De rol van de Nederlandse rechter wanneer de Commissie een definitief besluit heeft genomen 360
6.7.1 Uitleg van goedkeuringsbesluiten door de Nederlandse rechter 364
6.7.2 Uitspraken over de cumulatie van goedgekeurde steun met andere maatregelen 369
6.7.3 Zelfstandige rechtmatigheidstoets naast de goedkeuring door de Commissie? 374
6.7.4 Tussenconclusie 378
6.8 Bijzondere gevallen: situaties van bestaande steun 380
6.8.1 De rol van de Nederlandse rechter hangende een onderzoek naar bestaande steun 380

6.8.2 Goedkeuringsbesluiten over bestaande steun 383
6.9 Vragen aan de Europese Commissie 387
6.9.1 Vragen over de kwalificatie als staatssteun of het bestaan van een vrijstelling 388
6.9.2 Vragen over de stand van zaken van het onderzoek van de Commissie 391
6.9.3 Vragen over de inhoud van een Commissiebesluit 394
6.10 Slotbeschouwing 396

7 GEVOLGEN VAN SCHENDINGEN VAN HET STAATSSTEUNRECHT 401
7.1 Inleiding 401
7.1.1 Afbakening en aanpak 403
7.1.2 Opbouw van dit hoofdstuk 405
7.2 Gevolgen van onrechtmatige staatssteun: het Unie- en Nederlandsrechtelijke kader 406
7.2.1 Gevolgen van onrechtmatige staatssteun volgens Europees recht en de noodzaak voor een nationale vertaalslag 406
7.2.2 Procedureel kader in het bestuurs- en belastingrecht: een besluit ligt ter vernietiging voor 407
7.2.3 Gevolgen van onrechtmatige staatssteun: vertaalslag in het bestuurs- en belastingrecht 409
7.2.4 Procedureel kader in het privaatrecht: de vorderingen van partijen 414
7.2.5 Gevolgen van onrechtmatige staatssteun: vertaalslag in het burgerlijk recht 416
7.2.5.1 Ge- en verboden voor de burgerlijke rechter 417
7.2.5.2 Nietigheid van de steunverlenende handeling 417
7.2.5.3 Partiële nietigheid en conversie 420
7.2.6 Tussenconclusie 422
7.3 Uitspraken van de bestuurs- en belastingrechter over de gevolgen van staatssteun 424
7.3.1 Het terugvorderen van steun door de overheid 424
7.3.1.1 Een ongeschreven bevoegdheid voor de terugvordering van steun 424
7.3.1.2 Een 'Europese' bevoegdheid voor de terugvordering van steun 426
7.3.1.3 Oprekking van het legaliteitsvereiste? 429
7.3.1.4 Terugvordering van over het steunbedrag genoten rente 431
7.3.1.5 Waar de rol van de bestuursrechter ophoudt en die van de burgerlijke rechter begint 433
7.3.2 Het voorkomen van steun door de overheid 435
7.3.3 Beroepen van derden: vernietiging van steunverlenende besluiten en finale geschilbeslechting 439
7.3.4 Gevolgen van staatssteun wanneer het eigenbelang voorop staat 444

7.3.5 Terugbetaling van ten onrechte betaalde heffingen 447
7.3.6 Gevolgen van staatssteun in ruimtelijke ordeningszaken 449
7.3.7 De bijgerechten: schadevergoeding en voorlopige rechtsbescherming 452
7.3.8 Tussenconclusie 454
7.4 Uitspraken van de burgerlijke rechter over de gevolgen van staatssteun 458
7.4.1 Het terugvorderen van steun door de overheid 559
7.4.1.1 Na een met het staatssteunrecht strijdig bestuursrechtelijk besluit 459
7.4.1.2 Na een met het staatssteunrecht strijdige overeenkomst 460
7.4.1.3 Kwantificeren van de terug te vorderen steun 468
7.4.1.4 Terugvorderingsproblematiek bij meerdere (potentiële) begunstigden 468
7.4.1.5 Terugvordering van *rechtmatige* steun na het faillissement van de steunontvanger 471
7.4.1.6 Terugvordering van over het steunbedrag genoten rente 473
7.4.2 Het voorkomen van steun door de overheid 475
7.4.3 Vorderingen van derden: terugvordering van steun 477
7.4.3.1 Toepassing van nietigheid en partiële nietigheid 477
7.4.3.2 De vordering tot terugvordering 480
7.4.4 Vorderingen van derden: voorkomen of stopzetten van steun 481
7.4.5 Intermezzo: belangenafwegingen en het 'isoleren' van de staatssteun 484
7.4.6 Gevolgen van staatssteun wanneer het eigenbelang voorop staat 489
7.4.7 Overige gevolgen van staatssteun: schadevergoeding 490
7.4.7.1 Schadevorderingen jegens de vermeend steunverlenende overheid 490
7.4.7.2 Schadevorderingen jegens de vermeende begunstigde 492
7.4.8 Veroordeling tot aanmelding van een onrechtmatige steunmaatregel? 494
7.4.9 Tussenconclusie 495
7.5 Terugkomende verhaallijnen en slotbeschouwingen 499

8 REACTIE VAN DE WETGEVER 507
8.1 Inleiding 507
8.1.1 Afbakening van het hoofdstuk 508
8.1.2 Nieuw gereedschap voor de Nederlandse rechter? Drie aanvliegroutes 509
8.2 De eerste aanvliegroute: aansluiten bij de bestaande rechtsverhouding 510
8.2.1 Het wetsvoorstel terugvordering staatssteun uit 2008 511
8.2.2 Materiële keuzes in Wts 2008 512
8.2.2.1 Terugvorderingsgrondslagen voor onrechtmatige steun 513

8.2.2.2 Terugvorderingsgrondslagen voor rente 517
8.2.2.3 Voorwaarden voor terugvordering: een Commissiebesluit of onherroepelijke rechterlijke uitspraak 518
8.2.2.4 Terugvorderen uit eigen beweging? 519
8.2.2.5 Bepalingen over termijnen 521
8.2.2.6 Bepalingen over andere gevolgen van schendingen van het staatssteunrecht? 524
8.2.2.7 Bepalingen over de toegang tot de rechter? 526
8.2.2.8 Bepalingen over de kwalificatie van steun? 526
8.2.2.9 Bepalingen over contact met de Commissie? 527
8.2.3 De keuze om aan te sluiten bij de bestaande rechtsverhouding in Wts 2008 528
8.2.3.1 Redenen om bij de bestaande rechtsverhouding aan te sluiten 529
8.2.3.2 Overblijvende spanningen en kunstgrepen 530
8.2.4 Aandachtspunten bij het aansluiten bij de bestaande rechtsverhouding 532
8.3 De tweede aanvliegroute: een apart regime voor staatssteungeschillen 534
8.3.1 Voordelen van en draagvlak voor een eigen wettelijk regime 534
8.3.2 Mogelijke invulling van een apart regime voor staatssteungeschillen 537
8.3.2.1 Een bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid na een Commissiebesluit? 538
8.3.2.2 Een bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid ook na een rechterlijke uitspraak? 539
8.3.2.3 Een ongeclausuleerde bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid? 540
8.3.2.4 Meer dan alleen terugvordering? 541
8.3.4 Aandachtspunten bij een apart regime voor staatssteungeschillen 542
8.3.4.1 De potentie voor versnippering van het bredere geschil 542
8.3.4.2 Enkele aandachtspunten voor de verhouding tot het overige Nederlandse procesrecht 543
8.4 De derde aanvliegroute: een staatssteunautoriteit 545
8.5 Afsluitende opmerkingen 547

9 CONCLUSIE 551
9.1 Inleiding 551
9.2 Het raamwerk voor de rol van de rechter in staatssteunzaken: een Europese norm en een nationale gereedschapskist 552
9.3 Samengevat: de belangrijkste lijnen uit de jurisprudentie per rechtsgebied 554
9.3.1 De belastingrechter 554
9.3.2 De bestuursrechter 555
9.3.3 De burgerlijke rechter 563

9.4 Problemen waarmee de Nederlandse rechter bij de handhaving van de Europese staatssteunregels wordt geconfronteerd 570
9.5 Implicaties van dit onderzoek voor bredere wetenschappelijke discussies 577
9.5.1 Implicaties voor de gedachtevorming over de rol van de nationale rechter in een meerlagige rechtsorde 577
9.5.2 Implicaties voor de gedachtevorming over de private handhaving van het Unierecht via de nationale rechter 580
9.5.3 Implicaties voor de gedachtevorming over de horizontale interactie tussen rechtsterreinen 582
9.6 Een blik op de toekomst 586

SUMMARY 589
LITERATUURLIJST 599
JURISPRUDENTIE 633
LIJST VAN DOCUMENTEN VAN DE INSTELLINGEN VAN DE EUROPESE UNIE 653
OVERIGE DOCUMENTEN 659
TREFWOORDENREGISTER 663
BIJLAGEN:
I – Bestudeerde uitspraken per categorie 671
II – Instanties met wie interviews zijn gevoerd en experts 689
III – Wet terugvordering staatssteun, consultatieversie juni 2016 691
CURRICULUM VITAE 697

Afkortingenlijst

aant.	aantekening
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
ACM	Autoriteit Consument en Markt
AGVV	Algemene Groepsvrijstellingsverordening
art.	artikel
artt.	artikelen
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
bijv.	bijvoorbeeld
BW	Burgerlijk wetboek
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Chw	Crisis- en herstelwet
CMLR	Common Market Law Review
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
e.v.	en verder
EG	Europese Gemeenschap
EU	Europese Unie
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Gst.	Gemeentestem
GvEA EU	Gerecht
hof	gerechtshof
Hof	Hof van Justitie
HR	Hoge Raad
Hv	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
HvJ EU	Hof van Justitie
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBO	Jurisprudentie Bodem
JG	Jurisprudentie voor Gemeenten
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
m.i.	mijns inziens
m.n.	met name
m.nt.	met noot
MvT	memorie van toelichting
Mw	Mededingingswet
n.n.g.	nog niet gepubliceerd

NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
nr.	nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.m.	onder meer
ov.	overweging
p.	pagina
par.	paragraaf
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
Pvo	Procedureverordening
Rb	Rechtbank
Rv	Wetboek van burgerlijker echtsvordering
randnr.	randnummer
red.	redactie
resp.	respectievelijk
r.o.	rechtsoverweging
SEW	Tijdschrift voor Europees en economisch recht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
T&C	Tekst en Commentaar
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
vgl.	vergelijk
VrA	Vermogensrechtelijke Analyses
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Vz.	Voorzitter
Vzr.	Voorzieningenrechter
Wbbo	Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie
Wts	Wet terugvordering staatssteun

1 Inleiding

1.1 Inleiding

Staatssteun komt op vele manieren voor. In oktober 2015 oordeelt de Europese Commissie bijvoorbeeld dat de in Nederland belastingplichtige koffieketen Starbucks veel te weinig belasting heeft betaald en zodoende onrechtmatige staatssteun heeft ontvangen. De Commissie besluit daarom dat het verkregen voordeel, inclusief rente, aan Nederland moet worden terugbetaald.[1] In een geschil voor de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State voeren woningbouwcorporaties aan dat de subsidies die aan hun concurrenten zijn verstrekt om probleemwijken op te knappen, ongeoorloofde staatssteun inhouden. De burgerlijke rechters buigen zich met enige regelmaat over de marktconformiteit van overeenkomsten over bijvoorbeeld afvalinzameling- en verwerking die tussen gemeentes en ondernemingen worden gesloten. Ook grote en kleine bouwprojecten worden in Nederland met argusogen bekeken. Als de verdenking bestaat dat de betrokken projectontwikkelaar door de gemeente met een subsidie of een wel heel gunstige overeenkomst wordt gesteund, is dat voor veel partijen aanleiding om het bouwproject met de daarin vermeend besloten liggende staatssteun aan de rechter voor te leggen. Zo bestaan er nog veel meer voorbeelden.

De meest in het oog springende voorbeelden van vermeende staatssteun spelen doorgaans bij de Europese Commissie.[2] Maar het is niet alleen de Commissie die toeziet op de Europese staatssteunregels. De nationale, en dus ook de Nederlandse, rechter heeft bij de handhaving van de Europese staatssteunregels in ieder geval op papier ook een uiterst belangrijke rol te vervullen. Die rol wordt zelfs steeds belangrijker, nu de Commissie zich exclusiever wil

---

1 Besluit van de Commissie van 21 oktober 2015 met als kenmerk C(2015) 7143 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) die Nederland ten gunste van Starbucks ten uitvoer heeft gelegd, C(2015) 7142 def. Beroep is ingesteld onder nummer T-760/15.

2 Te denken valt aan de beweerde belastingvoordelen voor Starbucks, aan de miljarden die tijdens de financiële crisis in de banken zijn gestoken, en aan de heftig bediscussieerde steun aan voetbalclubs. Zulke voorbeelden halen regelmatig de krant. Bijvoorbeeld: *NRC Handelsblad* 18 december 2015, 'Weer een voetbalclub in nood'; *NRC Handelsblad* 21 oktober 2015, 'Afspraak fiscus met Starbucks is verboden staatssteun'; *Financieel Dagblad* 21 oktober 2015, 'Den Haag verbaasd over Brussels verbod op Starbucks-afspraak'; *NOS* 6 februari 2014; Staatssteun spekt de staatskas'; *Volkskrant* 11 april 2013, 'Europese Commissie vernietigend over gronddeal PSV en gemeente Eindhoven'.

gaan toeleggen op de 'grote' zaken die de werking van de Europese interne markt het meest in gevaar brengen.[3] Waar de Commissie niet optreedt, is het – in de Nederlandse context – de Nederlandse rechter die rechtsbescherming biedt tegen schendingen van de staatssteunregels. Maar wat is nu precies de rol die hij in dit kader vervult? Over die vraag gaat dit proefschrift.

1.2 Een eerste inleiding op de staatssteunregels en de rol van de nationale rechter

Eerst iets over de juridische context.[4] De Europese staatssteunregels vinden hun bron in de artikelen 107 tot en met 109 VWEU. In de kern komen deze regels erop neer dat de lidstaten van de Europese Unie (EU) in beginsel alleen financiële steun aan ondernemingen mogen verlenen wanneer die steun door de Europese Commissie is goedgekeurd. De gedachte daarachter is dat de Europese interne markt niet van de grond kan komen als de Europese lidstaten (op kosten van de belastingbetaler) naar gelieven de concurrentieverhoudingen tussen ondernemingen kunnen beïnvloeden door het verlenen van financiële steun.[5] Dat betekent natuurlijk niet dat er geen goede redenen kunnen bestaan om steun te verlenen, zoals bijvoorbeeld voor het ontwikkelen van nieuwe milieuzuinige technologieën of voor het bevorderen van werkgelegenheid van kwetsbare en gehandicapte werknemers. Daarom kan de Europese Commissie (en in sommige gevallen: de Raad van Ministers) binnen de grenzen van de Europese verdragen oordelen dat de steun toch met de interne markt verenigbaar is en mag worden uitgevoerd.

Om te zorgen dat alleen met de interne markt verenigbare staatssteun wordt uitgevoerd[6] is bij de Europese verdragen een stelsel van toezicht in het leven geroepen.[7] Op basis daarvan moeten nieuwe geplande steunmaatregelen bij de Europese Commissie worden aangemeld om door haar op hun

3 Mededeling van de Commissie van 8 mei 2012 aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, De modernisering van het EU-staatssteunbeleid, COM (2012) 209 def., randnr. 19-21 (hierna: moderniseringsmededeling).

4 Op deze juridische context wordt in hoofdstuk 2 van dit onderzoek in veel meer detail ingegaan.

5 Moderniseringsmededeling, randnr. 1 en 2; Actieplan staatssteun "Minder en beter gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009)", COM(2005)795.

6 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 48.

7 De term 'toezicht' moet daarbij ruim worden opgevat. Een zinvolle beschrijving is gegeven door Voermans 2005, p. 70: 'het verzamelen van informatie over de vraag of een bepaalde handeling voldoet aan bepaalde eisen en het aan de hand van die informatie een oordeel vormen, en eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren.' Vgl. Adriaanse 2013, p. 514.

verenigbaarheid met de interne markt te worden beoordeeld.[8] Totdat de Europese Commissie de steunmaatregelen heeft goedgekeurd, mogen zij op grond van de zogenaamde standstillbepaling (artikel 108 lid 3 VWEU, ook wel: 'opschortingsplicht') niet worden uitgevoerd. Een steeds belangrijker wordende uitzondering geldt wanneer de betrokken steunmaatregelen door de Europese Commissie op voorhand van de aanmeldingsplicht zijn vrijgesteld.[9] In dat geval moeten de lidstaten zelf aan de hand van de relevante regelgeving bepalen of een geplande steunmaatregel voor een vrijstelling in aanmerking komt. Zij hoeven de steunmaatregel dan niet meer expliciet aan de Commissie ter goedkeuring voor te leggen.[10] Omdat de markt continu in ontwikkeling is, onderzoekt de Europese Commissie daarnaast geregeld de verenigbaarheid van al bestaande rechtmatig uitgevoerde steunmaatregelen. Met dit systeem moet worden gewaarborgd dat de lidstaten van de EU geen staatssteun kunnen verlenen die met de interne markt onverenigbaar is, en dus niet door middel van financiële steun in de concurrentieverhoudingen van ondernemingen kunnen ingrijpen zonder dat daarvoor een gegronde reden (zoals in Unieverband te bepalen) bestaat.

De Europese Commissie en de nationale rechters hebben samen de taak om te zorgen dat dit systeem ook daadwerkelijk wordt nageleefd. Daarbij hebben zij verschillende en elkaar aanvullende taken.[11] Wanneer de Europese Commissie constateert dat een steunmaatregel is uitgevoerd zonder de benodigde voorafgaande goedkeuring en ook niet van aanmelding is vrijgesteld, dan besluit zij dat de steunverlenende lidstaat de steun inclusief rente bij de begunstigde(n) moet terugvorderen – tenminste als blijkt dat de uitgevoerde steunmaatregel niet verenigbaar is met de interne markt.[12] Ook de nationale rechter kan onderzoeken of een maatregel ten onrechte (dus: zonder dat van een vrijstelling sprake was) niet ter goedkeuring aan de Commissie is voorgelegd. Hoewel de nationale rechter niet mag beoordelen of de maatregel verenigbaar is met de interne markt,[13] is de enkele omstandigheid dat een niet-vrijgestelde steunmaatregel zonder toestemming van de Commissie is

8 Op grond van artikel 108 lid 2 VWEU kan ook de Raad besluiten dat een steunmaatregel als verenigbaar met de interne markt mag worden uitgevoerd. Van deze mogelijkheid wordt sporadisch gebruik gemaakt en zij blijft vanaf nu buiten beschouwing.

9 Zie nader in hoofdstuk 2, § 2.4.3.

10 Deze gedecentraliseerde toepassing van het staatssteunrecht (term ontleend aan Adriaanse 2013, p. 514) wordt in de staatssteunpraktijk steeds belangrijker. Zie daarover Europese Rekenkamer (Speciaal verslag 15/2011).

11 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 27; HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 34 en 41.

12 Art. 16 lid 1 Verordening 2015/1589 (Procedureverordening) (hierna: Procedureverordening of Pvo).

13 Die bevoegdheid komt zoals gezegd alleen toe aan de Europese Commissie en de Raad. HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 36; HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike & Weinlig*), r.o. 9.

uitgevoerd in principe voldoende om de nationale rechter te verplichten om daaraan de nodige consequenties te verbinden.

De nationale rechter beoordeelt niet alleen of de standstillbepaling is nageleefd. Hij heeft ook een belangrijke taak bij het waarborgen van de naleving van door de Europese Commissie genomen bindende besluiten.[14] Zo heeft de nationale rechter een belangrijke taak bij het waarborgen van de naleving van door de Europese Commissie genomen terugvorderingsbesluiten op grond waarvan zonder goedkeuring verleende en met de interne markt onverenigbare steun inclusief rente moet worden teruggevorderd. De rechter heeft ook een taak bij de naleving van de besluiten waarbij de Europese Commissie bepaalt dat een bij haar aangemelde nieuwe steunmaatregel niet, wel of onder voorwaarden mag worden uitgevoerd. Te denken valt ook aan besluiten waarbij de Europese Commissie in overleg met de betrokken lidstaat oordeelt dat een bestaande steunmaatregel moet worden aangepast om nog met de interne markt verenigbaar te zijn.[15]

1.3 Handhaving van het staatssteunrecht via de nationale rechter: nationale procedures voor een Europese norm

Het mag duidelijk zijn dat op de schouders van de Nederlandse rechter binnen het hierboven geschetste stelsel een belangrijke verantwoordelijkheid rust. De rechter moet desgevraagd de naleving van de standstillbepaling waarborgen en hij speelt een rol bij de naleving van door de Europese Commissie in het kader van het staatssteunrecht genomen besluiten. Dit alles doet hij conform het zogenaamde beginsel van nationale procedurele autonomie op basis van Nederlands recht, binnen de mogelijkheden en beperkingen van Nederlandse procedures. Weliswaar is namelijk een belangrijk deel van de handhaving van de staatssteunregels aan de nationale rechter toevertrouwd, maar de Europese wetgever heeft geen procedureregels opgesteld op basis waarvan hij aan deze verplichtingen kan voldoen. Dit betekent dat, waar het Unierecht in staatssteunzaken een aantal materiële verplichtingen heeft gesteld, volgens de nationale rechtsorde van iedere lidstaat moet worden bepaald langs welke weg deze verplichtingen worden verwezenlijkt.[16] Helemaal vrij is de rechter daarin niet. Het Unierecht eist namelijk dat het nationale procesrecht de uitoefening van de door de Europese rechtsorde verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maakt en dat procesregels voor vorderingen

14 Besluiten genomen door de Europese Commissie zijn bindend op grond van art. 288 VWEU. Deze verbindendheid strekt zich ook uit tot de nationale rechter. HvJ EU 21 mei 1987, nr. 249/85 (*Albako Margarinefabrik*), r.o. 17; HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset SpA*), r.o. 23.

15 Zie artt. 21-23 Pvo.

16 Deze bewoordingen zijn losjes ontleend aan HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*), r.o. 9, in de context van de rechtstreekse werking van art. 108 lid 3 VWEU.

op basis van Europese rechten niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen.[17] Daarnaast is de rechter gebonden aan de in artikel 4, lid 3 VEU neergelegde loyaliteitsverplichting: de Unie en haar lidstaten ondersteunen elkaar bij de vervulling van de taken die uit de verdragen voortvloeien.

Kortom, op de Nederlandse rechter rust een aantal verplichtingen die hij met gebruik van zijn eigen procesrecht waar moet maken. De logische vraag die opkomt is: kan hij dat ook? Deze vraag is uiteraard allereerst van praktisch belang. De Nederlandse rechter heeft een specifieke rol toebedeeld gekregen en zou dus het juiste gereedschap moeten hebben of kunnen vinden om deze rol daadwerkelijk uit te voeren. Is hij daartoe om enige reden onvoldoende in staat, dan heeft de handhaving van het staatssteunrecht en de bescherming van de door een schending van de standstillbepaling benadeelden daaronder te lijden. De vraag of de rechter met behulp van zijn nationale recht de rol kan vervullen die hem 'door Europa' is toebedeeld is echter ook vanuit een breder perspectief van belang. De beantwoording van die vraag kan namelijk iets zeggen over de manier waarop het Europese recht doorwerkt in de nationale rechtsorde en de rol die de nationale rechter daarin kan vervullen.

Dat de nationale rechter Europese materiële normen met behulp van het nationale recht moet toepassen is op zich niet bijzonder. Deze manier van doorwerking van het Unierecht komt ook op andere terreinen regelmatig voor. Wat echter juist het staatssteunrecht zo interessant maakt is dat de verplichting om de naleving van de standstillbepaling te waarborgen zich, anders dan veel andere Europese normen, niet beperkt tot een enkel rechtsgebied.[18] Staatssteungeschillen kunnen zich in Nederland namelijk in zeer uiteenlopende constellaties voordoen voor de algemene bestuursrechter, de belastingrechter en de burgerlijke rechter. Deze rechters passen, bij het ontbreken van op het staatssteunrecht toegesneden wetgeving,[19] het 'gewone' bestuurs-, belasting- en burgerlijk recht toe. Dit biedt interessante perspectieven, want de drie rechters vervullen op grond van het Nederlandse recht allemaal een verschillende rol en hebben daarbij een verschillende 'gereedschapskist' tot hun beschikking. Die rol en de inhoud van die gereedschapskisten zijn voor een belangrijk deel historisch gegroeid als gevolg van de bijzondere karakteristieken van de rechtsgebieden waarop zij betrekking hebben.[20] Zij zijn nog steeds

17 HvJ EU 123 maart 2007, nr. C-432 (*Unibet*), r.o. 43; HvJ EU 16 december 1976, nr. 33/76 (*Rewe*), r.o. 5; HvJ EU 16 december 1976, nr. 45/76 (*Comet*), r.o. 13.

18 Hetzelfde geldt overigens voor het consumentenrecht. Zie daarover bijv. Van Boom 2010.

19 Er zijn wel (wets)voorstellen gedaan om op de staatssteunregels toegesneden Nederlandse regelgeving te introduceren. Zie daarover nader hoofdstuk 8 van dit onderzoek.

20 Fekete 2014, p. 654 schrijft over procedureregels (die een belangrijk deel van deze gereedschapskist vullen), 'that procedural law can rapidly change, reflecting certain policy choices of the legislator. Additionally, some secondary, non-legal factors – such as historical reasons, the peculiarities of the general institutional structure, or the unintentional effects of legislation – also seriously affect their general context.'

in ontwikkeling en groeien in sommige opzichten ook naar elkaar toe (of zouden dat wellicht moeten doen).[21] Toch blijven belangrijke verschillen tussen de drie rechters bestaan, zij het naar aanleiding van de toepasselijke rechtsregels, de juridische cultuur of de uiteenlopende opvattingen over de taak van deze rechters binnen hun respectievelijke rechtsgebieden.[22] Tegelijkertijd hebben rechters binnen bepaalde grenzen een zekere vrijheid om aan hun rol naar eigen inzicht invulling te geven en het hen ter beschikking staande gereedschap in het licht van de specifieke (Europeesrechtelijke) context op creatieve manieren te hanteren.

Deze context, van één Europese norm die zelfs in een enkel land binnen drie verschillende rechtsgebieden handen en voeten moet krijgen, roept vragen op. Wat gebeurt er wanneer een betrekkelijk strak omlijnde Europese regel als de standstillbepaling in drie verschillende rechtsgebieden moet worden toegepast, terwijl daarvoor geen Europese procedures zijn vastgesteld? Leidt toepassing van die norm dan tot verschillende uitkomsten in de verschillende rechtsgebieden of is de werking daarvan zo sterk dat de verschillende rechters toegroeien naar een uniforme benadering? Biedt het bestaande Nederlands (proces)recht wel de nodige handvatten voor de handhaving van het staatssteunrecht? En als niet, tot hoever is de rechter bereid dat recht zo nodig ruimer uit te leggen en waar trekt hij zijn grenzen bij de handhaving van de Europese staatssteunregels?

1.4 Onderzoeksvraag en toelichting daarop

De zojuist gestelde vragen kunnen worden gekanaliseerd in de volgende onderzoeksvraag:

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

Het gaat er in dit proefschrift met andere woorden om, voor het voetlicht te brengen in welk krachtenveld de Nederlandse rechter zich bij de handhaving van de Europese staatssteunregels beweegt en tot welke keuzes dit leidt. Met de handhaving van de Europese staatssteunregels wordt bedoeld het uitoefenen van de rol die in het hierboven genoemde 'stelsel van toezicht' op grond van het Unierecht aan de nationale rechter is toebedeeld.

---

21 Zie hierna in dit hoofdstuk § 1.6.3.

22 Zie voor een interessante (en inmiddels alweer deels verouderde) discussie over de veranderende taakopvatting van de verschillende Nederlandse rechters de verschillende bijdragen in Brenninkmeijer 2003.

De centrale onderzoeksvraag kan worden aangescherpt met een aantal deelvragen.

> *Eerste deelvraag: welke rol kan, dan wel moet, de Nederlandse rechter bezien vanuit het Unierecht bij de handhaving van de Europese staatssteunregels vervullen?*

Voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag is het allereerst van belang om de kaders te schetsen waarin de verschillende Nederlandse rechters hun rol ten opzichte van het staatssteunrecht kunnen vervullen. Het mag duidelijk zijn dat het Unierecht zelf aan (de vervulling van) deze rol de nodige eisen stelt. Daarom wordt in het kader van de eerste deelvraag onderzocht welke eisen het Europese recht aan de nationale rechters stelt en welke mogelijkheden het biedt wanneer zij het staatssteunrecht toepassen, maar ook in hoeverre deze mogelijkheden en eisen duidelijk zijn omlijnd en in welke mate het Unierecht eventueel eist dat van nationaal recht wordt afgeweken om aan de beschreven verplichtingen te voldoen. Daarbij geldt in algemene zin dat de invloed van het Unierecht op het nationale (proces)recht niet onbegrensd is. Het Unierecht kent namelijk geen eigen Europees 'staatssteunprocesrecht' en eist ook niet de volledige uniforme toepassing van het Unierecht in alle EU-lidstaten.[23] Voor divergenties tussen de lidstaten en zelfs tussen verschillende rechtsterreinen binnen één lidstaat blijft bij gebreke aan een Europees procesrecht dus (noodgedwongen) ruimte bestaan.[24]

> *Tweede deelvraag: welke regels en uitgangspunten van Nederlands bestuurs(proces)recht, burgerlijk (proces)recht en fiscaal (proces)recht zijn van invloed op procedures waarin de Europees staatssteunregels worden ingeroepen?*

Het logisch gevolg van het voorgaande is dat niet alleen het Unierecht bepaalt welke rol de nationale rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht kan vervullen. Om die reden ziet de tweede deelvraag op de regels en uitgangspunten van het betrokken Nederlands (proces)recht, de gereedschapskist waarmee de Nederlandse rechter het meest vertrouwd zal zijn en waarmee hij de naleving van het staatssteunrecht moet waarborgen.

> *Derde deelvraag: wat is de belangrijkste problematiek waarmee de Nederlandse bestuursrechter, belastingrechter en burgerlijke rechter bij de handhaving van de Europese staatssteunregels worden geconfronteerd en hoe gaan zij daarmee om?*

---

23 Martinico 2014 bepleit in iets andere context overigens dat het overmatig streven naar uniformiteit ertoe leidt dat geen recht kan worden gedaan aan de complexiteit van het recht.

24 Krans 2015; Hofstötter 2005, p. 20; Van Gerven 2000, p. 505 en 521.

Wanneer dit kader helder is, kan worden toegekomen aan de vraag hoe de Nederlandse rechter daadwerkelijk omgaat met staatssteungeschillen. Daarvoor is het belangrijk om te weten met welke problematiek hij in dat kader wordt geconfronteerd en hoe hij daarmee omgaat. Die problematiek kan verschillende vormen aannemen. Zo kan het toepasselijke nationale recht in conflict komen met de op grond van het Unierecht opgelegde verplichtingen. Ook kan twijfel bestaan over de inhoud of toepasselijkheid van een Unierechtelijke verplichting. Het is eveneens mogelijk dat de insteek van ingestelde procedures de rechter voor keuzes stelt die door de Europese wetgever en rechters niet zijn voorzien. Er zijn vervolgens verschillende manieren denkbaar waarop de rechter met deze problematiek omgaat. Hij kan haar op verschillende manieren proberen op te lossen door een ruimere of engere uitleg van het relevante nationale recht of door de directe toepassing van het Unierecht. Een denkbaar alternatief is dat hij de problematiek probeert te omzeilen. Misschien herkent hij zelfs niet op tijd dát een probleem bestaat. Met de, bewust ruim geformuleerde, derde deelvraag wordt beoogd te achterhalen op welke punten de Nederlandse rechter bij de handhaving van de staatssteunregels kennelijk met de meest prangende vragen wordt geconfronteerd en hoe hij daarmee vervolgens omgaat.

Met een zo ruim geformuleerde deelvraag is het wel wenselijk om iets meer te concretiseren. Hoe die concretisering kan plaatsvinden volgt vrij logisch uit de Nederlandse staatssteunjurisprudentie, nu al bij een eerste bestudering daarvan duidelijk wordt dat een aantal thema's steeds terugkeert en/of juist tot de zojuist genoemde prangende vragen leidt. Daarom is ervoor gekozen om vier 'kernthema's' in het bijzonder uit te diepen. Het gaat dan om onderwerpen die herhaaldelijk in de jurisprudentie aan de orde komen en die vragen oproepen over de manier waarop de rechter zijn rol in staatssteungeschillen invult. Die thema's zijn, kort gezegd, welke justitiabelen zich op de staatssteunregels mogen beroepen, hoe wordt vastgesteld of sprake is van staatssteun, hoe de rechter zijn rol ten opzichte van die van de Commissie kan vormgeven, en welke gevolgen aan een succesvol beroep op de staatssteunregels kunnen worden verbonden. Deze vier kernthema's vormen de pijlers op basis waarvan de derde deelvraag en daarmee ook de centrale onderzoeksvraag zal worden beantwoord.

> *Vierde deelvraag: welke inzichten kunnen eventuele verschillen in de toepassing van de staatssteunregels door de bestuursrechter, de burgerlijke rechter en de belastingrechter bieden over de invloed van de nationale context waarbinnen deze rechters opereren?*

Het is tenslotte mogelijk – en één van de hypotheses van dit onderzoek – dat bij de toepassing van de staatssteunregels tussen de bestuurs-, belasting- en burgerlijke rechter verschillen te ontdekken vallen ondanks de omstandigheid

dat deze rechters in beginsel[25] dezelfde Europese norm toepassen. Voor zulke verschillen vallen in potentie uiteenlopende verklaringen te vinden. Belangrijk is echter dat die verklaring doorgaans niet te vinden zal zijn in de bijzondere kenmerken van de toe te passen norm, want die is nu juist telkens dezelfde. Verschillen (en opvallende overeenkomsten) in de benadering van de drie Nederlandse rechters kunnen daarom naar verwachting inzicht bieden in de wezenlijke kenmerken van de drie rechtsterreinen en de wijze waarop de nationale juridische context beïnvloedt op welke wijze een bepaalde Europese norm wordt toegepast.

1.5 Een nader perspectief: interne en externe coherentie

Met de in dit onderzoek centraal gestelde onderzoeksvraag wordt onder meer de aandacht gericht op het juridisch krachtenveld waarin de Nederlandse rechter bij de handhaving van de Europese staatssteunregels beweegt. Bij de bestudering van de invloed van dit krachtenveld werkt het verhelderend om bewust te zijn van de inherente spanning tussen de interne en de externe coherentie van het recht.[26] Daarmee wordt het volgende bedoeld. Aan de ene kant bestaat in de Unierechtelijke rechtsorde een bepaalde druk, vanuit het Europese effectiviteitsbeginsel of naar aanleiding van harmonisatiemaatregelen, om (de toepassing van) het nationale procesrecht in conformiteit te brengen met de eisen die het Unierecht daaraan stelt. De wens om conformiteit te bereiken van het nationale recht met externe regels (in dit geval: het Unierecht) kan worden beschreven als de wens om toe te werken naar de externe coherentie van het recht. Aan de andere kant bestaat binnen het nationale procesrecht op zijn minst in theorie een bepaald systeem en een bepaalde balans. Van Ettekoven heeft dit principe beeldend verwoord in de context van het bestuursrecht, maar de implicaties zijn uiteraard veel breder. De Awb, aldus Van Ettekoven, 'is een bouwwerk dat met precisie in elkaar is gestoken. Als je aan één zijde drukt dan heeft dat direct gevolgen voor de andere zijde'.[27] Het bewaken van het systeem en de balans van het al dan niet met precisie in elkaar gestoken nationale recht ziet op de interne coherentie van het recht.[28]

In de literatuur is herhaaldelijk en vanuit verschillende invalshoeken gewezen op het risico dat het bereiken van externe coherentie leidt tot door-

25 Zoals uit dit onderzoek zal blijken, komt het voor dat de Europese staatssteunregels indirect worden toegepast en er dan met name toe dienen, een Nederlandse norm in te kleuren.
26 Krans 2015 spreekt in die context over de interne en externe fragmentatie van het recht.
27 Van Ettekoven 2009, p. 125.
28 Van Heeswijck 2013, p. 3, hanteert overigens een iets andere indeling van de begrippen interne en externe coherentie.

breking van de eenheid van het nationale recht.[29] In scherpere bewoordingen is ook wel gesproken over de verbrokkeling[30] 'verrommeling' en destabilisatie[31] van het nationaal procesrecht. Dit geldt zowel ten aanzien van de harmonisatie van het nationaal procesrecht op specifieke rechtsterreinen als ten aanzien van de algemenere door het effectiviteitsbeginsel ingekleurde doorwerking van het Europese recht.[32] De invloed van de doorwerking van het Unierecht op de coherentie van Nederlands recht is onder meer treffend weergegeven door Tjong Tjin Tai, die beschrijft dat de uitleg van nationaal recht door de nationale rechter in een Europeesrechtelijke context niet op de traditionele wijze kan geschieden. Immers:

> 'Uitleg zijn wij normaal gewend te doen in een context. De traditionele context is het systeem dat als ideaal heeft de rechtseenheid. Het gaat dan om uitbreiding van, inbedding in het systeem, waarin als richtinggevende maatstaf geldt de norm van coherentie of integriteit. Het autonome Europese kader is evenwel systeemvreemd aan het nationaal recht: dat is onvermijdelijk aangezien het voor alle, onderling zeer verschillende, nationale rechtsstelsels geldt en daarom nooit voor alle systemen geheel vertrouwd kan zijn.'[33]
> 'In dat opzicht klopt de klacht dat Europa ons systeem verrommelt, en komt er geen ander systeem voor terug. Het ideaal van een steeds coherenter systeem, waarin juristen impliciet worden opgevoed, verdwijnt uit het zicht.'[34]

Verwacht mag worden dat deze spanning tussen interne en externe coherentie doorklinkt in de staatssteunjurisprudentie van de Nederlandse rechter. Dit onderzoek kan ten aanzien van de gedachtevorming over de interne en externe coherentie van het recht dan ook mogelijk nieuwe inzichten bieden. Tegelijkertijd werkt het perspectief van interne en externe coherentie om twee redenen verrijkend voor dit onderzoek. Ten eerste zorgt de wetenschap dat sprake is van een krachtenveld waarin zowel aan de effectuering van het Unierecht als aan de stabiliteit van het nationale recht gewicht toekomt, voor een meerdimensionale bestudering van de doorwerking van het Unierecht. Hiermee kan een

---

29 Een mooi voorbeeld wordt gegeven door Hugenholtz 2004, p. 248, die vermeldt dat het bijvoorbeeld kan voorkomen dat houders van (Europeesrechtelijk geregelde) intellectuele eigendomsrechten onder omstandigheden meer procedurele opties hebben dan de slachtoffers van een auto-ongeluk. Zie bijv. ook Barkhuysen 2006.

30 Krans 2010, p. 16.

31 Tjong Tjin Tai 2011, par. 6.

32 T.a.v. harmonisatie: Loos 2007; Eliantonio 2015, p. 122. T.a.v. effectiviteit: Tjong Tjin Tai 2011, par. 6; Krans 2010, p. 16; Ross 2006.

33 Tjong Tjin Tai 2011, par. 6. Vgl. Keus 2013, p. 133, die bepleit dat zich met de notie dat uit rechtsstatelijk oogpunt een consequente en onpartijdige toepassing van essentieel belang is, 'moeilijk laat verenigen dat procesregels die aan de standaard van art. 6 EVRM voldoen, wel of niet worden toegepast (of erger nog: worden gemanipuleerd), met het doel een bepaalde materiële uitkomst van het geschil zeker te stellen. Van dat besef geeft het EU-recht niet steeds voldoende blijk.'

34 Tjong Tjin Tai 2011, par. 6.

evenwichtiger beeld worden neergezet dan mogelijk is wanneer eenzijdig wordt beoordeeld in hoeverre het nationaal (proces)recht aan de door het Unierecht gestelde eisen voldoet. Anders verwoord betekent dit dat het Unierecht niet eenzijdig heeft te gelden als normatief kader, nu daartegenover de integriteit van het systeem van nationaal (proces)recht staat. Ten tweede brengt dit perspectief duidelijker voor het voetlicht dat de rechter die de doorwerking van het Unierecht wil faciliteren zich bewust zal (moeten) zijn van de mogelijke invloed daarvan op het systeem van het nationale recht. Elke oplossing van een probleem bij de toepassing van de staatssteunregels vanuit het perspectief van externe coherentie kan immers leiden tot nieuwe knelpunten vanuit het perspectief van interne coherentie.

1.6 Inbedding in bredere wetenschappelijke discussies

Dit onderzoek richt zich primair op de rol van de Nederlandse rechter bij de handhaving van de Europese staatssteunregels. Toch is het belangrijk om te beseffen dat het nauw verband houdt met een aantal wezenlijke bredere onderwerpen die onderwerp zijn van wetenschappelijk debat. Het gaat de kaders van de gestelde onderzoeksvraag te buiten om dat debat hier uitgebreid in kaart te brengen of binnen dat debat stelling in te nemen. Dat neemt niet weg dat de resultaten van dit onderzoek aan dat debat wel degelijk een bijdrage kunnen leveren. De bredere wetenschappelijke discussies waarmee dit onderzoek de belangrijkste raakvlakken heeft worden hier daarom kort aangestipt. In de slotbeschouwing wordt daarop nog teruggegrepen.

1.6.1 De rol van de nationale rechter in een meerlagige rechtsorde

Het eerste onderwerp waarmee dit onderzoek belangrijke raakvlakken kent is de rol van de nationale rechter in een meerlagige rechtsorde, waarin het nationale en (in dit geval) het Unierecht naast elkaar functioneren en elkaar kunnen beïnvloeden. Dat het Unierecht doorwerkt in het nationale recht is natuurlijk al lang bekend en onderzocht in vele studies. Het mag duidelijk zijn dat de Nederlandse rechter in geschillen met een Unierechtelijke component optreedt als gedecentraliseerde Unierechter.[35] Een empirisch onderzoek naar de ervaringen van Nederlandse en Duitse rechters in eerste aanleg met de toepassing van Europees recht heeft in 2011 aangetoond dat Nederlandse rechters in beginsel hun rol als gedecentraliseerde Unierechters accepteren. Van principiële onwil om het Unierecht toe te passen zal geen sprake zijn. Toch blijkt uit dat onderzoek ook dat de geïnterviewde rechters aangeven met

35 Zie bijvoorbeeld Jaarverslag Hoge Raad 2009-2010, p. 12: 'Recht doen op basis van enkel het nationale recht is geen optie meer.' Van Harten 2011, p. 32-52, met verwijzingen.

de toepassing van het Unierecht weinig ervaring te hebben en vergeleken met hun kennis van het Nederlandse recht maar weinig bekendheid te hebben met het Unierecht en de verwachtingen die aan hen als decentrale Unierechters worden gesteld.[36] Daarbij geldt dat de rechter niet alleen genoodzaakt is om op meer terreinen zijn kennis op peil te houden, maar dat de rechtspraak van het Hof van Justitie vaak niet erg duidelijk is en de rechter om die reden weinig concrete houvast biedt.[37]

De duale rol van de nationale rechter kan spanningen opleveren. Zijn taak is ook geen gemakkelijke, want hij speelt in geschillen met een Europese component een 'Europese' rol op een nationaalrechtelijk toneel.[38] Deze spanningen zijn – terecht – continu bron van onderzoek en komen ook in dit onderzoek, in het specifieke licht van staatssteungeschillen, aan bod.[39]

1.6.2 Private handhaving van Unierecht via de nationale rechter

Dit onderzoek vertoont ten tweede interessante raakvlakken met andere wetenschappelijke discussies doordat aan de orde komt in hoeverre de nationale rechter op een zinvolle manier kan bijdragen aan de handhaving van het Unierecht. Traditioneel was het vooral de Europese Commissie die, door het inleiden van een inbreukprocedure bij het Hof van Justitie, toezag op de handhaving van de regels van Unierecht. Al snel werd echter duidelijk dat deze vorm van publieke handhaving gezien de toenemende regelgeving en de steeds uitdijende Europese Unie de mogelijkheden van de Commissie ver te boven zouden gaan. De naleving van het Unierecht kan ook worden bevorderd door middel van private handhaving, waarmee private partijen de mogelijkheid wordt geboden om een juridische procedure voor een nationale rechter te initiëren in gevallen van een vermeende inbreuk op de rechten die zij ontlenen aan het Unierecht. Met de private handhaving van Unierechtelijke normen moeten in eerste instantie de belangen van de betrokken partijen worden beschermd. De veronderstelling is echter dat hiermee tegelijkertijd wordt bijgedragen aan de handhaving van het Unierecht als zodanig. Om met Dougan te spreken, 'the vast potential resources of the general European population [are] enlisted to supplement the Commission in its efforts to secure the uniform and effective application of [EU] law.'[40]

36 Nowak e.a. 2011, p. 86-7.
37 Tjong Tjin Tai 2011, § 6.
38 Beeld ontleend aan Gerbrandy 2014, p. 58.
39 Zie onder meer Grashof 2016; Wilman 2015; Claes 2013; Van Heeswijck 2013; Van Harten 2011; Gerbrandy 2009; Claes 2006; Prechal e.a. 2005.
40 Dougan 2004, p. 76, zoals geciteerd in Wilman 2015, p. 59. Vergelijk de theorievorming over het bestuursrechtelijk *recours objectif*, waarin burgers, aldus Verheij 1992, p. 136, functioneren als 'onbezoldigd rijksverklikker'.

Over (de wisselwerking tussen) publieke en private handhaving bestaat een uitgebreide literatuur.[41] In deze literatuur is onder meer gesignaleerd dat het belang van de private handhaving van het Unierecht nog steeds toeneemt,[42] hetgeen past in een '*litigation culture*' waarin steeds meer de nadruk komt te liggen op het door private belanghebbenden in rechte afdwingen van EU rechten en normen.[43] Daarmee is de relevantie van publieke handhaving zeker niet afgedaan, zij het dat deze nu op steeds grotere schaal wordt uitgevoerd door nationale toezichthouders zoals de Nederlandse Autoriteit Consument en Markt. Deze kunnen de verantwoordelijkheid van de Europese Commissie afhankelijk van het rechtsgebied op verschillende manieren aanvullen.[44]

Een van de vragen die in deze literatuur prominent naar voren komt is, in wezen, in hoeverre de private handhaving een voldoende en wenselijke aanvulling (of zelfs alternatief) is voor de 'traditionele' publieke handhaving via een toezichthouder.[45] Daarvoor is in ieder geval relevant of private partijen daadwerkelijk gebruik (kunnen) maken van de beschikbare private handhavingsmogelijkheden. Zo is in het kader van het consumentenrecht betoogd dat de effectiviteit van de private handhaving via de Nederlandse rechter te wensen overlaat, nu het de consumenten die zich tot de rechter zouden moeten wenden zou ontbreken aan de nodige kennis en middelen om van deze mogelijkheid effectief gebruik te maken.[46] Daar komt bij dat de private handhaving van het Unierecht het nodige kan vragen van het nationale procesrecht, dat de rechter per slot van rekening als gereedschapskist dient. Met name in de privaatrechtelijke literatuur wordt daarom aan de orde gesteld in hoeverre het privaatrecht wel voor de handhaving van vaak publieke Europese normen geëigend is,[47] en wat daarbij de invloed is van de steeds belangrijker wordende parallelle publieke handhaving door (nationale) toezichthouders.[48] Overkoepelend speelt de niet onbelangrijke vraag of de nationale rechter als Unierechter de taak heeft om rechtsbescherming te bieden aan individuen, waarbij het handhavende effect in wezen bijvangst is, of dat zijn taak ruimer moet worden opgevat, als 'mede-effectueerder' van het Unierecht.[49] Te wijzen valt in breder verband ook op het onderzoek van onder meer Weber en Faure,

41 In de context van het staatssteunrecht: Kamaris 2014; Adriaanse 2006.
42 Bellantuono 2015; Smits 2015, p. 530.
43 Eliantonio en Muir 2015; Kelemen 2012.
44 Bellantuono 2015; Cherednychenko 2015b.
45 Zie naast de hieronder geciteerde auteurs bijv. Akkermans e.a. 2015; Cortese 2014; Weber 2012; Van Boom 2010; Cafaggi en Micklitz 2009; Van Boom en Loos 2007; Van Campen 2007.
46 Steennot 2015; Loos 2011.
47 Positief daarover: Verheij 2015. De discussie over de mogelijk handhavende functie van het privaatrecht speelt ook los van het Unierecht. Zie m.n. Van Boom 2007.
48 Cherednychenko 2015a; Micklitz 2015.
49 Zie over deze vraag in het mededingingsrecht bijvoorbeeld: Camilleri 2013.

dat vanuit rechtseconomisch perspectief de voor- en nadelen van publieke en private handhaving analyseert.[50]

Discussies over de effectiviteit van de handhaving *van het staatssteunrecht* gaan regelmatig voorbij aan de rol van de nationale rechter, en richten in plaats daarvan de aandacht op de Europese Commissie of nationale toezichthouders zoals de mededingingsautoriteiten.[51] Het is blijkbaar gemakkelijk (en op zijn minst begrijpelijk)[52] om de rol van de nationale rechter in deze context nagenoeg te negeren. Door te onderzoeken met welke problemen de Nederlandse rechter bij de handhaving van de staatssteunregels wordt geconfronteerd en hoe hij daarmee omgaat, kunnen aan de discussie over de daadwerkelijke waarde van private handhaving naast of in plaats van publieke handhaving belangrijke gezichtspunten worden toegevoegd.

1.6.3 De horizontale interactie tussen rechtsterreinen

Dit onderzoek heeft ook belangrijke raakvlakken met vraagstukken over de horizontale interactie tussen het bestuursrecht, belastingrecht en privaatrecht. Over de verhouding tussen het publiekrecht[53] en het privaatrecht wordt in Nederland al decennialang nagedacht.[54] Een belangrijk deel van dit denkproces heeft betrekking op de vraag of deze rechtsterreinen principieel van elkaar te onderscheiden zijn of (op deelgebieden) in elkaar overlopen.[55] Als tussen deze rechtsterreinen een grens bestaat, is het vervolgens de vraag hoe, dus

50 Weber en Faure 2015; Van den Bergh 2013.

51 Zie bijvoorbeeld Buts, Joris en Jegers 2013; Luja 2012, p. 765; Heidhues en Nitsche 2006, p. 30. Wel veel aandacht voor de nationale rechter heeft bijvoorbeeld Struys 2003.

52 Expliciet: Bernat 2016, p. 203. Ook al weinig hoopgevend: Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010; Jestaedt, Derenne en Ottervanger 2006. Zie ook: Europese Rekenkamer (Speciaal verslag 15/2011), p. 10.

53 Daaronder vallen in dit onderzoek zowel het bestuursrecht als het belastingrecht, dat onderdeel uitmaakt van het bestuursrecht.

54 Zie onder meer de verwijzingen in Wiggers-Rust 2014, Van Ommeren 2012 en Asser/Scholten 1974 (Algemeen deel*). Schlössels 2011, p. 704 wijst erop dat deze discussie oorspronkelijk vooral betrekking had op het materiële recht, maar zich steeds meer (ook) toespitst op het procesrecht. Zie ook de opmerkingen daarover door Voermans 2011b, p. 703, die gekscherend constateert dat de 'homo privaticus' nu eenmaal een ander slag mens is dan de 'homo publicus'. Ook: Schepel 2013; Van Ommeren 2011; Van Campen 2007.

55 Voor een mooi overzicht van de ontwikkeling van de gemene rechtsleer, via de gemengde rechtsleer naar de gemeenschappelijke rechtsleer: Van Ommeren 2012, m.n. p. 566. De gemeenschappelijke rechtsleer kan volgens Van Ommeren als heersend worden beschouwd (hoewel de burgerlijke rechter deze nog niet expliciet heeft aanvaard) en gaat uit van een principieel onderscheid tussen het privaatrecht en het publiekrecht. Vgl. Scheltema en Scheltema 2013, p. 5. De gemeenschappelijke rechtsleer wordt niet zonder meer als geldend aanvaard: Wiggers-Rust 2014, p. 1381.

aan de hand van welke criteria, deze kan worden getrokken.[56] De andere vraag is hoe rigide die grens dan is.

De belangrijkste regels, kenmerken en uitgangspunten van het burgerlijk (proces)recht, bestuurs(proces)recht en fiscaal (proces)recht zullen, voor zover relevant voor dit onderzoek, in de hierna volgende hoofdstukken nog uitvoerig aan de orde komen. Op dit punt kan al worden opgemerkt dat de verschillende rechtsterreinen zich met de loop van de tijd al enigszins naar elkaar toe hebben bewogen. Om een voorbeeld te noemen: de bestuursrechter mag ooit de rol hebben gehad van 'objectieve rechtmatigheidstoetser', die waar nodig ambtshalve en desnoods ten koste van de rechtzoekende burger toezicht hield op bestuurshandelen. Inmiddels is het bestuursprocesrecht steeds verder gesubjectiveerd en wordt aan belanghebbenden meer verantwoordelijkheid (of: autonomie) gegeven om te bepalen op welke onderdelen en op welke gronden een bestreden besluit wordt onderzocht, terwijl de rechter steeds lijdelijker wordt.[57] In het burgerlijk recht, waar de partijautonomie en de daaraan gekoppelde lijdelijkheid van de rechter van groot belang is, blijkt tegelijkertijd dat de daadwerkelijke lijdelijkheid van de rechter, met name op het gebied van de feitenvaststelling, wel wat kan worden gerelativeerd.[58]

Met het verstrijken van de tijd blijkt het dus dat enkele op het oog fundamentele verschillen tussen de verschillende rechtsterreinen vallen te nuanceren. Van groot belang is dat ook de Awb-wetgever duidelijk de harmonisatie (in ieder geval voor een deel) van het bestuurs*proces*recht met het burgerlijk procesrecht hoog in het vaandel heeft staan.[59] De meest recente ontwikkeling op dit punt is de introductie van de wet 'KEI', waarmee de rechtsgang in het burgerlijk en het bestuursprocesrecht moet worden gemoderniseerd.[60] Die modernisering raakt overigens vooral het burgerlijk procesrecht, aldus de Memorie van Toelichting, nu de Algemene wet bestuursrecht op deze punten nog recent ingrijpend is gewijzigd.[61] Op een aantal punten, waaronder de met de bestuursrechtelijke nieuwe zaaksbehandeling vergelijkbare mogelijkheid

---

56 Zie voor een overzicht onder meer: Wiggers-Rust 2014, p. 1299 en Asser/Scholten 1974 (Algemeen deel*). Zie ook Van Ommeren 2012, p. 566 en 568.

57 Voor een overzicht van deze ontwikkeling, zie bijv. Polak 2010, en recenter bijv. Haan 2014. Een belangrijke ontwikkeling op dit punt is de introductie van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht (Wet van 20 december 2012 tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en aanverwante wetten met het oog op enige verbeteringen en vereenvoudigingen van het bestuursprocesrecht, *Stb.* 2012, 682).

58 Hugenholtz/Heemskerk 2012, p. 10 e.v.; Dammingh 2009; Asser e.a. 2006, p. 49-51; Brugman 2010, p. 148 e.v..

59 Vgl. Schlössels 2011, p. 705, met verwijzingen. Knigge 1993 heeft betreurd dat bij de introductie van hoofdstuk 8 Awb verdergaande harmonisatie met het burgerlijk procesrecht achterwege is gebleven.

60 Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 2 (*Voorstel van Wet*). Een nader voorlopig verslag is vastgesteld op 15 maart 2016. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 059, nr. E.

61 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3 (*MvT*), p. 1-2.

om ook in de civiele procedure al vroeg een mondelinge behandeling te laten plaatsvinden, zal het burgerlijk recht nog (verder) naar het bestuursrecht toegroeien.[62]

Het is onmiskenbaar dat de voor dit onderzoek zo belangrijke rechtsterreinen door allerlei feitelijke ontwikkelingen steeds meer met elkaar vervlochten raken. Zo kan worden gewezen op de toenemende individualisering van de maatschappij met als gevolg een overal veranderende positie van de procespartijen.[63] Te denken valt ook aan de opkomst van (internationale) private regulering, de toename van publiekrechtelijk toezicht op privaatrechtelijke verhoudingen en het gebruik van privaatrechtelijke instrumenten om publiekrechtelijke doelen te verwezenlijken.[64] De toenemende vervlechting van publiek- en privaatrecht heeft sommige auteurs zelfs aanleiding gegeven om te pleiten voor het op sommige terreinen loslaten van de verdeling publiek-privaatrecht en in plaats daarvan sectorspecifieke regelingen te treffen.[65] Zulke voorstellen zijn niet zonder kritiek gebleven.[66]

Tegen deze achtergrond van de juridische toenadering en toenemende vervlechting van de Nederlandse rechtsterreinen zal het niet verbazen dat door verschillende auteurs is opgeroepen om de 'kloof' tussen het privaatrecht en het publiekrecht te dempen.[67] Het blijven bestaan van zo'n kloof zou ten koste gaan van de consistentie van het rechtsstelsel en van de goede, gelijke en toegankelijke rechtsbedeling. Tegelijkertijd kan een te grote discrepantie tussen de rechtsterreinen leiden tot het ontstaan van geïsoleerde rechtsculturen, de ongelijke behandeling van gelijke gevallen, en kan minder efficiënt gebruik worden gemaakt van de beschikbare expertise van rechters.[68] Dat gezegd hebbende: voor een volledige harmonisatie van het publiekrecht en het privaatrecht op korte termijn pleit bij mijn weten niemand, en terecht.[69] De overtui-

62 Idem, p. 7. Over de nieuwe zaaksbehandeling, zie bijv. Marseille, De Waard en Laskewitz 2015.

63 Brenninkmeijer 2003, p. 236.

64 Wiggers-Rust 2014, p. 1378; Cherednychenko 2014; Scheltema en Scheltema 2012, p. 143; Snijders 2012, p. 952-3.

65 Eradus 2010, p. 15-16. Positief hierover: Wiggers-Rust 2014, p. 1382. Kritisch: Snijders 2012, p. 954.

66 Snijders 2012, p. 954, meent dat dit alleen zal leiden tot nieuwe coördinatieproblemen en dus het onderliggende en nagenoeg onvermijdelijke probleem van verbrokkeling van rechtssystemen niet oplost.

67 Deze woorden zijn ontleend aan Van Gerven en Lierman 2010, p. 520. Ook: Wiggers-Rust 2014, p. 138. Verdergaand: Verheij 1994, p. 105. Snijders 2012, p. 946, bepleit niet zozeer het dichten van de kloof, maar wijst wel op 'de noodzaak tot coördinatie van privaatrecht en bestuursrecht, al of niet van internationale origine'.

68 Wiggers-Rust 2014, p. 1383; Scheltema en Scheltema 2012, p. 148; Schlössels 2011, p. 712.

69 Wel: Verheij 1994, p. 105, die schrijft: 'De wortel van het kwaad is dat we proberen een tweedeling aan te brengen waar in werkelijkheid slechts een vloeiende overgang bestaat.' Anders bijvoorbeeld Van Kempen 2009, p. 268: 'De mogelijkheid de processuele stelsels voor het burgerlijk recht, het strafrecht en het bestuursrecht te approximeren of zelfs te uniformeren is niet oneindig.'

ging dat de verschillende rechtsterreinen wezenlijke, onderscheidende kenmerken hebben, is zo vast verankerd dat zelfs het verstrekkende en bewust prikkelende mini-preadvies van Schlössels om de bestuursrechtspraak volledig te integreren in de rechterlijke macht uitdrukkelijk benadrukt dat wel recht moet worden gedaan 'aan de eigen aard van bestuursrechtelijke geschillen'.[70]

Wel lijkt consensus te bestaan over de wenselijkheid van het vermijden van onnodige verschillen tussen de rechtsterreinen.[71] Dat is op zich nog niet zo'n controversieel standpunt,[72] maar het roept wel de vervolgvraag op wanneer verschillen 'onnodig' zijn.[73] Het is logisch te veronderstellen dat verschillen tussen rechtsterreinen in ieder geval *nodig* zijn wanneer zij een noodzakelijk gevolg zijn van de eigen aard van het betrokken rechtsterrein. Wat die eigen aard is valt moeilijk precies te zeggen, hoewel de beschrijving van de verschillende rechtsterreinen hierboven laat zien dat vooral de rol van de overheid daarbinnen van grote invloed is. Dit lijkt ook het meest recente uitgangspunt te zijn van de minister van Veiligheid en Justitie, zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de Wet 'KEI':

> 'Gelet op de verschillende functies van de bestuursrechtspraak en de civiele rechtspraak, voert het […] te ver om thans één procesrecht voor beide rechtsgebieden voor te stellen. In het burgerlijk recht zijn er kort gezegd private partijen die tegen elkaar ageren. In het bestuursrecht gaat het om de rechtsbescherming in een publiekrechtelijke rechtsverhouding, waarbij het bestuur met een besluit eenzijdig de rechtspositie van een justitiabele of groep van justitiabelen bepaalt. […] Deze verschillen kunnen niet eenvoudig worden weggenomen.'[74]

Het in dit onderzoek centraal gestelde staatssteunrecht is een belangrijk voorbeeld van een Europese rechtsnorm die doorwerkt in het Nederlandse recht zonder acht te slaan op enige in Nederland geldende onderscheiden tussen privaatrecht en publiekrecht. Dat biedt potentieel interessant vergelijkingsmateriaal. De vergelijking van rechtspraak op verschillende rechtsterreinen kan er namelijk door worden bemoeilijkt dat vaak sprake is van uiteenlopende normen die binnen andere soorten rechtsverhoudingen worden toegepast, waardoor extra variabelen worden geïntroduceerd die aan een zinvolle vergelij-

---

70 Schlössels 2011, p. 714.

71 Wiggers-Rust 2014, p. 1382, met verwijzingen. Belangrijke voorvechters van dit standpunt zijn Scheltema en Scheltema 2013. Van Gerven en Lierman 2010, p. 524 e.v. bepleiten in dat kader een zoektocht naar gemeenschappelijke principes, waarvoor zij in ieder geval het vertrouwensbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel aandragen.

72 Het valt moeilijk te betogen dat onnodige verschillen moeten worden behouden. Zoals Verheij 2013 laat zien, heeft dat veel juristen er niet van weerhouden om zich tegen enige vorm van harmonisatie te verzetten, 'Zo ongeveer als de Hollanders die in de begindagen van het massatoerisme een voorraadje piepers meenamen naar de Middellandse Zee omdat zij geen rijst of pasta bliefden'.

73 Zoals terecht opgemerkt door Jurgens 2014.

74 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3 (*MvT*), p. 13-4.

king in de weg kunnen staan. Dat geldt in veel mindere mate voor het staatssteunrecht, waar dezelfde norm binnen, zoals zal blijken, grotendeels vergelijkbare rechtsverhoudingen (overheid – burger) wordt toegepast. De verwachting is dus dat met dit onderzoek een bijdrage kan worden geleverd aan de gedachtevorming over de vraag waar – althans binnen de context van het staatssteunrecht – tussen het publiek- en privaatrecht nog fundamentele verschillen bestaan en waar deze (inmiddels) vallen te relativeren.

1.7 ONDERZOEKSMETHODEN

1.7.1 Algemeen

De resultaten in dit onderzoek steunen voor het grootste deel op een *desk study* op basis van Nederlandse en Europese wet- en regelgeving en jurisprudentie, aangevuld met uitgebreid literatuuronderzoek. Om de juistheid en relevantie van deze resultaten te borgen en ze waar nodig in hun context te kunnen plaatsen, zijn aanvullende interviews gevoerd met rechters, advocaten-generaal, experts op het gebied van het Nederlands (proces)recht, advocaten en medewerkers van de Europese Commissie. Een belangrijk deel van dit onderzoek bestaat uit een interne rechtsvergelijking tussen de verschillende Nederlandse rechtsterreinen. Waar mogelijk is dit aangevuld met externe rechtsvergelijking, waarbij de aandacht is gericht op literatuur over de rol van de rechters van andere EU-lidstaten bij de handhaving van de staatssteunregels.

De manier waarop het jurisprudentieonderzoek, de interviews en de externe rechtsvergelijking zijn uitgevoerd, verdient enige nadere toelichting.

1.7.2 Jurisprudentieonderzoek

Welke rol de Nederlandse rechter vervult bij de handhaving van de staatssteunregels kan op verschillende manieren worden onderzocht. Eén daarvan is kwalitatief onderzoek op basis van interviews met de betrokken actoren, zoals rechters, advocaten, bestuursorganen en wellicht mediators. Voor dit onderzoek is gekozen voor een meer juridische methode op basis van de gepubliceerde uitspraken waarin Nederlandse rechters zich over een staatssteungeschil hebben gebogen. Een belangrijk voordeel van deze benadering is dat deze gebruik maakt van transparante en vrij toegankelijke data (de gepubliceerde uitspraken van de rechters). De methode heeft als nadeel dat de 'onzichtbare' rol van de rechter (te denken valt bijvoorbeeld aan de mogelijkheid dat een overheidsorgaan op een mogelijke rechterlijke procedure anticipeert en daarom al op voorhand afziet van het verlenen van staatssteun) buiten beeld blijft. Die beperking valt goed op te vangen door middel van

aanvullende interviews en door met de mogelijke onzichtbare rol van de rechter expliciet rekening te houden.

Een onderzoek dus op basis van uitspraken waarin Nederlandse rechters zich over een staatssteungeschil hebben gebogen. Hoe kan worden achterhaald in welke gevallen de Nederlandse rechter zich over een staatssteungeschil heeft moeten buigen? Daarvoor zijn twee benaderingen mogelijk. Ten eerste is het denkbaar om een analyse los te laten op uitspraken waarin (een schending van) het staatssteunrecht materieel aan de orde is. Dat heeft als nadeel dat dergelijke uitspraken niet op een gestructureerde manier kunnen worden gezocht. Het bestaan van staatssteun moet dan uit de feiten worden afgeleid en hoeft niet als zodanig benoemd te worden. Een tweede benadering is het juist gestructureerd zoeken naar uitspraken waarin het woord 'staatssteun' voorkomt. Op deze manier worden in ieder geval die uitspraken onderzocht waarin de discussie zich expliciet (mede) op staatssteunkwesties toespitst. Uitspraken waarin het staatssteunrecht wel materieel aan de orde is maar, mogelijk ten onrechte, door de partijen of de rechter niet expliciet ter sprake is gebracht, vallen dan buiten de boot, maar wel ten gunste van een gestructureerde en binnen de onderzoekstijd realistische onderzoeksmethode.[75]

Met deze overweging in het achterhoofd is ervoor gekozen om op de *website* <www.rechtspraak.nl> te zoeken naar uitspraken waarin het woord 'staatssteun' voorkomt. Om zeker te gaan dat hiermee het belangrijkste deel van de relevante staatssteunuitspraken wordt gevonden, zijn ter verificatie ook andere zoektermen gebruikt, zoals 'staatsteun' 'steunmaatregel' en 'steunmaatregelen'.[76] Het vermoeden dat de belangrijkste staatssteunuitspraken op deze manier worden behandeld is verder bevestigd door te volgen welke uitspraken in de relevante literatuur en annotaties en tijdens symposia, congressen of gesprekken met staatssteunexperts naar voren komen.

Het onderzoek richt zich op uitspraken die zijn gewezen van 1 november 2005 tot en met 1 november 2015.[77] Op de eerste datum is het promotieonderzoek van Adriaanse afgerond, waarin onder meer ook de (destijds nog vrij schaarse) relevante Nederlandse jurisprudentie tot die datum is bestudeerd en verwerkt.[78] Met dit onderzoek is een verdere tien jaar aan jurisprudentie onder de loep gelegd. Waar relevant wordt teruggegrepen op de eerdere

75 Zie bijv. ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015, 396, m.nt. J.E. van den Brink en R.D. van Oevelen. In hoofdstuk 3 wordt onder meer nader ingegaan op de beperkingen van deze onderzoeksmethode in het licht van de mogelijke onzichtbare rol van de Nederlandse rechter in staatssteunzaken.

76 Het komt sporadisch voor dat in een uitspraak expliciet op het staatssteunrecht wordt ingegaan zonder dat het woord 'staatssteun' of 'staatsteun' wordt genoemd. Een voorbeeld is de uitspraak hof Amsterdam 30 juni 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ0850. Het zoeken op basis van de artikelnummers bleek vanwege de verschillende manieren van verwijzen en de aanpassing van de relevante verdragen geen zinvolle zoekmethode.

77 Het gaat dan om 454 uitspraken, die in bijlage 1 zijn opgenomen.

78 Adriaanse 2006.

jurisprudentie zoals besproken door Adriaanse. Met jurisprudentie verschenen na 1 november 2015 is in dit onderzoek rekening gehouden waar deze voor de in dit onderzoek besproken onderwerpen van fundamenteel belang is.

1.7.3 Interviews

Gedurende het onderzoek zijn verschillende interviews gevoerd om de herkenbaarheid van de resultaten en hun relevantie voor de praktijk tegen het licht te houden. In bijlage II is een lijst opgenomen met instanties en experts met wie interviews zijn gevoerd. Deze interviews zijn vooral gebruikt om voorlopige inzichten aan te scherpen, te bevestigen of te ontkrachten en om mogelijke verklaringen te zoeken voor resultaten en trends die uit het jurisprudentieonderzoek zijn gebleken. De interviews hebben in die zin verdiepend gewerkt maar leveren geen zelfstandige data op.

1.7.4 Inspiratie uit andere EU-lidstaten

In de gestelde onderzoeksvragen wordt niet expliciet ingegaan op de vraag hoe rechters in andere lidstaten omgaan met staatssteungeschillen en of de Nederlandse rechter zich op hun rechtspraak oriënteert. Gezien de beperkt beschikbare onderzoekstijd en de grote omvang van de vergelijking tussen de Nederlandse rechtsgebieden is ervoor gekozen om niet ook een uitvoerige externe rechtsvergelijking in het onderzoek centraal te stellen. Dat neemt niet weg dat het wel degelijk nuttig kan zijn om te bezien of in andere landen vergelijkbare of juist andersoortige problemen ontstaan als in Nederland en of wellicht inspiratie kan worden geput uit mogelijke oplossingsrichtingen. Daarom maakt een globale studie van literatuur over de rol van de rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht in andere landen wel onderdeel uit van dit onderzoek. Deze studie is voornamelijk, maar niet alleen, gebaseerd op de landenrapporten die in het toonaangevend tijdschrift *European State Aid Law Quarterly* zijn opgenomen. Waar daaraan nuttige inzichten kunnen worden ontleend, zijn die verwerkt in de afzonderlijke hoofdstukken.

1.8 Afbakening

In dit onderzoek wordt de aandacht gericht op de rol van de Nederlandse rechter bij de handhaving van de staatssteunregels. Het is een juridisch onderzoek, en houdt dus niet uitdrukkelijk rekening met de rol van (individuele) rechters op basis van bijvoorbeeld sociale of juridische achtergrond, ideeën over het Unierecht en dergelijke. Het betreft daarnaast voor het belangrijkste deel *jurisprudentie*onderzoek, zodat de rol die de rechter vervult voornamelijk

wordt afgeleid uit zijn gepubliceerde uitspraken. Dit jurisprudentieonderzoek beperkt zich in beginsel, zoals hierboven in § 1.7.2 toegelicht, tot de op <www.rechtspraak.nl> gepubliceerde jurisprudentie die is gewezen tussen 1 november 2005 en 1 november 2015 en waarin het woord 'staatssteun' voorkomt. In bijlage I is een lijst opgenomen met alle 454 in dat kader bestudeerde uitspraken. Met na deze periode gepubliceerde jurisprudentie is sporadisch rekening gehouden, wanneer deze een belangrijke bevestiging, aanvulling of nuancering impliceert van de op basis van dit onderzoek getrokken conclusies. Met jurisprudentie (evenals andere publicaties) gepubliceerd na de afsluiting van dit onderzoek op 15 juli 2016 is geen rekening meer gehouden.

Niet alle op deze manier bestudeerde jurisprudentie kan evenveel bijdragen aan de beantwoording van de in dit onderzoek centraal gestelde onderzoeksvraag. Daarom is op diverse punten in dit onderzoek een verdere afbakening gemaakt. In hoofdstuk 3 wordt aan de hand van een algemene weergave van de Nederlandse staatssteunjurisprudentie een eerste afbakening gegeven van de soorten staatssteunuitspraken die in dit onderzoek de aandacht krijgen (§ 3.6.4). In de hoofdstukken 4 tot en met 7 wordt deze afbakening waar nodig verfijnd en in een enkel geval iets uitgebreid, zoals in de individuele hoofdstukken nader wordt toegelicht.

De in dit onderzoek bestudeerde jurisprudentie kan op verschillende manieren, dat wil zeggen aan de hand van verschillende variabelen, worden ingedeeld. De indeling die wordt gekozen heeft invloed op de mate waarin de mogelijke invloed van de betrokken variabel aan het licht komt. Vanwege het in dit onderzoek veronderstelde belang van de bevoegde rechter wordt allereerst een onderscheid gemaakt tussen de jurisprudentie van de (algemene) bestuursrechter, de belastingrechter en de burgerlijke rechter. Dat is een vrij grofmazige indeling, want binnen de betrokken rechtsgebieden bestaan weer verschillende rechtscolleges die binnen een andere juridische context kunnen rechtspreken en niet per definitie dezelfde lijnen volgen. In het bestuursrecht passen zelfs verschillende hoogste rechtscolleges, te weten de Afdeling en het CBb, de Europese staatssteunregels toe.[79] Niet alleen bestaan per rechtsgebied verschillende rechtscolleges, maar zij kunnen met uiteenlopende cases worden geconfronteerd die zelfs binnen hetzelfde rechtscollege tot andere benaderingen kunnen leiden. De rol van de bestuursrechter in een zaak over de sociale zekerheid is vermoedelijk een heel andere dan die van dezelfde bestuursrechter in een subsidiezaak.[80] Met deze nuancering in het achterhoofd wordt in dit onderzoek in beginsel van de genoemde driedeling uitgegaan, in de geaccep-

79 Daarin kan met de (voorgestelde) Wet organisatie hoogste bestuursrechtspraak verandering komen. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 389, nr. 2 (*Voorstel van wet*). Ook is een Commissie rechtseenheid bestuursrecht ingesteld, *Stcrt.* 2015, 47139.

80 Vgl. Schlössels 2012, p. 711: 'De laatste jaren is het besef gegroeid dat het bestuursrecht waarschijnlijk te divers is om in één keurslijf te persen. Het streven naar rechtseenheid is, zeker wat het bestuursprocesrecht betreft, enigszins over zijn hoogtepunt heen.'

teerde veronderstelling dat er zoiets bestaat als 'de belastingrechter', 'de bestuursrechter' en 'de burgerlijke rechter' dat verder gaat dan de individuele uitspraken door individuele rechters of colleges, en is gebaseerd op een in grote lijnen gemeenschappelijk procesrecht en gemeenschappelijke uitgangspunten.

Naast de bevoegde rechter (de belastingrechter, de bestuursrechter of de burgerlijke rechter) wordt in dit onderzoek een onderscheid gemaakt op basis van de hoedanigheid van de procederende partijen en de rol van de staatssteunregels binnen de gevoerde procedure. Deze onderverdeling, die vrij natuurlijk uit de bestudeerde Nederlandse jurisprudentie volgt, wordt in hoofdstuk 3 verder toegelicht.

Ook de vraag of bij de voorzieningenrechter of bij de bodemrechter wordt geprocedeerd zal voor de rol van de rechter uitmaken.[81] Waar nodig wordt in dit onderzoek ook aan deze variabelen aandacht besteed. Met name is het, door de verschillende insteek van de procedures, logisch om een onderscheid te maken tussen procedures in kort geding (dan wel voorlopige voorzieningen) en bodemzaken. Daarnaast weegt voor het gewicht dat aan een uitspraak wordt gehecht in dit onderzoek mee of de uitspraak is gewezen in eerste aanleg of in hoger beroep (of zelfs cassatie). In hoger beroep is de omvang van het geding over het algemeen namelijk al duidelijker uitgekristalliseerd en hebben beide partijen de tijd gehad om opnieuw (verbeterde) argumenten aan te dragen. Daarnaast is doorprocederen een investering, die naar verwachting niet wordt gepleegd zonder dat degene die doorprocedeert verwacht een voldoende sterk verhaal te hebben.[82]

Het spreekt voor zich dat er andere factoren denkbaar zijn die invloed kunnen hebben op de wijze waarop de Nederlandse rechter aan zijn rol bij de handhaving van de staatssteunregels vorm geeft. Te denken valt bijvoorbeeld aan de complexiteit van de zaak, de expertise van de rechters en de procederende partijen, of de vraag of een beroep op de staatssteunregels in een procedure centraal staat of deel uitmaakt van een groot aantal argumenten. Te denken valt ook aan de duur van de procedure, de aard van de tussen de vermeende steunverlener en begunstigde bestaande rechtsverhouding, de vraag of sprake is van eenmalige steunverlening of een langdurige steunrelatie, enzovoort. Het is niet mogelijk om dergelijke factoren structureel in de indeling en bespreking van de bestudeerde jurisprudentie te betrekken zonder een te grote versnippering van het onderzoek teweeg te brengen. Dit neemt uiteraard

81 Zo worden bij de voorzieningenrechter minder strenge eisen gesteld aan de bewijsvoering, is een spoedeisend belang vereist en bestaat bij de uitspraak van de rechter ruimte voor een belangenafweging. Voor een overzicht van het bestuursrechtelijk kort geding: Schreuder-Vlasblom 2011, p. 776 en 913-32. Voor een overzicht van het 'fiscale' kort geding: Feteris 2007, p. 514-7. Voor een overzicht van het civiele kort geding: Asser/Van Schaick 2011 (Procesrecht), aant. 200-25; Stein/Rueb 2011, p. 276-89; Hendrikse 2011, p. 315-8.

82 Overigens hoeft de verwachting van de procederende partij nog niets te zeggen over haar daadwerkelijke kans van slagen. Zie bijv. Boekema 2015.

niet weg dat deze factoren voor de resultaten van dit onderzoek van belang kunnen zijn, en waar dat relevant lijkt dus wel zullen worden benoemd.

Tot slot: de in dit onderzoek centraal gestelde onderzoeksvraag brengt met zich dat de aandacht is gericht op de rol die de Nederlandse rechter blijkens zijn jurisprudentie daadwerkelijk vervult en hoe hij zich daarover uitlaat. Weinig expliciete aandacht gaat daarentegen uit naar de vraag hoe de rechter in het licht van het Unierecht het best *zou kunnen of moeten* optreden. Dat is niet de doelstelling van dit onderzoek, dat immers het krachtenveld wil onderzoeken waarin de Nederlandse rechter zich daadwerkelijk beweegt. Toch wordt hierover zo nu en dan gedurende het onderzoek een opmerking gemaakt, waar dit kan bijdragen aan een inzicht in de problematiek waarmee de Nederlandse rechter wordt geconfronteerd en de invloed van de nationale en Europese procedurele context op zijn optreden.

1.9 Definities

In dit onderzoek worden enkele termen gebruikt die toelichting verdienen omdat zij in verschillende rechtsgebieden een verschillende lading hebben. Er valt, in een onderzoek waarin de invloed van het Unierecht op drie Nederlandse rechtsterreinen centraal staat, nauwelijks aan te ontkomen dat zo nu en dan moet worden gekozen voor een meer generieke of in het Nederlands recht minder gangbare term om daarmee verwarring te voorkomen.

Handhaving, private handhaving, publieke handhaving – Op de onderwerpen private en publieke handhaving is hierboven al ingegaan in § 1.6.2. Daarbij wordt met publieke handhaving bedoeld de rechtshandhaving door de Europese Commissie of een nationale toezichthouder, en met private handhaving bedoeld de rechtshandhaving op initiatief van private belanghebbenden die zich met een beroep op rechtstreeks werkende bepalingen van Unierecht in procedures bij nationale rechters beklagen over vermeende schendingen van de staatssteunregels.[83] In de centrale onderzoeksvraag wordt bewust alleen verwezen naar de 'handhaving' van de Europese staatssteunregels voor de nationale rechter. Hier is voor gekozen omdat, zoals uit de in dit onderzoek besproken staatssteunjurisprudentie blijkt, de Nederlandse rechter niet alleen te maken krijgt met situaties waarin een private belanghebbende de naleving van de staatssteunregels hoopt af te dwingen, maar ook met situaties waarin het de vermeend steunverlenende overheid zelf is die zich op het staatssteunrecht beroept. De in deze context gebruikelijke term private handhaving dekt dus niet de hele lading van de rol die de Nederlandse rechter op grond van de Europese staatssteunregels kan vervullen.

83 Vgl. Adriaanse 2006, p. 6.

In dit onderzoek wordt om de zojuist genoemde redenen vaker onderscheiden tussen, handhaving via een (nationale of supranationale) toezichthouder en handhaving via de nationale rechter.[84] Hiermee wordt meteen ook de verwarring voorkomen die kan voortvloeien uit de omstandigheid dat het concept private handhaving in het staatssteunrecht niet naadloos aansluit bij de in § 1.6.2 genoemde privaatrechtelijke literatuur over publieke en private handhaving. In deze literatuur wordt namelijk vaak uitgegaan van de traditionele verdeling van handhaving via het privaatrecht (via de rechter) en via het publiekrecht (via een toezichthouder). In de context van het staatssteunrecht is dat onderscheid tussen publiek- en privaatrecht verwarrend omdat ook bij de belasting- en bestuursrechter tegen schendingen van dat recht kan worden opgekomen.

Schending van de staatssteunregels – Dit onderzoek gaat over de handhaving van de Europese staatssteunregels. De belangrijkste van deze regels is de standstillbepaling (ook wel: opschortingsplicht), die hierboven in § 1.2 kort is beschreven en in hoofdstuk 2 uitgebreid aan de orde komt. Er bestaan echter ook situaties waarin de Nederlandse rechter genoodzaakt kan zijn om op te treden zonder dat de standstillbepaling in het geding is. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de Commissie ten aanzien van een bestaande steunmaatregel dienstige maatregelen heeft voorgesteld.[85] Om deze reden wordt waar nodig in bredere zin verwezen naar schendingen van de *staatssteunregels.*

Overheid, begunstigde, derde, justitiabele – In dit onderzoek worden verschillende termen gebruikt om de actoren aan te duiden die in een staatssteungeschil betrokken kunnen zijn. Bij de verlening van staatssteun moet dan in ieder geval worden gedacht aan de steunverlener, de steunontvanger en eventueel een derde die zich tegen de steunverlening verzet. De steunverlener wordt in dit onderzoek ook wel aangeduid met de term 'overheid'. Dat begrip heeft hier een specifiekere betekenis dan de gangbare betekenis waarbij wordt gedoeld op het lichaam of de instantie waarbij openbaar gezag berust. Enkel de (vermeend) *steunverlenende* overheid is namelijk aan de orde.[86] Onder het begrip 'overheid' zoals dat in dit onderzoek wordt gehanteerd valt in ieder geval

84 Art. 259 VWEU biedt een lidstaat de mogelijkheid om zich te wenden tot het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Hof), indien hij van mening is dat een andere lidstaat een van de krachtens de Verdragen op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen. Dit zou kunnen worden gezien als een vorm van handhaving via de *Europese* rechter. Van deze mogelijkheid wordt echter nauwelijks gebruik gemaakt, zodat deze verder buiten beschouwing blijft.

85 Zie over dit onderwerp nader in hoofdstuk 6 § 6.2.3.

86 In wezen komt het hier gebruikte begrip 'overheid' overeen met het begrip 'Staat' zoals dat in de specifieke context van het staatssteunrecht wordt gebruikt. De verwachting is echter dat het hanteren van het begrip 'Staat' hier nog verwarrender zou zijn omdat dit naar Nederlands taalgebruik lijkt te verwijzen naar de centrale overheid, terwijl staatssteun ook kan worden verleend door bijvoorbeeld decentrale overheden en privaatrechtelijke rechtspersonen waarop de overheid invloed uitoefent.

niet de rechter, hoewel deze zeker wel openbaar gezag uitoefent. De begunstigde is degene die volgens de regels van Europees recht eventueel de staatssteun zou moeten terugbetalen, en wordt ook wel eens aangeduid met de vergelijkbare term 'steunontvanger' of 'ontvanger'.[87] Degenen die door vermeend onrechtmatige staatssteun worden geraakt worden geschaard onder de noemer 'derden' en soms 'derde-belanghebbenden'. Wanneer hun belang specifieker valt aan te duiden, bijvoorbeeld doordat zij een heffing hebben betaald waarmee de steun zou zijn gefinancierd of een concurrentiebelang hebben, wordt waar mogelijk de concretere term (bijvoorbeeld heffingbetaler of concurrent) gebruikt.

Om in het scala aan begrippen met een mogelijke eigen lading, zoals 'partij', 'belanghebbende', 'eisende partij', 'verwerende partij' en dergelijke niet de weg kwijt te raken, wordt in dit onderzoek daarnaast het begrip 'justitiabele' gebruikt om in algemene zin te verwijzen naar degene die zich, binnen welke feitelijke of procedurele context dan ook, op (al dan niet aan het Unierecht ontleende) aan hem toekomende rechten beroept. Met het begrip 'justitiabele' wordt nooit gedoeld op de vermeend steunverlenende overheid.

Procesrecht – In dit onderzoek wordt regelmatig verwezen naar het nationale procesrecht. Deze term overlapt niet volledig met hetgeen in het Nederlands recht als procesrecht wordt aangeduid. Dat verschilt tussen de rechtsgebieden en is aan verandering onderhevig. De term procesrecht moet in dit onderzoek in bredere zin worden begrepen in de context van de nationale procedurele autonomie, waarbij de materiële normstelling wordt vormgegeven door het Unierecht en het aan het nationale recht staat om de procedures en remedies te leveren waarmee die materiële norm kan worden bewaarheid.[88] Een dergelijke definitie is in het Nederlands recht niet wezensvreemd. In de Memorie van Toelichting bij de hierboven al genoemde wet 'KEI' staat geschreven: 'Het procesrecht moet de rechtzoekende een efficiënte, effectieve en eerlijke mogelijkheid bieden om zijn materiële rechten te verwezenlijken.'[89] Onder procesrecht wordt in dit onderzoek dus verstaan al het recht, inclusief remedies, dat ertoe dient, de naleving in rechte van materiële normen te bewerkstelligen.[90]

87 De termen vallen echter niet altijd samen, zie in hoofdstuk 2 § 2.5.3.2.

88 Vgl. Wilman 2015, p. 67.

89 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3 (*MvT*), p. 4.

90 Vgl. Van Gerven 2000, p. 502; Haapaniemi 2009, p. 94. De nadruk ligt bij deze auteurs op het herstel van inbreuken op subjectieve rechten. Dat is voor dit onderzoek een iets te beperkte benadering, nu zoals zal blijken ook de overheid zich op de staatssteunregels kan beroepen om te voorkomen dat steun zal worden uitgekeerd of om al verleende steun terug te draaien. De rechtspraak van het Hof staat een bredere opvatting zoals in dit onderzoek gebruikt toe: HvJ EU 15 december 1971, nr. 51-54/71 (*International Fruit Company*), r.o. 3; HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*), r.o. 9; HvJ EU 16 december 1976, nr. 33/76 (*Rewe*), r.o. 5.

Bestuursrecht – Waar in dit onderzoek wordt verwezen naar het bestuurs(proces)recht of de bestuursrechter, wordt, tenzij anders is aangegeven, een beperkte definitie gehanteerd. Dat wil zeggen dat daaronder niet ook het belastingrecht of de belastingrechter wordt geschaard.

1.10 Verdere opbouw van dit boek

De indeling van dit boek volgt niet naadloos de volgorde van de vier deelvragen waarmee de centrale onderzoeksvraag is aangescherpt. Het is interessanter, overzichtelijker en voor de praktijk relevanter om aan te sluiten bij de hierboven in § 1.4 toegelichte kernthema's. Dat leidt tot de volgende hoofdstukindeling.

Na dit inleidende hoofdstuk gaat *hoofdstuk 2* uit Europees perspectief in op de inhoud van de staatssteunregels en de handhaving daarvan via de Europese Commissie en de nationale rechter. Bijzondere aandacht gaat uit naar de rol die de nationale rechter, nog steeds bezien vanuit het Unierecht, bij de toepassing van het Unierecht in het algemeen en de staatssteunregels in het bijzonder kan en moet vervullen. Hiermee wordt een belangrijke aanzet gegeven voor de beantwoording van de eerste deelvraag.

Hoofdstuk 3 geeft een overzicht van de soorten en de hoeveelheid staatssteungeschillen die in Nederland tot gepubliceerde rechterlijke uitspraken hebben geleid. Hiermee kunnen de volgende meer op inhoudelijke deelonderwerpen gerichte hoofdstukken in hun context worden geplaatst, en valt alvast aan te geven bij welke soorten staatssteungeschillen de Nederlandse rechter, afgaande op zijn gepubliceerde uitspraken, juist wel of geen rol van betekenis te spelen heeft.

De hoofdstukken 4 tot en met 7 vormen het hart van dit onderzoek. In deze hoofdstukken wordt telkens waar nodig ten opzichte van het betrokken kernthema verder uitgediept: (a) hoe de rechter bezien vanuit het Unierecht aan zijn rol invulling kan of moet geven, (b) welke regels en uitgangspunten van Nederlands (proces)recht op de procedure van toepassing zijn, (c) met welke problematiek de rechter vooral wordt geconfronteerd en hoe hij daarmee omgaat en (d) in hoeverre in de jurisprudentie van de verschillende rechters opvallende verschillen (of juist overeenkomsten) kunnen worden ontdekt. *Hoofdstuk 4* gaat specifiek in op de vraag wie zich op de staatssteunregels mag beroepen, waarmee de toepassing door de Nederlandse rechter van belangvereisten wordt uitgediept. *Hoofdstuk 5* richt de aandacht op de rol die de rechter speelt bij de beoordeling of een bepaalde maatregel kwalificeert als staatssteun. In *hoofdstuk 6* wordt ingegaan op de manier waarop de Nederlandse rechter invulling geeft aan zijn juridische verhouding tot de Europese Commissie wanneer zij beide bevoegd zijn om zich over de staatssteunconformiteit van een bepaalde handeling uit te laten. *Hoofdstuk 7* richt de schijnwer-

pers op de gevolgen die de Nederlandse rechter blijkens zijn rechtspraak bereid is om aan een (potentiële) schending van de staatssteunregels te verbinden.

Omdat de rol van de Nederlandse rechter voor een belangrijk deel wordt ingekaderd door de toepasselijke wet- en regelgeving, wordt vervolgens in *hoofdstuk 8* ingegaan op de mogelijke rol die de Nederlandse wetgever kan vervullen om de taak van de rechter te vergemakkelijken. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan het in 2008 geïntroduceerde wetsvoorstel terugvordering staatssteun, dat het Nederlands recht zou aanvullen met expliciete grondslagen voor de terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Dit hoofdstuk borduurt in wezen op de centrale onderzoeksvraag voort door de aandacht te richten op de mogelijkheid dat (en wijze waarop) de nationale juridische context waarin de nationale rechter opereert zou worden gewijzigd.

Dit onderzoek rondt af met een samenvatting en slotbeschouwing. In *hoofdstuk 9* worden de belangrijkste resultaten van het onderzoek bijeengebracht en wordt verkend welke bijdrage deze resultaten kunnen leveren aan de gedachtevorming over de handhaving van het Unierecht via de nationale rechter, de doorwerking van het Unierecht in de nationale rechtsorde en de horizontale interactie tussen publiek- en privaatrecht.

2 Staatssteunrecht en de nationale rechter uit Europees perspectief

2.1 Inleiding en opzet

Wat is de rol van de Nederlandse rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht in het licht van het Unierecht? Daarover gaat dit hoofdstuk. Wil men namelijk het optreden van de Nederlandse rechter in staatssteungeschillen kunnen duiden, dan is een redelijk begrip van de staatssteunregels, de manier waarop zij kunnen worden gehandhaafd en de taken die in dat kader aan de rechter toekomen, onmisbaar. Daarvoor vallen in ieder geval drie concrete redenen aan te wijzen. Ten eerste volgt uit de staatssteunregels de norm die door de Nederlandse rechter moet worden toegepast.[1] Wil de rechter dat ook daadwerkelijk kunnen doen (en wil men kunnen onderzoeken hoe hij dat doet), dan moeten de inhoud en strekking van die norm duidelijk zijn. Ten tweede is in de Europese regelgeving en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU[2] uitgekristalliseerd hoe de nationale rechter moet optreden en welke taken op hem rusten wanneer een schending van die norm wordt aangevoerd of vastgesteld. Kortom: uit het Unierecht volgt niet alleen de toe te passen materiële norm, maar ook het normatief kader dat het handelen van de rechter bij de toepassing van die norm beheerst. Ten derde vervult de nationale rechter zijn rol bij de handhaving van de Europese staatssteunregels niet alleen. Ook de Europese Commissie heeft op dat gebied namelijk belangrijke taken. Het is zodoende belangrijk om op het netvlies te hebben waar die taken mogelijk overlappen en waar de rechter van de Commissie hulp mag verwachten of door het optreden van de Commissie kan worden gebonden.

In het vorige hoofdstuk is het beeld gebruikt van het nationale recht als gereedschapskist waarmee de nationale rechters hun rol op grond van het Unierecht moeten proberen te vervullen. Binnen die beeldspraak geeft dit hoofdstuk de bouwtekening weer – het resultaat dat vanuit het perspectief van het Unierecht met behulp van het nationale gereedschap moet worden bereikt. In de hiernavolgende hoofdstukken worden delen van die bouwtekening verder uitgediept, maar vooral wordt op basis van de Nederlandse

1 Wel kunnen de staatssteunregels, zoals in de volgende hoofdstukken nog aan de orde komt, met name in procedures voor de Nederlandse bestuursrechter worden 'gegoten' in een nationale norm, zoals het motiveringsbeginsel of het formele zorgvuldigheidsbeginsel. Zie bijvoorbeeld in hoofdstuk 5 § 5.5.3.

2 Bestaande uit het Hof van Justitie (hierna: het Hof) en het Gerecht.

jurisprudentie onderzocht wat voor een bouwwerk daadwerkelijk tot stand komt en hoe dat kan worden verklaard. Om de zojuist genoemde 'bouwtekening' te kunnen schetsen, staat in dit hoofdstuk de volgende vraag centraal: welke rol kan, dan wel moet, de Nederlandse rechter bezien vanuit het Unierecht bij de handhaving van het staatssteunrecht vervullen? Dat is de eerste deelvraag waarmee de centrale vraagstelling van dit onderzoek is aangescherpt.

2.1.1 Afbakening en opbouw van het hoofdstuk

Over de inhoud en handhaving van de staatssteunregels op grond van het Unierecht en de rol van de nationale rechter daarbij valt veel te schrijven. Het voert te ver om in dit hoofdstuk te proberen om alle daarbij behorende onderwerpen uitputtend te onderzoeken. Dat ook niet nodig, want over de (handhaving van) de staatssteunregels bestaat inmiddels een uitgebreide literatuur.[3] Zeker waar het gaat om de inhoud van het staatssteunbegrip, de op steunmaatregelen van toepassing zijnde regels en de handhavingstaak van de Europese Commissie, beperkt dit hoofdstuk zich daarom tot het schetsen van de belangrijkste hoofdlijnen die nodig zijn om de rol van de Nederlandse rechter in staatssteungeschillen in perspectief te kunnen plaatsen. Voor een uitgebreidere en gedetailleerdere bespreking van deze onderwerpen kan worden verwezen naar de literatuur. Het ligt wel voor de hand om wat uitgebreider stil te staan bij de rol van de nationale rechter – per slot van rekening de sleutelfiguur van dit onderzoek in het algemeen en dit hoofdstuk in het bijzonder. Sommige aspecten van die rol zijn in het bijzonder relevant voor de in de hierna volgende hoofdstukken onderzochte kernthema's en worden in die hoofdstukken verder uitgediept. Waar dat het geval is, wordt dit ook in de tekst vermeld.

Voor de beantwoording van de in dit hoofdstuk centraal gestelde vraag wordt, na een kort algemeen overzicht van de staatssteunregels (§ 2.2) weergegeven wanneer sprake is van staatssteun (§ 2.3) en welke ge- en verboden gelden wanneer een maatregel als staatssteun kwalificeert (§ 2.4). De volgende paragrafen gaan in op de manieren waarop krachtens Unierecht de naleving van deze ge- en verboden wordt gewaarborgd. Daarbij komt eerst de rol van de Commissie aan bod (§ 2.5) om vervolgens te kunnen toekomen aan de rol van de spil van dit onderzoek, de nationale rechter (§ 2.6). Afgesloten wordt met een slotbeschouwing (§ 2.7).

3 Zie met name: Quigley 2015; Biondi 2013; Hancher, Ottervanger en Slot 2012; Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010; Nicolaides 2008; Jestaedt, Derenne en Ottervanger 2006. Meer in het bijzonder in relatie tot het Nederlands recht: Adriaanse 2006; Den Ouden 2005; Joris 1994; Winter 1981.

2.2 HET STAATSSTEUNRECHT IN VOGELVLUCHT

De Europese staatssteunregels zijn al in 1957 in het leven geroepen, destijds in de artikelen 92 tot en met 94 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap.[4] Inmiddels zijn zij te vinden in de artikelen 107 tot en met 109 VWEU, en nader uitgewerkt in verschillende verordeningen, besluiten, *soft law*-instrumenten en uitspraken van het Hof van Justitie van de EU, zoals hierna nog aan de orde komt. Kort samengevat houden de staatssteunregels in dat lidstaten van de EU slechts financiële steun aan ondernemingen mogen verlenen wanneer zij daarvoor toestemming van de Commissie hebben. Het uitgangspunt is dat het verlenen van dergelijke steun in de weg kan staan aan een aantal wezenlijke doelstellingen van de EU. De staatssteunregels vormen, op zijn minst in de visie van de Commissie, een belangrijke voorwaarde voor het totstandbrengen van een échte interne markt, wat op zijn beurt 'Europa's grootste troef' is om van Europa een slimme, duurzame en inclusieve economie te maken – de doelstelling van de zogenaamde Europa 2020-strategie.[5] In 2005 heeft de Europese Commissie een Staatssteun Actieplan[6] opgesteld waarin zij deze context nader toelicht. In 2012 heeft de Commissie de achtergrond van het staatssteuntoezicht uit haar perspectief nog eens nader aangescherpt in het kader van de zogenaamde staatssteunmodernisering.[7]

Volgens de Commissie waarborgen de staatssteunregels ten eerste een goed functionerende markteconomie. Deze maakt mogelijk dat consumenten tegen lage prijzen toegang hebben tot de producten die zij willen kopen en dat het concurrentievermogen van de EU in haar geheel wordt versterkt door ruimte te geven aan innoverende ondernemingen. Ten tweede beoogt het staatssteuntoezicht een gelijk speelveld voor alle ondernemingen te bewerkstelligen. Het verlenen van steun kan immers de marktpositie van bepaalde ondernemingen onterecht doen toenemen terwijl andere ondernemingen juist worden belemmerd of er zelfs niet in slagen om tot de markt toe te treden. Tot slot benadrukt de Commissie dat steun niet gratis is en ten koste gaat van andere belangrijke taken van de overheid.[8] Aan deze op zich vrij beleidsneutrale aspecten[9] heeft

4 Een vergelijkbare bepaling viel, uiteraard met een beperktere reikwijdte, zelfs al in 1951 te vinden in art. 67 van het Verdrag tot de oprichting van een Europese Gemeenschap van Kolen en Staal.

5 Mededeling van de Commissie van 8 mei 2012 aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, De modernisering van het EU staatssteunbeleid, COM(2012) 209 def. (hierna: Moderniseringsmededeling), randnr. 1 en 2.

6 Actieplan staatssteun 'Minder en beter gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009)', COM(2005)795 (hierna: Actieplan staatssteun).

7 Moderniseringsmededeling. Voor een mooi overzicht van de nieuwe regels onder de staatssteunmodernisering, zie Huurnink en Van den Tweel 2014 (formeel recht) en Huurnink en Van den Tweel 2015 (materieel recht).

8 Actieplan staatssteun, randnrs. 6-8.

de Commissie in het kader van de staatssteunmodernisering toegevoegd dat het wenselijk is dat overheidsbestedingen doelmatiger en doeltreffender worden en meer inzetten op groeibevorderende beleidsinitiatieven die voldoen aan gemeenschappelijke Europese doelstellingen. Ook hiermee zou moeten worden bijgedragen aan de tenuitvoerlegging van de Europa 2020-strategie voor duurzame groei en voor begrotingsconsolidatie.[10]

Dat er redenen bestaan om steunverlening door overheden aan banden te leggen, sluit niet uit dat overheidssteun een belangrijk instrument kan zijn om doelstellingen in het algemene belang te verwezenlijken. De Commissie noemt het corrigeren van marktfalen, sociale en regionale cohesie, duurzame ontwikkeling en culturele diversiteit. In een specifiek geval moet dan ook worden nagegaan hoe de positieve effecten voor het algemene belang zich verhouden tot de negatieve effecten van de steun op de mededinging.[11] Wanneer sprake is van overheidssteun is het dan ook zaak dat de Commissie – of de steunverlenende overheid op basis van door de Commissie uitgevaardigde regelgeving – nagaat of deze met de interne markt verenigbaar is.

Om de Commissie in staat te stellen deze afweging daadwerkelijk en op voorhand te maken, is een procedureel mechanisme in werking gezet. Een lidstaat die staatssteun wil verlenen, moet deze eerst aan de Commissie voorleggen (tenzij sprake is van zogenaamde bestaande steun)[12] en het uitvoeren van de steun uitstellen totdat de Commissie een uitspraak over de verenigbaarheid heeft gedaan. Omdat dit van de Commissie veel tijd en mankracht vraagt, kunnen bepaalde maatregelen van deze aanmeldingsplicht worden vrijgesteld en worden maatregelen die onder de vrijstelling vallen, geacht door de Commissie te zijn goedgekeurd.[13] Wanneer een steunverlenende overheid zich niet aan deze procedurele regels houdt, wordt de steun geacht onrechtmatig of onwettig te zijn. Op basis van deze algemene schets kan in de volgende paragrafen op de belangrijkste elementen van dit systeem worden ingegaan, te beginnen met de vraag wanneer eigenlijk van staatssteun sprake is.

2.3 'STAATSSTEUN'

De basis voor de beoordeling of een maatregel staatssteun vormt, is artikel 107 lid 1 VWEU. Hierin wordt bepaald:

9 Zie kritisch over 'policy-making and regulation by virtue of State aid law': Koenig 2014, p. 611.
10 Moderniseringsmededeling, randnr. 4 en 5.
11 Actieplan staatssteun, randnrs. 10-11.
12 Zie over bestaande steun nader in dit hoofdstuk § 2.4.5.
13 Deze vrijstellingen kunnen in het leven worden geroepen in verordeningen die hun grondslag vinden in art. 109 VWEU. Het belangrijkste voorbeeld is de hierna nog nader te bespreken Verordening 733/2013 (machtigingsverordening).

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

Uit de tekst van artikel 107 lid 1 VWEU kunnen vier voorwaarden worden gedestilleerd. (1) Er is sprake van een maatregel die bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigt; (2) deze maatregel is door de Staat of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd; (3) de maatregel vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen; (4) de maatregel beïnvloedt het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig.[14] Het kan zuiverder zijn om de eerste voorwaarde op te splitsen in twee aparte criteria, namelijk dat enerzijds sprake moet zijn van begunstiging en dat anderzijds deze begunstiging geldt voor bepaalde ondernemingen of bepaalde producties (het selectiviteitscriterium).[15] De inhoudelijke toets blijft ongeacht de gekozen aanpak gelijk.

Bij de invulling van het begrip staatssteun gaat het Hof, zoals zal blijken, uit van een pragmatische benadering. Zo hebben het Gerecht alsook het Hof met enige regelmaat benadrukt dat de redenen of doeleinden van overheidsmaatregelen er bij de kwalificatie als steun niet toedoen; relevant voor de beoordeling of sprake is van staatssteun zijn enkel de gevolgen van de bestreden maatregel.[16] Daarnaast stond al vroeg vast dat zowel de steunmaatregel zelf als de wijze waarop deze wordt gefinancierd voor de toepasselijkheid van artikel 107 lid 1 VWEU relevant zijn.[17] Gebruikmakend van de (niet altijd even heldere of eenduidige)[18] jurisprudentie van de Europese rechters en, waar nodig, de besluitenpraktijk van de Commissie, worden hierna de vier voorwaarden nader toegelicht.

---

14 De verdeling in vier voorwaarden wordt ook als zodanig gebruikt door het Hof, in o.a. HvJ EU 21 maart 1990, nr. C-142/87 (*Tubemeuse*), r.o. 25; HvJ EU 1 juli 2008, nr. C-341/06 P en C-342/06 P (*Chronopost en La Poste*), r.o. 125; HvJ EU 17 juli 2008, nr. C-206/06 (*Essent Netwerk Noord*), r.o. 63; HvJ EU 10 juni 2010, nr. C-140/09 (*Fallimento Traghetti*), r.o. 31; HvJ EU 2 september 2010, nr. C-399/08 P (*Commissie/Deutsche Post*), r.o. 38. Ook de Commissie toetst vier voorwaarden. Vgl. Besluit van de Commissie van 29 oktober 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland, *PbEU* 2004, L 34/63, punt 41. Zie ook Craig en De Búrca 2015, p. 1133 e.v.

15 Zie voor deze benadering o.a. Adriaanse 2006, p. 19 en VerLoren van Themaat en Reuder 2008, p. 761.

16 HvJ EU 2 juli 1974, nr. 173/73 (*Italië/Commissie*), r.o. 13; HvJ EU 26 september 1996, nr. C-241/94 (*Frankrijk/Commissie*), r.o. 20; GvEA EU 29 september 2000, nr. T-55/99 (*CETM/Commissie*), r.o. 94.

17 HvJ EU 25 juni 1970, nr. 47/69 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 4.

18 Ondanks pogingen om toch duidelijkheid te verschaffen, bijv. door Biondi 2013.

2.3.1 Selectief voordeel voor een onderneming

Kernachtig samengevat kan een voordeel in de zin van artikel 107 VWEU worden gevonden in 'maatregelen die, in welke vorm ook, ondernemingen rechtstreeks of indirect kunnen bevoordelen, of die moeten worden beschouwd als een economisch voordeel dat de begunstigde onderneming onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen'.[19] Het begrip voordeel in deze zin verwijst niet enkel naar positieve prestaties zoals subsidies, maar ook naar maatregelen die een onderneming van een last bevrijden die zij anders zelf had moeten dragen.[20] Te denken valt bijvoorbeeld aan belastingverlagingen of de verkoop van grond tegen een lagere prijs dan gewoonlijk. Ook bijvoorbeeld de omstandigheid dat de gewone faillissements- en insolventieprocedures op een onderneming niet van toepassing zijn, kan tot gevolg hebben dat sprake is van een voordeel.[21] In feite gaat het bij een voordeel dus om een verbetering, op welke manier dan ook, van de financiële positie van een onderneming.[22]

Een voordeel kan onder omstandigheden ook via een omweg bij de begunstigde terechtkomen. Dat was het geval in de zaak *Mediaset*, over een Italiaanse wet die door middel van subsidies aan consumenten de koop of huur van een bepaalde technologie wilde bevorderen. Hoewel geen subsidie werd verleend aan de aanbieders van de technologie, waren zij volgens het Hof door de maatregel wel in staat om hun klantenbestand te behouden en zelfs uit te breiden.[23]

Van een voordeel is geen sprake wanneer een steunmaatregel een zuiver compensatoir karakter heeft, hoewel dit niet te gemakkelijk moet worden aangenomen. De Commissie zag geen voordeel in compenserende maatregelen voor een zeilvereniging die verliezen leed door de keuze van de overheid om een haven te verbouwen.[24] Ook een schadevergoeding die verplicht op grond

---

19 HvJ EU 23 maart 2006, nr. C-237/04 (*Enirisorse*), r.o. 30; HvJ EU 30 maart 2006, nr. C-451/03 (*Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*), r.o. 59; HvJ EU 2 september 2010, nr. C-399/08 P (*Commissie/Deutsche Post*), r.o. 40.

20 HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*), r.o. 38; HvJ EU 15 december 2005, nr. C-66/02 (*Italië/Commissie*), r.o. 77; GvEA EU 30 november 2009, nr. T-427/04 en T-17/05 (*France Télécom/Commissie*), r.o. 196.

21 HvJ EU 3 april 2014, nr. C-559/12 P (*Franse Republiek/Commissie*).

22 Zie GvEA EU 30 november 2009, nr. T-427/04 en T-17/05 (*France Télécom/Commissie*), r.o. 196; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-227/01 t/m T-229/01, T-265/01, T-226/01 en T-270/01 (*Territorio histórico de Álava*), r.o. 126. Let wel dat hiermee nog niet is gegeven dat aan de overige voorwaarden is voldaan.

23 HvJ EU 28 juli 2011, nr. C-403/10 P (*Mediaset*), r.o. 81; GvEA EU 15 juni 2010, nr. T-177/07 (*Mediaset*), r.o. 62 en 75. Zie ook GvEA EU 4 maart 2009, nr. T-424/05 (*Italië/Commissie*), r.o. 108.

24 Besluit van de Commissie van 29 oktober 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland, *PbEU* 2004, L 34/63.

van een wettelijke bepaling wordt verleend, levert over het algemeen geen staatssteun op.[25] Kern van de zaak is immers of de overheidsbemoeienis een verbetering in de financiële positie van de ontvanger heeft veroorzaakt.

2.3.1.1 De overheid als deelnemer in een markteconomie

De vraag of een overheid een voordeel verstrekt valt niet altijd even gemakkelijk te beantwoorden. Een belangrijk hulpmiddel vormt het beginsel van de overheid als marktdeelnemer in een markteconomie (hierna: MEOP, naar de Engelse benaming *market economy operator principle*. Ook wel bekend als het beginsel van de particuliere marktinvesteerder).[26] Dit beginsel, dat in verschillende contexten door het Hof van Justitie is gehanteerd, heeft een belangrijke plek ingenomen in de hierna in § 2.3.5 nog te bespreken Commissiemededeling over de definitie van staatssteun.[27] Uitgangspunt is dat de Staat zich kan gedragen als traditionele overheid, om algemene belangen te behartigen, maar ook als min of meer willekeurig marktdeelnemer.[28] Een onderneming die onderhandelt met de overheid in haar hoedanigheid van marktdeelnemer en een afspraak maakt die ook zo met een andere marktdeelnemer had kunnen worden gemaakt, zal niet snel een voordeel in de zin van het Verdrag hebben ontvangen. Dat deze hypothetische investeerder geen toegang heeft tot de middelen waarover de overheid kan beschikken, zoals middelen uit belastingheffing of zelfs wetgeving, sluit de toepassing van het MEOP niet uit.[29]

De Commissie hanteert in haar mededeling de volgende toetsingsmaatstaf: is het besluit van een lidstaat om op enig moment een transactie uit te voeren, genomen op grond van economische analyses die te vergelijken zijn met die welke een rationele particuliere marktdeelnemer (die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de betrokken overheidsinstantie benadert), zou hebben laten uitvoeren om de winstgevendheid of economische voordelen van de transactie te bepalen?[30] Bij die beoordeling kan het beginsel van *pari passu* uitkomst bieden. Dat wil zeggen: wanneer een transactie op

---

25 Den Ouden en Tjepkema 2007, m.n. p. 101. Vgl. HvJ EU 27 september 1988, nr. 120/87 (*Asteris*), r.o. 23-24. Zie ook Tjepkema 2013; Tjepkema 2010, p. 709 e.v.

26 Zie over het MEOP nader: Rijke, Roks-Mauritz en Visser 2015; Aalbers en Jaarsma 2015; Saanen 2012.

27 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016, *C* 262/1 (hierna: Mededeling definitie staatssteun), vanaf randnr. 73.

28 HvJ EU 14 september 1994, nr. C-278/92 t/m C-280/92 (*Spanje/Commissie*), r.o. 22; GvEA EU 15 december 2009, nr. T-156/04 (*EDF/Commissie*), r.o. 223; HvJ EU 5 juni 2012, nr. C-124/10P (*EDF/Commissie*). Vgl. Van der Wal en Van Heezik 2012.

29 GvEA EU 15 december 2009, nr. T-156/04 (*EDF/Commissie*), r.o. 235-237. Het feit dat de overheid een wet of een andere enkel aan haar voorbehouden maatregel treft, sluit niet uit dat daaraan een economisch doel ten grondslag ligt dat ook door een particuliere investeerder had kunnen worden nagestreefd.

30 Mededeling definitie staatssteun, randnr. 79.

dezelfde voorwaarden plaatsvindt voor overheidsinstanties en particuliere marktdeelnemers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, mag worden verondersteld dat aan het MEOP is voldaan en er geen sprake is van een voordeel.[31]

2.3.1.2 Diensten van algemeen economisch belang

Uit het MEOP volgt onder meer dat het niet de bedoeling is om met staatsmiddelen onrendabele activiteiten kunstmatig in stand te houden.[32] Een op winst gerichte privé-investeerder zou dat ook niet doen. Er wordt een belangrijke uitzondering gemaakt voor activiteiten die in het algemeen belang worden uitgevoerd. Te denken valt aan het beschikbaar maken van ambulancediensten in een heel gebied zelfs wanneer dat door de lage bevolkingsdichtheid eigenlijk verliesgevend zou zijn.[33] Het gaat hierbij om diensten van algemeen economisch belang, of, zoals het Hof ze ook wel eens noemt, openbaredienstverplichtingen. Deze diensten dienen een publiek belang maar zijn vaak niet rendabel, waardoor ondernemingen ze niet zonder meer kunnen en willen uitvoeren. Er bestaat dan een inherent economisch probleem. Als de overheid wil dat deze diensten worden uitgevoerd met inachtneming van bepaalde kwaliteits- en toegangseisen maar de kosten voor de uitvoerder niet opwegen tegen de baten, zal zij financieel moeten bijspringen.[34]

In haar uitspraken in *Ferring* en *Altmark* heeft het Hof erkend dat een dergelijke tussenkomst van de Staat in principe geen voordeel oplevert.[35] Wel moet aan bepaalde voorwaarden zijn voldaan:[36]

1. De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van duidelijk omschreven openbaredienstverplichtingen. Deze moeten duidelijk blijken uit de nationale wetgeving en/of vergunningen.
2. De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld, zodat het bestaan van een voordeel kan worden voorkomen.

---

31 Deze bewoordingen zijn ontleend aan de Mededeling definitie staatssteun randnr. 86. Zie eerder: GvEA EU 12 december 2000, nr. T-296/97 (*Alitalia/Commissie*), r.o. 80-81; vgl. GvEA EU 24 september 2008, nr. T-20/03 (*Kahla/Commissie*), r.o. 254. Vgl. HvJ EU 24 januari 2013, nr. C-73/11 P (*Frucona Košice/Commissie*), r.o. 72.

32 Vgl. Actieplan staatssteun, randnr. 8.

33 Vgl. HvJ EU 25 oktober 2001, nr. C-475/99 (*Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz*), in het licht van de artt. 102 en 106 VWEU (mededinging).

34 Zie Rubini 2009, p. 320.

35 HvJ EU 22 november 2001, nr. 53/00 (*Ferring*), r.o. 30-3; HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark Trans*), r.o. 87. Daarmee wordt afgeweken van de benadering van het Gerecht, die de vraag naar de openbaredienstverplichting plaatste in het kader van het onderzoek naar de verenigbaarheid van de steun.

36 HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark Trans*), r.o. 88-94; HvJ EU 10 juni 2010, nr. C-140/09 (*Fallimento Traghetti*), r.o. 37-40.

3. De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten te dekken, waarbij rekening wordt gehouden met de opbrengsten van het uitvoeren van de verplichting en een redelijke winst.
4. De compensatie moet worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde en goedbeheerde onderneming, die zodanig met de noodzakelijke middelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om de verplichtingen uit te voeren – weer rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst. Aan deze voorwaarde wordt geacht te zijn voldaan wanneer de dienst openbaar is aanbesteed.[37]

Wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, is volgens het Hof geen sprake van een voordeel. Deze gevolgtrekking is in de literatuur bekritiseerd omdat daarmee een zeer gevoelig onderwerp is geplaatst binnen de vraag of sprake is van staatssteun en daardoor ook door nationale rechters moet worden beoordeeld.[38] De beoordeling is overigens ook alles behalve gemakkelijk.[39] Om die reden heeft de Commissie verschillende bindende en niet-bindende documenten opgesteld om rondom de diensten van algemeen economisch belang regels te stellen en deze te versimpelen en te verduidelijken.[40]

2.3.1.3 Begunstiging aan bepaalde ondernemingen of producties (selectiviteit)

Een voordeel moet aan een onderneming worden verleend om onder het staatssteunbegrip te vallen. Onder het begrip onderneming wordt verstaan 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.[41] 'Economische activiteiten' duidt op 'iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt'.[42]

Artikel 107 lid 1 VWEU beperkt zich daarnaast tot de begunstiging van *bepaalde* ondernemingen of *bepaalde* producties. Hierin besloten ligt de zogenaamde selectiviteitseis. De begunstiging is selectief wanneer deze niet geldt

37 Wanneer een activiteit openbaar is aanbesteed, kan namelijk de kandidaat worden geselecteerd 'die deze diensten tegen de laagste kosten voor de Gemeenschap kan leveren.' HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark Trans*), r.o. 93.

38 Meij 2005, p. 24-5.

39 EU-Commissaris Almunia erkende de complexiteit van deze beoordeling. J. Almunia, 'An integrated approach to state aid', toespraak voor de European State Aid Law Institute Conference, Brussel, 26 mei 2006 (SPEECH/11/385). Zie over de handhaving via vrijstellingsbesluiten uitgebreider: Adriaanse 2013.

40 Zie over het DAEB-pakket van de Commissie nader o.m.: Aalbers en Hessel 2012; Knook 2013; Saanen 2014.

41 Zie over dit begrip nader Mededeling definitie staatssteun, randnrs. 117 e.v., met verwijzingen naar vaste rechtspraak.

42 HvJ EU 12 september 2000, nr. C-180/98 t/m C-184/98 (*Pavlov*), r.o. 74 en 75; GvEA EU 16 december 2010, nr. T-231/06 en T-237/06 (*Nederlandse Omroep Stichting*), r.o. 92.

voor andere ondernemingen of producties die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, gelet op de doelstelling van de betrokken regeling.[43] Ook de selectiviteitseis is complex en veelomvattend.[44]

Alleen een maatregel die zonder onderscheid alle ondernemingen op het nationale grondgebied begunstigt is niet selectief en daarmee geen staatssteun.[45] Te denken valt aan algemeen economisch beleid, zoals het verlagen van de rente of een algemene belastingverlaging.[46] Niet veel maatregelen zullen daaraan voldoen. Een maatregel die de meeste maar niet alle ondernemingen of producties begunstigt, is toch selectief.[47] Dat geldt ook voor maatregelen die de gehele export,[48] een gehele sector van de economie of een regio[49] betreffen. Hetzelfde gaat op voor maatregelen die niet-selectief lijken maar die in de praktijk een minimuminvestering door de onderneming eisen. Daarmee wordt het voordeel namelijk voorbehouden aan ondernemingen die over de benodigde financiële middelen beschikken.[50] Op dezelfde manier krijgt een volstrekt neutrale maatregel een selectief karakter wanneer de hoogte en de voorwaarden voor de steun discretionair kunnen worden toegepast.[51] A-G Jacobs formuleerde dit principe nog scherper: 'Het bestaan van een discretionair element bij het verlenen van de tegemoetkomingen – zelfs in het kader van een algemeen stelsel – verandert iedere toepassing van het stelsel in een specifiek voorbeeld van steun'.[52]

Op deze strikte toepassing van de selectiviteitseis bestaat een aantal uitzonderingen. Vastgesteld werd dat een maatregel die zonder onderscheid alle ondernemingen op het nationale grondgebied begunstigt, niet selectief is. In sommige gevallen kan worden vastgesteld dat het relevante referentiekader niet wordt gevormd door het gehele nationale grondgebied maar door slechts

---

43 HvJ EU 30 juni 2016, nr. C-270/15 P, (*België/Commissie*), r.o. 48; HvJ EU 15 november 2011, gevoegde zaken C-106/09P en C-107/09P (*Commissie/Gibraltar*), r.o. 75; HvJ EU 29 april 2004, nr. C-308/01 (*GIL Insurance*), r.o. 68.

44 De complexiteit van de selectiviteitseis wordt mooi weergegeven door Bartosch 2010.

45 HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*), r.o. 35.

46 HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*), r.o. 35; HvJ EU 29 april 2004, nr. C-308/01 (*GIL Insurance*), r.o. 78.

47 HvJ EU 17 juni 1999, nr. C-75/97 (*Maribel*), r.o. 32; HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*), r.o. 48.

48 HvJ EU 10 december 1969, nr. 6/69 en 11/69 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 20-1; HvJ EU 7 juni 1988, nr. 57/86 (*Griekenland/Commissie*), r.o. 8.

49 HvJ EU 14 oktober 1987, nr. 248/84 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 18.

50 GvEA EU 9 september 2009, nr. T-227/01 t/m T-229/01, T-265/01, T-226/01 en T-270/01 (*Territorio histórico de Álava*), r.o. 159 en 162.

51 HvJ EU 26 september 1996, nr. C-241/94 (*Frankrijk/Commissie – "Kimberly Clark"*), r.o. 22-23.

52 Conclusie A-G Jacobs in HvJ EU 7 mei 1996, nr. C-241/94 (*Frankrijk/Commissie – "Kimberly Clark"*), ov. 28. Er hoeft dan ook niet te worden aangetoond dat het steunverlenende orgaan willekeurig heeft gehandeld; het bestaan van een discretionaire bevoegdheid volstaat. GvEA EU 6 maart 2002, nr. T-127/99, T-129/99 en T-148/99 (*Demesa*), r.o. 154; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-227/01 t/m T-229/01, T-265/01, T-226/01 en T-270/01 (*Territorio histórico de Álava*), r.o. 171.

een deel daarvan. Te denken valt aan een regionale entiteit die door haar status rechtens en feitelijk zo autonoom is dat niet het centrale bestuur maar de regionale entiteit bepalend is voor de politieke en economische omgeving waarin de ondernemingen opereren.[53] Of haar maatregelen selectief zijn, wordt getoetst aan de hand van het regionale en niet het gehele nationale grondgebied.

Daarnaast moet worden opgemerkt dat de toepassing van het selectiviteitsvereiste op belastingmaatregelen bijzonder complex is en nog steeds volop in ontwikkeling is.[54] In principe wordt een onderzoek in drie stappen gevolgd.[55] Ten eerste moet worden bepaald wat de referentieregeling is. Vervolgens moet worden nagegaan of de maatregel daarvan afwijkt, voor zover hij differentiaties invoert tussen marktdeelnemers die zich, gelet op de aan de regeling inherente doelstellingen, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.[56] Wanneer sprake is van een afwijking, moet ten derde worden beoordeeld of de afwijking gerechtvaardigd wordt door de aard of de opzet van de referentieregeling. De materie is te complex om deze hier uitputtend te kunnen behandelen. Hoofdregel blijft hoe dan ook dat van selectiviteit eerder wel dan niet sprake is.[57]

2.3.2 Door de Staat of met staatsmiddelen bekostigd

Niet elk voordeel voor een onderneming wordt door de Staat of door staatsmiddelen gefinancierd. Van een steunmaatregel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU is slechts sprake wanneer deze rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen is bekostigd[58] en aan de Staat kan worden toegerekend.[59] Het lijkt

53 HvJ EU 6 september 2006, nr. C-88/03 (*Portugal/Commissie*), r.o. 58. In deze zaak ging het over de eilandengroep van de Azoren en Madeira, die ten opzichte van Portugal autonome regio's zijn, met een eigen politiekadministratieve status, eigen overheidsorganen en eigen belastinginkomsten (r.o. 8-9).

54 Zie bijv. Douma 2014; Quigley 2012.

55 Staviczky 2015, p. 333. Hij stelt naar aanleiding van twee arresten uit 2014 verfijningen voor van dit stappenplan. De Commissie acht dit onderzoek ook toepasselijk op andere dan fiscale mogelijke steunmaatregelen. Mededeling definitie staatssteun, randnr. 128.

56 Mededeling definitie staatssteun, randnr. 128.

57 Rubini 2009, p. 372 ziet achter deze ruime uitleg geen pragmatische of politieke rechtvaardiging, maar veeleer de wil van het Hof om maatregelen onder de staatssteunregels te scharen.

58 HvJ EU 17 maart 1993, nr. C-72/91 en C-73/91 (*Sloman Neptun*), r.o. 19; HvJ EU 30 november 1993, nr. C-189/91 (*Kirsammer-Hack*), r.o. 16; HvJ EU 7 mei 1998, nr. C-52/97 t/m C-54/97 (*Viscido*), r.o. 13; HvJ EU 1 december 1998, nr. C-200/97 (*Ecotrade*), r.o. 35; HvJ EU 17 juni 1999, nr. C-295/97 (*Piaggio*), r.o. 35; HvJ EU 13 maart 2001, nr. C-379/98 (*PreussenElektra*), r.o. 58. In overeenstemming met de op gevolgen gerichte benadering van het staatssteunbegrip gaat het erom of steunmaatregelen met overheidsmiddelen worden gefinancierd: HvJ EU 14 oktober 1987, nr. 248/84 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 17.

erop dat de jurisprudentie van het Hof over dit element van het begrip staatssteun, die met de jaren steeds verder is ontwikkeld, nog niet helemaal is uitgekristalliseerd. Volledige duidelijkheid daarover bestaat (nog) niet,[60] maar toch loont het de moeite om kort stil te staan bij de twee in dit kader belangrijkste vragen, namelijk of sprake is van staatsmiddelen (of de maatregel drukt op de staatskas) en of sprake is van toerekenbaarheid aan de Staat. Kort gezegd gaat het erom of de Staat invloed had op het invoeren van een maatregel, en of zij deze invloed daadwerkelijk heeft uitgeoefend.[61]

2.3.2.1 Staatsmiddelen

Ten eerste moet worden vastgesteld of het de Staat is, in welke vorm dan ook, die invloed kan uitoefenen op de betreffende maatregel. Niet alleen de centrale of decentrale overheid kan steun verlenen,[62] maar ook een ander lichaam dat met de verdeling van steun belast is of door de overheid wordt gestuurd.[63] Het begrip 'Staat' in deze context kan dan ook als verwarrend worden ervaren, zodat in dit onderzoek doorgaans de term 'overheid' wordt gebruikt. Zelfs dat een mogelijke steunmaatregel afkomstig is van een privaatrechtelijke rechtspersoon biedt zeker geen garantie dat van staatsmiddelen geen sprake zou zijn, nu het altijd nog relevant blijft of de Staat door haar dominerende invloed op de onderneming het gebruik van diens middelen heeft kunnen sturen.[64]

Ten tweede is relevant of de betreffende *middelen* kunnen worden geacht afkomstig te zijn van de Staat.[65] Daarbij geldt in ieder geval dat 'staatsmiddelen' de geldelijke middelen omvat die de overheid daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen. Deze middelen hoeven niet permanent deel uit te maken van het vermogen van de Staat, zolang zij wel constant onder staatscontrole zijn en daarmee ter beschikking van de nationale autoriteiten

59 HvJ EU 30 mei 2010, nr. C-677/11 (*Doux Élevage*), r.o. 27; HvJ EU 2 februari 1998, nr. 67/85, 68/85 en 70/85 (*Van der Kooy/Commissie*), r.o. 35; HvJ EU 21 maart 1991, nr. C-303/88 (*Italië/Commissie*), r.o. 11; HvJ EU 21 maart 1991, nr. C-305/89 (*Italië/Commissie*), r.o. 13.

60 Clayton en Segura Catalon 2015, m.n., p. 269; Biondi 2013, p. 1724-1729.

61 Clayton en Segura Catalan 2015, p. 260, merken op dat de grens tussen de elementen '*State resources*' en '*imputability*' is vervaagd.

62 HvJ EU 14 oktober 1987, nr. 248/84 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 17; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-227/01 t/m T-229/01, T-265/01, T-266/01 en T-270/01 (*Territorio histórico de Álava*), r.o. 178.

63 Te denken valt dus ook aan steunverlening door van overheidswege ingestelde of aangewezen publiek- of privaatrechtelijke lichamen of beheersorganen. HvJ EU 19 juni 1973, nr. 77/72 (*Capalongo*); HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike & Weinling*), r.o. 21-22; HvJ EU 17 maart 1993, nr. C-72/91 en C-73/91 (*Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*), r.o. 19.

64 HvJ EU16 mei 2002, nr. C-482/99 (*Stardust Marine*), r.o. 38.

65 Over de discussie of hier sprake is van cumulatieve of alternatieve criteria, zie Winter 2004, p. 502; Meij 2005.

staan.[66] Subsidies bekostigd met Europese middelen kunnen onder omstandigheden kwalificeren als staatssteun.[67] Het Hof heeft ook geoordeeld dat van staatsmiddelen geen sprake is wanneer een sectorale of beroepsorganisatie aan haar leden heffingen of bijdragen heeft opgelegd die worden gebruikt om bepaalde door die organisatie zelf vastgestelde doelen te bereiken. Dat een nationale overheidsinstantie bij besluit de betaling van de bijdrage verbindend heeft gemaakt, doet daaraan niet af wanneer deze de middelen niet daadwerkelijk kan gebruiken om bepaalde ondernemingen te steunen, en in wezen niet meer doet dan de autonome plannen van de organisatie te faciliteren.[68]

Dat de middelen afkomstig moeten zijn van de Staat betekent niet dat er een daadwerkelijke overdracht van middelen moet hebben plaatsgevonden.[69] Dit sluit logisch aan bij het ruime voordeelbegrip dat zich ook uitstrekt tot situaties waarbij geen daadwerkelijke middelen worden overgedragen maar er wel een verbetering in de financiële positie van de begunstigde onderneming te zien is. Van belang is vooral dat de maatregel een extra last voor de overheid creëert. Deze last kan er in bestaan dat de overheid afziet van belastinginkomsten,[70] of dat zij een bepaald risico draagt zonder daar een tegenprestatie voor te vragen – bijvoorbeeld door het verstrekken van een gratis staatsgarantie.[71] Een minister die in een praatprogramma op televisie opmerkt dat een bepaalde bank er bijzonder goed voorstaat, heeft daarmee dus nog geen staatssteun verleend. Zelfs al levert deze uitspraak de bank extra klanten en daardoor voordeel op, de (financiële) staatsmiddelen ontbreken.[72] Ook hier is echter weer voorzichtigheid geboden. In een geval waarin de Franse over-

---

66 HvJ EU 16 mei 2000, nr. C-83/98 P (*Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie*), r.o. 50.

67 HvJ EU 13 oktober 1982, nr. 213/81 t/m 215/81 (*Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*), r.o. 24. Zie over de ingewikkelde verhouding tussen het staatssteunrecht en Europese subsidies nader Van den Brink 2012, p. 42-45, p. 368 en p. 480-1.

68 HvJ EU 30 mei 2010, nr. C-677/11 (*Doux Élevage*), r.o. 36. Vgl. HvJ EU 15 juli 2004, nr. C-345/02 (*Pearle*), dictum. Kritisch daarover: Sinnaeve 2004.

69 HvJ EU 15 maart 1994, nr. C-387/92 (*Banco Exterior de España*), r.o. 14; HvJ EU 19 mei 1999, nr. C-6/97 (*Italië/Commissie*), r.o. 16; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-227/01 t/m T-229/01, T-265/01, T-266/01 en T-270/01 (*Territorio histórico de Álava*), r.o. 125.

70 Expliciet: GvEA EU 17 december 2008, nr. T-196/04 (*Ryanair/Commissie*), r.o. 38; GvEA EU 10 april 2008, nr. T-233/04 (*Nederland/Commissie*), r.o. 66; HvJ EU 17 juni 1999, nr. C-295/97 (*Piaggio*), r.o. 42.

71 Aan de voorwaarde van bekostiging door staatsmiddelen is dan al voldaan voordat het door de garantie gedekte bedrag is uitgekeerd. Mededeling van de Commissie van 20 juni 2008 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van garanties, *PbEU* 2008, C 155/10, randnr. 2.1.

72 Dit is een hypothetisch voorbeeld. Een ander voorbeeld komt uit het mededingingsrecht: HvJ EU 25 oktober 2001, nr. C-475/99 (*Ambulanz Glöckner*), r.o. 43. In deze zaak werd een vergunning verleend aan een bedrijf met uitsluiting van andere bedrijven. Hoewel dit als voordeel werd gekwalificeerd, kwamen de staatssteunregels niet aan de orde, terwijl dit wel had gekund (HvJ EU 27 november 2003, nr. C-34/01 t/m C-38/01 (*Enirisorse SpA/ Ministero delle Finanze*), r.o. 50). Mogelijk ligt dit eraan dat het verlenen van een vergunning niet leidde tot een verlies van inkomsten voor de staat. Deze kwestie werd echter niet expliciet behandeld.

heid aankondigde een onderneming financieel te ondersteunen, met een positieve herwaardering van de onderneming door een kredietbeoordelaar tot gevolg, oordeelde het Hof dat wel degelijk van een steunmaatregel sprake was omdat de Franse overheid op dezelfde dag aan de onderneming een kredietlijn in de vorm van een aandeelhoudersvoorschot van € 9 miljard aanbood. Dat de onderneming van de kredietlijn nooit gebruik heeft gemaakt, maakte voor de beoordeling van het Hof geen verschil omdat toch een voldoende concreet economisch risico ontstond dat de begroting zou worden belast.[73]

2.3.2.2 Toerekenbaarheid aan de Staat

Door het ruime staatsbegrip is het mogelijk dat staatssteun wordt verleend door een (privaatrechtelijke) onderneming onder de daadwerkelijke dominerende invloed van de overheid. Voordat een handeling van een onderneming als staatssteun wordt aangemerkt, is dus relevant of die handeling aan de overheid kan worden toegerekend.[74] Dat is niet gemakkelijk. Een nationale rechter zal dan ook genoegen moeten nemen met een samenstel van aanwijzingen uit de context van de zaak en de context waarin de bestreden maatregel is genomen.[75] Een aanknopingspunt biedt bijvoorbeeld dat het bedrijf de bestreden beslissing niet kon nemen zonder rekening te houden met de eisen van de overheid of een daardoor speciaal opgericht comité.[76] In de uitspraak *Commerz* heeft het Hof geoordeeld dat de omstandigheid dat de enige bestuurder van een bedrijf onwettig heeft gehandeld, zijn handelen bewust geheim heeft gehouden en de statuten van het bedrijf heeft genegeerd, relevant kan zijn voor de toerekenbaarheid van zijn handelen aan de overheidsinstantie die dat bedrijf controleert. Echter: als zodanig sluiten deze omstandigheden volgens het Hof de toerekenbaarheid nog niet uit. Dat geldt volgens het Hof zelfs wanneer duidelijk is dat de overheidsinstantie zich tegen het handelen zou hebben verzet indien zij daarvan in kennis was gesteld.[77] In zijn uitspraak *Stardust* geeft het Hof nog meer aanwijzingen. Genoemd worden:

> '… het feit dat het bedrijf deel uitmaakt van de structuur van de openbare administratie, de aard van zijn activiteiten en het feit dat het bedrijf bij het verrichten van

73 HvJEU 19 maart 2013, nr. C-303/13 (*Bouygues*), m.n. r.o. 109 en 137. Zie over deze controversiële zaak onder meer: Hancher en Sauter 2014. Het Hof is hiermee afgeweken van de uitspraak van het Gerecht in dezelfde zaak. Zie nader Slotboom 2010.

74 HvJ EU 16 mei 2002, nr. C-482/99 (*Stardust Marine*), r.o. 52.

75 Idem, r.o. 53 en 55; HvJ EU 17 september 2014, nr. C-242/13 (*Commerz*), r.o. 34.

76 HvJ EU 21 maart 1991, nr. C-303/88 (*Italië/Commissie*), r.o. 11-12; HvJ EU 2 februari 1998, nr. 67/85, 68/85 en 70/85 (*Van der Kooy/Commissie*), r.o. 37. Dat moet breder worden opgevat dan enkel de noodzaak om goedkeuring aan de overheid te vragen voor een maatregel, zie: GvEA EU 12 december 1996, nr. T-358/94 (*Air France II*), r.o. 68.

77 HvJ EU 17 september 2014, nr. C-242/13 (*Commerz*), *dictum* (zoals gerectificeerd bij de beschikking van het Hof, van 23 oktober 2014).

deze activiteiten op de markt normaal concurreert met particuliere marktdeelnemers, het juridische statuut van het bedrijf – of het publiekrecht van toepassing is dan wel het algemene vennootschapsrecht –, de mate waarin de overheid toezicht op het beheer van het bedrijf uitoefent, of elke andere aanwijzing waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid bij de vaststelling van een maatregel is betrokken of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van deze maatregel, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden'.[78]

Omdat deze beoordeling zal neerkomen op de omstandigheden van het geval, is het moeilijk om concreter houvast te geven dan deze opsomming. In ieder geval heeft het Hof met kracht het argument verworpen dat het enkel onder staatscontrole staan betekent dat een steunmaatregel aan de Staat moet worden toegerekend.[79] Evenmin hoeft een handeling aan de Staat te worden toegerekend die slechts de uitvoering van uit de Europese verdragen voortvloeiende verplichtingen inhoudt en de Staat geen enkele discretionaire ruimte biedt, omdat de handeling dan in werkelijkheid voortvloeit uit een handeling van de Europese wetgever.[80]

2.3.3 Mededingingsvervalsing of dreiging daarvan

2.3.3.1 Algemeen

Als derde voorwaarde geldt dat de betreffende maatregel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen.[81] Het Hof heeft dan ook benadrukt dat de daadwerkelijke gevolgen van de toegekende steun niet hoeven te worden aangetoond, aangezien het gevaar voor vervalsing of de dreiging daarvan al volstaat.[82] Sterker nog, er wordt in beginsel van uitgegaan dat de mededinging al wordt vervalst door 'steun waardoor een onderneming wordt bevrijd van kosten die zij in het kader van haar gewone bedrijfsvoering of van haar normale werkzaamheden normaliter zelf zou moeten dragen'.[83] Dat lijkt verdacht veel op het bestaan van een voordeel,[84] zeker bij ondernemingen

78 HvJ EU 16 mei 2002, nr. C-482/99 (*Stardust Marine*), r.o. 56.
79 Idem, r.o. 58.
80 GvEA EU 5 april 2005, nr. T-351/02 (*Deutsche Bahn/Commissie*), r.o. 102.
81 Zie voor een interessante vergelijking van het begrip mededingingsbeperking in het staatssteun- en reguliere mededingingsrecht: Parret 2014.
82 HvJ EU 23 februari 2007, nr. C-346/03 en C-529/03 (*Atzeni*), r.o. 74; GvEA EU 16 december 2010, nr. T-231/06 en T-237/06 (*Nederlandse Omroep Stichting*), r.o. 118.
83 GvEA EU 1 juli 2009, nr. T-83/07 (*Kliq Reïntegratie/Commissie*), r.o. 75, met verwijzingen.
84 GvEA EU 16 december 2010, nr. T-231/06 en T-237/06 (*Nederlandse Omroep Stichting*), r.o. 119, met verwijzing naar: GvEA EU 8 juni 1995, nr. T-459/93 (*Siemens/Commissie*), r.o. 48 en 77; GvEA EU 30 april 1998, nr. T-214/95 (*Vlaams Gewest/Commissie*), r.o. 43; GvEA 23 november 2006, nr. T-217/02 (*Ter Lembeek/Commissie*), r.o. 177.

die actief zijn in een sector waar hevige concurrentie heerst.[85] In dat kader past ook dat in de Europese jurisprudentie wordt aangenomen dat de concurrentie niet alleen wordt vervalst door steun die de kosten van de gewone bedrijfsvoering of de normale werkzaamheden verlicht. Ook bijdragen aan bijzondere investeringen, zoals de ombouw van productie-installaties waardoor de productiecapaciteit kan worden verhoogd, vallen daaronder. Andere ondernemingen moeten deze kosten immers zelf dragen als zij een soortgelijke stijging in hun productiecapaciteit willen realiseren.[86]

Gezien deze ruime interpretatie zal het niet makkelijk zijn om aan te tonen dat er *geen* sprake is van (potentiële) vervalsing van de mededinging. Zo faalt het argument dat de steun enkel zou zijn gebruikt voor de doeleinden waarvoor zij is ontvangen en de mededinging dus niet door 'oneigenlijk gebruik' wordt beïnvloed.[87] Daarnaast legt ook de redenering dat de concurrentie in de betreffende sector al door andere omstandigheden wordt beperkt geen gewicht in de schaal. Dat bijvoorbeeld een bepaalde markt door een onderneming met een feitelijk monopolie wordt beheerst, neemt niet weg dat de steunmaatregel ook zelf de mededinging op die markt kan vervalsen of dreigen te vervalsen.[88] Evenmin kunnen argumenten worden geaccepteerd dat het voordeel tijdelijk van aard is of slechts een geringe invloed op de mededinging heeft,[89] tenzij sprake is van zogenaamde 'de-minimissteun'.

2.3.3.2 De minimissteun

In beginsel is voor de kwalificatie als staatssteun niet relevant dat de mededingingsverstoring slechts van beperkte aard is. Op dezelfde manier, vooruitlopend op de volgende voorwaarde, heeft het Hof bepaald dat er geen drempel of percentage bestaat waaronder het handelsverkeer tussen de lidstaten kan worden geacht niet ongunstig te worden beïnvloed.[90] Uitzondering daarop vormt de zogenaamde 'de-minimisverordening'[91] Bij steun die aan de in deze verordening genoemde voorwaarden voldoet, wordt ervan uitgegaan dat het

85 GvEA EU 30 april 1998, nr. T-214/95 (*Vlaams Gewest/Commissie*), r.o. 43 en 46.
86 HvJ EU 17 september 1980, nr. 730/79 (*Philip Morris Holland/Commissie*), r.o. 11; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-369/06 (*Holland Malt/Commissie*), r.o. 48 en 55.
87 GvEA EU 16 december 2010, nr. T-231/06 en T-237/06 (*Nederlandse Omroep Stichting*), r.o. 118.
88 GvEA EU 15 juni 2010, nr. T-177/07 (*Mediaset*), r.o. 98 en 108.
89 GvEA EU 29 september 2000, nr. T-55/99 (*CETM/Commissie*), r.o. 94; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-227/01 t/m T-229/01, T-265/01, T-226/01 en T-270/01 (*Territorio histórico de Álava*), r.o. 148.
90 HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark Trans*), r.o. 77-78 en r.o. 81; HvJ EU 3 maart 2005, nr. C-172/03 (*Heiser*), r.o. 32; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-369/06 (*Holland Malt/Commissie*), r.o. 50.
91 Commissieverordening 1407/2013 (de-minimisverordening) (hierna: de-minimisverordening). Deze verordening vervangt Commissieverordening 1998/2006 (oude de-minimisverordening).

handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig wordt beïnvloed en/of de mededinging niet wordt of dreigt te worden vervalst.[92]

Het gaat daarbij om steun aan één onderneming die niet hoger is dan € 2 ton over een periode van drie belastingjaren, of niet hoger is dan € 1 ton over dezelfde periode in het geval van een onderneming die actief is in het vervoer van goederen over de weg. Dat ligt anders wanneer de steun wordt verstrekt ten behoeve van een dienst van algemeen economisch belang. In dat geval geldt op grond van de zogenaamde DAEB De-minimisverordening een plafond van € 5 ton over een periode van drie belastingjaren.[93] Op het gebied van landbouw en de visserij- en aquacultuursector gelden weer andere drempelbedragen.[94] Steun die onder deze bedragen blijft, voldoet niet aan alle voorwaarden voor staatssteun in artikel 107 VWEU en is gevrijwaard van de aanmeldingsverplichting in artikel 108 lid 3 VWEU. Wanneer het steunbedrag echter hoger uitvalt, levert het, als is voldaan aan alle voorwaarden van artikel 107 VWEU, in haar geheel staatssteun op – en niet slechts het bedrag dat boven de de-minimisdrempel uitkomt.[95] Daarnaast moet bij de-minimissteun serieus rekening worden gehouden met het risico van cumulatie.[96] Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat verschillende ondernemingen die afzonderlijk minder dan de de-minimisdrempel ontvangen, deel uitmaken van een groep, die als feitelijk begunstigde van de steun meer ontvangt dan de de-minimisverordening toelaat.[97]

2.3.4 Ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer

2.3.4.1 Algemeen

Voordat de EU mag ingrijpen in de voorwaarden waaronder haar lidstaten aan ondernemingen voordelen verstrekken, moet sprake zijn van enig grensoverschrijdend effect. Dat valt terug te vinden in de eis van de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer. Daarvoor is al voldoende dat de vermeende steunmaatregel het handelsverkeer ongunstig *kan* beïnvloeden.[98] Daarvan wordt uitgegaan wanneer de steun de positie van de begunstigde

92 Preambule bij de de-minimisverordening, randnr. 3.
93 Commissieverordening 360/2012 (DAEB de-minimisverordening), art. 2.
94 Commissieverordening 1408/2013 (landbouw de-minimisverordening); Commissieverordening 717/2014 (visserij de-minimisverordening).
95 De-minimisverordening, art. 3 lid 7.
96 Zie daarover nader, ook in de context van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening: Staviczky 2015.
97 Dit risico heeft zich in het geval van steun aan Nederlandse tankstations verwezenlijkt. HvJ EU 13 juni 2002, nr. C-382/99 (*Nederland/Commissie – Grenstankstations*), r.o. 37-38.
98 HvJ EU 29 april 2004, nr. C-327/97 (*Italië/Commissie*), r.o. 44; HvJ EU 15 december 2005, nr. C-66/022 (*Italië/Commissie*), r.o. 111; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-369/06 (*Holland Malt/Commissie*), r.o. 37.

ten opzichte van concurrerende ondernemingen in het interstatelijk handelsverkeer versterkt.[99] Gezien de toenemende interdependentie van de markten waarop ondernemingen functioneren, kunnen ook maatregelen die op het eerste oog geen invloed op het handelsverkeer hebben, toch staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU opleveren.

De omstandigheid dat een steunmaatregel ten goede komt van een niet aan het interstatelijk handelsverkeer deelnemende specifieke productie-eenheid van een onderneming, neemt niet weg dat het handelsverkeer kan worden beïnvloed doordat de onderneming zelf wel interstatelijke handel drijft.[100] Ook dat de handel met ondernemingen in de andere lidstaten beperkt is of maar een klein deel van de activiteiten van de begunstigde onderneming vormt, doet niet af aan het staatssteunrechtelijke karakter van een begunstigende maatregel – tenzij sprake is van de zojuist besproken de-minimissteun.[101] Zelfs niet doorslaggevend is het feit dat een onderneming in het geheel niet deelneemt aan het interstatelijk handelsverkeer, maar slechts regionale activiteiten uitvoert. De ondersteuning van de binnenlandse activiteiten van een dergelijke onderneming kan er namelijk voor zorgen dat ondernemingen uit andere lidstaten moeilijker tot de markt kunnen toetreden, of dat de begunstigde onderneming in staat wordt gesteld om zelf alsnog de markt van een andere lidstaat te betreden.[102]

2.3.4.2 Commissiepraktijk

De vraag of het handelsverkeer ongunstig kan worden beïnvloed valt moeilijk in zijn algemeenheid te beantwoorden omdat de beantwoording ervan sterk afhankelijk is van de feiten van elk geval.[103] Om die reden kan de rechtspraak van de Europese rechters betrekkelijk weinig houvast geven. Tot op bepaalde hoogte kan wel houvast worden gezocht bij de besluitenpraktijk van de Europese Commissie. Waar namelijk de indruk zou kunnen ontstaan dat de rechtspraak van het Hof zo streng is dat een steunmaatregel in beginsel moet worden geacht het handelsverkeer te kunnen vervalsen, blijkt de Commissie

99 HvJ EU 17 september 1980, nr. 730/79 (*Philip Morris Holland/Commissie*), r.o. 11; HvJ EU 22 november 2001, nr. C-53/00 (*Ferring*), r.o. 21.

100 GvEA EU 9 september 2009, nr. T-369/06 (*Holland Malt/Commissie*), r.o. 49.

101 Zie de De-minimisverordening. HvJ EU 3 maart 2005, nr. C-172/03 (*Heiser*), r.o. 32; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-369/06 (*Holland Malt/Commissie*), r.o. 49. Zelfs in het geval waarin de vermeende steunontvanger diensten uitvoerde gedurende een periode waarin beperkingen op het vrij verrichten van deze diensten nog niet waren afgeschaft, kon niet worden uitgesloten dat het handelsverkeer ongunstig werd beïnvloed. HvJ EU 10 juni 2010, nr. C-140/09 (*Fallimento Traghetti*).

102 HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark Trans*), r.o. 77; HvJ EU 15 december 2005, nr. C-66/02 (*Italië/Commissie*), r.o. 117; GvEA EU 9 september 2009, nr. T-369/06 (*Holland Malt/Commissie*), r.o. 51; GvEA EU 15 december 2009, nr. T-156/04 (*EDF/Commissie*), r.o. 148.

103 Dit kan ook voor de nationale rechter een complexe exercitie worden. Zie voor een sprekend voorbeeld HvJ EU 10 juni 2010, nr. C-140/09 (*Fallimento Traghetti*), r.o. 50-51.

in de praktijk al enige tijd een soepelere lijn te volgen.[104] Opvallend is een zevental besluiten van de Commissie uit april 2015, waarin werd geconcludeerd dat geen sprake is van staatssteun omdat de betrokken maatregelen 'het handelsverkeer tussen de lidstaten waarschijnlijk niet in significante mate ongunstig zullen beïnvloeden'.[105] In iets gewijzigde vorm is deze maatstaf ook terechtgekomen in de hierna in § 2.3.5 te bespreken Commissiemededeling over de definitie van staatssteun.[106] In de literatuur is wel geopperd dat deze soepelere benadering van de Commissie kan worden verklaard door de wens om de werkdruk als gevolg van aangemelde en betrekkelijk bescheiden steunmaatregelen te beperken.[107] Of zij namelijk beantwoordt aan de in de jurisprudentie van het Hof van Justitie gestelde eisen, kan worden betwijfeld.[108] De Commissie ziet daarin overigens zelf geen problemen. Volgens haar bieden deze besluiten namelijk een 'extra leidraad om te bepalen welke zaken niet door de Commissie hoeven te worden goedgekeurd op grond van de EU-staatssteunregels'.[109]

2.3.4.3 Invloed van de financieringswijze

Verder heeft het Hof expliciet de mogelijkheid benoemd dat een maatregel zelf het interstatelijk handelsverkeer niet beïnvloedt, maar dat de wijze van financiering daar wel voor zorgt. Wanneer de financieringswijze integraal deel uitmaakt van de maatregel, valt de steunmaatregel op die manier binnen het bereik van artikel 107 lid 1 VWEU. Een heffing is een integraal onderdeel van een steunmaatregel wanneer er op basis van de relevante nationale regeling een dwingend bestemmingsverband tussen de heffing en de steun bestaat, in die zin dat de opbrengst van de heffing noodzakelijkerwijs voor de financiering van de steun wordt bestemd. Wanneer een dergelijk verband bestaat, heeft de opbrengst van de heffing rechtstreekse invloed op de omvang van de steun en daarmee op de beoordeling van de verenigbaarheid van deze steun met de interne markt.[110] De omstandigheid dat een onderneming wordt vrijgesteld

---

104 Zie bijv. Besluit van de Commissie van 29 oktober 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland, *PbEU* 2004, L 34/63. Brief van de Commissie van 12 januari 2001 aan Duitsland inzake steunmaatregel Nr. N 258/2000 (Freizeitbad Dorsten) SG(2001) D/285046. Brief van de Commissie van 27 februari 2002 aan Ierland inzake steunmaatregel Nr. N 608/2002 (Capital Allowances for Hospitals), COM(2002)608fin.

105 Persbericht van de Europese Commissie van 29 april 2015 (IP/15/4889).

106 Mededeling definitie staatssteun, randnr. 196.

107 Met die strekking: Van Herwijnen 2015, p. 228; Dekker 2015, p. 117.

108 Vgl. Dekker 2015.

109 Persbericht van de Europese Commissie van 29 april 2015 (IP/15/4889).

110 HvJ EU 25 juni 1970, nr. 47/69 (*Frankrijk/Commissie*), r.o. 16. HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 47 en 49. HvJ EU 27 oktober 2005, nr. C-266/04–C-270/04, C-276/04 en C-321/04–C-325/04 (*Casino France*), r.o. 40 en daar aangehaalde rechtspraak.

van een heffing die door andere ondernemingen moet worden betaald, levert echter nog geen dwingend bestemmingsverband op. De reden daarvoor is dat de toepassing en omvang van de vrijstelling niet afhankelijk zijn van de opbrengst van de overige heffingen.[111]

2.3.4.4 Verhouding tot mededingingsvervalsing

In de rechtspraak van het Hof en het Gerecht lijkt er een nauwe band te bestaan tussen de beïnvloeding van het handelsverkeer en de mogelijke vervalsing van de mededinging. Dit blijkt al uit de aaneenschakeling van deze voorwaarden in 'de-minimisverordening', maar ook de Commissie en de Europese rechters noemen ze vaak in één adem.[112] In de zaak *EDF/Commissie* oordeelde het Gerecht onder verwijzing naar vaste jurisprudentie van het Hof: 'Wanneer steun van een lidstaat de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt, moet dit handelsverkeer worden geacht door de steun te worden beïnvloed.'[113] De nauwe band tussen deze twee criteria neemt hoe dan ook niet weg dat zij bij de beoordeling of sprake is van staatssteun beide moeten worden onderzocht.

2.3.5 Hulp bij de interpretatie van steunmaatregelen

Het mag zelfs op basis van deze vrij algemene weergave van het begrip staatssteun duidelijk zijn dat het moeilijk kan zijn om vast te stellen of daadwerkelijk van een steunmaatregel sprake is. De Commissie heeft om die reden geprobeerd om via *soft law* aan met name overheidsorganen aanknopingspunten te bieden om die beoordeling te vergemakkelijken. Zo bestaan er mededelingen over de toepassing van de artikelen 107 en 108 VWEU op steun verleend in de vorm van garanties,[114] of bijvoorbeeld ten behoeve van de luchtvaart,[115] scheepsbouw[116] en openbare omroepen.[117] Naar aanleiding van

111 HvJ EU 13 januari 2005, nr. C-174/02 (*Streekgewest Noord-Brabant*), r.o. 28; HvJ EU 27 oktober 2005, nr. C-266/04–C-270/04, C-276/04 en C-321/04–C-325/04 (*Casino France*), r.o. 41.

112 Zie bijv. Mededeling definitie staatssteun, randnrs. 185-6.

113 GvEA EU 15 december 2009, nr. T-156/04 *(EDF/Commissie*), r.o. 146, verwijzingen naar: HvJ EU 10 januari 2006, nr. C-222/04 (*Cassa di Risparmio di Firenze*), r.o. 141; HvJ EU 15 december 2005, nr. C-66/02 (*Italië/Commissie*), r.o. 115; HvJ EU 15 december 2005, nr. C-148/04 (*Unicredito Italiano*), r.o. 56. Ook: HvJ EU 17 december 1980, nr. 730/97 (*Philip Morris Holland/Commissie*), r.o. 11. Overigens kreeg EDF op inhoudelijke gronden geen gelijk.

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

115 Mededeling van de Europese Commissie van 9 december 2005 inzake communautaire richtsnoeren voor financiering van luchthavens en aanloopsteun van de overheid voor luchtvaartmaatschappijen met een regionale luchthaven als thuishaven, *PbEU* 2005, *C* 312/1.

de in 2012 ingeleide moderniseringsslag heeft de Commissie ook een meer omvattende mededeling gepubliceerd over de definitie van staatssteun.[118] Een aantal van de op deelonderwerpen gerichte mededelingen (bijvoorbeeld op het gebied van grondverkoop en fiscale maatregelen) wordt hiermee ingetrokken.[119]

Met de mededeling over de definitie van staatssteun wil de Commissie verdere verduidelijking geven over de sleutelbegrippen met betrekking tot het begrip staatssteun, waarmee moet worden bijgedragen aan een eenvoudigere, transparantere en coherentere toepassing van het begrip in heel Europa.[120] De mededeling is weliswaar niet bindend, maar verwacht kan worden dat de mededeling van groot praktisch belang zal zijn voor ondernemingen, overheden, rechters en advocaten wanneer zij zich geconfronteerd zien met de vraag of een (voorgenomen) maatregel kwalificeert als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.[121] De belangrijkste elementen van het begrip staatssteun worden immers in één document bij elkaar gebracht zijn en hoeven niet te worden gedestilleerd uit de inmiddels zeer uitgebreide jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU. Toch is het belangrijk te onthouden dat het begrip staatssteun een objectief en juridisch begrip is, dat alleen bindend kan worden uitgelegd door het Hof van Justitie.[122] Er moet met andere woorden rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat een maatregel die in het licht van de mededeling wel of niet als steunmaatregel uit de bus komt, op grond van (recentere) rechtspraak van het Hof van Justitie toch anders moet worden gekwalificeerd.

---

116 Kaderregeling van de Commissie van 30 december 2003 inzake staatssteun aan de scheepsbouw, *PbEU* 2003, *C* 317/11.

117 Mededeling van de Europese Commissie van 27 oktober 2009 betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep, *PbEU* 2009, *C* 275/1.

118 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016, *C* 262/1 (hierna: 'mededeling definitie staatssteun').

119 Randnr. 229 van de mededeling definitie staatssteun vermeldt dat de volgende mededelingen worden ingetrokken: de mededeling 'Toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EEG-Verdrag en van artikel 5 van de Richtlijn 80/723/EEG op openbare bedrijven in de industriesector', de mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, en de mededeling van de Commissie over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen. Daarnaast vervangt de mededeling alle andersluidende verklaringen met betrekking tot het begrip 'staatssteun' in alle bestaande mededelingen, bekendmakingen, kaderregelingen en richtsnoeren (randnr. 230).

120 Mededeling definitie staatssteun, randnr. 1.

121 Idem, randnr. 3. Sandee 2016; Gunn 2014.

122 Vgl. art. 19 lid 1 VEU en art. 267 VWEU.

2.4 Procedurele en materiële vereisten bij staatssteun

Het verlenen van staatssteun is in principe onverenigbaar met de interne markt en dus verboden. Dat volgt uit het eerste lid van artikel 107 VWEU. Dit impliceert geen absoluut verbod om staatssteun uit te keren. Het is namelijk nog mogelijk dat wordt geoordeeld, of uit de relevante secundaire regelgeving blijkt, dat een steunmaatregel toch verenigbaar is met de interne markt en dus mag worden uitgevoerd. Dit is een logisch voortvloeisel van het uitgangspunt dat een steunverlenende maatregel ook belangrijke positieve gevolgen kan hebben.

Dit systeem vereist een mechanisme waardoor steunmaatregelen, voordat zij ten uitvoer worden gelegd, door de Commissie of anderszins[123] op hun verenigbaarheid met de interne markt worden beoordeeld. Dit mechanisme volgt uit het derde lid van artikel 108 VWEU:

> 'De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 107 onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbesluit heeft geleid.'

In deze bepaling liggen voor de lidstaten twee verplichtingen besloten. Ten eerste moeten zij, behoudens de hierna in § 2.4.3 te bespreken uitzonderingen, elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen bij de Commissie aanmelden (de aanmeldingsverplichting).[124] Daarnaast moeten lidstaten de uitvoering van deze maatregel opschorten totdat de Commissie heeft bepaald dat de steun met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is (de opschortings- of standstillverplichting). Doordat steun moet worden aangemeld, kan de Commissie de maatregel nauwkeurig onderzoeken en de noodzakelijke afweging maken tussen de nadelen van de concurrentieverstoring en het doel dat met de steun probeert te worden bereikt.[125] De standstillverplichting waarborgt onder meer dat er tijdens dit onderzoek geen maatregelen tot uitvoering worden gebracht waarvan de voordelige effecten volgens de Commissie niet tegen de nadelige opwegen.[126] Het hierboven beschreven mecha-

123 Op grond van art. 108 lid 2 VWEU kan ook de Raad met eenparigheid van stemmen besluiten dat een steunmaatregel als verenigbaar moet worden beschouwd, indien buitengewone omstandigheden een dergelijk besluit rechtvaardigen.

124 Deze verplichting kan zich ook uitstrekken tot de financieringswijze wanneer deze integraal deel uitmaakt van de maatregel. HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 49-51.

125 HvJ EU 14 februari 1990, nr. C-301/87 (*Frankrijk/Commissie*), r.o. 17.

126 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 48.

nisme is, naast de jurisprudentie van het Hof, uitgewerkt in Verordening 2015/1589, de zogenaamde Procedureverordening.[127]

2.4.1 Verenigbare en onverenigbare steun

De Commissie is exclusief bevoegd om te beoordelen of een steunmaatregel ondanks haar mogelijk concurrentieverstorende effecten verenigbaar is met de interne markt en dus mag worden uitgevoerd.[128] Die beoordeling vindt plaats op basis van het tweede en derde lid van artikel 107 VWEU. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan maatregelen om door natuurrampen geleden schade te herstellen, om de economische ontwikkeling van streken met een abnormaal lage levensstandaard te bevorderen of om de instandhouding van het culturele erfgoed mogelijk te maken. Deze beoordeling zal in veel gevallen een complexe aangelegenheid zijn, aangezien vaak sprake is van ingewikkelde economische feiten en omstandigheden in een snel veranderende context.[129] Omdat de nationale rechter, zoals nog aan de orde zal komen, zelf niet bevoegd is om zich over de verenigbaarheid van een steunmaatregel uit te laten,[130] wordt op dit veel omvattende onderwerp in dit hoofdstuk niet nader ingegaan, op twee opmerkingen na.

Ten eerste komt het verhoudingsgewijs steeds minder voor dat de Commissie ten aanzien van een specifieke steunmaatregel of steunregeling moet beoordelen of deze in het licht van artikel 107, lid 1 en 2 VWEU, met de interne markt verenigbaar is. In plaats daarvan zijn in de loop van de jaren steeds vaker categorieën steunmaatregelen aangewezen die op voorhand – en dus zonder voorafgaande beoordeling van de Commissie – worden geacht met de interne markt verenigbaar te zijn. Over deze categorieën, die voor de nationale rechter wel van belang zijn, wordt hierna in § 2.4.3 verder ingegaan in de context van de aanmeldingsplicht en daarop te maken uitzonderingen. In de gevallen waarin nog steeds wel een *ex ante* beoordeling van de Commissie plaatsvindt, geldt ten tweede dat de Commissie steeds vaker op basis van *soft law* is gaan aangeven hoe zij de verenigbaarheid van steunmaatregelen en steunregelingen met verschillende doelen en in verschillende sectoren zal beoordelen.[131] Dit heeft als voordeel dat lidstaten hun voorgenomen steun

127 Verordening 2015/1589 (Procedureverordening) (hierna: Procedureverordening of Pvo). Deze verordening vervangt sinds 2014 Verordening 659/1999 (Procedureverordening – oud).

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

129 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 36.

130 Zie hierna § 2.6.4.

131 Bijvoorbeeld: Mededeling van de Commissie van 28 juni 2014, Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020, *PbEU* 2014, *C* 200/01; Mededeling van de Commissie van 27 juni 2014, Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek,

gerichter kunnen vormgeven op een manier die de kans vergroot dat de Commissie de steun vervolgens zal goedkeuren. De groeiende toepassing van *soft law* is in de literatuur echter bekritiseerd omdat de Commissie daarmee steeds meer mogelijkheden krijgt om te sturen hoe de lidstaten overheidsgelden in de nationale context inzetten.[132]

2.4.2 Aanmelding van steunmaatregelen bij de Europese Commissie

Om het daadwerkelijk mogelijk te maken dat de Commissie de verenigbaarheid van een steunmaatregel onderzoekt, moet de betrokken lidstaat die maatregel in beginsel bij de Commissie aanmelden en daarbij alle informatie verstrekken die de Commissie nodig heeft om de verenigbaarheid vast te stellen. Omdat de procedure die met de aanmelding wordt ingezet ook voor de nationale rechter van belang is, wordt deze hier wat verder uitgewerkt.

Desgewenst biedt de Commissie aan lidstaten de mogelijkheid om in een zogenaamde pre-notificatie op informele en vertrouwelijke basis al voorafgaand aan de aanmelding de staatssteunconformiteit van een beoogd project te bespreken.[133] Leidt dit tot een formele aanmelding, dan wordt een procedure in gang gezet die tot verschillende uitkomsten kan leiden, en begint met het eerste onderzoek van de Commissie.[134] Dit eerste onderzoek moet binnen een verlengbare termijn van twee maanden worden afgerond met één van drie mogelijke beslissingen op grond van de Procedureverordening. Ten eerste kan de Commissie bepalen dat de maatregel geen steun in de zin van het Verdrag vormt (artikel 4 lid 2). Wanneer over de verenigbaarheid van de maatregel geen twijfel bestaat, neemt de Commissie een besluit om geen bezwaar te maken (artikel 4 lid 3). In beide gevallen is de beslissing van de Commissie voldoende om de maatregel uit te mogen voeren. Als wel twijfels bestaan over de verenigbaarheid van de steun, neemt de Commissie een besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure, waarmee de tweede fase van het onderzoek begint (artikel 4 lid 4). Mocht de Commissie overigens verzuimen om binnen de gestelde termijn een van de drie beslissingen te nemen, dan wordt de steun geacht te zijn goedgekeurd en mag de lidstaat

---

ontwikkeling en innovatie, *PbEU* 2014 *C* 198/1; Mededeling van de Commissie van 5 juni 2012, Richtsnoeren betreffende bepaalde staatssteunmaatregelen in het kader van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten na 2012, *PbEU* 2012, *C* 158/4. Voor een overzicht van de nieuwe richtsnoeren in het kader van de modernisering van het staatssteunbeleid: Huurnink en Van den Tweel 2015.

132 Blauberger 2008; Koenig 2014, p. 611.

133 Mededeling van de Commissie van 16 juni 2009 'Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures', *PbEU* 2009, *C* 136/13, randnrs. 10-12.

134 Zie over de procedures rondom de aanmelding van staatssteun ook de Mededeling van de Commissie van 16 juni 2009 'Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures', *PbEU* 2009, *C* 136/13.

in principe de Commissie ervan in kennis stellen dat zij de steun gaat uitvoeren (artikel 4 lid 6).

Wanneer twijfels bestaan over de verenigbaarheid van een steunmaatregel, zet de Commissie de formele onderzoeksprocedure in gang. Dit deel van het onderzoek wordt ook wel de contradictoire procedure genoemd omdat de lidstaten en andere belanghebbenden in staat worden gesteld om hun opmerkingen te maken.[135] Hier kan de Commissie vier verschillende beslissingen nemen. Zij kan, eventueel nadat de lidstaat wijzigingen heeft aangebracht, alsnog vaststellen dat de maatregel geen steun vormt en dit oordeel in een besluit vastleggen (artikel 9 lid 2). Wanneer, ook eventueel na wijzigingen, de twijfel over de verenigbaarheid is weggenomen, verklaart de Commissie de steun middels een positief besluit verenigbaar met de interne markt (artikel 9 lid 3). Het is ook mogelijk om de steun slechts onder voorwaarden goed te keuren. In een voorwaardelijk besluit zal de Commissie dan aangeven aan welke eisen de steun moet voldoen om te kunnen worden toegepast (artikel 9 lid 4). Komt de Commissie tot de conclusie dat de steun niet met de interne markt verenigbaar is, neemt zij een negatief besluit (artikel 9 lid 5).

In sommige gevallen is het mogelijk om de aanmelding van een steunmaatregel onder een vereenvoudigde procedure af te doen. Dat blijkt uit de mededeling van de Commissie betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde soorten staatssteun.[136] De procedure is bedoeld om het toezicht van de Unie op staatssteun beter voorspelbaar en efficiënter te maken. De Commissie benadrukt daarbij dat de mededeling geen verplichting schept om maatregelen aan te melden die geen staatssteun zijn. Het staat de lidstaten wel vrij om zulke maatregelen om redenen van rechtszekerheid aan te melden. Die zekerheid kan niet worden verkregen door de ontvanger van mogelijk onverenigbare staatssteun. Artikel 2 lid 1 van de Procedureverordening voorziet alleen in aanmelding door de lidstaat zelf. Dit wordt door sommige auteurs als problematisch ervaren omdat mogelijke steunontvangers de kans wordt onthouden om over de staatssteunconformiteit van een ontvangen voordeel rechtszekerheid te krijgen in gevallen waarin de steunverlenende overheid voor aanmelding geen reden ziet.[137]

---

135 GvEA EU 9 september 2010, nr. T-359/04 (*British Aggregates Association*), r.o. 58; HvJ EU 11 maart 2010, nr. 1/09 (*CELF*), r.o. 7. Art. 6 lid 1 Pvo.

136 Het gaat dan om maatregelen die onder de standaardbeoordeling van bestaande kaderregelingen of richtsnoeren vallen of die met de vaste besluitenpraktijk van de Commissie overeenkomen, en om de verlenging of uitbreiding van bestaande regelingen. Mededeling van de Commissie van 16 juni 2009 betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde soorten staatssteun, *PbEU* 2009, *C* 136/3.

137 Temple Lang 2014, p. 452; Power 2005.

2.4.3 Uitzonderingen op de aanmeldingsplicht

Niet elke steunverlenende maatregel hoeft aan de Commissie te worden voorgelegd. Niet alleen moet aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU zijn voldaan, maar het moet ook gaan om *aanmeldingsplichtige* steun. Een aantal categorieën steunmaatregelen is expliciet van de aanmeldingsplicht (en dus ook de opschortingsplicht) vrijgesteld.[138] Een vrijstelling kan gelden voor maatregelen die behoren tot een categorie waarvan de Commissie op voorhand heeft vastgesteld dat zij met de interne markt verenigbaar is. In de loop van de jaren is de betekenis van vrijstellingen van de aanmeldingsplicht aanzienlijk gegroeid.[139] Een belangrijke recente ontwikkeling op dat vlak is de uitbreiding in de nieuwe Machtingsverordening van de steuncategorieën die van aanmelding mogen worden vrijgesteld.[140] De van aanmelding vrijgestelde steuncategorieën en de daarop van toepassing zijnde regels zijn voor het grootste deel samengebracht in de zogenaamde algemene groepsvrijstellingsverordening (AGVV).[141] Naast de AGVV wordt een belangrijke uitzondering op de aanmeldingsplicht mogelijk gemaakt door het zogenaamde DAEB-besluit.[142] Op grond van artikel 3 daarvan wordt staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan de in het besluit vastgestelde voorwaarden en overige verplichtingen voldoet, met de interne markt verenigbaar geacht en geldt een vrijstelling van de aanmeldings- en opschortingsplicht.

Bij de bespreking van uitzonderingen op de aanmeldingsplicht wordt regelmatig ook gewezen op de zogenaamde de-minimissteun.[143] Volledigheidshalve worden ze dus ook hier genoemd, hoewel maatregelen die voldoen aan de voorwaarden van de verschillende De-minimisverordeningen worden geacht geen steun in te houden in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Zij vallen dus niet onder de opschortingsplicht, zoals hiervoor besproken in § 2.3.3.2.

Het belang van deze uitzonderingen op de aanmeldingsplicht is niet te onderschatten. Wanneer een maatregel niet bij de Commissie hoeft te worden aangemeld, betekent dit dat de Commissie daaraan geen expliciete voorafgaande goedkeuring geeft. In plaats daarvan staat het in beginsel aan de steunverlenende lidstaat om te beoordelen of een maatregel van aanmelding is vrijgesteld (en of bijvoorbeeld cumulatieregels van toepassing zijn).[144] Met name voor de steunontvanger brengt dat de nodige risico's met zich, want waar de beslissing van de Commissie om de steun al dan niet goed te keuren hem

138 Voor een recent overzicht, zie Huurnink en Van den Tweel 2015.
139 Zie voor een kort overzicht van deze ontwikkeling o.m. Saanen 2014, p. 325-326.
140 Verordening 733/2013 (wijziging machtigingsverordening).
141 Commissieverordening 651/2014 (AGGV) (voorheen Commissieverordening 800/2008/EG). Zie voor een uitgebreide bespreking: Saanen 2014.
142 Commissiebesluit 2012/21 (DAEB-besluit).
143 Bijv. Huurnink en Van den Tweel 2015, p. 10.
144 Zie voor de regels die gelden voor cumulatie en de (mogelijke) invloed van de staatssteunmodernisering daarop Staviczky 2015.

over zijn rechtspositie een belangrijke mate van zekerheid biedt,[145] is het zeker niet uitgesloten dat de steunverlenende lidstaat ten onrechte meent dat een vrijstelling van toepassing is.[146] Dat geldt al helemaal wanneer de Commissie ten aanzien van de van aanmelding vrijgestelde steun onvoldoende *ex post* toezicht uitoefent, zoals hierna in § 2.5.1 verder aan de orde komt. Met de verdere uitbreiding van de vrijstellingsverordeningen in het kader van de staatssteunmodernisering valt te verwachten dat het relatieve belang van vrijgestelde – en dus niet aan voorafgaande goedkeuring onderhevige – staatssteun verder zal toenemen.

2.4.4 Rechtmatige en onrechtmatige steun

Het naleven van de aanmeldings- en opschortingsverplichting van artikel 108 lid 3 VWEU wordt gezien als van wezenlijk belang voor het garanderen van de nuttige werking van de staatssteunregels.[147] Steun die in strijd met deze verplichtingen wordt verleend, frustreert dit doel en is dan ook onrechtmatig. Van onrechtmatigheid (of onwettigheid zoals het ook wel eens genoemd wordt) is in ieder geval sprake wanneer de verleende steun in zijn geheel niet bij de Commissie is aangemeld zonder dat deze van aanmelding is vrijgesteld. Steun is ook onrechtmatig wanneer deze wel is aangemeld maar ten uitvoer is gelegd voordat de Commissie een eindoordeel heeft uitgesproken, dan wel wanneer hij is uitgevoerd in afwijking van een positief Commissiebesluit[148] of ondanks een negatief Commissiebesluit. In het kort kan dan ook worden gesteld dat een steunmaatregel onrechtmatig is wanneer zij niet van aanmelding is vrijgesteld én wordt uitgevoerd zonder voorafgaande toestemming van de Commissie.

2.4.5 Bestaande en nieuwe steun

Artikel 108 lid 3 VWEU verplicht tot het aanmelden van de 'invoering of wijziging' van een steunmaatregel. Zogenaamde bestaande steun hoeft niet te worden aangemeld en kan dus ook niet als onrechtmatig worden bestempeld.

---

145 Van die zekerheid is overigens pas sprake wanneer het besluit van de Commissie onherroepelijk is geworden. Blijkt het besluit – soms na jaren – toch te moeten worden vernietigd, dan kan de begunstigde onderneming alsnog met een terugvorderingsactie inclusief inmiddels zeer hoog opgelopen rente worden geconfronteerd. Een kenmerkend voorbeeld van die situatie biedt HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*).

146 Van Herwijnen 2015, p. 227, wijst er m.i. terecht op 'dat de forse toename van gebruik van de vrijstellingen tot meer rechtsonzekerheid, ook voor ondernemingen, gaat leiden.'

147 Conclusie A-G Jacobs in HvJ EU 4 oktober 1989, nr. C-301/87 (*Boussac Saint Frères*), r.o. 19; HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria Wien Pipeline*), r.o. 25.

148 Zie daarover nader: hoofdstuk 6 § 6.2.2.

In artikel 1 sub 1 van de Procedureverordening is uitgewerkt welke soorten steun als bestaand worden aangemerkt. Te denken valt dan met name aan steunregelingen en individuele steun die vóór de inwerkingtreding van de Unieverdragen tot uitvoering zijn gebracht en sindsdien nog steeds van toepassing zijn, en steunregelingen en individuele steun die door de Commissie of de Raad al zijn goedgekeurd.[149] In dit onderzoek wordt in afwijking van de Procedureverordening alleen in het eerste geval gesproken van bestaande steun. In het tweede geval wordt in dit onderzoek gesproken van 'goedgekeurde steun'. Dit verschil in terminologie wordt gemaakt omdat, zoals in hoofdstuk 6 wordt betoogd, een belangrijk verschil bestaat in de juridische kwalificatie van bestaande en goedgekeurde steun wanneer deze wordt uitgevoerd op een manier die afwijkt van een beslissing van de Commissie.

Dat bestaande steun (zoals in de Procedureverordening gedefinieerd) niet hoeft te worden aangemeld, betekent dat de standstillbepaling niet van toepassing is. Toch kunnen de staatssteunregels hier wel degelijk van belang zijn. Ten eerste levert het wijzigen van bestaande steun wel weer nieuwe en dus aanmeldingsplichtige steun op.[150] Ten tweede stelt de Commissie zich tot taak om bestaande steunmaatregelen eens in de zoveel tijd op hun verenigbaarheid met de interne markt te controleren. Lidstaten moeten over bestaande steun alle nodige informatie aan de Commissie verstrekken, waarop de Commissie dienstige maatregelen kan voorstellen. Worden deze dienstige maatregelen door de lidstaat geaccepteerd, dan worden zij bindend.[151] Het lopende onderzoek naar bestaande steun is als onderwerp zo nauw verbonden met de in hoofdstuk 6 te bespreken onderwerpen dat het in dat hoofdstuk nader wordt uitgediept.[152]

2.5 De rol van de Europese Commissie bij de handhaving van het staatssteunrecht

Om het hierboven geschetste systeem van voorafgaande goedkeuring van steunmaatregelen effectief te laten werken, moet het kunnen worden gehandhaafd.[153] De verantwoordelijkheid daarvoor valt toe aan de Europese Commissie en de nationale rechterlijke instanties gezamenlijk.[154] Zij vervullen,

149 Vgl. HvJ EU 5 oktober 1994, nr. C-47/91 (*Italië/Commissie – Italgrani*), r.o. 24. Ook bijvoorbeeld: steun waarvan kan worden vastgesteld dat hij op het moment van inwerkingtreding van de Verdragen geen steun vormde, maar inmiddels steun is geworden vanwege de ontwikkeling van de interne markt.

150 Art. 1 sub c Pvo.

151 Artt. 21-23 Pvo.

152 Zie in hoofdstuk 6 § 6.2.3 en § 6.8.

153 HvJ EU 14 februari 1990, nr. C-301/87 (*Frankrijk/Commissie*), r.o. 17; HvJ EU 9 oktober 1984, nr. 91 en 127/83 (*Heineken*), r.o. 20.

154 HvJ EU 11 juli 1997, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 34.

zoals dat zo mooi heet, 'aanvullende en onderscheiden taken'.[155] Zij zien beide toe op de naleving van het Europese staatssteunrecht, maar elk binnen een eigen kader, met eigen bevoegdheden en met een eigen doel. Voordat aan de specifieke taken en verplichtingen van de nationale rechter wordt toegekomen, loont het daarom de moeite om in te gaan op de rol van de Commissie. Deze valt kortweg als volgt samen te vatten: de Commissie is zoals hierboven is weergegeven verantwoordelijk voor de goedkeuring of afkeuring van nieuwe steun en voor het doorlopend controleren van bestaande steun en de van aanmelding vrijgestelde steun. De Commissie controleert daarnaast of de opschortingsplicht wordt nageleefd (§ 2.5.1) en kan in geval van onrechtmatige en onverenigbare steun voorlopige (§ 2.5.2) en definitieve (§ 2.5.3) maatregelen treffen. Wanneer de Commissie een steunmaatregel goed- of afkeurt, nader onderzoek verricht naar de verenigbaarheid van een nieuwe of bestaande steunmaatregel of optreedt naar aanleiding van een schending van de standstillbepaling, legt zij haar oordeel doorgaans vast in een besluit, dat op grond van artikel 288 VWEU bindend is voor de geadresseerde daarvan. In § 2.5.4 komt aan de orde welke bevoegdheden de Commissie heeft wanneer haar besluiten niet worden nageleefd. Paragraaf 2.5.5 ziet ten slotte op de mogelijkheden om tegen een dergelijk besluit in rechte op te komen.

Het verdient opmerking dat de Commissie in het kader van de zogenaamde staatssteunmodernisering haar rol bij de handhaving van het staatssteunrecht nader heeft willen vormgeven.[156] Drie doelstellingen staan voorop. Belangrijkst in dit verband is dat de Commissie haar onderzoek wil kunnen concentreren op zaken die de grootste impact op de interne markt hebben, en tegelijkertijd de samenwerking met de lidstaten wil versterken op het gebied van de handhaving van de staatssteunregels. Ten tweede beoogt de Commissie de stroomlijning van de regels en het creëren van de mogelijkheid om sneller tot beslissingen te komen. Ten derde wenst de Commissie duurzame, slimme en inclusieve groei op een concurrerende interne markt te bevorderen. Met de staatssteunmodernisering is de regelgeving over de plichten en bevoegdheden van de Commissie bij de handhaving van de staatssteunregels enigszins aangepast. De zojuist weergegeven doelstellingen van de modernisering kunnen ook een eerste indicatie geven hoe de Commissie met deze bevoegdheden daadwerkelijk zal omgaan.

2.5.1 Controle op de naleving van de standstillbepaling door de Commissie

Zoals gezegd bestaat een van de belangrijkste bevoegdheden van de Commissie in het beoordelen of een steunmaatregel of steunregeling ten uitvoer mag worden gelegd. De Commissie moet echter ook controleren of het hierboven

155 Idem, r.o. 41; HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 27.
156 Moderniseringsmededeling, m.n. randnr. 8.

beschreven systeem van aanmelding en goedkeuring, dan wel vrijstelling, op een juiste manier wordt nageleefd. Daarom komen haar een aantal belangrijke bevoegdheden toe wanneer reden bestaat om aan te nemen dat toch een onrechtmatige steunmaatregel is of zal worden uitgevoerd.

Natuurlijk zou een lidstaat in de verleiding kunnen komen om een niet van aanmelding vrijgestelde steunmaatregel uit te voeren zonder de Commissie daarvan op de hoogte te stellen.[157] Het is ook denkbaar dat een lidstaat ten onrechte meent dat geen sprake is van staatssteun of dat deze niet bij de Commissie hoeft te worden aangemeld, en dus ondanks alle goede wil van aanmelding afziet. In beide gevallen bestaat het risico dat een steunmaatregel wordt uitgevoerd die niet met de interne markt verenigbaar is. Om de bevoegdheid van de Commissie tot voorafgaande controle niet tot een wassen neus te laten verworden, kan de Commissie naar aanleiding van klachten en uit eigen beweging onderzoek doen naar ten onrechte niet aangemelde steunmaatregelen. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat, ten eerste, de Commissie zich wil toeleggen op zaken met een grote impact op de interne markt, en ten tweede dat de werkdruk van de Commissie hoog is en er dus praktische grenzen zijn aan haar handhavingsmogelijkheden.[158]

Zoals gezegd kunnen belanghebbenden een klacht indienen om de Commissie in kennis te stellen van mogelijk onrechtmatige steun of van mogelijk misbruik van steun (artikel 24 lid 2 Procedureverordening). Daartoe moet de belanghebbende een op grond van dezelfde bepaling verplicht klachtenformulier invullen. In dat formulier moet hij voldoende feiten en juridische argumenten naar voren brengen om een provisioneel onderzoek naar de steun te rechtvaardigen, en uitleggen hoe en in welke mate de gestelde steun zijn mededingingspositie beïnvloedt.[159] Lukt dit niet, dan wordt de klacht als ingetrokken beschouwd.[160] Dit zijn verscherpte eisen ten opzichte van de 'oude' procedure vóór 2013, hetgeen heeft geleid tot de nodige kritiek. Zo vreest Dilkova dat bedrijven het formulier niet zonder hulp van mededingings- en staatssteunadvocaten kunnen invullen, waardoor met name kleine ondernemingen ervan kunnen worden weerhouden om de Commissie van een vermeende schending van de staatssteunregels op de hoogte te stellen.[161] Voor de rechtspositie van deze ondernemingen is dat een ongunstige ontwikkeling, maar voor de toezichtsmogelijkheden van de Commissie hoeft dit niet

157 Vgl. Lever 2013; Temple Lang 2014; Koenig en Lindner 2015, p. 21.

158 Koenig 2014, p. 611 wijst om die reden op het risico van '*under-enforcement*' door de Commissie.

159 Het klachtenformulier kan worden gedownload via <http://ec.europa.eu/competition/forms/download_nl.html> (laatst bezocht op 15-7-2016).

160 Dit is onder meer van belang omdat het de Commissie op grond van de Europese jurisprudentie niet vrijstaat om een ingediende klacht zonder nader onderzoek naast zich neer te leggen. GvEA EU 29 september 2011, nr. T-442/07 (*Ryanair/Commissie*), r.o. 37, met verwijzing naar HvJ EU 17 juli 2008, nr. C-521/06 P (*Athinaïki Techniki/Commissie*), r.o. 37-40.

161 Dilkova 2014, p. 90.

problematisch te zijn. Op grond van artikel 12 lid 1 Pvo kan de Commissie namelijk ook los van een klacht onderzoek verrichten naar mogelijk onrechtmatige staatssteun, bijvoorbeeld op basis van informatie uit krantenberichten, op basis van door justitiabelen aangeleverde informatie die niet als klacht geldt, en in een enkel geval zelfs naar aanleiding van een door de nationale rechter gestelde vraag.[162]

Ten behoeve van het onderzoek naar ten onrechte niet aangemelde steunmaatregelen kan de Commissie de betrokken lidstaat en in sommige gevallen ook andere lidstaten, ondernemingen of ondernemingsverenigingen om informatie verzoeken (artikel 12 Procedureverordening).[163] Wanneer onjuiste, onvolledige of misleidende informatie wordt verstrekt, of deze te laat wordt verstrekt, dan kan de Commissie onder omstandigheden besluiten om op grond van artikel 8 Procedureverordening geldboeten en dwangsommen op te leggen.[164] De Commissie heeft niet alleen de mogelijkheid om bepaalde informatie op te vragen, maar zij kan ook controles ter plaatse verrichten indien zij ernstige twijfel heeft over de naleving van besluiten om geen bezwaar te maken, positieve besluiten of voorwaardelijke besluiten met betrekking tot individuele steun (artikel 27 Procedureverordening). Een andere mogelijkheid voor de Commissie om de naleving van het staatssteunrecht te controleren is de in artikel 20bis Procedureverordening neergelegde bevoegdheid om op grotere schaal in verschillende lidstaten onderzoek te doen naar bepaalde sectoren van de economie of naar het gebruik van een bepaald steuninstrument en ook in dat kader informatie op te vragen.

De rol van de Commissie is weer anders in de gevallen waarin steunmaatregelen van de aanmeldingsplicht zijn vrijgesteld.[165] Hoewel zulke maatregelen niet expliciet vooraf door de Commissie hoeven te worden goedgekeurd, heeft de Commissie wel mogelijkheden om achteraf te controleren of de steun inderdaad van aanmelding was vrijgesteld en of de aan de vrijstelling verbonden voorwaarden zijn nageleefd.[166] Zo bevat de Algemene Groepsvrijstellingsverordening verplichtingen voor de lidstaten tot verslaglegging (artikel 11) en tot het bijhouden van gedetailleerde dossiers om te kunnen aantonen dat aan de op grond van de verordening geldende voorwaarden is voldaan (artikel 12). Ook moeten lidstaten informatie over de onder de Algemene Groepsvrij-

162 Dat laatste was het geval in Besluit van de Europese Commissie van 11 december 2012 inzake steunmaatregel zaak SA.33083 (2012/C) (ex 2012/NN) en SA. 35083 (2012/C) (ex 2012/NN) – Italië, *PbEU* 2012, C 381/32.

163 De mogelijkheid om informatie op te vragen bij ondernemingen (en bij niet-nakoming van het verzoek zelfs sancties op te leggen) is bekritiseerd omdat hiermee een onevenredig hoge last op ondernemingen wordt gelegd zonder dat daar corresponderende rechten tegenover staan. Dilkova 2014, p. 88-9.

164 Art. 8 Pvo is op grond van art. 12 lid 3 Pvo van overeenkomstige toepassing.

165 Zie eerder in dit hoofdstuk § 2.4.3.

166 Zie over het toezicht door de Commissie in het kader van groeps- en de-minimisvrijstellingen in meer detail Adriaanse 2013.

stellingsverordening vrijgestelde steun op een uitgebreide staatssteunwebsite openbaar maken, zodat deze zowel door de Commissie als door andere belanghebbenden te raadplegen is (artikel 9).[167] Of het (daadwerkelijke gebruik van) deze toezichtsmogelijkheden voldoende is om ook bij vrijgestelde steun de naleving van het staatssteunrecht te waarborgen, kan sterk worden betwijfeld.[168] In 2011 berekende de Europese Rekenkamer zelfs dat 40% van de staatssteunzaken die onder de groepsvrijstellingsverordeningen waren behandeld problematisch zou zijn.[169] De praktische betekenis daarvan is enorm, nu eveneens is voorspeld dat onder de nieuwe Groepsvrijstellingsverordening zo'n driekwart van de steunmaatregelen van aanmelding zouden kunnen zijn vrijgesteld, oplopend tot in potentie zelfs 90 procent.[170]

2.5.2 Voorlopige maatregelen en uitspraakmogelijkheden door de Commissie naast terugvordering

Wanneer op basis van de zojuist besproken controle-instrumenten blijkt dat bepaalde steunmaatregelen ten onrechte niet zijn aangemeld en niet verenigbaar zijn met de interne markt, zal de Commissie daaraan de nodige voorlopige gevolgen verbinden. Zo kan de Commissie op grond van artikel 13 lid 1 van de Procedureverordening een lidstaat voorlopig bevelen om onrechtmatige steun op te schorten ('opschortingsbevel'). Op grond van het tweede lid kan de Commissie de lidstaat ook gelasten onrechtmatige steun voorlopig terug te vorderen ('terugvorderingsbevel'). Voor beide bevelen is vereist dat volgens een gevestigde praktijk geen twijfel bestaat over de steunverlenende aard van de maatregel, dat dringend optreden noodzakelijk is en dat een ernstig gevaar

167 Ten aanzien van bepaalde steunmaatregelen kan de Commissie ook verlangen dat de steunverlenende lidstaat na verloop van tijd een uitgebreide evaluatie uitvoert om te onderzoeken of de met de steunmaatregel beoogde effecten daadwerkelijk zijn gerealiseerd. Een negatieve evaluatie betekent niet dat de goedkeuring achteraf komt te ontvallen. Wel moeten de resultaten bij een eventuele latere steunmaatregel met een soortgelijk doel in aanmerking worden genomen. Zie bijv. Mededeling van de Commissie van 26 januari 2014, EU-richtsnoeren voor de toepassing van de staatssteunregels in het kader van de snelle uitrol van breedbandnetwerken, *PbEU* 2013 *C* 25/1, randnr. 53. Uitgebreid over evaluaties: Boutin en Peduzzi 2015.

168 Zorgen hierover zijn onder meer geuit door Adriaanse 2013, die concludeerde dat het met de huidige toezichtpraktijk en het daarvoor beschikbare juridische toezichtsinstrumentarium pover gesteld is. Ook: Europese Rekenkamer (Speciaal verslag 15/2011), randnr. 14; Lever 2013, p. 6. Nog optimistisch: Winter 2004, p. 476-477.

169 Europese Rekenkamer (Speciaal verslag 15/2011).

170 In 2011, het jaar waarin de Europese Rekenkamer haar berekeningen maakte, vertegenwoordigde vrijgestelde steun bijna een derde van alle steun voor de industrie en dienstensector, met een volume van zo'n €17,2 miljard. Scorebord Staatssteun 2012, p. 4, 9 en 12. Onder de nieuwe Algemene Groepsvrijstellingsverordening zouden zo'n driekwart van de steunmaatregelen van aanmelding kunnen zijn vrijgesteld, oplopend tot in potentie zelfs 90 procent. Boutin en Peduzzi 2015, p. 250.

bestaat dat een concurrent[171] aanzienlijke en onherstelbare schade oploopt. Het is echter nog maar de vraag of een dergelijk bevel, onder andere vanwege haar strikte voorwaarden, praktisch nut heeft.[172] Dit soort voorlopige maatregelen valt in de besluitenpraktijk van de Commissie hoe dan ook nauwelijks terug te vinden.[173] Er is zelfs opgeworpen dat het tweede lid van artikel 13 van de Procedureverordening eventueel strijd oplevert met eerdere jurisprudentie die artikel 108 VWEU uitlegt.[174]

2.5.3 De terugvorderingsbevoegdheid en haar beperkingen

Van groter praktische waarde dan de mogelijkheid om voorlopige maatregelen te treffen is de bevoegdheid van de Commissie om bij de niet-naleving van de opschortingsplicht de terugvordering te gelasten van de ten onrechte ontvangen steun en de daarover genoten rente (artikel 16 lid 1 Procedureverordening):

---

171 De Procedureverordening zelf spreekt van een 'mededinger'.

172 Adriaanse 2006, p. 100; Angeli 2009, p. 534. Adriaanse noemt ook dat de Commissie zo vroeg in de onderzoeksfase vaak nog te weinig informatie zal hebben om tot een dergelijke beschikking over te gaan, en dat het voorlopige karakter van de beschikking teniet kan worden gedaan door de nogal trage uitvoeringspraktijk van zulke beschikkingen op het niveau van de lidstaten.

173 Een zoektocht op de website van de Europese Commissie levert geen terugvorderingsbevelen op, en (maar) vier opschortingsbevelen. Nog vóór de inwerkingtreding van de Procedureverordening: Brief van de Europese Commissie van 30 april 1999, 'Uitnodiging overeenkomstig artikel 88, lid 2 (voorheen artikel 93, lid 2), van het EG-Verdrag opmerkingen te maken betreffende de steunmaatregel C 22/99 (ex NN 117/98) – Spanje –Ramondín', *PbEU* 1999, C 194/12. Brief van de Europese Commissie van 25 september 2007, Staatssteunmaatregel C 41/07 (ex NN 49/07) – Privatisering van Tractorul', *PbEU* 2007, C 249/21; Brief van de Europese Commissie van 1 oktober 2014, 'Steunmaatregel SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) – Uitvoering van arbitrale uitspraak Micula/Roemenië van 11 december 2013', *PbEU* 2014, C 393/27; Brief van de Europese Commissie van 11 juni 2015, 'Steunmaatregel SA.39235 (2015/C) (ex 2015/NN) – Advertentiebelasting', *PbEU* 2015, C 136/7. Voorlopig nog niet gebruikt, maar wel geregeld, is de mogelijkheid in art. 14 Pvo om het naleven van een bevelsbeschikking voor het Hof af te dwingen. Van den Tweel 2015, p. 557, heeft naar aanleiding van de uitspraak in de zaak *Deutsche Lufthansa* opgeworpen dat het onderscheid tussen een opschortingsbevel als hier bedoeld en een besluit tot opening van de formele onderzoeksprocedure komt te vervallen zodra de nationale rechter wordt geadieerd. Zie over de betekenis van de zaak *Deutsche Lufthansa* nader hoofdstuk 6, m.n. § 6.2.1.

174 Struys en Abbott 2003, p. 177, verwijzend naar HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI/La Poste*), r.o. 45. Het Hof stelt daar dat de Commissie slechts de opschorting van verdere steun kan gelasten. Dit wordt in deze uitspraak ook als reden aangedragen om te bepalen dat de voorlegging van een zaak aan de Commissie geen beletsel voor de nationale rechter zou moeten vormen om alle consequenties te trekken uit de schending van art. 108 lid 3 VWEU. Hierover bestaat nog geen jurisprudentie; er zijn immers ook nog geen terugvorderingsbevelen gegeven.

> 'Indien negatieve besluiten worden gegeven in gevallen van onrechtmatige steun beschikt de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen ('terugvorderingsbesluit').[175] De Commissie verlangt geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van Unierecht'.

Deze bevoegdheden heeft de Commissie ook in het geval van misbruik van steun – dat wil zeggen wanneer de begunstigde van een steunmaatregel deze gebruikt in strijd met een besluit om geen bezwaar te maken of een voorwaardelijk besluit (artikel 20 Procedureverordening).

De terugbetaling van ongeoorloofde staatssteun dient er volgens vaste rechtspraak toe om de door de onrechtmatige steun veroorzaakte verstoring van de mededinging op te heffen[176] en de toestand vóór de steunverlening te herstellen.[177] De terugvordering van de steun is dan ook volgens het Hof geen sanctie[178] maar slechts het logische gevolg van de vaststelling dat de steun onrechtmatig is.[179] Omdat terugbetaling enkel dient tot het herstellen van de toestand vóór de steunverlening, maakt het daarvoor niet uit in welke vorm de steun is gegoten[180] en is terugvordering in principe niet onevenredig.[181] Deze hoofdregels zijn in de rechtspraak vaak herhaald, maar dat maakt ze nog niet volledig helder. Een voorbeeld: hoewel het Hof uitdrukkelijk voorop stelt dat terugvordering dient om de mededingingsverstoring op te heffen en geen sanctie is, blijkt uit zijn uitspraken ook dat de omstandigheid dat de terugvordering niet meer tot een herstel van het marktevenwicht kan leiden, niet betekent dat van terugvordering mag worden afgezien.[182]

---

175 Vóór het Verdrag van Lissabon was de gebruikelijke term 'terugvorderingsbeschikking'. Ik houd vast aan de term 'terugvorderingsbesluit' of 'Commissiebesluit'. Dit kan verwarring opleveren met het nationale terugvorderingsbesluit ter uitvoering van het besluit van de Commissie. Vgl. GvEA EU 13 september 1995, nr. T-244/93 en T-486/93 (*TWD Textilwerke Deggendorf*), r.o. 72. Voor zover dit uit de context niet blijkt, zal ik in het navolgende een nationaal terugvorderingsbesluit aanduiden als 'nationaal terugvorderingsbesluit'.

176 Zie GvEA EU 3 april 2009, nr. T-445/05 (*Associazione Italiana del risparmio gestito*), r.o. 192 en verwijzingen.

177 GvEA EU 9 september 2007, T-227/01 (*Territorio Histórico de Álava*), r.o. 375; GvEA EU 18 april 2009, nr. T-445/05 (*Associazione Italiana del risparmio gestito*), r.o. 193.

178 GvEA EU 9 september 2007, T-227/01 (*Territorio Histórico de Álava*), r.o. 375 en GvEA EU 29 september 2000, nr. T-55/99 (*CETM/Commissie*), r.o. 164. Met betrekking tot de rente HvJ EU 14 januari 1997, C-169/95 (*Spanje/Commissie*), r.o. 47.

179 HvJ EU 21 maart 1990, nr. C-142/87 (*Tubemeuse*), r.o. 66. Het Hof en het Gerecht gebruiken naar gelang het soort zaak de term 'onverenigbaar' of 'onwettig'. Zie bijv. GvEA EU 11 juni 2009, T-297/02 (*ACEA SpA*), r.o. 159 en GvEA EU 9 september 2007, T-227/01 (*Territorio Histórico de Álava*), r.o. 372.

180 HvJ EU 10 juni 1993, nr. C-183/91 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 16 en HvJ EU, 26 juni 2003, nr. C-404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 44.

181 GvEA EU 9 september 2007, T-227/01 (*Territorio Histórico de Álava*), r.o. 372-5 en GvEA EU 3 april 2009, nr. T-445/05 (*Associazione Italiana del risparmio gestito*), r.o. 193.

182 HvJ EU 21 maart 1991, nr. C-305/89 (*Commissie/Italië*), r.o. 41 en HvJ EU 8 mei 2003, nr. C-328/99 en C-399/00 (*Italië/Commissie*), r.o. 51-5.

De Commissie neemt pas een terugvorderingsbesluit wanneer is vastgesteld dat de onderzochte steun met de interne markt onverenigbaar is.[183] Op dat moment is de Commissie in beginsel verplicht om tot terugvordering over te gaan en heeft zij geen ruimte om het terug te vorderen bedrag hoger of lager vast te stellen.[184] De Commissie mag echter geen terugvordering gelasten als dat in strijd komt met een algemeen rechtsbeginsel zoals het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.[185] De bevoegdheid om steun (en rente) terug te vorderen vervalt daarnaast na een verjaringstermijn van tien jaar. Deze termijn wordt door elke maatregel van de Commissie of op haar verzoek optredende lidstaat gestuit en begint dan opnieuw te lopen. Zij wordt opgeschort zolang over het besluit een beroep openstaat bij het Hof of het Gerecht.[186]

2.5.3.1 Terugvorderingsverplichting bij de lidstaat

Het in artikel 16 van de Procedureverordening bedoelde terugvorderingsbesluit is gericht tot de steunverlenende lidstaat en geeft hem de opdracht om de verleende steun bij de begunstigde onderneming terug te vorderen.[187] Het daadwerkelijk naleven van het terugvorderingsbesluit is een harde eis. Nietnakoming daarvan levert strijd op met artikel 288, vierde alinea, VWEU en de in artikel 4 lid 3 VEU neergelegde loyaliteitseis, en kan voor de Commissie aanleiding zijn om een inbreukprocedure aanhangig te maken.[188] Conform het principe van de nationale procedurele autonomie, waarover hierna meer, vindt terugvordering plaats volgens de relevante regels van het nationale procesrecht.[189] Deze regels mogen de terugvordering niet in de praktijk on-

183 HvJ EU 29 oktober 1980, nr. 22/80 (*Boussac*), r.o. 19-22; HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE)*, r.o. 13; HvJ EU 7 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 43.

184 HvJ EU 12 juli 1973, nr. 70/72 (*Kohlegesetz*), r.o. 13; HvJ EU 24 februari 1987, nr. 310/85 (*Deufil*), r.o. 24; HvJ EU 14 september 1994, nr. C-278-280/92 (*Spanje/Commissie*), r.o. 78; HvJ EU 20 maart 1997, nr. C-24/95 (*Alcan Deutschland*), r.o. 22. GvEA EU 29 maart 2007, nr. T-366/00 (*Scott/Commissie*), r.o. 95.

185 De sanctie daarop is de nietigheid van het besluit: GvEA EU 1 juli 2010, nr. T-62/08 (*ThyssenKrupp/Commissie*), r.o. 276. Deze beginselen worden door het Hof in principe eng uitgelegd. Zie hierna ten aanzien van het vertrouwensbeginsel uitgebreider: § 2.6.5.1. De Commissie is iets soepeler: Adriaanse 2006, p. 109.

186 Art. 17 Pvo.

187 Art. 16 lid 1 Pvo.

188 Zie bijv. HvJ EU 22 december 2010, nr. C-507/08 (*Commissie/Slovaakse Republiek*), r.o. 47; HvJ EU 18 oktober 2007, nr. C-441/06 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 54; HvJ EU 26 juni 2003, nr. C-404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 74; HvJ EU 12 december 2002, nr. C-209/00 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 31. Ook: art. 28 lid 1 Pvo.

189 Art. 16, lid 3, Pvo; HvJ EU 12 oktober 2000, nr. C-480/98 (*Spanje/Commissie*), r.o. 24; HvJ EU 26 juni 2003, nr. 404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 51.

mogelijk maken[190] of ongunstiger zijn dan in nationale situaties. De getroffen maatregelen moeten het belang van de Unie ten volle in aanmerking nemen[191] en moeten geschikt zijn om de mededingingsvoorwaarden die door de toekenning van de onwettige steun zijn vervalst, te herstellen.[192]

In de literatuur is wel bekritiseerd dat, hoewel de betrokken lidstaat verantwoordelijk is voor een schending van de standstillbepaling en dus de geadresseerde is van de terugvorderingsverplichting, de daadwerkelijke financiële pijn niet door de lidstaat maar door de steunontvanger wordt gevoeld.[193] De steunontvanger is immers degene die moet terugbetalen. De steunverlenende autoriteit krijgt 'slechts' het teveel betaalde terug, mét de daarover genoten rente. Om deze onevenwichtigheid te redresseren zijn in dezelfde literatuur een aantal voorstellen gedaan, zoals de mogelijkheid dat steunverleners bij een moedwillige schending van de staatssteunregels op grond van het nationale recht kunnen worden vervolgd voor verduistering,[194] dat de omstandigheden waaronder zij geleden schade moeten vergoeden worden uitgebreid[195] of het opleggen van boetes of andere sancties,[196] waaronder de plicht om ten onrechte betaalde en vervolgens teruggevorderde bedragen in de Uniekas te storten.[197] Tot nu toe hebben deze voorstellen echter niet geleid tot een wijziging van de (interpretatie of toepassing van de) staatssteunregels.

2.5.3.2 Vaststellen begunstigden, bedrag en rente

Het is zodoende de begunstigde van staatssteun die op basis van het terugvorderingsbesluit uiteindelijk in de buidel moet tasten. Welke specifieke onderneming(en) echter precies door het terugvorderingsbesluit wordt of worden geraakt, is niet altijd op voorhand duidelijk. Vooral bij steunregelingen is het mogelijk dat een groot aantal niet bij naam genoemde bedrijven steun heeft ontvangen. Daarnaast moet de steun volgens vaste Europese jurisprudentie worden teruggevorderd bij de 'daadwerkelijke begunstigde'. Dat is niet in

190 HvJ EU 21 maart 1990, nr. C-142/87 (*België/Commissie – Tubemeuse*), r.o. 61; HvJ EU 12 oktober 2000, nr. C-480/98 (*Commissie/Spanje*). Het Hof gebruikt ook wel eens andere bewoordingen. Zie bijv. HvJ EU 12 december 2002, nr. C-209/00 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 34; HvJ EU 26 juni 2003, nr. C-404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 24.

191 HvJ EU 26 juni 2003, nr. C-404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 51.

192 HvJ EU 12 december 2002, nr. C-209/00 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 58. Ook Bacon 2009, p. 480. In een andere zaak bepaalde het Hof dat de lidstaat zich moet gedragen als een particuliere schuldeiser. HvJ EU 17 mei 2001, nr. C-323/99 en C-399/00 (*Italië/Commissie*), r.o. 68.

193 Ølykke 2016, p. 290; Koenig en Lindner 2015; Temple Lang 2014; Lever 2013; Nicolaides 2008, p. 588; Adriaanse 2006, p. 338.

194 Koenig en Lindner 2015, p. 23-4. Zij merken op dat het op grond van de huidige verdragen niet waarschijnlijk is dat lidstaten kunnen worden verplicht om strafrechtelijke sancties op te leggen.

195 Lever 2013, p. 10.

196 Ølykke 2016, p. 290; Adriaanse 2006, p. 338.

197 Adriaanse 2006, p. 338.

alle gevallen de oorspronkelijke ontvanger van de steun. Te denken valt bijvoorbeeld aan het geval waarin de steunontvangende onderneming inmiddels is overgenomen.[198] De Commissie hoeft in haar besluit zelf niet aan te geven wie precies de begunstigden van een steunmaatregel zijn.[199] Dit is de – vaak zeer gecompliceerde – taak van de lidstaat,[200] die daarnaast moet onderzoeken of bepaalde begunstigden door het terugvorderingsbesluit niet worden geraakt omdat zij bijvoorbeeld niet kwalificeren als onderneming of vallen onder de *de minimis*-regeling.[201]

In het terugvorderingsbesluit moet de Commissie zo precies mogelijk de omvang van de genoten steun vaststellen.[202] De Commissie geeft in haar besluiten over het algemeen redelijk specifiek aan hoe het steunbedrag moet worden vastgesteld.[203] Vaak genoeg wordt het terug te vorderen bedrag concreet in het terugvorderingsbesluit benoemd.[204] Zo nu en dan volstaat de Commissie met een meer algemene indicatie, met soms bijzonder complexe berekeningen voor de lidstaat tot gevolg.[205] Dit is toegestaan zolang het besluit voldoende gegevens bevat waarmee de lidstaat 'zonder buitensporige

198 Bijvoorbeeld GvEA EU 1 juli 2009, nr. T-291/06 (*Operator/Commissie*), r.o. 62. In dat geval wordt de oorspronkelijk begunstigde ook geacht de daadwerkelijk begunstigde te zijn wanneer de overname tegen een marktprijs heeft plaatsgevonden. HvJ EU 20 september 2001, nr. C-390/98 (*Banks*), r.o. 77; HvJ EU 29 april 2004, nr. C-277/00 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 80. Wanneer door de overname het risico ontstaat dat de terugvordering wordt omzeild, mag de Commissie de nodige maatregelen treffen om de koper tot terugbetaling te verplichten. Bekendmaking van de Commissie van 15 november 2007 'Naar een doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen', *PbEU* 2007 C 272/4, punt 32. Recenter: HvJ EU 16 december 2010, nr. C-480/09 P (*AceaElectrabel/Commissie*), r.o. 58-60.

199 GvEA EU 12 september 2007, nr. T-196/02 (*MTU/Friedrichshafen*), r.o. 50.

200 GvEA EU 14 januari 2004, T-109/01 (*Fleuren Compost/Commissie*), r.o. 48-51; GvEA EU 11 februari 2009, nr. T-25/07 (*Iride SpA/Commissie*), r.o. 89.

201 GvEA EU 11 juni 2009, nr. T-189/03 (*ASM Brescia/Commissie*), r.o. 86-88; Bekendmaking van de Commissie van 15 november 2007, 'Naar een doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen', *PbEU* C 272/4, punt 35. Vgl. Angeli 2009, p. 537.

202 GvEA EU 29 maart 2007, nr. T-366/00 (*Scott/Commissie*), r.o. 95 en GvEA EU 11 februari 2009, nr. T-25/07 (*Iride SpA*), r.o. 89.

203 Beschikking van de Commissie van 19 november 2009 betreffende steunmaatregelen C 38/A/04 (ex NN 58/04) en C 36/B/06 (ex NN 38/06) die Italië ten uitvoer heeft gelegd ten faveure van Alcoa Trasformazioni, *PbEU* 2010, L 227/62.

204 Besluit van de Commissie van 23 oktober 2007 betreffende staatssteun C 23/06 (ex NN 35/06) door Polen toegekend ten gunste van staalproducent Technologie Buczek Group, *PbEU* 2008, L 116/26.

205 De steunverlener moet dan bijvoorbeeld het verschil berekenen tussen een daadwerkelijke lening en een lening zoals de begunstigde deze in de toenmalige omstandigheden op de markt had kunnen verkrijgen. Zie voor een mooi voorbeeld art. 3 van het Besluit van de Commissie van 6 november 2008 betreffende staatssteun C 17/05 (ex N 194/05 en PL 34/04) die door Polen is toegekend ten gunste van Stocznia Gdynia, *PbEU* 2010, L 33/1.

moeilijkheden' het bedrag zelf kan berekenen.[206] Essentieel is daarbij dat de geadresseerde lidstaat uit het besluit ondubbelzinnig zijn rechten en verplichtingen kan afleiden en op basis daarvan de nodige voorzieningen kan treffen.[207] Bij het berekenen van het steunbedrag bestaat voor de steunverlener weinig ruimte voor creatief denkwerk; het besluit van de Commissie is immers bindend, ook ten aanzien van het terug te vorderen bedrag.[208] Het terug te vorderen bedrag valt bijvoorbeeld niet lager uit wanneer de steunverlenende overheid bepaalde verliezen zou hebben geleden als zij de steun niet had verleend.[209]

De hoogte van het terug te betalen bedrag komt in beginsel één op één overeen met het verkregen voordeel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Dit heeft bepaalde praktische voordelen omdat de *daadwerkelijke* invloed van de steun op de economische positie van de begunstigde of de mededinging in veel gevallen nauwelijks vast te stellen zal zijn. Gevolg daarvan is echter dat de situatie kan ontstaan dat het economisch voordeel van een onderneming veel groter of juist veel kleiner is dan het uiteindelijk terug te betalen steunbedrag.[210] Of de onderneming bijvoorbeeld door slim investeren de waarde daarvan heeft weten te verdubbelen of de steun juist heeft verkwanseld, maakt voor het terug te vorderen bedrag echter in beginsel niet uit. Dat maakt de terugbetaling van steun een nogal statisch instrument dat niet altijd tegemoetkomt aan de economische werkelijkheid.

Uit het tweede lid van artikel 16 blijkt dat de Commissie ook de terugvordering gelast van de rente die de begunstigde heeft genoten vanaf de datum waarop de steun beschikbaar was tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun. Dit is volgens het Hof van Justitie van de EU noodzakelijk om het concurrentievoordeel ongedaan te maken, aangezien de betrokken onderneming anders genoten zou hebben van een renteloze lening en daarmee een financieel voordeel zou hebben behaald.[211] Over de hoogte van die rente hoeft in beginsel geen twijfel te bestaan: deze wordt door de Commissie in mededelingen op grondslag van Verordening 794/2004 vastgesteld.[212]

---

206 HvJ EU 18 oktober 2007, nr. C-441/06 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 29 en aangehaalde rechtspraak.

207 GvEA EU 30 november 2009, nr. T-427/04 en T-17/05 (*France Télécom*), r.o. 300, verwijzend naar HvJ EU 1 oktober 1998, nr. C-279/95 P (*Langnese-Iglo/Commissie*), r.o. 78. Over de relevantie van overige stellingnames van de Commissie (bijv. in brieven): HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset SpA*), r.o. 28-31.

208 HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset SpA*), r.o. 24.

209 GvEA EU 8 juli 2004, nr. T-198/01 (*Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie*).

210 Vgl. Temple Lang 2014, p. 444-5.

211 HvJ EU 12 oktober 2000, nr. C-480/98 (*Spanje/Commissie*), r.o. 35 en HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 51.

212 Commissieverordening 794/2004 (uitvoering Procedureverordening). Op grond daarvan maakt de Commissie de geldende rentepercentages bekend via het PbEU. Vanaf 1 juli 2016 geldt de Mededeling van de Commissie betreffende de thans bij terugvordering van staats-

2.5.3.3 Uitzonderingen op de naleving van de terugvorderingsverplichting

Het mag duidelijk zijn dat het bij de terugvorderingsverplichting gaat om een harde eis. Een lidstaat die een terugvorderingsbesluit niet naleeft, kan ter verdediging enkel aanvoeren dat het uitvoeren van het besluit absoluut onmogelijk was,[213] en mogelijk dat sprake is van (zeer) uitzonderlijke omstandigheden.[214] Een dergelijk betoog wordt zelden aanvaard.[215] Feitelijke omstandigheden, zoals de mogelijkheid van financiële problemen voor of het ingetreden faillissement van de begunstigde onderneming,[216] de onduidelijkheid over de identiteit van de begunstigde onderneming(en) of de vrees voor binnenlandse moeilijkheden of voor een sociaal conflict maken terugvordering niet absoluut onmogelijk.[217] Hetzelfde geldt voor juridische obstakels die lidstaten bij de uitvoering van de terugvorderingsverplichting tegenkomen. Een lidstaat kan zich niet beroepen op bepalingen, praktijken of situaties van zijn interne rechtsorde om de niet-naleving van de terugvorderingsplicht te rechtvaardigen.[218] Zo strandden de betogen dat een nationale titel voor terugvordering ontbrak, dat nationale verjaringstermijnen waren verlopen, dat niet kon worden teruggevorderd wegens het ontbreken van verrijking, en dat de begunstigde onder nationaal recht een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel kon doen.[219] Zelfs het gezag van gewijsde van een nationale rechterlijke uitspraak

---

steun toe te passen rentepercentages en de referentie- en disconteringspercentages voor 28 lidstaten, zoals die vanaf 1 juli 2016 gelden, *PbEU* 2016, C 219/27.

213 HvJ EU 4 april 1995, nr. C-348/93 (*Commissie/Italië*), r.o. 16; HvJ EU 29 januari 1998, nr. C-280/95 (*Commissie/Italië*), r.o. 13; HvJ EU 3 juli 2001, nr. C-378/98 (*Commissie/België*), r.o. 30; HvJ EU 18 oktober 2007, nr. C-441/06 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 27.

214 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 42. Daarvan is nog geen sprake wanneer drie opeenvolgende besluiten waarin steun verenigbaar is verklaard met de interne markt vervolgens door de Unierechter nietig zijn verklaard. HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), *dictum*. De in deze uitspraken gehanteerde redenering (en verwijzingen) doet denken aan de toepassing van het hierna in § 2.6.5.1 te bespreken vertrouwensbeginsel.

215 Wel in de zaak HvJ EU 10 december 2000, nr. C-480/98 (*Commissie/Spanje*), r.o. 36-8.

216 Resp.: HvJ EU 15 januari 1986, nr. 52/84 (*Commissie/België*), r.o. 14-5; HvJ EU 21 maart 1990, nr. C-142/87 (*Tubemeuse*), r.o. 62-63; HvJ EU 2 juli 2002, nr. C-499/99 (*Commissie/Spanje*), r.o. 39.

217 Resp.: HvJ EU 13 juni 2002, nr. C-382/99 (*Nederland/Commissie*), r.o. 92; HvJ EU 7 maart 2002, nr. C-310/99 (*Italië/Commissie*), r.o. 105; HvJ EU 14 september 1994, nrs. C-278-280/92, (*Spanje/Commissie*), r.o. 74-7.

218 HvJ EU 10 januari 2008, nr. C-70/06 (*Commissie/Portugal*), r.o. 22; HvJ EU 7 juli 2009, nr. C-369/07 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 45.

219 HvJ EU 21 maart 1991, nr. C-303/88 (*Italië/Commissie*), r.o. 56-61; HvJ EU 20 maart 1997, nr. C-24/95 (*Alcan*), r.o. 34-37, 41-43 en 52. Zie wel Conclusie A-G Wahl bij HvJ EU 11 september 2014, nr. C-527/12 (*Commissie/Duitsland*), ov. 60. Hij acht het niet ondenkbaar dat de noodzaak om begunstigden een doeltreffende rechtelijke bescherming te garanderen, in bepaalde omstandigheden de niet-terugvordering van steun kan rechtvaardigen.

kan de niet-naleving van een terugvorderingsbesluit niet zonder meer rechtvaardigen.[220]

In het geval een lidstaat bij het uitvoeren van het Commissiebesluit op onvoorziene en onvoorzienbare omstandigheden stuit of zich bewust wordt van gevolgen die de Commissie niet voor ogen heeft gehad, moet hij dit op grond van artikel 4 lid 3 VEU aan de Commissie voorleggen en alternatieven voorstellen. De Commissie is dan verplicht om met de lidstaat te goeder trouw samen te werken om de moeilijkheden op te lossen, met inachtneming van de verdragsbepalingen en het staatssteunrecht.[221] Dit vereist een concrete inspanning; een lidstaat kan er niet mee volstaan de Commissie van de geconfronteerde moeilijkheden op de hoogte te stellen, maar moet juist laten zien dat hij – eventueel in samenwerking met de Commissie – tot werkelijke actie is overgegaan.[222] Als een lidstaat dit achterwege heeft gelaten, zal een beroep op absolute onmogelijkheid niet slagen.

2.5.4 De rol van de Commissie wanneer haar besluiten niet worden nageleefd

Artikel 28 van de Procedureverordening bepaalt dat de Commissie zich overeenkomstig artikel 108 lid 2 VWEU rechtstreeks tot het Hof van Justitie kan wenden wanneer een lidstaat niet voldoet aan een voorwaardelijk of negatief besluit. De Commissie kan zodoende een inbreukprocedure aanhangig maken bij het Hof wanneer een (terugvorderings)besluit niet is nageleefd.[223] Een vergelijkbare regel geldt op grond van artikel 14 van de Procedureverordening wanneer een lidstaat geen gevolg geeft aan een bevel tot opschorting van steun of tot voorlopige terugvordering van steun. In 2005 heeft de Commissie zich tot doel gesteld om strenger toe te zien op de naleving van terugvorderingsbesluiten.[224] De uitspraak *Scott* heeft de Commissie daartoe in zoverre instrumenten in handen gegeven dat zij nu makkelijker kan procederen tegen *niettijdige* naleving van een terugvorderingsbesluit.[225] Dit is onder meer een inte-

220 Zie over het gezag van gewijsde hierna § 2.6.1.4. Zelfs wanneer het gezag van gewijsde wordt gehonoreerd, is relevant of de nationale autoriteiten 'naar nationaal recht over middelen beschikten die, indien zij zorgvuldig waren toegepast, deze staat de mogelijkheid hadden kunnen bieden om terugbetaling van de betrokken steun te verkrijgen'. HvJ EU 22 december 2010, nr. C-507/09 (*Commissie/Slovaakse Republiek*), r.o. 61.

221 HvJ EU 4 april 1995, nr. C-350/93 (*Commissie/Italië*), r.o. 16; HvJ EU 3 juli 2001, nr. C-378/98 (*Commissie/België*), r.o. 31; HvJ EU 26 juni 2003, nr. C-404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 46.

222 HvJ EU 22 december 2010, nr. C-304/09 (*Commissie/Italië*), r.o. 36-44; HvJ EU 26 juni 2003, nr. C-404/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 46. HvJ EU 22 december 2010, nr. C-304/09 (*Commissie/Italië*), r.o. 36-44; HvJ EU 2 februari 1989, nr. 94/87 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 10.

223 Zie bijvoorbeeld, naar aanleiding van de onvolledige terugvordering van aan Nederlandse mestverwerkingsbedrijven verleende steun, Verzoekschrift van de Europese Commissie, ingesteld op 29 augustus 2009, nr. C-401/07 (*Commissie/Nederland*).

224 Dit blijkt uit het Actieplan staatssteun.

225 HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk – Scott*).

ressante ontwikkeling omdat steviger optreden van de Commissie lidstaten kan stimuleren om hun procedurele regels zodanig aan te passen dat terugvordering van steun makkelijker wordt gemaakt.[226] Komt een lidstaat een terugvorderingsbesluit van de Commissie niet na, dan heeft de Commissie naast het inleiden van een inbreukprocedure nog een andere manier om de naleving van haar besluit te stimuleren. De Commissie kan namelijk verbieden dat verdere (verenigbare) steun aan een onderneming wordt uitbetaald zolang de eerdere steun waarvan terugvordering is gelast niet is terugbetaald.[227] Hiermee heeft de lidstaat een tastbare prikkel om daadwerkelijk tot terugvordering over te gaan.[228]

Wanneer het Hof van Justitie in een door de Commissie ingeleide procedure vaststelt dat een lidstaat de op hem krachtens het Verdrag rustende verplichtingen niet is nagekomen, moet de lidstaat de maatregelen nemen die nodig zijn voor de uitvoering van het arrest van het Hof. Doet de lidstaat ook dat niet, dan kan de Commissie hem opnieuw voor het Hof dagen en eventueel verzoeken dat een forfaitaire som of dwangsom aan de lidstaat wordt opgelegd.[229]

2.5.5 Een Commissiebesluit aanvechten

De lidstaat tot wie een Commissiebesluit is gericht kan dat besluit op grond van artikel 263 VWEU voor het Hof aanvechten wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van de Verdragen of van enige uitvoeringsregeling daarvan, of wegens misbruik van bevoegdheid.[230] Op deze manier kan worden opgekomen tegen bijvoorbeeld besluiten over de goedkeuring of terugvordering van steun. Hetzelfde geldt, afgaande op de jurisprudentie van het Hof van Justitie, voor de beslissing om de formele onderzoeksprocedure in te leiden, hoewel over de precieze voorwaarden voor een ontvankelijk beroep door een enigszins verwarrende jurisprudentielijn van het Gerecht nog onzekerheid bestaat.[231] De termijn voor het instellen

---

226 Zoals dat in Nederland (met beperkt succes) is gebeurd. Zie nader in hoofdstuk 8 § 8.2.1. Angeli 2009, p. 538, betreurt dat de Commissie niet op vergelijkbare wijze kan optreden tegen gebrekkige handhaving van de standstillbepaling, aangezien daardoor een stimulans ontbreekt om de bescherming op grond van art. 108 lid 3 VWEU te optimaliseren.

227 GvEA EU 13 september 1995, nr. T-244/93 en T-486/93 (*TWD Textilwerke Deggendorf*), r.o. 83.

228 Een meer theoretische onderbouwing is dat het eerdere concurrentievoordeel is blijven bestaan en het verlenen van nieuwe steun van meet af aan niet kan leiden tot een mededingingsneutrale situatie.

229 Art. 260 VWEU. Bijv. HvJ EU 13 mei 2014, nr. C-184/11 (*Commissie/Spanje*).

230 Art. 263, tweede alinea, VWEU.

231 Het Gerecht lijkt van oordeel te zijn dat geen beroep mogelijk is tegen besluiten ten aanzien van steunmaatregelen die al volledig zijn uitgevoerd. GvEA EU 3 maart 2015, nr. T-251/13 (*Gemeente Nijmegen/Europese Commissie*); GvEA EU 16 oktober 2014, nr. T-517/12 (*Alro/Europese Commissie*). Wel met succes: HvJ EU 24 oktober 2013, nr. C-77/12 (*Deutsche Post*),

van een dergelijk beroep bedraagt twee maanden vanaf de dag van bekendmaking van de handeling, vanaf de dag van kennisgeving aan de verzoeker of vanaf de dag waarop de verzoeker van de handeling kennis heeft gekregen.[232]

Natuurlijke en rechtspersonen kunnen op dezelfde gronden bij het Gerecht een procedure aanhangig maken. Zij mogen dit echter alleen doen met betrekking tot handelingen die tot hen gericht zijn of die hen rechtsreeks en individueel raken.[233] Hoewel een terugvorderingsbesluit niet tot de begunstigde is gericht maar tot de lidstaat, zal al snel zijn voldaan aan de voorwaarden dat hij rechtstreeks en individueel geraakt is.[234] Dat zal echter niet het geval zijn wanneer de begunstigden op basis van het besluit niet duidelijk kunnen worden geïdentificeerd, zoals bij een steunregeling het geval kan zijn.[235] Ook concurrenten en overige derden zullen meer moeite hebben om aan te tonen dat zij op grond van artikel 263 VWEU ontvankelijk zijn.[236]

Wie de geldigheid van een terugvorderingsbesluit had kunnen aanvechten maar dat niet op tijd heeft gedaan, kan zich later niet voor de nationale rechter alsnog op de veronderstelde ongeldigheid daarvan beroepen.[237] Voor lidstaten betekent dat simpelweg dat ze na het verstrijken van de termijn van twee maanden het terugvorderingsbesluit niet meer kunnen aanvechten, ook niet in een nationale procedure. Voor concurrenten, begunstigden en overige belanghebbenden ligt het iets ingewikkelder. De hamvraag is of zij voor het Gerecht ontvankelijk waren geweest – oftewel of zij door het besluit rechtstreeks en individueel zijn geraakt. Wie voor het Gerecht niet-ontvankelijk zou zijn verklaard omdat hij niet rechtsreeks en individueel geraakt is, kan het Commissiebesluit alsnog voor de nationale rechter betwisten. Deze rechter mag dan niet zelf de nietigheid van een besluit uitspreken en moet in zulke gevallen een prejudiciële vraag stellen aan het Hof, dat dan kan vaststellen dat het besluit van de Commissie ongeldig is.[238] Als de Europese rechtsgang op grond van artikel 263 VWEU ten onrechte niet is gebruikt, is de nationale rechter aan het Commissiebesluit gebonden en mag hij het niet meer ter discussie stellen.[239]

---

r.o. 55. Vgl. HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 37. Zie ook Gambaro en Mazzocchi 2016, p. 303.

232 Art. 263, zesde alinea, VWEU.

233 Art. 263, vierde alinea, VWEU. T.a.v. regelgevingshandelingen die hen rechtstreeks raken en die geen uitvoeringshandelingen meebrengen: HvJ EU 27 februari 2014, nr. C-132/12P (*Stichting Woonpunt*), r.o. 59.

234 HvJ EU 17 september 1980, nr. 730/79 (*Philip Morris*), r.o. 5.

235 HvJ EU 29 april 2004, nr. C-298/00 P (*Italië/Commissie*), r.o. 36; GvEA EU 28 november 2008, nr. T-254/00, T-270/00 en T-277/00 (*Hotel Cipriani SpA*), r.o. 92.

236 Helemaal onmogelijk is dit overigens niet. Zie voor een overzicht o.m. Heise 2014; Creve 2014; Jürimäe 2010.

237 HvJ EU 9 maart 1994, nr. C-188/92 (*TWD Textilwerke Deggendorf*), *dictum*.

238 HvJ EU 22 oktober 1987, nr. 314/85 (*Foto-Frost*), r.o. 20.

239 HvJ EU 9 maart 1994, nr. C-188/92 (*TWD Textilwerke Deggendorf*), *dictum*.

2.6 De rol van de nationale rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht

Met deze belangrijke informatie in het achterhoofd kan worden toegekomen aan de spil van dit onderzoek: de nationale rechter. Deze rechter heeft bij de handhaving van de staatssteunregels uit Europees perspectief een wezenlijke taak te vervullen. Daarbij geldt dat hij op diverse manieren in staatssteungeschillen betrokken kan raken. Zo kunnen justitiabelen in rechte aanvoeren dat een overheidsorgaan staatssteun heeft verleend en die ten onrechte niet heeft aangemeld. Zij kunnen ook betogen dat een steunmaatregel weliswaar is goedgekeurd, maar dat deze is uitgevoerd op een manier die afwijkt van het goedkeuringsbesluit. De rechter kan daarnaast geroepen zijn om zich uit te laten over de juiste wijze van uitvoering van een besluit waarbij de Commissie de terugvordering van onrechtmatige en onverenigbare steun heeft gelast. Er zijn nog meer situaties denkbaar waarin de nationale rechter in staatssteungeschillen een rol heeft te vervullen. Voor een deel zullen zij in de volgende hoofdstukken aan de orde komen, waar het uitgevoerde jurisprudentieonderzoek daarvoor aanleiding geeft.[240] Op dit punt gaat de aandacht uit naar de taken van de nationale rechter die in de Europese rechtspraak en regelgeving de meeste aandacht hebben gekregen. Naast enkele algemene opmerkingen over de rol van de nationale rechter in staatssteungeschillen en de beginselen die de rol van de nationale rechter als *juge de droit commun* vormgeven (§ 2.6.1) gaan de volgende paragrafen in op de twee (vanuit Europees perspectief) belangrijkste situaties waarin de nationale rechter moet optreden.[241] Het gaat dan om de situatie waarin de naleving van de hierboven beschreven terugvorderingsbesluiten aan de orde is (§2.6.2) en de situatie waarin bij de nationale rechter een beroep wordt gedaan op de rechtstreekse werking van de opschortingsplicht (§ 2.6.3-2.6.5).

2.6.1 Principes die het optreden van de nationale rechter als *juge de droit commun* beheersen

Het speelveld waarin een nationale rechter beweegt wanneer hij Europees recht moet toepassen, wordt ingekleurd door een aantal belangrijke basisprincipes. Deze zijn grotendeels in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU uitgewerkt. Overigens is deze uitwerking niet altijd even logisch of consistent.[242] Het verwondert dan ook niet dat deze jurisprudentie al op vele ma-

240 In hoofdstuk 3 wordt een uitgebreider algemeen overzicht gegeven van de soorten staatssteungeschillen die in de Nederlandse rechtspraak naar voren komen.

241 Zie Mededeling van de Commissie van 9 april 2009 over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, *PbEU* 2009, *C* 85/1, randnr. 21.

242 Hofstötter 2005, p. 34; Schebesta 2010, p. 877; Bobek 2011.

nieren is ingedeeld en geïnterpreteerd.[243] De volgende paragrafen gaan op hoofdlijnen in op het loyaliteitsbeginsel, het beginsel van voorrang van Europees recht, de rechtstreekse werking, de nationale procedurele autonomie en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Deze principes vallen niet altijd even strikt van elkaar te scheiden. Toch worden ze nu één voor één behandeld, waarbij de nadruk wordt gelegd op de hoofdlijnen die voor dit onderzoek relevant zijn.

2.6.1.1 Het loyaliteitsbeginsel

Het loyaliteitsbeginsel (ook wel: het beginsel van de goede trouw) is sinds het Verdrag van Lissabon neergelegd in artikel 4 lid 3 VEU en luidt als volgt:

> 'Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien.
> De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.'

In de tweede alinea van deze bepaling worden de concrete positieve en negatieve verplichtingen voor de lidstaten gecodificeerd. Uit de eerste alinea volgt dat de verplichting tot loyale samenwerking niet alleen geldt voor de lidstaten, waaronder ook de nationale rechter valt,[244] maar ook voor de EU zelf.

Het loyaliteitsbeginsel wordt extreem breed toegepast en heeft aanleiding gegeven tot een aantal voor het Europese recht essentiële leerstukken. Te wijzen valt bijvoorbeeld op de effectieve rechtsbescherming, de rechtstreekse werking, de verplichting tot conforme interpretatie en het recht tot rechterlijke toetsing,[245] maar ook andere leerstukken zijn op de loyaliteitseis teruggevoerd.[246] In het kort verplicht artikel 4 lid 3 VEU de nationale rechter om de *effet utile* ('volle werking') van het Europese recht te verzekeren.[247] Specifiek op het gebied van het staatssteunrecht biedt het loyaliteitsvereiste grond voor de hierna nog te bespreken mogelijkheid voor de nationale rechter om

---

243 Onder meer: Van Gerven 2000; Temple Lang 2001; Vermeulen 2001; Temple Lang 2003; Prinssen 2004; Hofstötter 2005; Claes 2006; Ross 2006; Jans e.a. 2007; Ortlep en Verhoeven 2008; Arnull 2011; Bobek 2011; Van Gerven en Lierman 2011 (m.n. hoofdstuk 3).

244 HvJ EU 8 oktober 1987, nr. 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), r.o. 12.

245 Temple Lang 2001, p. 85, met verwijzingen. Zie ook Dougan 2004, p. 53.

246 Zie daarover nader Jans e.a. 2011, p. 33-4 en, in het kader van staatssteun, Adriaanse 2006, p. 79 e.v.. Toegeschreven op de nationale rechter: Temple Lang 2003.

247 Van Gerven en Lierman 2011, p. 163. Zie ook Temple Lang 2001, p. 93 en Temple Lang 2003, p. 1939.

de Europese Commissie waar nodig met advies- of informatievragen te benaderen[248] en voor de plicht van nationale rechters om zich ervan te onthouden een beslissing te nemen die tegen een eerder besluit van de Commissie indruist, zelfs wanneer dat besluit een voorlopig karakter heeft.[249]

2.6.1.2 Voorrang van Europees recht

Een ander fundamenteel principe is dat van de voorrang van Europees recht. In het beroemde arrest *Costa ENEL* bepaalde het Hof in 1964 dat het Europese verdragsrecht uit een autonome bron voortvloeit en dat nationale bepalingen die tegen het stelsel van dit recht ingaan, buiten toepassing moeten worden gelaten.[250] Kortom: wanneer Europees en nationaal recht elkaar tegenspreken, gaat het Europese recht voor.[251] Deze voorrang van het Europese recht geldt ongeacht de status van de Europese rechtsregel (primair recht, secundair recht of rechtsbeginsel) en ongeacht de status van de nationale rechtsregel (al bestaand of na de Europese regel in werking getreden).[252]

De meest concrete verplichting voor nationale rechters op basis van het voorrangsprincipe is het buiten toepassing laten van nationaal recht dat strijdig is met het rechtstreeks werkend Europese recht. In dat kader kan wel worden onderscheiden tussen materiële en procedurele voorrang.[253] In het eerste geval moet de rechter een materiële bepaling van Europees recht voorrang geven boven een materiële bepaling van nationaal recht. Het tweede geval verwijst naar de verplichting van rechters om nationale procedures terzijde te schuiven wanneer deze in de weg staan aan de toepassing van Europees recht. Hiermee raakt het voorrangsbeginsel nauw aan het hierna te bespreken beginsel van de nationale procedurele autonomie.[254] Het voorrangsprincipe betekent niet alleen een eis om in voorkomend geval nationaal recht buiten toepassing te laten. Zo vloeit uit het voorrangsbeginsel voort dat rechters er mede zorg voor moeten dragen dat de nuttige werking van het Europese recht wordt gewaarborgd. Dat kunnen zij onder meer bereiken door nationale regels Unierechtconform uit te leggen, wat wil zeggen dat zij het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met het Unierecht uitleggen, of schadever-

---

248 Zie later in dit hoofdstuk § 2.6.6.

249 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*). Zie in meer detail in hoofdstuk 6 m.n. § 6.2.1.

250 HvJ EU 15 juni 1964, nr. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*). Nog duidelijker in: HvJ EU 9 maart 1978, nr. 106/77 (*Simmenthal*), r.o. 17.

251 Lenaerts en Corthaut 2006, p. 289. Voorrang is daarmee een conflictregel.

252 HvJ EU 9 maart 1978, nr. 106/77 (*Simmenthal*), r.o. 17. Zie ook Jans e.a. 2007, p. 36 en Weatherill 1995, p. 106: 'even the most minor piece of technical Community legislation ranks above the most cherished constitutional norm'.

253 Claes 2006, p. 100. Zij spreekt over '*substantive supremacy*' en '*procedural*' of '*structural supremacy*. Vgl. Klamert 2014, p. 104.

254 Ortlep en Verhoeven 2008, p. 471-2.

goeding toe te kennen.[255] Hiermee raakt het voorrangsbeginsel nauw aan de bovengenoemde loyaliteitseis.

2.6.1.3 *Rechtstreekse werking*

Het voorrangsbeginsel wordt vaak in één adem genoemd met de rechtstreekse werking van Europees recht. In het baanbrekende arrest *Van Gend & Loos* heeft het Hof bepaald dat de EU meer is dan een 'overeenkomst welke slechts wederzijdse verplichtingen tussen de verdragsluitende mogendheden schept'.[256] Bepalingen die voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk zijn,[257] kunnen door individuen rechtstreeks voor de nationale rechters worden ingeroepen. Zo kan een rechtstreeks werkende bepaling in de nationale context worden toegepast zonder tussenkomst van de nationale wetgever.[258]

Niet alle bepalingen van Europees recht hebben rechtstreekse werking. Bepalingen uit de Europese verdragen, verordeningen, besluiten en in sommige gevallen ook richtlijnen kunnen afhankelijk van hun inhoud rechtstreeks werken. Of dat daadwerkelijk het geval is wordt uiteindelijk bepaald door het Hof.[259] In het geval van artikel 108 lid 3 VWEU heeft het Hof geoordeeld dat de in de laatste zin daarvan besloten liggende opschortingsplicht rechtstreekse werking heeft.[260] Dit geeft justitiabelen de mogelijkheid om die bepaling (maar niet de aanmeldingsplicht in de eerste zin van het derde lid) in een procedure voor de nationale rechter in te roepen, en zodoende indirect bij te dragen aan de handhaving van het staatssteunrecht.[261]

Het verdient opmerking dat over de precieze betekenis van het beginsel van de rechtstreekse werking de nodige discussie bestaat – zoals tot op zekere hoogte voor alle in dit kader besproken principes het geval is.[262] Lenaerts

255 Jans, Prechal en Widdershoven 2011, p. 57-64; Prechal 2007; Claes 2006, p. 102.

256 HvJ EU 5 februari 1963, nr. 26/62 (*Van Gend & Loos*).

257 Zie voor een inhoudelijke discussie van deze voorwaarden en hun ontwikkelingen in de tijd: Craig en De Búrca 2015, p.190-2.

258 Vermeulen 2001, p. 27; Claes 2006, p. 70: 'Direct effect is pivotal in the decentralized enforcement of Community law'.

259 De nadere voorwaarden voor rechtstreekse werking van richtlijnen zal hier niet verder worden uitgewerkt. Verwezen wordt naar Craig en de Búrca 2015, p. 200-5. De mogelijke rechtstreekse werking van besluiten volgt uit HvJ EU 6 oktober 1970, nr. 9/70 (*Grad*).

260 HvJ EU 15 juni 1964, nr. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), p. 1222; HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*), r.o. 8. Zie ook bijv.: HvJ EU 21 november 1991, nr. C-345/90 (*FNCE*), r.o. 11; HvJ EU 7 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 39.

261 Adriaanse 2006, p. 71; Prinssen 2004, p. 17; Craig en de Búrca 2015, p. 185; Wilman 2015, p. 58-9.

262 Grofweg komt die discussie erop neer of met de rechtstreekse werking van bepalingen van Unierecht subjectieve rechten ontstaan, of de rechtstreekse werking 'enkel' de inroepbaarheid ('*invocability*') van een norm impliceert, of dat de rechtstreeks werkende norm door de rechter kan worden toegepast ('*justiciability*'). Zie onder meer: Claes 2006, p. 75-85; Prinssen 2004, p. 15-25; Uzman 2013, p. 306-8, met verwijzingen.

en Corthaut pleitten er in 2006 voor dat het concept van de rechtstreekse werking zou worden teruggebracht tot zijn ware proporties:

> 'It is the technique which allows individuals to enforce a subjective right, which is only available in the internal legal order in an instrument that comes from outside that order, against another (state or private) actor.'[263]

Daarbij benadrukken zij dat de rechtstreekse werking 'but one tool in the toolbox for invoking EU law' is, naast bijvoorbeeld de plicht tot Unierechtconforme interpretatie, staatsaansprakelijkheid en de voorrang van het Unierecht.[264] Zonder onrecht te willen doen aan de zonder meer interessante discussie over de precieze betekenis van de rechtstreekse werking, wordt hier volstaan met het karakteriseren van de rechtstreekse werking als een essentieel instrument om de naleving van een aan het Unierecht ontleende norm rechtstreeks (d.w.z.: zonder dat daarvoor de interpretatie van een vergelijkbare nationale norm nodig is) voor de nationale rechter af te dwingen.

2.6.1.4 Nationale procedurele autonomie

In een van de eerste staatssteunzaken, *Lorenz*, heeft het Hof overwogen dat de rechtstreekse werking van de standstillbepaling

> 'de nationale rechterlijke instanties weliswaar verplicht het toe te passen – zonder dat daartegen een beroep op enigerlei nationale rechtsregel openstaat – , doch dat volgens de nationale rechtsorde van iedere lid-staat moet worden bepaald langs welke weg dit resultaat rechtens dient te worden bereikt'.[265]

Kortom: wanneer een particulier zich voor de nationale rechter op de niet-naleving van de standstillbepaling of een terugvorderingsbesluit beroept, past deze rechter het nationale recht toe. Dit is een uiting van het beginsel van de nationale procedurele autonomie.

Het beginsel van de nationale procedurele autonomie houdt in dat de lidstaten, bij gebrek aan Europese procedureregels, geschillen met een Europeesrechtelijk aspect binnen hun eigen rechterlijke organisatie, volgens

---

263 Lenaerts en Corthaut 2006, p. 310.

264 Idem. Daarbij verdient opmerking dat het Hof in de uitspraak *Dominguez* heeft geoordeeld dat de mogelijkheid om een nationale bepaling Unierechtconform uit te leggen de voorkeur verdient boven de mogelijkheid om een het nationale recht wegens strijd met een rechtstreeks werkende bepaling van Unierecht buiten toepassing te laten. HvJ EU 24 januari 2012, nr. C-282/10 (*Dominguez*).

265 HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*), r.o. 9.

hun eigen procesrecht en met hun eigen remedies oplossen.[266] Deze autonomie geldt voor zowel de nationale autoriteiten als voor de nationale rechters.[267] Het beginsel van de procedurele autonomie is mooi verwoord door A-G Werner, die het beginsel vooral ziet als een kwestie van gezond verstand:

> 'Waar het gemeenschapsrecht zich ertoe beperkt enerzijds de Lid-Staten een bepaalde handelwijze te verbieden en anderzijds de particulieren het recht toe te kennen zich voor hun nationale rechter op dat verbod te beroepen, zonder evenwel de middelen of procedures aan te wijzen welke zij daartoe dienen te gebruiken, dan is er inderdaad geen andere mogelijkheid dan aanwending en procedures van het nationale recht. […] Gemeenschapsrecht en nationaal recht werken samen, in die zin dat het laatstgenoemde begint waar het eerste eindigt, en de consequenties eruit trekt'.[268]

Hetzelfde principe geldt uiteraard ook voor de nationale rechter.[269] Binnen de nationale procedurele autonomie valt te onderscheiden tussen institutionele, procedurele en *remedial* autonomie.[270] De nationale rechtsorde bepaalt dan welke rechter bevoegd is, welke procedureregels gelden en welke specifieke consequenties aan een schending van het Europese recht worden verbonden.

Het is duidelijk dat er tussen het idee van effectieve doorwerking van Europees recht en de nationale procedurele autonomie een zekere spanning bestaat, vooral als nationale regels de Europese problemen niet goed kunnen oplossen.[271] Het Hof heeft dan ook twee beperkingen opgelegd: rechters moeten zich houden aan de grenzen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.[272] Het doeltreffendheidsbeginsel (ook wel: het effectiviteitsbeginsel) houdt in dat het nationale procesrecht de uitoefening van de door de Europese rechts-

---

266 HvJ EU 19 december 1968, nr. 13/68 (*Salgoil*); HvJ EU 16 december 1976, nr. 33/76 (*Rewe*), r.o. 5. Zie nader o.m. Parret 2011, p. 161-2; Claes 2006, p. 121; Vermeulen 2001, p. 33. Adriaanse 2006, p. 69, brengt dit beginsel onder bij het in het Verdrag neergelegde subsidiariteitsbeginsel (art. 5 lid 3 VEU). Dit is een grotendeels politiek beginsel dat moeilijk rechterlijk kan worden getoetst (Adriaanse 2006, p. 68; Van Gerven en Lierman, p. 96). Vanuit de gedachte van het subsidiariteitsbeginsel is de nationale rechtsorde in beginsel het best in staat om de bij een geschil met Europese dimensies toe te passen procedureregels vast te stellen.

267 Kakouris 1997, p. 1389

268 Conclusie van A-G Warner van 30 november 1976 in de zaak 33/76 (*Rewe*), p. 2003.

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

270 Adriaanse 2006, p. 69, met verwijzing naar Kilpatrick, Notitz en Skidmore 2000, p. 3-4. Hij koppelt deze begrippen aan de effectieve rechtsbescherming. Zo ook Hofstötter 2005, p. 20, die het beginsel van de nationale procedurele autonomie beziet vanuit het adagium '*ubi ius, ibi remedium*'. Ook: Claes 2006, p. 144.

271 Hofstötter 2005, p. 21. Conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), ov. 43.

272 Inmiddels mag worden aangenomen dat naast deze twee voorwaarden ook moet worden voldaan aan de eisen van effectieve rechtsbescherming. Vermeulen 2001, p. 34. Jans e.a. 2007, p. 287. Zie nader hierna in § 2.6.1.5.

orde verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken, terwijl het gelijkwaardigheidsbeginsel voorschrijft dat de procesregels voor vorderingen op basis van Europese rechten niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen.[273]

De nationale procedurele autonomie en haar verhouding tot het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel is niet altijd even duidelijk en heeft geleid tot een aantal verwarrende uitspraken van de Europese rechters.[274] Vooral de vraag wat het doeltreffendheidsbeginsel inhoudt en hoe het moet worden toegepast, blijkt erg lastig. Vier punten zijn in het bijzonder het benoemen waard. Ten eerste bestaat er kritiek op de praktische toepasbaarheid van het gelijkwaardigheidsbeginsel. Dat beginsel houdt in dat vorderingen op basis van Europees recht niet ongunstiger mogen worden behandeld dan vorderingen op basis van nationaal recht. Omdat alleen de nationale rechter volledige kennis heeft over zijn eigen procesrecht, bepaalt niet de Europese maar de nationale rechter of aan dit beginsel is voldaan.[275] Toch blijkt vooral de vraag met welk nationaal recht de vergelijking moet worden gemaakt zo problematisch dat het gelijkwaardigheidsbeginsel volgens sommigen aan daadwerkelijke betekenis heeft ingeboet.[276] Hoewel de inhoud van de gelijkwaardigheidstoets niet helemaal duidelijk is, staat wel vast dat het beginsel lidstaten niet verplicht om hun gunstigste nationale regels toe te passen op alle vorderingen op basis van Europees recht.[277] Daarnaast heeft het Hof geoordeeld dat sprake moet zijn van gelijke behandeling van vergelijkbare *vorderingen*. Dat betekent dat geen plicht bestaat om de gelijkwaardigheid te waarborgen van de verschillende soorten procedures van nationaal recht, bijvoorbeeld civiele procedures enerzijds en bestuurlijke procedures anderzijds.[278]

Ten tweede verdient opmerking dat uit het gelijkwaardigheidsbeginsel in combinatie met het loyaliteitsbeginsel onder omstandigheden een *verplichting* kan voortvloeien om een nationale *bevoegdheid* uit te oefenen.[279] Jans, Wid-

---

273 HvJ EU 13 maart 2007, nr. C-432/05 (*Unibet*), r.o. 43; HvJ EU 16 december 1976, nr. 33/76 (*Rewe*), r.o. 5; HvJ EU 16 december 1976, nr. 45/76 (*Comet*), r.o. 13.

274 Claes 2006, p. 122; Hofstötter 2005, p. 34.

275 HvJ EU 1 december 1998, nr. C-326/96 (*Levez*), r.o. 39; HvJ EU 10 juli 1997, nr. C-261/95 (*Palmisani*), r.o. 33. Zie ook de kritiek van Bobek 2011.

276 Bobek 2011, conclusie. Ook Van Gerven 2000, p. 535, vindt het afschaffen van de gelijkwaardigheidstest verdedigbaar, mits wel het doelmatigheidsbeginsel wordt uitgebreid. A-G Colomer stelt in zijn conclusie dat het beginsel al steeds minder strikt wordt toegepast. Conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), punt 85.

277 HvJ EU 15 september 1998, nr. C-231/96 (*Edis*), r.o. 36.

278 HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-69/14 (*Târşia*), r.o. 34.

279 HvJ EU 14 december 1995, nr. C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*), r.o. 13-22. Vgl. HvJ EU 14 december 1995, nr. C-312/93 (*Peterbroeck*), r.o. 14. Van den Brink 2012, p. 131; Engström 2008, p. 75-6. Volgens Jans, Prechal en Widdershoven 2011, p. 47, vloeit deze plicht voort uit het loyaliteitsbeginsel, al dan niet in combinatie met de noodzaak van effectieve rechtsbescherming.

dershoven en Prechal merken terecht op dat dit problematisch kan zijn omdat een nationale bevoegdheid doorgaans ruimte laat voor het maken van een afweging in het concrete geval.[280] Voor een dergelijke afweging, waarbij uiteenlopende factoren een rol kunnen spelen die de Uniewetgever doorgaans niet heeft kunnen overzien, bestaat met deze regel nog maar weinig ruimte.

Ten derde heeft er in de jurisprudentie een ontwikkeling plaatsgevonden in de manier waarop het doeltreffendheidsbeginsel werd ingekleurd. Het doeltreffendheidsbeginsel betekent dat het nationale procesrecht de uitoefening van Europese rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Van Gerven heeft het in dat kader over '*minimum effectiveness*'.[281] Het is echter nog maar de vraag hoe 'minimaal' deze effectiviteitstoets is, vooral nu het nagenoeg onmogelijk is om met enige zekerheid vast te stellen wat de juridische grenzen zijn van het begrip 'uiterst moeilijk'.[282] Daarnaast is beargumenteerd dat het doeltreffendheidsbeginsel door het toenemende belang van het hierna te bespreken beginsel van de effectieve rechtsbescherming zijn minimale karakter is kwijtgeraakt.[283] De oudere rechtspraak van het Hof heeft het zelfs enige tijd doen voorkomen dat het doeltreffendheidsbeginsel zo ruim moet worden toegepast dat nationale rechters in feite in weerwil van de nationale procedurele autonomie verplicht zijn 'om de volledige doorwerking van het gemeenschapsrecht te vergemakkelijken, op een eenvormige, directe en onmiddellijke wijze'.[284] Hoewel deze ontwikkeling weer enigszins is teruggedraaid ten gunste van de procedurele autonomie,[285] grijpt het doeltreffendheidsbeginsel volgens sommige auteurs nog steeds diep in op de mogelijkheid voor lidstaten om hun eigen procedureregels vast te stellen. Ross kwalificeert effectiviteit bijvoorbeeld als een 'institutionele mantra'

280 Jans, Prechal en Widdershoven 2011, p. 48.

281 Van Gerven 2000, p. 504 en 531. Hij vindt deze toets onvoldoende en bepleit de invoering van een 'geschiktheidstoets'. Daarbij is de kernvraag volgens hem 'whether national remedial rules are such as to ensure that individuals can obtain sufficient protection in national courts for the rights which they derive from Community law'.

282 Bobek 2011, p. 316.

283 Zie Claes 2006, p. 142. Zij beschrijft drie aanvliegroutes voor de doorwerking van Europees recht die allemaal doelmatigheid of effectiviteit als basis hebben. Ze concludeert: 'At the end of the day, the principle of effectiveness is to be applied with reason in the national legal environment, under the supervision of the ECJ'. Zie ook Ross 2006, p. 479 en 498 en de conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), ov. 62.

284 Conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), punt 51, met verwijzing naar HvJ EU 9 maart 1987, nr. 106/77 (*Simmenthal*). Van Gerven 2000, p. 502. Beargumenteerde dan ook dat geen sprake is van 'procedurele autonomie' maar nog eerder van 'procedurele bevoegdheid'. Zie voor felle kritiek ook Kakouris 1997, p. 1408: 'No principle of procedural autonomy exists. The national courts apply their procedural law as law which is ancillary to Community law. National procedural law is there to serve Community law'.

285 Conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), ov. 54.

om de manier van redeneren van de Europese rechters over te hevelen op de nationale rechters.[286]

> Het is de vraag hoe ver de toepassing van het effectiviteitsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel de nationale procedurele autonomie kunnen beperken. Hofstötter bepleit dat het attributiebeginsel[287] zich ertegen verzet dat het nationale procesrecht als 'minder belangrijk' dan het Europese recht wordt gezien, maar merkt tegelijkertijd op dat het Hof in een aantal gevallen via zijn jurisprudentie de nationale procedureregels heeft geharmoniseerd.[288] Kakouris stelde in dat kader zelfs dat het Hof het nationale procesrecht slechts ziet als een residuaal stelsel van regels die voornamelijk tot doel hebben om de effectieve doorwerking van Europees recht te verzekeren.[289] In die opvattingen lijkt de nationale procedurele autonomie volledig ondergeschikt te zijn aan de vereisten van een effectieve en gelijkwaardige toepassing van Europees recht.

Tot slot: hoewel de invloed van het doeltreffendheidsbeginsel, zo nodig in combinatie met het gelijkwaardigheidsbeginsel, zodoende verstrekkend kan zijn, is een belangrijke nuancering op zijn plaats. Er bestaat namelijk ook een stroming in de jurisprudentie die suggereert dat een afweging kan plaatsvinden tussen de beperking van het Europese recht door een nationale procedureregel enerzijds en het belang en de context van die regel binnen de nationale rechtsorde anderzijds – de '*rule of reason*'-benadering.[290] Het lijkt erop dat deze *rule of reason* test nu – voor zover dat kan worden gezegd voor een sterk casuïstische rechtspraak – standaard is.[291] Het Hof verwoordde de '*rule of reason*'-toets als volgt:

> 'Voor de toepassing van die beginselen moet ieder geval waarin de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk

286 Ross 2006, p. 480.

287 Art. 5 VEU.

288 Hofstötter 2005, p. 23. Belangrijke voorbeelden voor een verregaande inperking van de nationale procedurele autonomie zijn: HvJ EU 9 maart 1987, nr. 106/77 (*Simmenthal*), r.o. 24; HvJ EU 19 juni 1990, nr. C-213/89 (*Factortame*), r.o. 20; HvJ EU 19 november 1991, nr. C-6/90 en C-9/90 (*Francovich*). *Francovich* is overigens ook een goed voorbeeld voor een zaak waarin niet duidelijk wordt uit welk Europees principe een verplichting wordt afgeleid. Het Hof noemde onder meer de effectieve rechtsbescherming, de loyaliteitsverplichting en de rechtstreekse werking.

289 Kakouris 1997, p. 1390.

290 De meest bekende zaken in deze stroming zijn: HvJ EU 14 december 1995, nr. C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*); HvJ EU 14 december 1995, nr. C-312/93 (*Peterbroeck*). Van Gerven heefd in een invloedrijk artikel gepleit voor een dergelijke '*rule of reason*' test, maar wilde deze wel koppelen aan een verzwaard doelmatigheidsbeginsel in de vorm van een geschiktheidstoets. Van Gerven 2000, m.n. p. 533.

291 Prechal 1998, p. 690; Hofstötter 2005, p. 33-4. Adriaanse 2006, p. 87. (Nog) voorzichtiger: Jans e.a. 2011, p. 48-9.

> of uiterst moeilijk maakt, worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende nationale instanties. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.'[292]

Specifiek in de context van het staatssteunrecht kan worden opgemerkt dat de nationale procedurele autonomie voor een deel is gecodificeerd in artikel 16 lid 3 van de Procedureverordening, over de naleving van terugvorderingsbesluiten van de Commissie. Volgens deze bepaling 'dient terugvordering onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaat te geschieden, voor zover die procedures een onverwijlde en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van het besluit van de Commissie toelaten.' De manier waarop wordt teruggevorderd wordt dus, met inachtneming van het doeltreffendheidsbeginsel, aan het nationale procesrecht overgelaten.[293] Het gelijkwaardigheidsbeginsel lijkt in deze bepaling te zijn ingeslikt, maar daaruit hoeft niet te worden afgeleid dat dit beginsel bij de naleving van terugvorderingsbesluiten geen toepassing zou vinden.[294]

Het ligt voor de hand dat bepaalde regels van nationaal procesrecht een daadwerkelijke effectuering van de staatssteunregels kunnen belemmeren. Te denken valt bijvoorbeeld aan een bovenmatig zware bewijslast voor de eiser[295] of het eerbiedigen van het gezag van gewijsde, bijvoorbeeld van een eerdere uitspraak waarin de Staat onvoorwaardelijk is verplicht om de steun uit te keren. Over het algemeen geldt dat het Unierecht niet eist dat procedureregels over het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken opzij worden gezet, ook als daarmee een schending van het Unierecht zou kunnen worden geremedieerd.[296] Op die regel gelden wel uitzonderingen. Een belangrijk voorbeeld is de uitspraak *Lucchini*, waar het gezag van gewijsde van een eerdere uitspraak aan de terugvordering van staatssteun in de weg dreigde te staan en buiten toepassing moest blijven.[297] Bijzonder aan deze zaak is dat de Commissie de steun al onverenigbaar had verklaard en de terugvorde-

---

292 HvJ EU 14 december 1995, nr. C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*), r.o. 19 (*sic*).

293 Ik verwijs volledigheidshalve weer naar de ruime definitie van het woord 'procesrecht' in deze context. Zie in hoofdstuk 1 § 1.9.

294 A-G Colomer betoogt dat het doeltreffendheidsprincipe in art. 16, lid 3, Pvo, geen algemeen beginsel is omdat het is neergelegd als een wettelijk vereiste in een juridische bepaling. Conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), ov. 64. Vgl. Nebbia 2008. Zij onderscheidt tussen '*effective compliance*' en '*effective judicial protection*' en bepleit een minder strikte toepassing van de effectiviteitstoets in '*compliance*'-zaken.

295 Zoals in het geval van HvJ EU 7 september 2006, nr. C-526/04 (*Laboratoires Boiron*).

296 HvJ EU 11 november 2015, nr. C-505/14 (*Klausner Holz*), r.o. 39, met verwijzingen. Taborowski 2012, p. 1882, met verwijzingen. Zie Ortlep 2011, p. 529-535.

297 HvJ EU 18 juli 2007, nr. C-119/05 (*Lucchini SpA*), *dictum*.

ring daarvan had gelast voordat de in gezag van gewijsde gegane uitspraak was gewezen.[298] Ook in een ander geschil heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het doeltreffendheidsbeginsel zich tegen de toepassing van het gezag van gewijsde verzet. In dit geval werd de rechter ervan weerhouden om alle consequenties aan een schending van de opschortingsplicht te verbinden, terwijl de rechterlijke beslissing met gezag van gewijsde was gewezen in een geding dat een ander voorwerp had en geen betrekking had op de vraag of in casu sprake is van staatssteun.[299]

In het eerste hoofdstuk van dit onderzoek kwam al naar voren dat het beginsel van de nationale procedurele autonomie in dit onderzoek een fundamentele rol inneemt. De precieze betekenis van de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, zoals uit het voorgaande blijkt, valt gezien de casuïstische rechtspraak van het Hof moeilijk in abstracto weer te geven en zal in veel gevallen afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Daarom komt de invloed die de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in specifieke gevallen kunnen hebben op het nationale (proces)recht, gedeeltelijk nog in de volgende hoofdstukken naar voren wanneer die specifieke gevallen worden besproken.

2.6.1.5 Effectieve rechtsbescherming

De effectieve rechtsbescherming is een fundamenteel beginsel van Europees recht gestoeld op de constitutionele tradities van de lidstaten en de artikelen 6 en 13 EVRM, artikel 47 van het EU-Handvest voor de Grondrechten en artikel 19 lid 1 VEU.[300] Het beginsel houdt in dat individuen de mogelijkheid moeten hebben om de rechten die zij aan het Europese recht ontlenen voor een nationale rechter hard te maken. Daaraan kleeft een formeel en een materieel aspect: enerzijds moet een justitiabele toegang tot een rechterlijke instantie hebben en anderzijds moet deze instantie effectieve rechtsmiddelen tot zijn beschikking hebben.[301] Hoewel het beginsel door de casuïstische en niet altijd heldere rechtspraak van het Hof van Justitie moeilijk te definiëren valt, heeft Gerbrandy in haar proefschrift een nuttige omschrijving gegeven die in dit onderzoek tot uitgangspunt wordt genomen:

> 'De aan het [EU]-recht ontleende en op dat niveau qua inhoud vastgestelde rechten moeten daadwerkelijk kunnen worden ingeroepen voor een nationale rechter en

298 Het Hof heeft deze situatie dan ook onderscheiden van de situatie die aan de orde was in de zaak HvJ EU 22 december 2010, nr. C-507/08 (*Commissie/Slowakije*).

299 HvJ EU 11 november 2015, nr. C-505/14 (*Klausner Holz*), r.o. 45.

300 HvJ EU 15 mei 1986, nr. 222/84 (*Johnston*); HvJ EU 15 oktober 1987, nr. 222/86 (*Heylens*); HvJ EU 25 juli 2002, nr. C-50/00P (*Unión de Pequeños Agricultores*); HvJ EU 1 april 2004, nr. C-263/02P (*Jégo Quéré*).

301 Jans e.a. 2007, p. 241. Ook: Tridimas 2006, p. 443; Gerbrandy 2009, p. 39.

door hem daadwerkelijk kunnen worden beschermd in een nationale procedurele omgeving'.[302]

Rechters moeten er op basis van het beginsel van effectieve rechtsbescherming zorg voor dragen dat het Europese recht daadwerkelijk toepassing vindt.[303] Aldus is het beginsel van de effectieve rechtsbescherming nauw verbonden aan het doeltreffendheidsbeginsel en kan het een beperking vormen op de in dit onderzoek zo belangrijke nationale procedurele autonomie.[304]

2.6.2 De rol van de rechter bij de naleving van (terugvorderings)besluiten van de Commissie

Nu duidelijk is binnen welke algemene kaders de nationale rechter zich beweegt bij de toepassing van het Unierecht, kan concreter worden ingegaan op zijn rol wanneer een (vermeende) schending van de staatssteunregels aan de orde is. Allereerst heeft de nationale rechter een belangrijke taak bij het waarborgen van de naleving van de in § 2.5 besproken besluiten die de Commissie op grond van de staatssteunregels kan nemen. Deze besluiten zijn op grond van artikel 288 VWEU verbindend voor alle organen van de lidstaat tot wie zij zijn gericht, inclusief de rechterlijke instanties.[305] De loyaliteitseis verplicht de rechter om de volle werking van zulke besluiten te waarborgen. Als de geldigheid van een dergelijk Commissiebesluit in twijfel wordt getrokken, is de rechter onder omstandigheden verplicht om daarover een prejudiciële vraag te stellen (zie hierboven § 2.5.5).

Op de verplichtingen van de nationale rechter wanneer de Commissie een definitief besluit heeft genomen, zoals een goedkeuringsbesluit bij nieuwe steun of een besluit waarin is vastgelegd dat een bestaande steunmaatregel in het licht van gedane toezeggingen mag blijven worden uitgevoerd, wordt nader ingegaan in hoofdstuk 6.[306] Op dit punt gaat de aandacht uit naar de rol van de nationale rechter bij de handhaving van terugvorderingsbesluiten van de Commissie. Dat is immers volgens de Commissie zelf de belangrijkste taak van de nationale rechter in staatssteunzaken, naast het verlenen van rechts-

302 Gerbrandy 2009, p. 38. Haar definitie omvat ook de relatie tot het doelmatigheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel.
303 Jans e.a. 2007, p. 242.
304 Over de verhouding tussen het beginsel van effectieve rechtsbescherming en de nationale procedurele autonomie met zijn doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidseisen bestaat nog weinig duidelijkheid. Zie Van Cleynenbreugel 2012; Prechal en Widdershoven 2011a; Prechal en Widdershoven 2011b; Parret 2011, p. 172; Gerbrandy 2009, p. 28; Claes 2006, p. 136; Hofstötter 2005, p. 20-38.
305 HvJ EU 21 mei 1987, nr. 249/85 (*Albako Margarinefabrik*), r.o. 17.
306 In het bijzonder: § 6.2.2 en § 6.2.3.

bescherming op basis van de rechtstreekse werking van de opschortingsplicht.[307] Voorop staat dat de rechter verplicht is om de volle werking van het terugvorderingsbesluit te waarborgen en in geval van een geschil te komen tot een oplossing in overeenstemming met het doel dat met het besluit wordt nagestreefd.[308] Daarnaast zal hij, ook naar aanleiding van een terugvorderingsbesluit van de Commissie, in ieder geval ook uitspraak moeten doen over vorderingen tot de vergoeding van schade, tot de terugbetaling van heffingen en tot het treffen van voorlopige voorzieningen.[309] Daarbij staat het hem niet meer vrij om zelf te beoordelen of van staatssteun sprake is en of terugvordering daarvan aan de orde is.

De nationale rechter kan op verschillende manieren in beeld komen wanneer de Commissie een terugvorderingsbesluit heeft genomen. Wanneer de geadresseerde lidstaat verzuimt om het besluit uit te voeren, is het mogelijk dat een belanghebbende (zoals een concurrent van de steunontvanger) de naleving van het besluit via de nationale rechter probeert af te dwingen.[310] Wanneer de lidstaat het besluit wel uitvoert, kan juist worden verwacht dat de begunstigde de nationale terugvorderingshandelingen voor de rechter aanvecht.[311] Daarbij zou hij zich onder meer kunnen proberen te beroepen op het vertrouwensbeginsel, dat hierna nog nader aan de orde komt.[312] Hij zou ook kunnen proberen, zoals hierboven geschetst, in een nationale rechterlijke procedure de geldigheid van het terugvorderingsbesluit van de Commissie aan de kaak te stellen en daarover prejudiciële vragen uit te lokken. Ten slotte is het mogelijk dat onzekerheden en onenigheden rondom de naleving van het terugvorderingsbesluit bestaan. Te denken valt aan de situatie dat een tot betaling aangesproken onderneming betwist dat hij één van de begunstigden

307 Mededeling van de Commissie van 9 april 2009 over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, *PbEU* 2009, C 85/1, randnr. 21 (hierna: Mededeling 2009).

308 HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-210/09 (*Scott en Kimberly Clark*), r.o. 29; HvJ EU 22 december 2010, nr. C-304/09 (*Commissie/Italië*), r.o. 44.

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

310 Brandtner, Beranger en Lesserich 2010, p. 27. Het is nog niet geheel duidelijk of terugvorderingsbesluiten van de Commissie rechtstreekse werking hebben. Adriaanse 2006, p. 185 en Quigley 2009, p. 456-7, menen voorzichtig van wel. Vgl. Brandtner, Beranger en Lesserich 2010, p. 30. In het geval dat het Commissiebesluit geen rechtstreekse werking zou hebben, lijkt het logisch dat een partij voor de nationale rechter een beroep doet op de rechtstreekse werking van de standstillbepaling en zijn stelling met het terugvorderingsbesluit onderbouwt.

311 Een mooi Nederlands voorbeeld biedt de zaak *Fleuren Compost*. Zie daarover nader in hoofdstuk 7, § 7.3.1.1. Bernat 2016, p. 202 wijst op het risico dat lidstaten voor de terugvordering van steun soms vergaande (en disproportionele) maatregelen nemen, waardoor de rechten van begunstigden onder druk kunnen komen te staan.

312 Hierna § 2.6.5.1.

is als bedoeld in het terugvorderingsbesluit van de Commissie of dat onduidelijkheid bestaat over de hoogte van het terug te betalen bedrag.[313]

In al deze gevallen moet de nationale rechter, al dan niet met de hulp van de Commissie en het Hof, de daadwerkelijke naleving van het Commissiebesluit waarborgen. Daarbij geldt dat de rechter, net als de geadresseerde lidstaat, is gebonden aan het besluit van de Commissie.[314] Het komt voor dat de Commissie in brieven aan de betrokken lidstaat verder stelling inneemt over bijvoorbeeld het exacte steunbedrag. Het Hof heeft geoordeeld dat zulke stellingnames niet verbindend zijn voor de nationale rechter, maar hij moet ze 'wel in aanmerking nemen als beoordelingsfactoren in het kader van het bij hem aanhangige geding en zijn beslissing motiveren in het licht van alle stukken van het hem overgelegde dossier.'[315]

2.6.3 De rol van de rechter bij een beroep op de rechtstreekse werking van de standstillbepaling

Naast het waarborgen van de naleving van besluiten van de Commissie bestaat de waarschijnlijk belangrijkste rol van de nationale rechter, althans uit Unierechtelijk perspectief, uit het bieden van rechtsbescherming in gevallen van schendingen van de standstillbepaling. Wanneer staatssteun wordt verleend die ten onrechte niet bij de Commissie is aangemeld en door haar niet is goedgekeurd, kan een justitiabele zich zodoende voor de rechter op de rechtstreekse werking van de standstillbepaling beroepen.[316] Aan de nationale rechter komt in zo'n geval een belangrijke taak toe. In de woorden van de Commissie: 'Nationale rechterlijke instanties zijn verplicht de opschortingsverplichting ten uitvoer te leggen en de rechten van particulieren te beschermen tegen onwettige staatssteun'.[317] De rechter moet een dergelijke justitiabele, in theorie 'hangende de eindbeslissing van de Commissie' beschermen tegen de onrechtmatige, want voorbarige, tenuitvoerlegging van steunmaatrege-

313 GvEA EU 3 mei 2006, nr. T-354/99 (*Kuweit Petrolium/Commissie*), r.o. 68; GvEA EU 8 juni 1995, nr. T-459/93 (*Siemens/Commissie*), r.o. 104. Vgl. HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset*). In dergelijke gevallen staat het aan de nationale rechter, zo nodig na het stellen van prejudiciële vragen of vragen aan de Commissie, om de juiste naleving van het Commissiebesluit te waarborgen.

314 HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset SpA*), r.o. 24.

315 Idem, r.o. 31. Dit geldt wanneer de stellingnames tot doel hebben het voor de nationale autoriteiten gemakkelijker te maken hun taak te vervullen in het kader van de onverwijlde en daadwerkelijke uitvoering van het terugvorderingsbesluit.

316 Dat de opschortingsplicht rechtstreekse werking heeft, blijkt (onder andere) uit HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*), r.o. 8; HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 11; HvJ EU 7 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 39.

317 Mededeling 2009, randnr. 70.

len.[318] Doet hij dit niet, dan betekent dit dat justitiabelen worden blootgesteld aan een verstoring van de concurrentie als gevolg van de toekenning van de onrechtmatige steun.[319] De rechter kan geroepen zijn om de gevolgen van al verleende onrechtmatige steun ongedaan te maken en om bescherming te bieden wanneer de steun nog niet is uitgekeerd maar wel op het punt staat te worden uitgekeerd.[320]

De nationale rechter heeft met andere woorden een belangrijke rol bij het bieden van rechtsbescherming bij schendingen van de opschortingsplicht. Het is echter nog maar de vraag of de rol van de rechter hier uitsluitend moet worden bezien in de sleutel van de rechtsbescherming. Tot op zekere hoogte heeft het optreden van de nationale rechter namelijk ook een '*compliance*'-aspect.[321] Daarbij staat niet de rechtsbescherming voorop, maar de effectieve werking van de opschortingsplicht,[322] op grond waarvan de ontvanger van steun niet vrij mag blijven beschikken over de steun als de Commissie nog geen positief besluit heeft genomen.[323] Dat verschil kan bijvoorbeeld relevant zijn bij de vraag of de rechter onder omstandigheden verdergaande maatregelen moet treffen dan die waar een zich op de staatssteunregels beroepende justitiabele om heeft gevraagd.

Volgens Adriaanse werd tot aan de zaak *CELF I* door het Hof gesuggereerd dat de rechtstreekse werking van de standstillbepaling de rechten van particulieren beschermt, terwijl het zwaartepunt in werkelijkheid lag bij de effectieve handhaving van de nuttige werking van het staatssteunrecht.[324] Daarbij geldt uiteraard wel dat het bieden van rechtsbescherming aan gedupeerden van schendingen van de standstillbepaling doorgaans rechtstreeks zal bijdragen

---

318 HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 14; HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 67; HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 38.

319 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 38. Verwijst naar: HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 46.

320 Mededeling 2009, randnr. 28, met verwijzing naar: HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 38 en 44; HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*van Calster*), r.o. 75; HvJ EU 17 juni 1999, nr. C-295/97 (*Piaggio*), r.o. 31. Adriaanse 2006, p. 187-8.

321 Brandtner, Beranger en Lessenich 2010, p. 24. Het *effet utile* van de standstillbepaling houdt in dat moet worden voorkomen dat de lidstaten deze bepaling niet in acht nemen en haar daarmee de nuttige werking ontnemen. HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 16; HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 45; HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 63; HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 41. Van der Sluis 2007, p. 341, merkt in zijn algemeenheid op dat de functie van de nationale rechter (op grond van art. 4 lid 3 VEU) bestaat uit zowel het bieden van rechtsbescherming aan particulieren als het controlerend optreden ten opzichte van de overheid opdat deze het Unierecht naleeft.

322 Zie conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk*), ov. 48.

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

324 Adriaanse 2008, p. 312. Het lijkt erop dat beide aspecten – de bescherming van rechten en de effectieve handhaving – volgens Adriaanse onder de *CELF I*-uitspraak te leiden hebben gehad.

aan de effectieve naleving daarvan.[325] Tot slot verdient opmerking dat de rol van de nationale rechter in staatssteungeschillen ook kan worden geacht te bestaan in het compenseren voor de omstandigheid dat de Commissie niet al bij de enkele onrechtmatigheid van een steunmaatregel kan optreden.[326] Hoewel in de volgende paragrafen vooral over de bescherming door de nationale rechter wordt gesproken, is het zinvol om deze verschillende invalshoeken in het achterhoofd te houden.

2.6.4 Kwalificatie: vaststellen of de standstillbepaling is geschonden

Om de naleving van de opschortingsplicht te kunnen waarborgen moet de nationale rechter allereerst kunnen vaststellen of deze is geschonden.[327] Dit is een moeilijke taak want, anders dan in het geval dat de Commissie zich al door middel van een terugvorderingsbesluit of door de opening van de formele onderzoeksprocedure[328] over het staatssteunkarakter van een maatregel heeft uitgelaten, moet de rechter daarvoor eerst vaststellen of daadwerkelijk sprake is van onrechtmatige steun. Dat betekent dat hij eerst het begrip 'staatssteun' moet uitleggen en toepassen.[329] De manier waarop hij dat kan doen wordt mede in het licht van de Nederlandse jurisprudentie nader uitgewerkt in hoofdstuk 5 van dit onderzoek. Uit de bespreking van de diverse elementen van artikel 107 lid 1 VWEU hierboven is gebleken dat de uitlegging en toepassing van het begrip 'staatssteun' tot de nodige hoofdbrekens kan leiden.[330]

Wanneer wordt aangevoerd dat de steun van aanmelding is vrijgesteld, dan moet de nationale rechter op grond van onder meer de de-minimisverordening, de groepsvrijstellingsverordening en de begrippen 'bestaande en nieuwe steun' nagaan of de geconstateerde steun ook daadwerkelijk had moeten worden aangemeld. Zeker met de uitbreiding van de toepassing van de groepsvrijstellingsverordening ligt hier in potentie een belangrijke taak voor de nationale rechter, die zich genoodzaakt kan zien om de deels technische en ingewikkelde voorwaarden van de verordening in het concrete geval te toetsen.[331] Tot slot zal de rechter, om vast te stellen of sprake is van onrechtmati-

325 Vgl. Wilman 2015, p. 59.
326 Angeli 2009, p. 535. HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*).
327 HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Gebrüder Lorenz*), r.o. 8; sindsdien onder andere bevestigd in HvJ EU 3 oktober 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 11; HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 39.
328 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 34-5.
329 Idem; HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike & Weinlig*), r.o. 14.
330 Zie eerder in dit hoofdstuk § 2.3.
331 Zie Saanen 2014, p. 330. In het uitgevoerde jurisprudentieonderzoek zijn nauwelijks geschillen gerezen over de toepassing van de algemene groepsvrijstellingsverordening. Vgl. Adriaanse 2013, p. 529. Hij werpt als mogelijke verklaring op dat concurrenten het niet

ge steun, moeten onderzoeken of de (niet van aanmelding vrijgestelde) steunmaatregel daadwerkelijk is aangemeld of dat zij zonder aanmelding is uitgevoerd. In dit soort gevallen kan navraag bij de Commissie uitkomst bieden. De rechter kan zich vervolgens echter niet uitlaten over de mogelijke verenigbaarheid van de steunmaatregel met de interne markt; dat is de exclusieve bevoegdheid van de Commissie.[332]

Dat de rechter voor hoofdbrekens wordt gesteld is niet verwonderlijk: hij krijgt heel wat hooi op zijn vork en er bestaat nog veel onduidelijkheid over hoe die vork in de steel zit – om die uitdrukking te misbruiken. Het vaststellen of een maatregel staatssteun oplevert, of dit nieuwe of bestaande steun is, en of deze onrechtmatig is, blijkt een zeer moeilijke opgave te zijn die complexe analyses en een grondige expertise veronderstelt.[333] Dat geldt mogelijk in nog sterkere mate in het licht van de toenemende decentralisatie van het staatssteuntoezicht. Zo valt te wijzen op de intrede van de diensten van algemeen economisch belang ('DAEB') bij de vaststelling of sprake is van staatssteun. Ross kwalificeert deze diensten beeldend als 'potentieel drijfzand',[334] en ook Meij betreurt dat de toetsing van DAEB op het bordje van de nationale rechter is terechtgekomen.[335] Met deze toetsing en de toepassing van de generieke uitzonderingen heeft de rechter er volgens hem twee buitengewoon gevoelige taken bij gekregen. Deze decentralisatie heeft niet alleen tot gevolg dat de rechter meer verantwoordelijkheden krijgt, maar ook dat de kans op verschillende toezichtniveaus per lidstaat steeds groter wordt.[336] Zeker niet elke rechter zal goed in staat zijn om te beoordelen of inderdaad van (onrechtmatige) staatssteun sprake is.[337]

2.6.5 Remedies: welke consequenties moet de rechter aan schending van de standstillbepaling verbinden?

Wanneer de rechter heeft vastgesteld dat sprake is van onrechtmatige steun, dient hij volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie 'maatregelen op

---

de moeite waard vinden om te procederen over de relatief geringe steunbedragen waar het bij maatregelen op basis van groepsvrijstellingen vaak om gaat.

332 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 36; HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike & Weinlig*), r.o. 9. Zie daarover hierboven § 2.4.1.

333 Meij 2005, p. 23; Adriaanse 2006, p. 225; Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 5; Köhler 2012, p. 369; Ross 2000, p. 421 en 423. Van den Tweel 2005, p. 33, houdt wel een slag om de arm: 'Het EG-recht inzake staatssteun is niet veel ingewikkelder dan het Europese milieu- of aanbestedingsrecht.' Voor een mooie illustratie, zie Drijber 2015.

334 Ross 2000, p. 423.

335 Meij 2005, p. 25.

336 Vgl. Angeli 2009, p. 535.

337 Angeli 2009, p. 536, merkt dit op met betrekking tot handhaving door nationale rechters van Commissiebesluiten, maar haar conclusie geldt zeker, zo niet *a fortiori*, voor handhaving op basis van art. 108 lid 3 VWEU.

te leggen die de onwettigheid van de uitvoering van steunmaatregelen kunnen opheffen, zodat de ontvanger niet vrijelijk kan blijven beschikken over de steun in de periode die resteert tot de beschikking van de Commissie'.[338] Een andere standaardbepaling verduidelijkt dat de rechter aan een schending van artikel 108 lid 3, laatste volzin,

> 'overeenkomstig zijn nationale recht alle consequenties [dient] te verbinden, zowel wat de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de steunmaatregelen betreft, als wat de terugvordering van in strijd met deze bepaling toegekende financiële steun betreft'.[339]

De verwijzing naar 'alle consequenties' wijst erop dat nationale rechterlijke instanties bij schendingen van de staatssteunregels meer uitspraakmogelijkheden hebben dan de Commissie. Op basis van de jurisprudentie van het Hof moet op zijn minst aan de volgende remedies worden gedacht:

- Voorkomen dat onrechtmatige steun wordt uitgekeerd;
- Terugvordering van onrechtmatige steun (ongeacht of deze verenigbaar is met de interne markt) en van de daarover genoten rente;
- Zo nodig aantasting van de geldigheid van de nationale handelingen ter effectuering van de steunmaatregel;
- Terugbetaling van heffingen of belastingen aan derden;
- Toekenning van schadevergoeding aan concurrerende bedrijven en andere derden; en
- Voorlopige maatregelen hangende de nationale procedure.

In hoofdstuk 7 van dit onderzoek wordt nader onderzocht welke remedies de Nederlandse rechter bereid is om aan schendingen van de staatssteunregels te verbinden. Er kan worden verwacht dat het toepassen van deze remedies niet altijd een gemakkelijke zaak is. Angeli constateert dat de nationale procedureregels vaak inefficiënt zijn en dat nationale rechters maar zelden bereid zijn om deze gebreken door conforme interpretatie op te lossen.[340] De aantrekkingskracht van handhaving via de nationale rechter is volgens haar in sterke mate afhankelijk van het succes dat concurrenten kunnen behalen door zich tot een rechter te wenden. De terughoudendheid van rechters om met behulp van hun nationale recht aan schendingen van de staatssteunregels de nodige consequenties te verbinden, zo constateert Angeli, draagt dan ook zeker niet bij aan een effectief gebruik van handhaving via de nationale rechter.

---

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

339 HvJ EU 21 juli 2005, nr. C-71/04 (*Xunta de Galicia*), r.o. 49. Zie in gelijke of vergelijkbare bewoordingen: HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 11-12; HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*van Calster*), r.o. 53; HvJ EU 15 juli 2004, nr. C-345/02 (*Pearle*), r.o. 31; HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 41.

340 Angeli 2009, p. 535, op basis van de resultaten van Jestaedt, Derenne en Ottervanger 2006.

Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat de nog bestaande onduidelijkheid over de toe te passen remedies het de nationale rechter niet gemakkelijker maakt. Hoewel de hierboven genoemde remedies vrij specifiek lijken, is in de literatuur wel bekritiseerd dat de nationale rechter betrekkelijk weinig houvast krijgt bij de invulling daarvan. Zo schrijft Jaeger:

> 'Thus far, the Court has left the content of the right to receive "protection […] against the consequences of unlawful implementation of aid" practically open. The rights to suspension, recovery, damages and interim measures have not been elaborated in the case law at all. Instead, the national courts are expected to draw from national law whatever consequences they deem "necessary" to give effect to those broadly sketched-out rights'.[341]

Ondanks deze op zich terechte kritiek verdient het een poging om voor de aan een schending van de standstillbepaling te verbinden consequenties enige aanknopingspunten uit de mededelingen van de Commissie en de rechtspraak van de Europese rechters af te leiden. Te dien einde wordt in de hierna volgende paragrafen nagegaan hoe het Hof zich over de verschillende consequenties heeft uitgelaten. In dat kader wordt ook een verband gelegd met uitspraken van de Europese rechters over consequenties die rechters in het algemeen aan de schending van Europees recht moeten verbinden.

2.6.5.1 Terugvorderen van uitgekeerde steun en rente en aantasten geldigheid steunverlenende maatregelen

Wanneer onrechtmatige staatssteun al is uitgekeerd, is de nationale rechter net als de Commissie verplicht om de terugvordering van de onrechtmatige steun te gelasten.[342] Hij moet een verzoek om teruggave van onrechtmatige steun in beginsel toewijzen, hoewel een uitzondering geldt voor de hierna in § 2.6.5.7 te bespreken situatie waarin de Commissie inmiddels heeft vastgesteld dat de steun met de interne markt verenigbaar is.[343] Nu de rechter niet bevoegd is om zich uit te laten over de verenigbaarheid van een steunmaatregel, moet hij behoudens deze uitzondering (en anders dan de Commissie) al terugvordering bevelen op basis van de enkele onrechtmatigheid van een maatregel.

Dat de Commissie anders dan de rechter niet op basis van de 'enkele' onrechtmatigheid van staatssteun terugvordering mag bevelen, ziet zij duidelijk als een belemmering: in de Mededeling over de handhaving van de staatssteun-

---

341 Jaeger 2008, p. 281.

342 HvJ EU 21 juli 2005, nr. C-71/04 (*Xunta de Galicia*), r.o. 50; HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*), r.o. 26-27; HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 12.

343 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 70; HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 39.

regels door de nationale rechterlijke instanties stelt de Commissie dat zij 'slechts over beperkte bevoegdheden beschikt' omdat zij een volledige en tijdrovende beoordeling over de verenigbaarheid van een maatregel moet maken.[344] Vandaar dat de Commissie de nationale rechters op het hart drukt dat zij een belangrijk rechtsmiddel bieden voor derden en concurrenten die door onrechtmatige steun worden benadeeld.[345]

Aangenomen mag worden dat de hoofdregels die hierboven in het kader van terugvorderingsbesluiten van de Commissie zijn weergegeven ook van toepassing zijn op de situatie dat de nationale rechter de terugvordering van onrechtmatige staatssteun gelast. Ook dan moet de terugvordering zich toespitsen op de daadwerkelijke begunstigde[346] en kan de rechter in principe geen rekening houden met andere transacties die de ondernemingen hadden kunnen verrichten wanneer zij de onrechtmatige steun niet hadden ontvangen.[347] Ook geldt dat de terugvorderingsverplichting slechts kan worden vervuld indien de door de lidstaat getroffen maatregelen de door de steun vervalste mededinging kunnen herstellen.[348] Daarnaast kan het verlopen van een verjaringstermijn eventueel aan de uiteindelijke terugvordering in de weg staan. Het is nog niet zeker of de verjaringstermijn van tien jaar in de Procedureverordening ook geldt bij terugvordering op basis van de standstillbepaling.[349] In een in 2008 geïntroduceerd maar nooit in werking getreden wetsvoorstel zijn de relevante in het Nederlandse recht geldende verjaringstermijnen om die reden aangepast.[350] Hoewel terugvordering in beginsel verplicht is om de mededingingsbeperkende effecten van de onrechtmatige steun op te heffen, kunnen ten slotte uitzonderlijke omstandigheden bestaan waaronder de rechter van terugvordering kan afzien. Het valt aan te nemen dat deze uitzonderlijke omstandigheden dezelfde zijn als die gelden in het kader van een terugvorderingsbesluit.[351]

Wanneer het gaat om de terugvordering van al uitgekeerde steun ligt het voor de hand om bijzondere aandacht te besteden aan het nationale vertrouwens-

344 Zie overigens ook de conclusies van AG Tesauro en AG Jacobs in HvJ EU 19 september 1989, nr. 142/87 (*België/Commissie – Tubemeuse*) en HvJ EU 4 oktober 1989, nr. C-301/87 (*Frankrijk/Commissie – Boussac*). Toch heeft de Commissie nog wel mogelijkheden om op te treden voordat zij een volledige verenigbaarheidsanalyse heeft uitgevoerd. Zie in dit hoofdstuk § 2.5.2.

345 Mededeling 2009, randnr. 25.

346 Vgl. GvEA EU 12 september 2007, nr. T-196/02 (*MTU Friedrichshafen*), r.o. 50.

347 Vgl. HvJ EU 15 december 2005, nr. C-148/04 (*Unicredito*), r.o. 114-9.

348 HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-210/09 (*Scott SA*), r.o. 22; HvJ EU 12 december 2002, nr. C-209/00 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 35.

349 Adriaanse 2006, p. 216. Die situatie is in de tussentijd niet veranderd.

350 Zie hierover in detail hoofdstuk 8 § 8.2.

351 Zie eerder in dit hoofdstuk § 2.5.3.3. Dit valt af te leiden uit HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 28 met verwijzing naar HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 53. Ook: Adriaanse 2006, p. 212.

beginsel. Daarmee zou de nodige bescherming kunnen worden geboden aan *bona fide* begunstigden, die staatssteun hebben ontvangen zonder van de ongeoorloofdheid daarvan op de hoogte te zijn, en worden geconfronteerd met de ingrijpende effecten van terugvordering. Tegelijkertijd komt met een te ruimhartige beperking van de situaties waarin onrechtmatige steun moet worden teruggevorderd, in potentie ook de nuttige werking van het staatssteunrecht onder druk te staan. Hier bestaat dus een spanning die door het Hof van Justitie in het voordeel van de nuttige werking van de staatssteunregels is uitgelegd. Leidend daarbij is de veel aangehaalde uitspraak *BUG-Alutechnik*.[352] Uit deze uitspraak volgt dat steunontvangers weliswaar onder omstandigheden een beroep op gewettigd vertrouwen toekomt, maar dat dit gewettigd vertrouwen pas bestaat wanneer de steun met inachtneming van de procedure in artikel 108 VWEU is toegekend. In andere gevallen, dat wil zeggen wanneer de steun ten onrechte niet is aangemeld of vóór de goedkeuring van de Commissie is uitgevoerd, kan de ontvanger van onrechtmatige steun zich alleen in uitzonderlijke gevallen met succes op het vertrouwensbeginsel beroepen.[353] Deze uitzonderlijke gevallen worden zo restrictief toegepast dat wel eens wordt betwijfeld of men zich ooit met succes op zulke omstandigheden kan beroepen.[354] Voor de nationale rechter betekent dit dat hij het vertrouwensbeginsel (zeer) strikt zal moeten uitleggen, ook al biedt het beginsel volgens het nationale recht een ruimere bescherming.[355]

De strenge (en in de literatuur soms fel bekritiseerde)[356] toepassing van het vertrouwensbeginsel steunt onder meer op de gedachte dat een behoedzame onderneming normaliter in staat zal zijn, zich ervan te vergewissen of de procedure van artikel 108 VWEU is gevolgd.[357] Deze logica houdt echter

---

352 HvJ EU 20 september 1990, nr. C-5/89 (*Commissie/Duitsland – BUG-Alutechnik*); HvJ EU 24 november 1987, nr. 223/85 (*Rijn-Schelde/Verolme/Commissie*). Voor een meer uitgebreide bespreking, zie Den Ouden 2009; Van den Brink 2009.

353 HvJ EU 20 september 1990, nr. C-5/89 (*Commissie/Duitsland – BUG-Alutechnik*), r.o. 14-16. Zie ook HvJ EU 14 januari 1997, nr. C-169/95 (*Spanje/Commissie*), r.o. 51; HvJ EU 20 maart 1997, nr. C-24/95 (*Alcan Deutschland*), r.o. 25; GvEA EU 1 juli 2010, nr. T-62/08 (*Thyssen Krupp/Commissie*), r.o. 269.

354 Luja 2000, p. 225; Jans e.a. 2011, p. 170. Giraud 2008, p. 1399, meent dat de algemeen gedeelde opvatting dat een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel in staatssteunzaken nagenoeg onmogelijk is, vooral te wijten is aan de onduidelijke jurisprudentie van het Hof en het Gerecht.

355 Dat is onder meer het geval in Duitsland (§ 48 Verwaltungsverfahrensgesetz) en Nederland (ongeschreven). Zie Gorissen 2008, p. 240.

356 Zie eloquent verwoord: Lever 2013. Hij schrijft onder meer: 'There is little doubt in my mind that a reason for the draconian treatment by the EU institutions of the recipients of unlawfully granted State aid is to try to transform potential grantees of State aid into policemen upon whom responsibility for lawful action by their State authorities is to be imposed.'

357 Aan de oplettendheid en deskundigheid van een dergelijke onderneming worden hoge eisen gesteld. Dat een bedrijf klein of onervaren is, doet aan zijn verantwoordelijkheid niets af. GvEA EU 29 september 2000, nr. T-55/00 (*CETM/Commissie*), r.o. 127. Dit geldt ook

helaas geen rekening met de mogelijkheid dat een steunmaatregel niet is aangemeld omdat de betrokken lidstaat in de veronderstelling verkeerde (en aan de ondernemingen heeft meegedeeld) dat dit niet nodig was.[358] Hierboven is al opgemerkt dat het vaststellen of sprake is van staatssteun die had moeten worden aangemeld voor de rechter een bijzonder moeilijke taak kan zijn.[359] Voor de begunstigde van steun zal dit niet makkelijker zijn, maar voor de toepassing van het vertrouwensbeginsel maakt dat (voorlopig) weinig uit. De steunontvanger heeft dan niets aan de vaststelling dat de relevante procedures niet zijn gevolgd; hij moet juist nagaan of de procedures *terecht* niet zijn gevolgd. Sterker nog: zelfs al is een steunmaatregel aangemeld en door de Commissie goedgekeurd, dan kan het Commissiebesluit waarbij de steunmaatregel verenigbaar met de interne markt is verklaard, nog niet meteen tot vertrouwen leiden. Het besluit kan immers nog worden aangevochten en door de Europese rechters worden vernietigd.[360] Een begunstigde kan dus pas op een Commissiebesluit vertrouwen wanneer de beroepstermijn is verstreken of de Europese rechter zich er definitief over heeft uitgesproken.[361]

Het is lange tijd een vaste overweging in de rechtspraak van het Hof geweest 'dat de geldigheid van handelingen tot uitvoering van steunmaatregelen wordt aangetast door de miskenning, door de nationale autoriteiten, van [de opschortingsplicht]'.[362] Het bleef echter onduidelijk wat dit concreet voor een nationale procedure betekent, en met name of de nationale rechter zo nodig de nietigheid van uitvoeringshandelingen van onrechtmatige steun moet uitspreken.[363] Vooral in de Duitse literatuur heeft een verwoede discussie plaatsgevonden over de juiste vertaling van deze 'ongeldigheid' naar het nationale

wanneer de lidstaat de steun nagenoeg aan het bedrijf heeft opgedrongen. HvJ EU 20 maart 1997, nr. C-24/95 (*Alcan Deutschland*), r.o. 18 en 41. Vgl. GvEA EU 15 juni 2010, nr. T-177/07 (*MediaSet SpA/Commissie*), r.o. 177 en GvEA EU 24 september 2008, nr. T-20/03 (*Kahla Thüringen Porzellan/Commissie*), r.o. 147-152.

358 Een mooi voorbeeld biedt de problematiek rondom de grenspomphouders, waarover nader Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 3.3.1. In die situatie was er ten onrechte van uitgegaan dat de de-minimisverordening van toepassing was en aanmelding achterwege mocht blijven.

359 Zie hierboven in § 2.6.4.

360 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/96 (*CELF I*), r.o. 63. Deze benadering is bekritiseerd maar past wel in de gevestigde jurisprudentie van het Hof. Jaeger 2008, p. 285; Dekker 2009, p. 77.

361 Dat kan wel even duren. In de *CELF*-zaken heeft het Gerecht een Commissiebesluit driemaal vernietigd, waarop de Commissie telkens weer een positief besluit nam. HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 55.

362 HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 12; HvJ EU 21 juli 2005, nr. C-71/04 (*Xunta de Galicia*), dictum.

363 Vgl. Mamut en Paterno 2009, p. 348; Adriaanse 2006, p. 208. Zie ook nader in hoofdstuk 7 § 7.2.5.2.

recht.[364] Zeker als zou moeten worden aangenomen dat uitvoeringshandelingen van onrechtmatige steun eventueel nietig moeten worden verklaard, was de angst dat dit wel een erg botte bijl zou zijn. Een vaker genoemd voorbeeld daarvoor is de (in Nederland veel voorkomende) situatie waarin wordt gesteld dat een gemeente een perceel grond voor een te laag bedrag aan een projectontwikkelaar heeft verkocht. Als in deze overeenkomst staatssteun besloten ligt en de overeenkomst om die reden nietig moet worden verklaard, zou dit tot ongemakkelijke taferelen leiden, zeker als de grond inmiddels al bebouwd is.[365]

Inmiddels bestaat over de betekenis van de genoemde overweging van het Hof meer duidelijkheid. In het arrest *Residex* heeft het Hof namelijk geoordeeld 'dat het recht van de Unie de nationale rechterlijke instanties niet ertoe verplicht om een welbepaalde consequentie te verbinden aan de geldigheid van de handelingen ter uitvoering van de steun'.[366] Kern van de zaak is dat de rechter ervoor moet zorgen dat de mededingingssituatie van vóór de uitkering van de betrokken steun wordt hersteld.[367] Het aantasten van de geldigheid van steunmaatregelen, aldus het Hof, is enkel in zoverre verplicht waar dit doeltreffender blijkt dan andere maatregelen met het oog op dit herstel.[368] Het is echter geen extra, zelfstandig gevolg van een schending van de standstillbepaling.[369] Of, om met Montijn en Saanen te spreken: terugvordering moet, nietigverklaring mag.[370]

Om daadwerkelijk het genoten concurrentievoordeel ongedaan te maken, moet naast het steunbedrag de marktconforme rente worden teruggevorderd. Als slechts het steunbedrag zelf hoeft te worden terugbetaald, wordt de begunstigde geacht een renteloze lening te hebben ontvangen.[371] Als gevolg van

364 Bijv.: Verse en Wurmnest 2004; Koenig 2003, met verwijzingen. Tot op zekere hoogte is deze vertaalslag een vraag naar nationaal recht, ingeperkt door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Vgl. Adriaanse 2006, p. 208, met verwijzing naar Prechal 2002, p. 34 e.v.. Ook: conclusie van A-G Jacobs van 30 april 2002, nr. C-126/01 (*GEMO SA*), punt 44; ondersteund in de conclusie van A-G Stix-Hackl van 7 november 2002, nr. C-34/01 t/m C-38/01 (*Enirisorse SpA*), voetnoot 136.

365 Zie bijv. Geelhoed en Van der Linden 2010, p. 639; De Waard e.a. 2005, p. 37.

366 HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*), r.o. 44.

367 Zie ook Köhler 2013.

368 HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*), r.o. 46.

369 Op dit onderwerp, en wat het betekent naar Nederlands recht, wordt in hoofdstuk 7 in meer detail ingegaan.

370 Montijn en Saanen 2012, p. 128. A-G Keus heeft uit de uitspraak van het Hof, m.i. terecht, afgeleid dat de rechter onder omstandigheden wel verplicht is om de nietigheid van met art. 108 lid 3 VWEU strijdige handelingen uit te spreken. Daarbij is relevant of de te treffen maatregel kan leiden tot het herstel van de mededingingssituatie vóór de steun (effectiviteit) en of andere, minder dwingende procedurele maatregelen voorhanden zijn (proportionaliteit). Conclusie A-G Keus bij HR 26 april 2013, ECLI:NL:PHR:2012:BY0539 (*Residex 2*), ov. 2.2.

371 HvJ EU 12 oktober 2000, nr. C-480/98 (*Spanje/Commissie*), r.o. 35; HvJ EU 12 februari 2008 (*CELF I*), r.o. 51.

artikel 9 lid 1 van de Commissieverordening 794/2004 wordt het bij de terugvordering van met artikel 108 lid 3 VWEU strijdige steun toe te passen rentepercentage elk kalenderjaar door de Commissie vastgesteld.[372] Naar alle waarschijnlijkheid geldt dit rentepercentage ook wanneer de rechter zelf de terugvordering van steun beveelt en de Commissie niet eerst een terugvorderingsbesluit heeft genomen.[373]

2.6.5.2 Voorkomen dat onrechtmatige steun wordt uitgekeerd

De terugvordering van een steunmaatregel is logischerwijs nog niet aan de orde zo lang deze nog niet is uitgevoerd. De belangrijkste taak van de rechter is dan het voorkomen dat dit alsnog gebeurt.[374] Om partijen te beschermen tegen de onrechtmatige tenuitvoerlegging van staatssteun moet de nationale rechter daarom zo nodig al optreden voordat de steun is uitgekeerd.[375] Bij dat optreden kan worden gedacht aan het treffen van een voorlopige voorziening waardoor het uitkeren van de steun hangende de aanmelding wordt opgeschort.[376]

Wat dit precies inhoudt, is nog niet helemaal duidelijk. Uit het Unierecht vallen nauwelijks harde regels af te leiden over de manier waarop de rechter de uitkering van steun moet voorkomen. Uiteraard zal dit ook afhangen van de omstandigheden van het geval. Zo is bijvoorbeeld het opschorten van een subsidieverlening (al dan niet, zoals de Commissie voorstelt, door de vernietiging van het subsidiebesluit)[377] een vrij logische manier om te voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt uitgekeerd. Ingewikkelder ligt het wanneer een vermeende steunmaatregel besloten ligt in een meer omvattende rechtshandeling (of samenstel van rechtshandelingen). Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarin in een overeenkomst tegenover bepaalde diensten (die een concurrent van de vermeende begunstigde ook wel had willen uitvoeren) een niet-marktconforme prijs staat. De vraag stelt zich dan of het Unierecht eist dat de gehele, want in strijd met het Unierecht tot stand gekomen, overeenkomst wordt 'tegengehouden', of dat hij alleen de uitkering van het niet-marktconforme deel van de prijs moet voorkomen.

372 Commissieverordening 794/2004 (uitvoering Procedureverordening).
373 Mamut en Paterno 2009, p. 349. Daar gaat ook de Nederlandse wetgever van uit. Zie de voorgestelde artt. 6:119 lid 4 BW, 4:80b lid 2 Awb en 30I AWR in het wetsvoorstel Wts 2008, *Kamerstukken II* 2007/08, 41 418, nr. 2 (voorstel van wet).
374 Mededeling 2009, randnr. 28, met verwijzing naar HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 12.
375 Vgl. HvJ EU 17 juni 1999, nr. C-295/97 (*Piaggio*), r.o. 31; HvJ EU 21 juli 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 75 ('de vrijwaring van de rechten van de justitiabelen').
376 HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 46.
377 Mededeling 2009, randnr. 29.

Uit de hierboven besproken zaak *Residex* bleek dat het Unierecht niet verlangt dat een bepaald gevolg wordt verbonden aan de tussen de overheid en een begunstigde gemaakte afspraken, mits op enige manier de ten onrechte verleende steun wordt teruggevorderd. Op dezelfde manier zou in het geval van nog niet uitgekeerde steun kunnen worden aangenomen dat het niet nodig is om het geheel aan afspraken tussen de overheid en de vermeende begunstigde aan te tasten als ook op andere manieren kan worden voorkomen dat de potentiële begunstigde een niet-marktconform voordeel ontvangt. Dat is anders dan in het aanbestedingsrecht en het reguliere mededingingsrecht, waar het maken van de afspraken zelf (en niet alleen het daarin besloten liggende voordeel) in het licht van het Unierecht problematisch is.[378] Zonder harde regels op EU-niveau lijkt het erop dat de nationale rechter op basis van het nationale recht moet bezien welke (voorlopige) maatregelen het meest zijn aangewezen om justitiabelen al voor de uitkering van de steun tegen de niet-naleving van de standstillbepaling te beschermen.[379]

2.6.5.3 Terugbetaling van heffingen of belastingen aan derden

Uit de verplichting om justitiabelen te beschermen tegen de schending van de opschortingsplicht vloeit ook voort dat eventueel door hen ten behoeve van de onrechtmatige steun betaalde heffingen moeten worden terugbetaald.[380] Dit sluit aan bij de algemene verplichting voor lidstaten om heffingen terug te betalen die in strijd met Europees recht zijn geheven.[381] Het ligt voor de hand dat de mogelijkheid tot het terugkrijgen van betaalde heffingen een prikkel voor ondernemingen kan vormen om via de rechter bij te dragen aan de handhaving van het staatssteunrecht.[382] Het Hof heeft dit uitgangspunt kracht bijgezet door te bepalen dat de terugbetaling van heffingen ten aanzien van de (rechts)personen die deze heffingen hebben moeten betalen 'het enige middel' is om de onrechtmatigheid van de steunmaatregel te verhelpen.[383]

Voor de terugbetaling van heffingen of belastingen geldt dat deze er niet voor mag zorgen dat de kring van begunstigden wordt uitgebreid.[384] Dat probleem is echter vrij simpel opgelost. Een dergelijk effect vindt namelijk niet plaats wanneer de heffing integraal deel uitmaakt van de steunmaatregel.

---

378 Vgl. art. 101 lid 2 VWEU en art. 2 Richtlijn 2007/66 (rechtsbeschermingsrichtlijn).
379 Vgl. HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 45.
380 HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 53-54.
381 HvJ EU 14 januari 1997, nr. C-192/95 t/m C-218/95 (*Comateb*), r.o. 20.
382 Adriaanse 2006, p. 220; Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 27.
383 Het moet wel gaan om heffingen die voor de goedkeuring van de Commissie zijn opgelegd. HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 38, met verwijzing naar HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster*).
384 HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 49; HvJ EU 15 juni 2006, nr. C-393/04 en C-41/05 (*Air Liquide Industries*), r.o. 45.

Dat wil zeggen: wanneer er krachtens de relevante nationale regeling een dwingend bestemmingsverband bestaat tussen de heffing en de steun, in die zin dat de opbrengst van de heffing noodzakelijkerwijs voor de financiering van de steun wordt bestemd en een rechtstreekse invloed heeft op de omvang ervan en bijgevolg op de beoordeling van de verenigbaarheid van deze steun met de interne markt.[385] In dat geval is de rechter in beginsel verplicht om te bepalen dat (een deel van)[386] de heffing wordt terugbetaald. Wanneer de steun eruit bestond dat een onderneming werd vrijgesteld van een heffing of belasting die door een andere groep ondernemingen wel moest worden betaald maar die niet was bedoeld voor de financiering van de steun, is terugbetaling ervan niet aan de orde. Dan bestaat er namelijk geen integraal verband tussen de steun en de heffing en zou het toepassen van de vrijstelling op de andere ondernemingen er enkel toe leiden dat de kring van begunstigden werd uitgebreid.[387] Dit zou al helemaal onzinnig zijn als daarnaast ook de begunstigde zou worden verplicht om de steun terug te betalen.[388]

Overigens lijkt het erop dat terugbetaling van de heffingen in bijzondere omstandigheden achterwege moet worden gelaten, zoals wanneer dit zou leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden.[389] Ook hier gelden de grenzen van het doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel.[390]

2.6.5.4 Veroordelen tot het vergoeden van de geleden schade

Het onrechtmatig verlenen van steun door de overheid kan voor concurrenten van de begunstigde schade opleveren, bijvoorbeeld door het verlies van marktaandelen of winstderving. Dergelijke schade komt voor vergoeding in aanmerking. Zo nodig moet de nationale rechter daarom vaststellen dat de overheid voor de geleden schade aansprakelijk is.[391] Het toekennen van schadevergoeding heeft een belangrijke rol bij het herstellen van de concurrentievervalsing doordat niet alleen het door de één genoten voordeel wordt weggeno-

385 HvJ EU 15 juni 2006, nr. C-393/04 en C-41/05 (*Air Liquide Industries*), r.o. 46. Vgl. hierboven § 2.3.4.3.

386 HvJ EU 27 november 2003, nrs. C-34/01 t/m C-38/01 (*Enirisorse SpA*), dictum.

387 Adriaanse 2006, p. 217.

388 Daarmee zou het effect dat door de steunmaatregel was ontstaan slechts worden omgedraaid. Adriaanse 2006, p. 218, verwijzend naar HvJ EU 13 januari 2005, nr. C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*) en de conclusie van A-G Geelhoed in die zaak, ov. 71-3.

389 Adriaanse 2006, p. 220, met verwijzing naar HvJ EU 27 januari 1980, nr. 68/97 (*Just*), r.o. 26; HvJ EU 9 november 1983, nr. 199/82 (*San Giorgio*), r.o. 13; HvJ EU14 januari 1997, nr. C-192/95 t/m C-218/95 (*Comateb e.a.*), r.o. 35.

390 Over dit onderwerp ook: Van Vliet 2006.

391 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 75; HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 56; HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 53; HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 29.

men maar ook het door de ander geleden nadeel wordt gecompenseerd.[392] Een groot potentieel voordeel van de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen is dat deze voor concurrenten van steunontvangers een belangrijke prikkel kan vormen om via de nationale rechter een beroep op de staatssteunregels te doen en zodoende bij te dragen aan de handhaving daarvan.[393] De toegevoegde waarde van de mogelijkheid om schade te verhalen moet echter niet worden overdreven. In de lidstaten van de EU wordt schadevergoeding in staatssteunzaken zelden gevorderd en nog minder vaak toegekend.[394]

De aansprakelijkheid van de overheid in staatssteunzaken volgt de bekende *Francovich*-jurisprudentie.[395] Er moet zodoende aan drie voorwaarden zijn voldaan. Ten eerste moet de geschonden Europese regel rechten aan particulieren toekennen. In het geval van de standstillbepaling mag daarvan worden uitgegaan.[396] Ten tweede moet de schending voldoende gekwalificeerd zijn. Dat is minder goed vast te stellen.[397] Met name kan men zich afvragen of de voldoende gekwalificeerde schending van de standstillbepaling slechts bestaat in het geval dat *kennelijk* sprake was van staatssteun of dat het voldoende is als het bestaan van staatssteun uiteindelijk door de Commissie is vastgesteld.[398] Tot slot moet worden aangetoond dat een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de Staat rustende verplichting en de geleden schade. Of dat zo is, wordt door de nationale rechter beoordeeld,[399] maar dit blijkt een buitengewoon moeilijke taak. In de praktijk lijkt het er volgens Jaeger op dat een partij alleen een causaal verband kan aantonen door te demonstreren 'in an unambiguous manner how the market share of the claimant would have developed if no State aid had been granted to the compe-

392 Conclusie van A-G Jacobs van 14 december 1995 in de zaak nr. C-39/94 (*SFEI*), ov. 77. Iets meer afgezwakt in ov. 82.

393 Mededeling 2009, randnr. 43. De erkenning van het Hof van de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen lijkt gepaard te zijn gegaan met een sterke groei aan nationale staatssteunprocedures, hoewel een causaal verband daartussen niet kan worden aangetoond. Struys en Abbott 2003, p. 172. Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 6 laten echter zien dat in de (destijds) 27 lidstaten nog geen geld is uitgekeerd op basis van een schadevergoedingsclaim. Kritisch: Jaeger 2008, p. 287. Hij beschrijft de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen als een 'carrot on a stick'.

394 Zie ook Jaeger 2008, p. 287: 'as is well known, damages actions based on the grant of illegal aid simply do not happen in national courts today'. Dit beeld valt ook in de Nederlandse jurisprudentie te herkennen, zoals nader wordt uitgewerkt in hoofdstuk 7.

395 HvJ EU 19 november 1991, nr. C-6/90 en C-9/90 (*Francovich*), r.o. 40; HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 51.

396 HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*), r.o. 8; HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 11; HvJ EU 7 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 39.

397 In *Brasserie du Pêcheur* heeft het Hof in algemene zin een handreiking aan de nationale rechters gedaan door aan te geven welke elementen een rol spelen bij de beoordeling of een schending voldoende gekwalificeerd is. HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 56-7.

398 Struys en Abbott 2003, p. 182.

399 Bruyninckx 2007, p. 235. Zie ook Struys en Abbott 2003, p. 183.

titor'.[400] Het Hof heeft bepaald dat de bovengenoemde voorwaarden 'noodzakelijk en voldoende' zijn om een recht op schadevergoeding te laten ontstaan, maar laat de mogelijkheid open dat het nationale recht soepelere voorwaarden hanteert.[401] Hoewel het niet nodig is dat lidstaten hun meest gunstige aansprakelijkheidsregime toepassen, zou het gelijkwaardigheidsbeginsel dus eventueel kunnen eisen dat er al eerder schadevergoeding wordt toegekend dan uit de Europese aansprakelijkheidsjurisprudentie volgt.[402]

Het kwantificeren van de geleden schade wordt, binnen de voorwaarden van gelijkwaardigheid en effectiviteit, aan het nationale rechtssysteem overgelaten.[403] Belangrijk voor staatssteunzaken is dat de rechter door de mededingingsvervalsing veroorzaakte winstderving niet volledig als schadepost mag uitsluiten.[404] Echter: de vergoeding mag er niet toe leiden dat de kring van begunstigden wordt uitgebreid.[405] Het is met andere woorden niet de bedoeling dat een concurrent schade vergoed krijgt ter waarde van de ten onrechte genoten steun.

Als de Staat voor een schending van de standstillverplichting aansprakelijk kan worden gesteld, is een logische vervolgvraag of dit niet ook geldt voor de begunstigde van de steun. Het Unierecht biedt daarvoor zelf geen houvast. De standstillverplichting richt zich namelijk tot de lidstaat en niet tot de begunstigde, zodat deze laatste door het ontvangen van de steun *an sich* geen regel van Europees recht heeft overtreden en dus niet op grond van de *Francovich*-jurisprudentie aansprakelijk kan worden gesteld.[406] Dat sluit niet uit

400 Jaeger 2008, p. 287-8. Dit wordt nog eens versterkt door de uitspraak in *CELF I*. Zie in dit hoofdstuk § 2.6.5.7. Overigens kan al het aantonen van schade erg lastig zijn. Voor de gedupeerde geldt een schadebeperkingsplicht, waaruit onder meer volgt dat hij de beroepsmogelijkheden die hem ter beschikking staan tijdig moet gebruiken. HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 84-5; HvJ EU 19 mei 1992, nr. C-104/89 en C-37/90 (*Mulder e.a.*), r.o. 33.

401 HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 66. Zie ook Struys en Abbott 2003, p. 183.

402 Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de wijze waarop de (hoogte van de) geleden schade kan worden aangetoond. Te denken valt in de Nederlandse context aan art. 6:104 BW, dat het mogelijk maakt om de geleden schade te begroten op de door de ander als gevolg van de onrechtmatige daad genoten winst.

403 HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 67 en 82; HvJ EU 9 november 1983, nr. 199/82 (*San Giorgio*). De hoogte van de eventuele schadevergoeding moet wel adequaat zijn ten opzichte van de geleden schade om de daadwerkelijke rechtsbescherming te verzekeren.

404 HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 87. Struys en Abbott 2003, p. 183.

405 HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 49; HvJ EU 15 juni 2006, nr. C-393/04 en C-41/05 (*Air Liquide Industries*), r.o. 45.

406 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 73-74. Vgl. HvJ EU 10 juni 2010, nr. C-140/09 (*Fallimento Traghetti*), r.o. 20. Struys en Abbott 2003, p. 184, lijken deze houding van het Hof te betreuren en geven een aantal redenen aan waarom aansprakelijkheid van de begunstigde op basis van Europees recht toch voor de hand zou kunnen liggen.

dat een dergelijke aansprakelijkheid wel uit het nationale recht kan volgen. Soms zal het Europese gelijkheidsbeginsel zelfs eisen dat een dergelijke mogelijkheid volgens het nationale recht wordt toegepast, namelijk wanneer een onderneming onder nationaal recht aansprakelijk kan worden gesteld voor het ontvangen van onrechtmatige financiële steun waardoor aan andere handelaren schade kan worden veroorzaakt.[407]

2.6.5.5 Voorlopige voorzieningen

In haar Mededeling over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties geeft de Commissie aan dat de beschermende functie van de nationale rechter zich niet beperkt tot het eindvonnis, maar dat eventueel voorlopige maatregelen moeten worden getroffen 'wanneer dit passend is om de rechten van particulieren en de doeltreffendheid van artikel [108 lid 3 VWEU] te waarborgen.'[408] Het Hof beperkt zich tot het aangeven dat het mogelijk is dat de rechter voorlopige maatregelen moet nemen, zonder expliciet te benoemen wanneer daartoe een verplichting ontstaat. Het doeltreffendheidsbeginsel en gelijkwaardigheidsbeginsel vormen dan de leidraad. De nationale rechter wordt binnen deze grenzen grotendeels vrijgelaten bij het bepalen van een toepasselijke voorlopige voorziening. Genoemd worden onder andere het opschorten van de steunmaatregelen,[409] de voorlopige terugbetaling van de steun met rente en het storten van gelden op een geblokkeerde rekening.[410] Het enkel laten terugbetalen van rente is volgens het Hof zelfs als voorlopige maatregel echter ontoereikend.[411]

De Commissie drukt zich in dat kader sterker uit. Volgens haar mag de rechter een terugvorderingsprocedure niet al te zeer vertragen. Mocht de einduitspraak door omstandigheden toch worden vertraagd, dan moet de rechter op basis van zijn verplichting om de rechten van particulieren te beschermen 'met alle voorlopige maatregelen die hem op grond van de toepasselijke bepalingen van het nationale procesrecht ter beschikking staan' en 'ten minste voorlopig een einde maken aan de mededingingsbeperkende gevolgen van de steun ('voorlopige terugvordering')'.[412] Hoewel het Hof in een concreet geval tot een zelfde conclusie zou kunnen komen, schrijft het niet zo

407 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 75.

408 Mededeling 2009, randnr. 56. Vgl. HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 46 en HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 67. Vgl., in een iets andere context, HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 43.

409 HvJ EU 11 juli 2010, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 52.

410 HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 37.

411 Idem, r.o. 38. In de uitspraak *CELF II* schemert verder door dat het Hof het opschorten van verdere uitbetalingen zoals gesuggereerd in HvJ EU 11 juli 1996 (*SFEI*), r.o. 67 niet meer voldoende vindt. De Commissie geeft de mogelijkheid nog wel in haar Mededeling 2009, randnr. 58.

412 Mededeling 2009, randnr. 60.

dwingend de voorlopige terugvordering voor als de Commissie dat doet. Wel heeft het Hof in *CELF II* benadrukt dat de rechter verplicht is om onverwijld te beslissen over een verzoek tot vrijwaringsmaatregelen.[413] Onder omstandigheden kan dat dwingen tot het treffen van voorlopige voorzieningen.

2.6.5.6 Overige maatregelen

Naast de zojuist genoemde consequenties stelt het Hof bij mijn weten verder geen consequenties voor de schending van artikel 108 lid 3 VWEU voor. Vermeldenswaardig is nog een conclusie van A-G Tizzano uit 2006, die meent dat een justitiabele belang kan hebben bij de verkrijging van een zuiver declaratoire uitspraak waarbij wordt vastgesteld dat een maatregel onrechtmatige staatssteun inhoudt. Dit zou kunnen helpen voor het indienen van een klacht bij de Commissie of bij een beroep voor de nationale rechter waarbij de begunstigde een vordering wegens oneerlijke concurrentie zou kunnen instellen tegen de begunstigde, of een vordering tot schadevergoeding tegenover de Staat.[414] Het Hof heeft zich over deze mogelijkheid echter niet expliciet uitgelaten.

2.6.5.7 Remedies bij verenigbare steun: CELF I

De standstillbepaling verbiedt het uitvoeren van steunmaatregelen zonder voorafgaande toestemming van de Commissie. Wat nu als een rechter moet oordelen over een steunmaatregel die in strijd met de standstillbepaling is uitgevoerd maar sindsdien wel door de Commissie is goedgekeurd? Moet de rechter dan een strikt procedurele benadering van de standstillbepaling nastreven en de terugvordering van de steun bevelen, of verdient een meer materiële benadering (de steun hoeft niet te worden teruggevorderd omdat deze inhoudelijk verenigbaar is met de interne markt) de voorkeur?[415]

Deze vraag is beantwoord in de zaak *CELF I*.[416] Daarin stond de Advocaat Generaal een strikt procedurele benadering voor terwijl de Commissie juist een materiële benadering bepleitte. Het Hof laveert in zijn uitspraak tussen deze twee opvattingen.[417] Het herhaalt de vaste jurisprudentie dat de standstillbepaling moet waarborgen dat de Commissie een kans krijgt om de uit te voeren maatregel op haar verenigbaarheid te onderzoeken.[418] In de volgende overwegingen blijkt juist een ander doel: de opschortingsplicht moet waar-

413 HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 39.
414 Conclusie van A-G Tizzano van 30 maart 2006 in de zaak C-393/04 en C-41/05 (*Air Liquide Industries*), ov. 33.
415 Het onderscheid tussen de procedurele en materiële benadering wordt verwoord door Adriaanse 2008, p. 316-7.
416 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*).
417 Adriaanse heeft het over een 'gemengde benadering', een mix tussen de procedurele en de materiële benadering. Adriaanse 2008, p. 316.
418 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 36.

borgen dat alleen met de markt verenigbare maatregelen het levenslicht zien.[419] In de tweede benadering levert schending van de standstillbepaling alleen een probleem op als de onrechtmatige maatregel ook daadwerkelijk met de markt onverenigbaar is. De nationale rechter hoeft steun die is verleend in strijd met de standstillbepaling maar waarvan ten tijde van de rechterlijke procedure duidelijk is dat de Commissie deze inmiddels met de interne markt verenigbaar heeft verklaard, volgens het Hof niet terug te vorderen.[420] Dit oordeel is in de literatuur bekritiseerd omdat daarmee de nuttige werking van de opschortingsplicht kan worden aangetast.[421] De suggestie wordt immers gewekt dat het niet erg is als steun te vroeg is uitgekeerd, zolang later maar blijkt dat hij verenigbaar is.[422]

In het geval van onrechtmatige maar verenigbare steun moet de rechter wel de over deze steun genoten rente terugvorderen. Het Hof geeft hiervoor de verklaring dat concurrenten wel degelijk zijn blootgesteld aan het *risico* dat onverenigbare steun is uitgekeerd. Daarnaast zou de begunstigde een voordeel hebben ontvangen door eerder beschikking te hebben over de steun dan het geval was geweest als de staatssteunregels juist waren nageleefd.[423] Ook op deze redenering is kritiek geuit. Die kritiek komt er vooral op neer dat niet navolgbaar is waarom het terugvorderen van de rente een remedie zou kunnen vormen voor het door concurrenten geleden risico. Wat de daadwerkelijke gevolgen voor de concurrenten zijn, hangt immers af van de

419 Idem, r.o. 47-8. Deze overwegingen zijn o.m. door Adriaanse 2008 en Vajda en Stuart 2010 gesignaleerd als een koerswijziging van het Hof. Het gaat zeker om een afwijking van de vaste jurisprudentie, maar vergelijkbare overwegingen vallen al in eerdere uitspraken te vinden. Zes jaar voor de uitspraak in *CELF I* herinnerde het Hof aan haar 'vaste rechtspraak', waarin de standstillbepaling ertoe dient 'te voorkomen dat met het Verdrag strijdige steun tot uitvoering wordt gebracht'. HvJ EU 22 juni 2000, nr. C-332/98 (*Frankrijk/Commissie*), r.o. 31, verwijzend naar: HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*), r.o. 4. Overigens handelde ook zaak C-332/98 over de steun verleend aan CELF.

420 Het Hof lijkt hiermee af te wijken van eerdere jurisprudentie, met name HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 56. In een latere uitspraak lijkt het Hof op het CELF-arrest terug te komen: HvJ EU 19 maart 2015, nr. C-672/13 (*OTP Bank*), r.o. 76. Waarschijnlijk is hier echter sprake van een misslag. Zie Adriaanse 2015.

421 Jaeger 2008, p. 285-7. De latere uitspraak van het Hof in de zaak *Wienstrom* leek hier nog meer kracht bij te zetten. Daarin stond 'dat een positieve beschikking van de Commissie het verbod op het vooraf tot uitvoering brengen opheft', wat suggereert dat onrechtmatigheid door een later positief Commissiebesluit volledig wordt geheeld. HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 25. Deze overweging van het Hof moet echter niet te letterlijk worden genomen. *Wienstrom* sloot namelijk aan bij de consequenties die in *CELF I* aan het verstrekken van onrechtmatige maar verenigbare steun werden verbonden.

422 Jaeger 2008, p. 287 heeft in dat kader de zorg geuit dat rechters minder geneigd zullen zijn om aan de enkele schending van de standstillbepaling gevolgen te verbinden. Immers: als de Commissie later toch een positief besluit neemt, was alle moeite voor niets en heeft de steunontvanger onnodig allerlei consequenties moeten aanvaarden die voor hem verstrekkende gevolgen kunnen hebben.

423 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I)*, r.o. 50-1.

(markt)omstandigheden van het geval.[424] Logischer is de redenering dat een rentevordering het voordeel ongedaan maakt dat de begunstigde heeft gehad bij de voorbarige uitkering van de steun. Wordt de rente niet teruggevorderd, dan heeft dit immers tot gevolg dat de begunstigde (in dit geval in de periode totdat de steun is goedgekeurd) *de facto* een renteloze lening heeft ontvangen. Dat voordeel kan door de terugvordering van de rente worden ontnomen. Uiteraard voldoet ook die redenering niet per definitie aan de economische realiteit. Toch valt er ook wat voor te zeggen om nationale rechters niet op te schepen met een complexe analyse over de juiste consequenties om de precieze nadelige effecten van de voorbarige uitkering van verenigbare steun op te heffen.[425]

De terugvordering van rente is overigens niet de enige mogelijke consequentie van het zonder goedkeuring verlenen van bij nader inzien verenigbare steun. Ten eerste kan de rechter op grond van zijn nationale recht 'in voorkomend geval' toch de terugvordering van het volledige steunbedrag bevelen, 'onverminderd het recht van de lidstaat om deze later opnieuw tot uitvoering te brengen'.[426] Het is niet helemaal duidelijk hoe vrij de rechter is om toch te kiezen voor volledige terugvordering.[427] Voorlopig wordt aangenomen dat, mits rekening wordt gehouden met het gelijkwaardigheidsbeginsel, naar EU-recht geen *plicht* tot volledige terugvordering kan ontstaan.[428] Daarnaast kan een justitiabele die door middel van een (para)fiscale heffing aan de betaling van de steunmaatregel heeft bijgedragen, de terugbetaling verlangen van de door hem gedurende de periode van onrechtmatigheid betaalde bedragen.[429] Ten slotte moet de nationale rechter eventueel verzoeken tot schadevergoeding toewijzen. Zoals gezegd is het indienen van een succesvolle schadeclaim geen gemakkelijke taak. In gevallen waarin de onrechtmatige steun verenigbaar blijkt te zijn komt daar nog bij dat het bestaan van schade en een causaal verband nog moeilijker valt aan te tonen als het enige 'probleem' is

424 Slot 2009, p. 636; Adriaanse 2008, p. 314; Jaeger 2008, p. 284; M.R. Mok, 'Annotatie bij HvJ EU (2008-02-12)(Staatssteun)', *NJ* 2008, 185, aant. 3.

425 Vgl. Temple Lang 2014, p. 445.

426 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 53.

427 De zaak *Wienstrom* impliceert toch een verplichting: zelfs na een verenigbaarverklaring kan de nationale rechter 'ten gevolge van een verzoek van een andere marktdeelnemer' toch 'genoodzaakt' zijn om uitspraak te doen over de terugvordering van de toegekende steun. HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 27.

428 Mamut en Paterno 2009, p. 348; Adriaanse 2008, p. 315. Mogelijk ziet de geciteerde overweging van het Hof op het geval dat het nationale recht terugvordering eist om redenen die met de staatssteun zelf niets te maken hebben, zoals de omstandigheid dat de steun door middel van smeergeld is verkregen en het nationale recht dit met volledige terugvordering sanctioneert. Vajda en Stuart 2010, p. 632. Zij hadden terugvordering juist liever ook gezien als manier om te compenseren voor de *one-size-fits-all* benadering van rentevordering.

429 HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 38. Het Hof houdt hiermee wel vast aan zijn eerdere jurisprudentie. HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 65.

dat de steun formeel te vroeg is uitgekeerd, terwijl deze materieel op zich wel is toegestaan.[430] Men zou zich ook kunnen afvragen of het 'enkel' te vroeg uitkeren nog wel de vereiste voldoende ernstige schending oplevert.

Het oordeel van het Hof in *CELF I* ging uit van de situatie waarin een steunmaatregel door de Commissie is goedgekeurd maar al vóór de goedkeuring is uitgevoerd. Het komt echter ook regelmatig voor dat de rechter al een oordeel moet geven over vermeend onrechtmatige staatssteun terwijl de Commissie de verenigbaarheid daarvan nog onderzoekt.[431] Als de rechter dan de terugvordering van het volledige steunbedrag gelast (of de mogelijke verenigbaarheid juist wel of niet laat meewegen in de vraag of sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending), kan dit oordeel achteraf onnodig (of onjuist) blijken. Toch lijkt het er niet op dat de rechter in zulke gevallen zijn oordeel mag uitstellen totdat de Commissie uitsluitsel heeft gegeven over de verenigbaarheid van de steun – een proces dat overigens meerdere jaren kan duren.[432] Daarmee lijkt de keuze tussen geheel of gedeeltelijk terugvorderen in sommige gevallen een kwestie van timing.

Ik zou denken dat dit anders kan liggen wanneer de Commissie op het punt staat om een beslissing te geven over de verenigbaarheid. De Commissie geeft in haar Mededeling over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties zelf aan dat rechters de Commissie kunnen vragen of de Commissie de verenigbaarheid van een bepaalde steunmaatregel reeds beoordeelt en zo ja, wanneer haar besluit waarschijnlijk wordt gegeven.[433]

Een laatste overblijvende vraag is of de beperking van de terugvorderingsverplichting in CELF I geldt voor alle positieve Commissiebesluiten, of enkel voor besluiten die niet meer in rechte kunnen worden aangevochten. Vooral Slot benadrukt dit verschil, dat in een zaak zoals de *CELF*-zaken heel wat kan uitmaken.[434] In de CELF-zaken heeft het conflict zich immers over decennia voortbewogen zonder dat er een definitief positief besluit kwam. Aangezien het in de zaak CELF I ging om een zeer bijzondere situatie,[435] wordt deze op zich intrigerende vraag verder buiten beschouwing gelaten.

430 Jaeger 2008, p. 288. Dit probleem werd al vóór de uitspraak in *CELF I* geconstateerd in Struys en Abbott 2003, p. 183.
431 Deze situatie wordt uitgebreider besproken in hoofdstuk 6.
432 HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 32 en 34. Vgl. Vajda en Stuart 2010, p. 632-3; Adriaanse 2008, p. 316.
433 Mededeling 2009, randnr. 92.
434 Slot 2008, p. 635-7. Meer uitvoerig over deze vraag: Slot 2009 en Dekker 2009, p. 77.
435 Zie bijv. Slot 2009, p. 630: 'This is an incredible case.'

2.6.6 Hulplijnen voor de nationale rechter

Nationale rechterlijke instanties zijn bevoegd (en soms verplicht)[436] het Hof van Justitie te verzoeken om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over een vraag over de uitlegging van de EU-verdragen en over de geldigheid en uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie. Dit volgt uit artikel 267 VWEU. Binnen de context van het staatssteunrecht betekent dit onder meer dat de rechter vragen kan stellen over de uitlegging van het begrip 'staatssteun' in artikel 107 lid 1 VWEU en over de gevolgen van een schending van de standstillbepaling als bedoeld in artikel 108 lid 3 VWEU. Het is evengoed denkbaar dat de rechter prejudiciële vragen stelt over een goedkeurings- of terugvorderingsbesluit van de Commissie, of bijvoorbeeld over de Algemene Groepsvrijstellingsverordening. Aangezien het Hof van Justitie het Europese recht uitlegt, kan het niet beoordelen of een bepaalde nationale regeling voldoet aan de in het staatssteunrecht gestelde eisen. Wel kan het Hof een dusdanig gedetailleerde uitleg geven dat daaruit al valt af te leiden of een nationale regel aan de Europese eisen voldoet.[437]

Wanneer een prejudiciële vraag wordt gesteld, vertraagt dit de nationale procedure aanzienlijk. Los van de tijd die is gemoeid met het formuleren van de vraag en het weer oppakken van de zaak nadat het Hof uitspraak heeft gedaan, moet afgaande op de statistieken van het Hof rekening worden gehouden met een looptijd van de procedure van zo'n 15 maanden.[438] Het antwoord van het Hof levert (ook buiten de context van de nationale procedure waarin vragen zijn gesteld) een bindende uitleg op van het Europese recht. Daarmee is uiteraard het nationale geschil nog niet opgelost. Na het arrest van het Hof zal de nationale rechter daarom de procedure weer openen en met inachtneming van de uitspraak van het Hof zelf uitspraak doen.[439]

---

436 Art. 267 VWEU bepaalt dat, wanneer een vraag wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, deze instantie verplicht is een prejudiciële vraag te stellen. Die verplichting bestaat niet wanneer sprake is van een *acte clair* of een *acte éclairé*. HvJ EU 6 oktober 1982, nr. 283/81 (*Cilfit*), *dictum*; HvJ EU 27 maart 1963, nr. 28/62 t/m 30/62 (*Da Costa en Schaake*), r.o. 67. De verplichting geldt niet voor hoogste kortgedingrechters zolang het mogelijk is een bodemprocedure aanhangig te maken. HvJ EU 27 oktober 1982, gevoegde zaken 35/82 en 36/82 (*Morson en Jhanjan*), *dictum*.

437 Zie Craig en de Búrca 2015, p. 497.

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

439 Over de prejudiciële procedure valt nog veel meer te schrijven. Zie bijv. Broberg en Fenger 2014. De toepassing van de prejudiciële procedure door Nederlandse (en Duitse) rechters is onderzocht door Nowak e.a. 2011 en Van Harten 2011. Het eerstgenoemde onderzoek liet onder meer zien dat de prejudiciële procedure door de meerderheid van Nederlandse rechters als een nuttige procedure wordt ervaren (65%), hoewel slechts een derde van de in het kader van dat onderzoek bevraagde rechters aangeeft te weten wanneer (en vervolgens hoe) een prejudiciële vraag moet worden gesteld.

De nationale rechter kan naar aanleiding van een staatssteungeschil ook besluiten om daarover vragen te stellen aan de Commissie.[440] Zo'n verzoek om advies kan gaan over de vraag of de betrokken steunmaatregel is aangemeld, of een formele onderzoeksprocedure is ingeleid en wanneer de Commissie verwacht een besluit te geven. Daarnaast kan de Commissie feitelijke gegevens, statistieken, marktonderzoeken en economische analyses overleggen tenzij dit spanning zou opleveren met haar geheimhoudingsplicht of haar eigen werking en onafhankelijkheid.[441] Belangrijker is dat nationale rechters bij de Commissie advies over de toepassing van de staatssteunregels kunnen inwinnen. Daarbij gaat het om 'alle economische, feitelijke of juridische vraagstukken die zich in het kader van de nationale procedure voordoen'. Concreet valt te denken aan de vraag of een maatregel staatssteun oplevert, of hij aan een groepsvrijstellingsverordening voldoet, of er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, hoe de rente moet worden berekend en welke juridische eisen gelden voor vorderingen tot schadevergoeding. Daarbij geldt wel dat de Commissie niet inhoudelijk mag ingaan op de aanhangige zaak, maar zich tot het verschaffen van de gevraagde informatie moet beperken. Adviesvragen mogen daarnaast geen betrekking hebben op de verenigbaarheid van een steunmaatregel, nu de beoordeling daarvan onder de exclusieve bevoegdheid van de Commissie valt. Het door de Commissie gegeven advies bindt de nationale rechter niet en de mogelijkheid om advies te vragen doet niet af aan de bevoegdheid (en verplichting) om zo nodig een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.[442]

Sinds 2013 is de Commissie voor het geven van advies niet meer afhankelijk van de keuze van de nationale rechter om al dan niet vragen te stellen.[443] Zodoende bepaalt artikel 29 lid 2 van de Procedureverordening dat de Commissie uit eigen beweging schriftelijke opmerkingen bij de rechterlijke instanties kan indienen, 'indien de coherente toepassing van artikel 107, lid 1, of artikel 108 van het VWEU zulks vereist'. De mogelijkheid om op die manier op te treden als *amicus curiae* had de Commissie daarvoor al in het kader van het algemene mededingingsrecht.[444] Met toestemming van de betrokken rechters kan de Commissie ook mondelinge opmerkingen maken. Met het oog op de formulering van haar opmerkingen kan de Commissie de rechters verzoeken om haar alle voor de beoordeling van de aangelegenheid noodzakelijke stukken

440 Art. 29 Pvo. Ook: Mededeling 2009, randnrs. 77-96. Zie uitgebreider in hoofdstuk 6, m.n. § 6.2.4.
441 Mededeling 2009, randnr. 80.
442 Preambule bij de Pvo, randnr. 38.
443 Art. 23 Verordening 734/2013 (wijziging Procedureverordening).
444 Art. 15 Verordening 1/2003 (mededingingsverordening). Zie ook Mededeling van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2004, C 101/54, ov. 17 e.v.

toe te zenden.[445] In de preambule van de Procedureverordening wordt benadrukt dat de door de Commissie ingediende opmerkingen en gegeven adviezen geen afbreuk mogen doen aan de volledige onafhankelijkheid van de nationale rechterlijke instanties.[446]

2.7 Samenvattend en vooruitblikkend

In dit hoofdstuk is de vraag beantwoord welke rol de nationale rechter bezien vanuit het Unierecht bij de handhaving van het staatssteunrecht kan, dan wel moet, vervullen. Daarbij is niet alleen aandacht besteed aan de Europese regelgeving en jurisprudentie die specifiek op deze rol ziet, maar ook aan het begrip staatssteun en de procedure van de voorafgaande en doorlopende beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen door de Europese Commissie. Dat is nodig om inzicht te geven in de inhoud van de norm die door de nationale rechter moet worden toegepast en de mate waarin deze norm (ook) door de Europese Commissie kan worden gehandhaafd.

Met het staatssteunrecht moet paal en perk worden gesteld aan de mogelijkheden voor lidstaten om bepaalde ondernemingen financieel te steunen. Daarmee wordt – op zijn minst in theorie – bijgedragen aan de verwezenlijking van de vrije mededinging en de interne markt, die op zijn beurt van Europa een slimme, duurzame en inclusieve economie moet maken. Als uitgangspunt geldt dat staatssteun in beginsel is verboden, maar dat op dit verbod uitzonderingen kunnen worden gemaakt wanneer de steun vanwege zijn positieve effecten in het algemeen belang toch verenigbaar met de interne markt is. Zodoende kan de Commissie (en in sommige gevallen: de Raad) beoogde steunmaatregelen goedkeuren. Het is eveneens mogelijk dat een steunmaatregel krachtens secundaire wetgeving wordt *geacht* met de interne markt verenigbaar te zijn en om die reden van voorafgaande aanmelding en goedkeuring is vrijgesteld.

Om te zorgen dat de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen door de Commissie daadwerkelijk kan worden uitgevoerd, geldt op grond van artikel 108 lid 3 VWEU een plicht om niet-vrijgestelde voorgenomen steunmaatregelen aan te melden (de aanmeldingsplicht) en om ze niet uit te voeren totdat de Commissie ze heeft goedgekeurd (de in dit onderzoek essentiële standstillbepaling of opschortingsplicht). Steunmaatregelen in strijd met de standstillbepaling, dus die niet bij de Commissie zijn aangemeld en door haar niet zijn goedgekeurd en waarvoor ook geen vrijstelling geldt, worden bestempeld als onrechtmatig. Een afwijkend regime geldt voor zogenaamde bestaande steun, die (mits ongewijzigd) niet voorafgaand aan de uitvoering

445 Art. 29 lid 2 Pvo. Kritisch daarover: Dilkova 2014, p. 91.
446 Preambule bij de Pvo, randnr. 38.

hoeft te worden aangemeld en goedgekeurd, maar wel aan doorlopend toezicht van de Commissie onderhevig is.

De handhaving van dit systeem geschiedt op grond van het Unierecht door de Europese Commissie en de nationale rechters gezamenlijk. Daarbij kunnen als de twee belangrijkste taken van de nationale rechter (althans: uit Unierechtelijk perspectief) worden gezien het waarborgen van de naleving van de terugvorderingsbesluiten van de Commissie en het bieden van rechtsbescherming op grond van de rechtstreekse werking van de standstillbepaling. In het eerste geval fungeert de rechter in zekere zin als het sluitstuk van de handhaving door de Europese Commissie. Deze Europese instantie heeft diverse bevoegdheden waarmee schendingen van de staatssteunregels kunnen worden opgespoord. Voor degenen die door een dergelijke schending zijn geraakt bestaat de (recentelijk beperkte) mogelijkheid om bij de Commissie een klacht in te dienen. De Commissie kan in het geval van een onrechtmatige en onverenigbare steunmaatregel voorlopige maatregelen treffen, maar veel belangrijker nog: de betrokken lidstaat verplichten om de steun en de daarover genoten rente terug te vorderen. Hoewel dit een vrij draconische maatregel kan zijn die vooral de begunstigde zwaar raakt, wordt deze terugvordering door het Hof gezien als een logisch gevolg van de door de steun ontstane mededingingsvervalsing en geldt zij niet als sanctie. Neemt de Commissie een terugvorderingsbesluit, dan verplicht dit de betrokken lidstaat om dat besluit daadwerkelijk en tijdig ten uitvoer te leggen, waarbij hij – zo nodig met hulp van de Commissie – moet vaststellen wie de begunstigden van de maatregel of regeling waren en hoe hoog het terug te betalen bedrag is. Uitzonderingen op dit uitgangspunt zijn er nauwelijks.

De tweede 'handhavingstaak' van de nationale rechter ziet op het bieden van rechtsbescherming in gevallen van schendingen van de standstillbepaling, die rechtstreekse werking heeft en zodoende in nationale procedures kan worden ingeroepen. Daarbij geldt dat het bieden van (individuele) rechtsbescherming in dergelijke gevallen meestal kan worden geacht bij te dragen aan de handhaving van de opschortingsplicht. Om deze taak te kunnen vervullen moet de rechter vaststellen of sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, of deze bij de Commissie is aangemeld dan wel van aanmelding is vrijgesteld, en waar relevant of deze is goedgekeurd.

Zoals uit dit hoofdstuk blijkt, is deze taak geen gemakkelijke. De vraag of sprake is van staatssteun kan ingewikkelde (economische) analyses vragen, met name bij de vraag of een (fiscale) maatregel selectief is en bij de toepassing van het beginsel van de overheid als marktdeelnemer in een markteconomie. Ook de toepassing van de zogenaamde *Altmark*-criteria bij de bekostiging van diensten van algemeen economisch belang kan tot de nodige hoofdbrekens leiden. Daarbij is het vooral belangrijk om te onthouden dat het begrip 'staatssteun' in beginsel ruim wordt uitgelegd. De enkele omstandigheid dat geen financiële middelen zijn overgedragen, dat een uitkering niet heeft plaatsgevonden door een overheidsorgaan of dat (nog) niet kan worden vastgesteld dat

de mededinging daadwerkelijk is vervalst, leidt nog niet tot de conclusie dat het staatssteunrecht niet van toepassing is.

In de steeds belangrijker wordende gevallen waarin steunmaatregelen van aanmelding en goedkeuring zijn vrijgesteld, op basis van met name de Algemene groepsvrijstellingsverordening en het DAEB-besluit, moet de rechter controleren of aan de voorwaarden van de toepasselijke regelgeving is voldaan. Zijn rol is hier in potentie een beduidende, nu ernstig kan worden getwijfeld aan het vermogen van de Commissie om op vrijgestelde steun voldoende *ex post* toezicht uit te oefenen. Wanneer de steun niet is vrijgesteld, moet de nationale rechter vaststellen of de steunmaatregel bij de Commissie is aangemeld en door haar is goedgekeurd.

Wanneer de nationale rechter een schending van de opschortingsplicht vaststelt, moet hij daaraan de nodige gevolgen verbinden. Zijn rol gaat hierin verder dan die van de Commissie omdat hij naast het voorkomen en terugvorderen van steun ook met name het terugbetalen van heffingen en uitkeren van schadevergoeding kan gelasten, en omdat niet hoeft vast te staan dat de onrechtmatige steun ook onverenigbaar met de interne markt is.

Zowel bij het waarborgen van de naleving van terugvorderingsbesluiten als bij het bieden van rechtsbescherming op grond van de rechtstreekse werking van de standstillbepaling kan de nationale rechter met de nodige vragen worden geconfronteerd. Daarvoor bestaan wel enkele hulplijnen. Zo kan (en soms: moet) de rechter op grond van artikel 267 VWEU waar nodig prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie. Die vragen kunnen betrekking hebben op de uitlegging van de EU-verdragen en op de geldigheid en uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanies van de Unie. Daarnaast kan de rechter een advies- of informatievraag voorleggen aan de Europese Commissie, die ernaar streeft om binnen een korte termijn een niet-bindend antwoord te hebben geformuleerd. Daarnaast moeten rechters ermee rekening houden dat de Commissie onder omstandigheden ook uit eigen beweging schriftelijke en soms zelfs mondelinge opmerkingen in de nationale procedures kan indienen, en daartoe de nodige stukken kan opvragen.

Hoewel het Unierecht voorschrijft welke rol de rechter bij de handhaving van de staatssteunregels heeft te vervullen, is het een kwestie van nationaal recht hoe aan die rol daadwerkelijk vorm wordt gegeven. Hiermee komt tot uitdrukking het in dit onderzoek fundamentele beginsel van de nationale procedurele autonomie, op grond waarvan de lidstaten, bij gebrek aan Europese procedureregels, geschillen met een Europeesrechtelijk aspect binnen hun eigen rechterlijke organisaties volgens hun eigen procesrecht en met hun eigen remedies oplossen. Deze autonomie is begrensd door het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Deze beginselen houden in dat de procesregels voor vorderingen op basis van Europese rechten niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen en dat het nationale procesrecht de uitoefening van de door de Europese rechtsorde verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Daarbij

verdient opmerking dat de precieze betekenis van deze grenzen in het concrete geval lastig te bepalen kunnen zijn. Met name de begrippen 'praktisch onmogelijk' en 'uiterst moeilijk' bieden weinig concrete houvast en zijn onderhevig aan een casuïstische rechtspraak van het Hof van Justitie. Daar komt bij dat een procedureregel die in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel problematisch is, alsnog onder de zogenaamde '*rule of reason*'-benadering kan zijn gerechtvaardigd.

Naast de nationale procedurele autonomie wordt het optreden van de nationale rechter nog ingekleurd door een aantal andere algemene principes. Daarbij valt te wijzen op het loyaliteitsbeginsel, op grond waarvan de lidstaten, en dus ook de nationale rechters, de volle werking van het Europese recht moeten verzekeren, waar nodig in samenspraak met de Europese instellingen. Ook moet de nationale rechter rekening houden met de voorrang van het Unierecht, op grond waarvan de verplichting kan ontstaan om regels van nationaal recht buiten toepassing te laten of in overeenstemming met het Unierecht uit te leggen, en om zo nodig de vergoeding van door schendingen van het Unierecht geleden schade te vergoeden. De nationale rechter kan met name een belangrijke rol toekomen in de gevallen waarin een Europese norm rechtstreekse werking heeft, zoals het geval is voor de standstillbepaling. De rechtstreekse werking is in dit hoofdstuk gekarakteriseerd als een essentieel instrument om de naleving van een aan het Unierecht ontleende norm rechtstreeks (dat wil zeggen: zonder dat daarvoor de interpretatie van een vergelijkbare nationale norm nodig is) voor de nationale rechter af te dwingen. Ten slotte is de nationale rechter in zijn optreden gebonden aan het beginsel van de effectieve rechtsbescherming. Dat beginsel houdt in dat de aan het Unierecht ontleende rechten daadwerkelijk moeten kunnen worden ingeroepen voor een nationale rechter en door hem daadwerkelijk moet kunnen worden beschermd in een nationale procedurele omgeving. Deze beginselen zijn zowel van toepassing op de door de Unierechter al in vérgaande mate ingekleurde rol van de nationale rechter bij de handhaving van terugvorderingsbesluiten van de Commissie en de rechtstreekse werking van de standstillbepaling, maar ook in de overige denkbare gevallen waarin nationale rechters zich mogelijk over de toepassing van de staatssteunregels moeten uitlaten.

Het mag op grond van het voorgaande duidelijk zijn dat het bij de (handhaving van de) staatssteunregels gaat om een complexe en uitgebreide materie. In dit hoofdstuk is geprobeerd om de belangrijkste Europese kaders weer te geven waarbinnen de Nederlandse rechter zich bij de toepassing van de staatssteunregels beweegt. Gezien de omvang van dat onderwerp gaat het niet om een uitputtende bespreking – waarmee maar weer wordt onderstreept dat nationale rechters in staatssteungeschillen voor de nodige uitdagingen kunnen worden gesteld. Daar komt bij dat de beschreven kaders – met name waar het gaat om brede begrippen zoals de nationale procedurele autonomie – niet altijd evenveel houvast bieden. Waar in de inleiding van dit hoofdstuk nog is gesproken van een bouwtekening, en dus de nodige precisie is gesugge-

reerd, zal de Nederlandse rechter het in sommige gevallen moeten doen met, in wezen, een brochure.

Sommige van de onderwerpen die in dit hoofdstuk aan bod zijn gekomen worden verder uitgediept in de hoofdstukken 4 tot en met 7, in het kader van de daar centraal staande kernthema's. Het is echter al tegen de achtergrond van de in dit hoofdstuk weergegeven Europeesrechtelijke kaders dat kan worden toegekomen aan de bestudering van de manier waarop de Nederlandse rechter aan deze rol invulling geeft. De eerste stap daarvoor wordt gezet in het volgende hoofdstuk met een algemeen overzicht van de Nederlandse 'staatssteunjurisprudentie' van de afgelopen tien jaar.

3 Nederlandse staatssteunrechtspraak in vogelvlucht

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is ingegaan op de rol die de nationale rechter uit EU-rechtelijk perspectief in staatssteungeschillen zou moeten vervullen. Gewezen werd in het bijzonder op situaties waarin een justitiabele zich beroept op de rechtstreekse werking van de opschortingsplicht en situaties waarin de handhaving van terugvorderingsbesluiten van de Commissie aan de orde is. Op basis van die weergave zou kunnen worden verwacht dat in de Nederlandse 'staatssteun'-jurisprudentie vooral procedures met deze insteek te vinden zijn. Het is echter nog maar de vraag of die verwachting terecht is.

In de internationale literatuur is in de loop van de jaren gewezen op verschillende manieren waarop de nationale rechter – naast beroepen op de rechtstreekse werking van de standstillbepaling en de handhaving van terugvorderingsbesluiten – in staatssteungeschillen betrokken kan worden. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan de situatie dat een overheid weigert een voordeel te verstrekken en degene die het voordeel had willen ontvangen de juistheid van die beslissing aanvecht.[1] Ook valt te denken aan situaties waarin de Commissie een steunmaatregel of -regeling heeft goedgekeurd en een justitiabele via een nationale procedure de geldigheid van het goedkeuringsbesluit in twijfel wil trekken.[2] In de literatuur is ook gewezen op de mogelijkheid dat de ontvanger van mogelijk onrechtmatige steun ter verkrijging van de nodige rechtszekerheid verzoekt om een verklaring voor recht dat de maatregel geen steun inhoudt en dus niet hoeft te worden aangemeld.[3] Het is goed denkbaar dat dit soort en andere soorten geschillen ook in de Nederlandse jurisprudentie terug te vinden zijn.

Dit hoofdstuk stelt zich tot doel, een overzicht te bieden van de soorten gevallen waarin de Nederlandse rechter zich in de periode 1 november 2005 – 1 november 2015 over een staatssteungeschil heeft moeten buigen. Daarmee kan in de eerste plaats worden onderzocht of de verschillende manieren waarop de Nederlandse rechter met het staatssteunrecht te maken krijgt – nog ongeacht hoe hij daar vervolgens mee omgaat – wel overeenkomen met het

1 Brandtner, Beranger en Lesserich 2010, p. 27.
2 Quigley 2015, p. 618. Vgl. hoofdstuk 2 § 2.5.5.
3 Idem; Metselaar en Adriaanse 2011, p. 61. Te denken valt ook aan een vordering om een steunmaatregel aan te melden, zie Bernat 2016, p. 201.

beeld dat in het vorige hoofdstuk op grond van de Europese jurisprudentie en regelgeving is weergegeven. Op basis van dat overzicht, ten tweede, is het wellicht al mogelijk om grote verschillen tussen de staatssteunrechtspraak van de burgerlijke, bestuurs- en belastingrechter te herkennen, nog voordat de specifieke deelonderwerpen in de volgende hoofdstukken nader worden uitgediept. Ten derde kan een goed overzicht van procedures voor de Nederlandse rechter helpen om de resultaten van het in de volgende hoofdstukken centraal staande jurisprudentieonderzoek in hun context te plaatsen. Een vierde doelstelling van dit hoofdstuk is om toe te lichten en te verantwoorden welke soorten geschillen in de uitwerking van dit onderzoek het meest nadrukkelijk aan de orde komen. De in de inleiding van het onderzoek toegelichte keuze om een jurisprudentieonderzoek te verrichten op basis van de zoekterm 'staatssteun'[4] brengt namelijk met zich mee dat niet elke gevonden uitspraak van even groot belang is voor de beantwoording van de onderzoeksvraag.

3.1.1 Wat niet ter tafel komt ….

Het doel van dit hoofdstuk is het bieden van een overzicht van de gevallen waarin de Nederlandse rechter zich over een staatssteungeschil heeft moeten buigen. Het is van belang om er nu al op te wijzen dat dit geen compleet overzicht biedt van de situaties waarin een mogelijke schending van de staatssteunregels aan de orde is. Immers: niet alle onrechtmatige staatssteun zal tot een procedure voor de rechter leiden, laat staan tot een gepubliceerde uitspraak. Dat kan het gevolg zijn van een procesrechtelijke regel op grond waarvan een justitiabele geen toegang tot de rechter heeft of zich daar niet op een bepaalde norm mag beroepen.[5] Naast procedurele hobbels moet ook rekening worden gehouden met feitelijke belemmeringen zoals de kosten van een procedure (zeker vergeleken met de kosten van het indienen van een klacht bij de Europese Commissie) en de verwachte baten van die procedure (waarbij moet worden gedacht aan de mogelijke gevolgen van een geslaagd beroep en de kans dat een procedure zal slagen).

Een belemmering kan er ook in bestaan dat partijen de feitelijke informatie of de expertise missen om te herkennen of aannemelijk te kunnen maken dat een ander onrechtmatige staatssteun heeft ontvangen en om die reden geen rechterlijke procedure wordt ingeleid. Het is op een vergelijkbare manier denkbaar dat de rechter de expertise mist om een beroep op de staatssteunregels als zodanig te herkennen en het staatssteunrecht om die reden in de uitspraak buiten beeld blijft. Als de nodige feitelijke informatie en expertise wel aanwezig is, kan het ook nog relevant zijn of justitiabelen de voorkeur geven aan het zoeken naar een oplossing buiten de rechtszaal, bijvoorbeeld

4 Zie in hoofdstuk 1 § 1.7.2.
5 Een aantal van deze procesregels komt nader aan de orde in hoofdstuk 4.

door middel van een schikking met de overheid (zo nodig onder dreiging van een kort geding). Zo al een procedure is ingeleid, kan het dus voorkomen dat deze niet tot een uitspraak leidt. Specifiek in de context van het bestuurs- en belastingrecht is het mogelijk dat staatssteungeschillen al in de bezwaarfase worden opgelost en het om die reden niet tot een procedure bij de rechter komt. Het is zelfs denkbaar dat justitiabelen in het geheel van een procedure afzien om hun relatie met de overheid niet op het spel te zetten. In een Preadvies van de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht uit 2007 is geconstateerd dat de bereidheid om te procederen afneemt naarmate het economisch gewicht van commerciële relaties toeneemt.[6] De partij die later zelf nog voor een voordeel in aanmerking wil komen, acht het dus wellicht verstandiger om niet tegen zijn potentiële toekomstige weldoener te procederen.[7]

Een deel van de Nederlandse staatssteunproblematiek en de (mogelijk deels afwezige) rol van de rechter in staatssteungeschillen blijft zodoende buiten beeld. Hoewel dit op zich niet afdoet aan de waarde van de informatie die uit de wél gepubliceerde uitspraken kan worden opgemaakt, is het voor dit hoofdstuk en de volgende hoofdstukken van belang om bewust te blijven van de mogelijke onzichtbare rol van de Nederlandse rechter. Het is met deze relativering in het achterhoofd dat dit hoofdstuk moet worden gelezen.

3.1.2 Opbouw van het hoofdstuk

In de volgende paragrafen wordt voor de burgerlijke rechter (§ 3.3), de bestuursrechter (§ 3.4) en de belastingrechter (§ 3.5) uiteengezet met hoeveel en welke soorten zaken de rechter te maken krijgt, afgaande op de uitspraken waarin het woord 'staatssteun' voorkomt. Het zal blijken dat sommige soorten staatssteungeschillen bij alle rechters voorkomen, terwijl andere zich bij een bepaalde rechter juist niet of wel voordoen. Het geschetste beeld kan helpen om de uitspraken die in de volgende meer op inhoudelijke deelonderwerpen gerichte hoofdstukken worden uitgewerkt, in hun context te plaatsen. Soms biedt het ook een mooie illustratie van de vindingrijkheid van advocaten, en misschien zelfs van rechters, wanneer het gaat om het toepassen van de staatssteunregels in nationale geschillen. In § 3.6 wordt, voordat in de volgende hoofdstukken de inhoudelijke deelonderwerpen worden uitgewerkt, op basis van dit overzicht een aantal eerste bevindingen op een rij gezet. Vóór dit alles is het echter van belang om kort in te gaan op de vraag in hoeverre van te voren al vaststaat bij welke rechter moet worden geprocedeerd (§ 3.2).

6 Van Lierop en Pijnacker Hordijk 2007, p. 90-100. Vgl. Nicolaides en Schoenmaekers 2015, p. 149.
7 Van den Tweel 2005, p. 34.

3.2 Onderverdeling per rechter en rechtsmachtverdeling

In dit hoofdstuk en het verdere deel van dit onderzoek worden de bestudeerde staatssteunuitspraken uitgesplitst naar de soort rechter (burgerlijke, bestuurs of fiscale) die uitspraak heeft gedaan. Maar hoe komt een staatssteungeschil eigenlijk bij een bepaalde rechter terecht? Dat is een vraag naar de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling.[8] Op grond daarvan moet een justitiabele inschatten bij welke rechter hij een geschil aanhangig kan maken. In de context van vermeende schendingen van het staatssteunrecht zal daarvoor naar huidig recht doorgaans doorslaggevend zijn door middel van welke handeling de vermeende steun is verleend. Is sprake van een appellabel besluit, dan wordt geprocedeerd bij de gewone bestuursrechter of, in bijzondere gevallen, de belastingrechter. In overige gevallen moet de rechtsgang bij de burgerlijke rechter uitkomst bieden. Ook de hoedanigheid van degene die de staatssteunregels inroept kan beïnvloeden of hij bij de gewone bestuursrechter of de belastingrechter ontvankelijk is, zoals in het volgende hoofdstuk aan de orde komt. Dit is uiteraard een versimpeld beeld. Enerzijds zal niet altijd eenduidig kunnen worden vastgesteld bij welke rechter moet worden geprocedeerd, bijvoorbeeld omdat op basis van de rechtspraak (nog) niet duidelijk valt te beoordelen of een bepaalde handeling moet worden gekwalificeerd als appellabel besluit. Anderzijds komt het geregeld voor dat vermeende staatssteun besloten ligt in een reeks met elkaar samenhangende bestuursrechtelijke, privaatrechtelijke en/of feitelijke handelingen.[9] Beide situaties verdienen hier aandacht.

Voor degene die zich op de staatssteunregels wil beroepen kan het ten eerste problematisch zijn dat niet altijd duidelijk is of een handeling moet worden gekwalificeerd als een appellabel besluit, en dus of de burgerlijke of de bestuursrechter moet worden geadieerd. Een mooi voorbeeld biedt een uitspraak van de rechtbank Amsterdam, overigens buiten de context van het staatssteunrecht, waarin aan de orde was of tegen de verdeling van gelden door een (door de gemeente gesubsidieerde) stichting bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstond. De rechtbank oordeelde dat weliswaar een privaatrechtelijke constructie was gekozen, maar dat materieel toch sprake was van subsidiëring door een bestuursorgaan, waarvoor de procedurele waarborgen op grond van de Awb moeten gelden. 'Dat verweerder zich van die plicht niet bewust is geweest', aldus de rechtbank, 'doet daaraan niet af.'[10] Met andere woorden: zelfs wanneer financiële middelen uitdrukkelijk via een

8 Zie over de rechtsmachtverdeling onder meer: Damen e.a. 2012b, p. 407-8.

9 Het hierboven geschetste beeld is ook om andere redenen versimpeld. Zo kunnen bepaalde handelingen op grond van art. 8:2 Awb met een besluit worden gelijkgesteld. Over de vraag hoe zinvol en wenselijk het is om het appellabele besluit tot uitgangspunt te nemen bij de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, is in de loop van de tijd veel gediscussieerd. Zie bijvoorbeeld Van Ommeren en Huisman 2013; Van der Veen 2013; Polak 2000.

10 Rb Amsterdam 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7570, r.o. 3.5.

privaatrechtelijke constructie worden verdeeld, is het geen gegeven dat een privaatrechtelijke rechtsingang moet worden gekozen. Dat kan met name knellen bij nieuwe vormen van maatschappelijk financieren, waarbij met Den Ouden onder meer valt te wijzen op revolverende fondsen, netwerkend subsidiëren en deelnemen aan start-ups.[11]

Dit soort kwalificatievraagstukken en de daarbij horende onduidelijkheid over de te volgen rechtsgang kan grote gevolgen hebben voor de daadwerkelijke rechtsbescherming van een door een handeling geraakte justitiabele. Wanneer hij de aard van een vermeend steunverlenende handeling verkeerd inschat, kan dit tot gevolg hebben dat zijn beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard of dat zijn vordering wordt afgewezen. Daarbij past wel de opmerking dat discussies over de precieze aard van een handeling niet altijd op het scherpst van de snede worden gevoerd. Zo heeft de afdeling privaatrecht van de rechtbank Amsterdam in 2013 nog inhoudelijk geoordeeld over de staatssteunconformiteit van een gemeentelijke garantie waarvan de vraag zou kunnen worden gesteld of deze niet eigenlijk had moeten worden gekwalificeerd als (bestuursrechtelijk) subsidiebesluit.[12]

Een tweede complicerende factor is dat staatssteun besloten kan liggen in een samenstel van publiekrechtelijke en/of privaatrechtelijke (rechts)handelingen. Staatssteungeschillen voor de Nederlandse rechter doen zich blijkens de bestudeerde jurisprudentie niet alleen – en zelfs opvallend weinig – voor in de context van de archetypische schenkingsovereenkomst of subsidiebeschikking. Zeker in de sfeer van de ruimtelijke ordening[13] en met de opkomst van publiek-private samenwerking kan het lastig zijn om te bepalen in welk deel van het samenstel van (rechts)handelingen de vermeend onrechtmatige staatssteun besloten ligt.[14] Wanneer een onderneming meent dat de mededingingspositie van een concurrent door overheidsingrijpen op oneerlijke wijze wordt versterkt zonder dat op een enkele evidente steunmaatregel kan worden gewezen, zal het kiezen van een rechtsingang de nodige problemen met zich brengen.

Te wijzen valt bijvoorbeeld op de onderneming Eigen Veerdienst Terschelling (EVT), die jarenlang op verschillende gronden procedures heeft gevoerd om te kunnen meedingen naar het verzorgen van een veerdienst tussen Harlingen, Terschelling en Vlieland. Een belangrijk deel van de betrokken veerdiensten is lange tijd door een andere onderneming uitgevoerd, op een volgens EVT met het staatssteunrecht strijdige manier. Voor zover inderdaad sprake

11 W. den Ouden, 'Annotatie bij Rb Amsterdam (2014-10-1) (Bestuursorgaan. Stichting Impuls Nieuw-West is een bestuursorgaan dat subsidies verstrekt)', *AB* 2015, 124, aant. 4. Zie ook Van Asperen 2014.

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

13 Zie voor een recent voorbeeld Rb Oost-Brabant 19 februari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:586 (*Kom Zuid Rosmalen*).

14 Vgl., in een geschil dat ook de staatssteunregels had kunnen betreffen, J. Wieland, 'Noot bij CBb (2014-05-28) (Concurrentiebelang niet rechtstreeks geraakt)', *AB* 2014, 380.

is van onrechtmatige staatssteun, moet echter worden vastgesteld dat een archetypische steunmaatregel ontbreekt. In plaats daarvan is sprake van een samenstel van openbare-dienstcontracten, medegebruiksovereenkomsten, gebruiksbrieven (voor de aanleginrichting en het haventerrein), huurovereenkomsten (voor de toegangsweg tot het haventerrein), concessieverleningen, ligplaatsvergunningen[15] en (gesteld niet nagekomen) aanbevelingen op basis van een uitgevoerde evaluatie. Dit alles heeft geleid tot verschillende privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke procedures, waarvan in twee gevallen in de uitspraak op de gestelde schending van de standstillbepaling is ingegaan.[16] Dat de discussie over de toelaatbaarheid van dit samenstel aan rechtshandelingen zodoende over meerdere procedures is opgeknipt, zal de positie van EVT er niet makkelijker op hebben gemaakt.

Te denken valt ook aan een procedure gevoerd door de onderneming Royalton, die meent dat de gemeente Tilburg in het kader van een winkelontwikkeling onrechtmatige steun heeft verleend aan zijn concurrent. De staatssteun zou er volgens Royalton uit bestaan dat de gemeente zonder tegenprestatie het ontwikkelrisico van het project op zich neemt, bereid is om de plan- en planschadekosten voor haar rekening te nemen, en af te zien van de gebruikelijke parkeerbijdrage. Ten aanzien van dat laatste punt stelt de rechtbank aan de orde dat kan worden betwijfeld of Royalton de juiste rechtsingang heeft gekozen.[17] Tegen de vrijstelling van de parkeerbijdrage zou immers bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaan.[18] Vanuit het oogpunt van de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling is dat zeker terecht. Echter: wanneer inderdaad in een aparte bestuursrechtelijk procedure zou worden opgekomen tegen de vrijstelling van de parkeerbijdrage, bestaat een groot risico dat Royalton minder goed in staat is om de onderlinge samenhang tussen de vrijstelling en de overige vermeende steunmaatregelen aan te tonen – zeker wanneer de civiele kortgedingrechter (!) het steunkarakter van de overige maatregelen inmiddels onvoldoende aannemelijk heeft geacht. Dat geldt des te meer wanneer het 'bestuursrechtelijk' te beoordelen deel van de

15 Dat blijkt o.m. uit Rb Leeuwarden 20 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2696.

16 Rb Den Haag 31 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18370 (*Terschellingse veerdienstbedrijf EVT*); Rb Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY5837 (*Eigen Veerdienst Terschelling*).

17 Nog daargelaten of de vorderingen ontvankelijk zijn oordeelt de rechtbank, op moeilijk te volgen gronden, dat geen sprake is van een selectieve maatregel. Volgens de rechtbank is van selectiviteit geen sprake omdat het de gemeente vrijstaat om een dergelijke vrijstelling te verlenen en zij dit in het verleden ook meerdere malen heeft gedaan. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*), r.o. 3.6.5. Dit neemt echter niet weg dat de vrijstelling niet zonder uitzondering op alle vergelijkbare ondernemingen wordt toegepast – dan zou het ook niet meer gaan om een vrijstelling.

18 Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*), r.o. 3.6.5. Vgl. Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*), r.o. 4.7-8.

vermeende steun, wanneer het van de mogelijke andere steunmaatregelen wordt losgekoppeld, zou vallen onder de zogenaamde de-minimisgrens.[19]

Deze voorbeelden laten zien dat het systeem van de Nederlandse rechtsmachtverdeling een zekere verbrokkeling tot gevolg kan hebben, waarbij handelingen die gezamenlijk tot een economische werkelijkheid behoren, in afzonderlijke procedures aan de orde worden gesteld en daardoor minder gemakkelijk in hun onderlinge samenhang kunnen worden bezien.

3.3 STAATSSTEUNGESCHILLEN VOOR DE BURGERLIJKE RECHTER IN VOGELVLUCHT

In het licht van het voorgaande kan worden toegekomen aan een overzicht van de geschillen die bij de burgerlijke rechter aanhangig zijn gemaakt en hebben geleid tot een gepubliceerde uitspraak. Zulke geschillen draaien vooral om tussen de overheid en een onderneming gesloten overeenkomsten, die voor de onderneming gunstig blijken uit te pakken. Het kan dan gaan om koopovereenkomsten, bijvoorbeeld de verkoop van grond, maar ook om dienstverleningsovereenkomsten, bijvoorbeeld voor het inzamelen van afval. De inzet van een geschil hangt af van de vorderingen van de eiser en eventueel ook de incidentele vorderingen van de verweerder.[20] Deze vrijheid om de inzet van het geschil te bepalen is een uitvloeisel van de autonomie van partijen – een voor het burgerlijk (proces)recht kenmerkend uitgangspunt dat met zich brengt dat het partijen vrijstaat om al dan niet te procederen en de inhoud en omvang van het tussen hen bestaande geschil te definiëren.[21]

In de bestudeerde periode tussen 1 november 2005 en 1 november 2015 levert een zoektocht op <www.rechtspraak.nl> op basis van het woord 'staatssteun' 142 uitspraken van de burgerlijke rechter op.[22] De volledige lijst is opgenomen in bijlage I. Het gaat dus om iets meer dan een zaak per maand; geen hele forse hoeveelheid. Hierna wordt op de verschillende soorten geschillen afzonderlijk ingegaan.

3.3.1 Uitspraken waarin de overheid wordt verweten dat aan een concurrent een voordeel zou zijn toegekend

In het meest voorkomend soort staatssteungeschil voor de burgerlijke rechter daagt een justitiabele de overheid voor de rechter omdat deze in strijd met het staatssteunrecht een voordeel aan een andere onderneming zou hebben verleend. In 60 uitspraken heeft een partij zich op deze manier direct of indirect

19 Commissieverordening 1407/2013 (de-minimisverordening).
20 Jongbloed 2013 (Groene Serie Vermogensrecht), Titel 11, aant. 6.
21 Asser/van Schaick 2011 (*Procesrecht II*), aant. 9.
22 Conclusies afkomstig van het Parket bij de Hoge Raad worden niet meegerekend.

tegenover de overheid beroepen op de standstillbepaling. Het gaat niet om allemaal afzonderlijke geschillen; soms is tot in cassatie doorgeprocedeerd, of zijn zowel een procedure in kort geding als een bodemprocedure in gang gezet. Aan deze uitspraken valt onder meer op dat het argument op basis van de staatssteunregels, zeker in kort geding, regelmatig nauw verwant is aan het betoog dat de aanbestedingsregels zijn geschonden. Er wordt dan bijvoorbeeld betoogd dat een onderneming door de uitbreiding van een eerder gegunde opdracht wordt gesponsord om de markt te betreden,[23] of dat een aanbesteding zo is vormgegeven dat alleen bedrijven zich kunnen inschrijven die staatssteun ontvangen.[24] Het komt zeker ook voor dat ook los van de aanbestedingsregels aan de orde wordt gesteld of een tussen de overheid en een marktpartij gesloten overeenkomst marktconform is. De eisende partij vordert dan over het algemeen de ongedaanmaking of stopzetting van de gestelde mededingingsvervalsing en vergoeding van de daardoor geleden schade. Te denken valt bijvoorbeeld aan geschillen over overeenkomsten ten behoeve van de exploitatie van parkeergarages en -terreinen, die zouden leiden tot een niet-marktconform voordeel voor de exploitant.[25] Ook in de afvalbranche wordt regelmatig een beroep gedaan op het staatssteunrecht, omdat een concurrent voor de inzameling en/of verwerking van afval een te hoge vergoeding zou ontvangen.[26] Een laatste voorbeeld van dit soort staatssteungeschillen is de situatie waarin een justitiabele in rechte aanvoert dat een overheidsorgaan bepaalde gronden tegen te lage prijzen aan projectontwikkelaars heeft verkocht.[27]

3.3.2 Uitspraken over de handhaving van een terugvorderingsbesluit van de Commissie

Uitspraken over de handhaving van terugvorderingsbesluiten van de Commissie zijn in de Nederlandse privaatrechtelijke jurisprudentie nauwelijks te vinden. Dat is ook niet zo vreemd; voor een dergelijke procedure moet er immers ook een terugvorderingsbesluit van de Commissie liggen dat aanleiding geeft tot vragen die aan de burgerlijke rechter moeten worden voorgelegd. Drie bestudeerde geschillen gaan over de terugvordering van staatssteun naar

23 Vzr. Rb 's-Gravenhage 18 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB5302 (*E-functionaliteit*).
24 Bijv.: Vzr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva*).
25 Bijv.: HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*); Rb Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3569 (*P1 Holding*).
26 Bijv.: Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks Nederland*); HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900 (*AVR-Afvalverwerking*).
26 Vzr. Hof Amsterdam 18 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6508 (*UPC Nederland*); Vzr. Rb Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2007:AX9229 (*UPC Nederland*).
27 Bijv.: Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2032 (*EWF*); Vzr. Rb 's-Gravenhage 24 september 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BF4232 (*De Raad Bouw*).

aanleiding van een terugvorderingsbesluit van de Europese Commissie. In twee daarvan is aan de orde hoe de terugvordering van staatssteun moet plaatsvinden volgend op het faillissement van de steunontvanger(s).[28] In één daarvan gaat het om de vraag of en hoe een bij inmiddels vernietigd subsidiebesluit verstrekt steunbedrag inclusief de daarover genoten rente kan worden teruggevorderd.[29] Uit deze uitspraken blijkt dat de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun via het burgerlijk recht de mogelijke uitdagingen met zich brengt – een onderwerp dat in hoofdstuk 7 van dit onderzoek nader wordt uitgediept.

3.3.3 Uitspraken waarin de overheid terugkomt op een verleend voordeel of weigert een voordeel toe te kennen

Het is opvallend dat de overheid zich regelmatig – in de bestudeerde periode 24 keer – zelf op het staatssteunrecht beroept, zelfs zonder dat de Commissie een terugvorderingsbesluit heeft genomen dat moet worden gehandhaafd.[30] Het meest prominente voorbeeld daarvoor wordt gevormd door een reeks uitspraken over vermeende steunverlening aan de kredietverstrekkers Residex en Commerz. In dit geschil, versimpeld weergegeven, heeft de gemeente Rotterdam zich beroepen op de nietigheid van een door haar verstrekte garantie om deze niet te hoeven betalen. Hierover is tot in cassatie doorgeprocedeerd en zijn zelfs prejudiciële vragen gesteld, met als gevolg een reeks belangrijke uitspraken voor de ontwikkeling van het staatssteunrecht.[31] Dit geschil heeft wellicht ook andere overheidsorganen geïnspireerd om zich met een beroep op het staatssteunrecht te onttrekken aan eerder aangegane verplichtingen.[32]

Er is ook geprocedeerd over de weigering van de overheid om een rechtsverhouding aan te gaan waarmee naar haar oordeel onrechtmatige staatssteun zou worden verstrekt.[33] Denk in vergelijkbare zin ook aan geschillen over een regeling die moet voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt uitgekeerd.[34] In één geval heeft de overheid ten slotte verzocht om een voorlopig

---

28 Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*); Rb Rotterdam 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR6507 (*Kliq Re-integratie*).

29 Rb Rotterdam 4 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270 (*Fleuren Compost*).

30 Ook in andere Europese landen komt deze situatie voor, zij het een stuk minder vaak. Ølykke 2016, p. 289, wijst althans ten aanzien van Denemarken op één uitspraak van een civiele rechtbank in Sønderborg.

31 De meest recente uitspraken zijn HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6012 (*Commerz*) en HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex*). Zie ook HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*).

32 Bijv.: Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*); Rb Groningen 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8211 (*Montagne II*).

33 Rb Haarlem 2 mei 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY6465 (*Distriport*).

34 Bijv.: Hof 's-Gravenhage 20 december 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU9031 (*Electrabel Nederland*); Rb 's-Gravenhage 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB 1424 (*NEA*).

deskundigenonderzoek zodat kan worden vastgesteld of zij in het verleden daadwerkelijk staatssteun heeft uitgekeerd.[35]

3.3.4 Uitspraken over heffingen waarmee staatssteun zou worden gefinancierd

De burgerlijke rechter oordeelt ook over bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen die niet aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd omdat op grond van artikel 8:1 Awb geen bestuursrechtelijke rechtsgang open staat. Concreet op het gebied van het staatssteunrecht betekent dit dat de burgerlijke rechter ook gehouden kan zijn om te oordelen in situaties waarin een heffing zou zijn gebruikt voor de financiering van onrechtmatige staatssteun. Hierover zijn vier uitspraken gepubliceerd. Het gaat dan met name om beroepen tegen wetten in formele zin. Het belangrijkste voorbeeld is het geschil over een vliegbelasting die zou worden gebruikt om een belastingvrijstelling aan de ander mogelijk te maken.[36] Daarbij heeft de burgerlijke rechter moeten beoordelen of de bestreden wet onverbindend moet worden verklaard omdat sprake zou zijn van onrechtmatige staatssteun die onlosmakelijk is verbonden met de bestreden heffing.

3.3.5 Uitspraken over onteigening

Een volgende categorie uitspraken betreft geschillen over onteigening. In deze geschillen beroept een justitiabele zich op de staatssteunregels om te voorkomen dat een door de overheid ingezette onteigening wordt doorgezet. Hij voert dan aan dat de onteigening geen doorgang mag vinden omdat aannemelijk is dat het onroerend goed vervolgens zal worden gebruikt op een manier die in strijd komt met artikel 108(3) VWEU. Over onteigening en staatssteun zijn slechts drie uitspraken gepubliceerd. Dat is ook niet zo vreemd, want de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een mogelijke schending van het staatssteunrecht niet aan een onteigening in de weg kan staan.[37]

35 Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*).
36 In cassatie: HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*Maastricht Aachen Airport*).
37 HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9441 (*Onteigening*), r.o. 3.2.5. Vgl. HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6641 met betrekking tot het Besluit luchtkwaliteit. Ook: HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4934 (*EWF*). Zie in een iets andere context ook de bespreking van het Koninklijk Besluit *Sluis*, De Roos 2013.

3.3.6 Geschillen tussen de vermeende steunontvanger en een andere private partij

Het komt in de bestudeerde periode vier keer voor dat de vermeend steunverlenende overheid geen procespartij is bij het staatssteungeschil. In geschil is dan het effect van de aan de één verleende staatssteun op de rechtspositie van de ander. Een onderneming die grond heeft gekocht van een andere onderneming wil dan bijvoorbeeld de betaalde prijs ter discussie stellen, nu volgens haar blijkt dat die ander de gronden tegen een niet marktconforme prijs van de gemeente heeft overgenomen.[38] Veel interessanter nog is een geschil tussen traphekjesfabrikant Baby Dan en zijn concurrenten. Aan de orde is of zij, als het klopt dat zij onrechtmatige staatssteun hebben ontvangen, daardoor onrechtmatig hebben gehandeld jegens Baby Dan. Het gerechtshof Amsterdam houdt de mogelijkheid open dat een onderneming door het ontvangen van staatssteun aansprakelijk kan zijn voor daardoor ontstane schade.[39] Helaas is er sinds deze uitspraak geen gelegenheid meer geweest om haar te bevestigen, aan te scherpen of te verwerpen.

3.3.7 Uitspraken waarin staatssteun indirect aan de orde komt

Zoals viel te verwachten, komen in het jurisprudentieonderzoek ook uitspraken naar voren waarin het al dan niet bestaan van staatssteun slechts zijdelings relevant is. Te denken valt bijvoorbeeld aan het geval dat een accountantskantoor meent dat het ten onrechte niet als winnaar uit een aanbestedingsprocedure is gekomen omdat het bij de voorgelegde casus onvoldoende zou zijn ingegaan op de risico's van staatssteun.[40] Belangrijker qua omvang zijn de talrijke uitspraken over de bonussen, ontslagvergoedingen en beëindigingsvergoedingen voor werknemers en voormalig bestuurders van de bank ABN Amro, die zijn geweigerd in het licht van het maatschappelijk debat na de kredietcrisis en de door de Nederlandse overheid verleende staatssteun.[41] De hoeveelheid uitspraken valt, vooral door de zaken rond ABN Amro, zeker niet te onderschatten; in 44 uitspraken komt staatssteun indirect aan de orde. Echter, hoewel het bestaan van staatssteun (al dan niet in een verzonnen casus binnen een aanbesteding) wel relevant is voor de beslechting van het geschil, komt daarin de naleving van de standstillbepaling niet aan de orde.

---

38 Rb Leeuwarden 8 juni 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BQ7838 (*Ludinga Vastgoed*).
39 Hof Amsterdam 29 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1425 (*Baby Dan*), r.o. 5.12.
40 Vzr. Rb 's-Gravenhage 19 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2010:BR2483 (*Baker Tilly Berk*).
41 Onder meer: hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO0843; hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO0027; Rb Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK0260; Rb Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK0224.

3.4 Staatssteungeschillen voor de bestuursrechter in vogelvlucht

Geschillen voor de bestuursrechter zien er iets anders uit dan voor de burgerlijke rechter. Aan de orde is in beginsel een eenzijdig door een bestuursorgaan vastgesteld begunstigend of belastend besluit dat wordt aangevochten door de geadresseerde of een andere belanghebbende bij het besluit. De inzet van het geschil is blijkens artikel 8:72 lid 1Awb de vernietiging van het besluit. Bij besluiten die aanleiding kunnen geven tot een staatssteungeschil valt met name te denken aan subsidiebesluiten, besluiten waarbij een vergunning wordt verleend, en heffingsbesluiten. Vermeende staatssteun hoeft niet altijd in het bestreden besluit besloten te liggen, zo blijkt bijvoorbeeld uit de categorie geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening. Afgaande op de gepubliceerde uitspraken in de periode 1 november 2005 tot 1 november 2015 kan worden geconstateerd dat de bestuursrechter vaker dan de burgerlijke rechter met staatssteunvraagstukken te maken krijgt. In totaal zijn 271 uitspraken gepubliceerd. Daarbij geldt wel dat bijna de helft van deze uitspraken is gewezen in de sfeer van de ruimtelijke ordening, die in de staatssteunrechtspraak een vrij bijzondere categorie vormt.

3.4.1 Uitspraken waarin aan een concurrent een voordeel zou zijn toegekend

Het komt regelmatig – 42 keer – voor dat een partij in bezwaar en beroep gaat tegen een besluit waarbij aan zijn concurrent(en) een onrechtmatig voordeel zou zijn toegekend. Te denken valt bijvoorbeeld aan het beroep van een aanbieder van telecommunicatiediensten tegen een besluit waarin aan een concurrent, tegen een zeer lage vergoeding, frequentieruimte is toegekend. Dit kan de onderlinge concurrentieverhoudingen beïnvloeden doordat de geadresseerde van het besluit is komen te beschikken over (meer) frequentieruimte en daarvoor geen marktconforme vergoeding hoeft te betalen. Geschillen ontstaan bijvoorbeeld ook over vervoersvergunningen en subsidies in het onderwijs.[42] Op basis van de bestudeerde uitspraken kan losjes een onderscheid worden gemaakt tussen drie soorten steunverlenende activiteiten.[43] Ten eerste komt het met enige regelmaat voor dat justitiabelen opkomen tegen besluiten waarbij aan de geadresseerde een direct op geld waardeerbaar recht (zoals een subsidie) wordt toegekend.[44] Ten tweede blijkt uit de bestudeerde jurisprudentie dat justitiabelen opkomen tegen besluiten waarbij opbrengsten

42 Bijv.: ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5159 (*Stichting NOB*); Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*).

43 Daarnaast bestaan uitspraken waaruit niet gemakkelijk valt af te leiden waaruit de steun zou bestaan. Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8962 (*Adaptive and Mobile*), r.o. 7. Ook: ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265 (*SNS Reaal*).

44 Bijv.: Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding boven Hardinxveld*); CBb 13 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6991 (*Thuiszorgservice Nederland*).

of kortingen over een aantal ondernemingen worden verdeeld en deze verdeling oneerlijk zou uitpakken.[45] Ten slotte heeft de bestuursrechter zich moeten buigen over de rechtmatigheid van besluiten waarbij aan de geadresseerde een recht wordt toegekend of een activiteit wordt gegund zonder dat daar een marktconforme vergoeding tegenover zou staan.[46]

3.4.2 Uitspraken over de handhaving van een terugvorderingsbesluit van de Commissie

Net als in het burgerlijk recht komt het niet vaak voor dat de handhaving van een terugvorderingsbesluit van de Commissie in een bestuursrechtelijke procedure centraal staat. In januari 2006 zijn twee inhoudelijk nagenoeg gelijkluidende uitspraken gewezen over de uitvoering van een terugvorderingsbesluit van de Commissie.[47] Uit deze uitspraken blijkt dat de terugvordering van staatssteun ook in gevallen waarin duidelijk is dat van onrechtmatige staatssteun sprake is in het bestuursrecht nog tot de nodige problemen kan leiden. Sterker nog: het oordeel van de bestuursrechter dat voor de terugvordering van over de steun genoten rente de nodige grondslag in het bestuursrecht ontbreekt, heeft bijgedragen aan de introductie van het (oude) wetsvoorstel terugvordering staatssteun.[48]

3.4.3 Uitspraken waarin de overheid een begunstiging weigert of terugkomt op een eerdere begunstiging

Veel regelmatiger gebeurt het dat wordt geprocedeerd over de weigering van een bestuursorgaan om staatssteun te verstrekken, dan wel over een besluit waarin op een verleend voordeel wordt teruggekomen. Daarover zijn in de bestudeerde periode 27 uitspraken gewezen. Soms weigert het bestuursorgaan een begunstigend besluit, zoals een subsidie, 'gewoon' met een beroep op artikel 108(3) VWEU. In andere gevallen wordt het gevraagde besluit geweigerd op grond van de geldende subsidieverordening, waarin is bepaald dat bij

---

45 Bijv.: ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2816 (*FBTO Zorgverzekeringen*); CBb 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaart Ziekenhuis*).

46 Bijv.: Rb Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1202 (*Tele2*); Vzr. CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7753 (*Connexxion*). Daarbij valt zowel te denken aan situaties waarin de geadresseerde een te lage vergoeding betaalt als zulke waarin de overheid een te hoge vergoeding toekent. Zie ook ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*Open Universiteit Nederland*).

47 ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9415 en ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416 (*BPM*), *AB* 2996, 208, m.nt. W. Den Ouden; *Markt en Mededinging* 2006, pp. 93 e.v. m.nt. J.R. van Angeren; *GST* 2006, 98 m.nt. R.J.M. van den Tweel.

48 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 2; *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3, p. 6-7. Zie over het wetsvoorstel terugvordering staatssteun 2008 nader in hoofdstuk 8 § 8.2.1.

subsidieverstrekking geen sprake mag zijn van staatssteun.[49] De weigeringsgrondslag blijkt dan uit het Nederlandse recht.[50] De bestuursrechter moet in dit soort geschillen beoordelen of een bestuursorgaan de aanvraag daadwerkelijk heeft mogen weigeren. De gevolgen van de weigering om een voordeel te verstrekken kunnen voor de gehoopte ontvanger daarvan ingrijpend zijn wanneer daarmee een langdurige subsidierelatie wordt beëindigd. Ook dergelijke geschillen komen in de bestuursrechtelijke jurisprudentie, zij het mondjesmaat, voor.[51] Nog ingrijpender is de in enkele uitspraken bestreden beslissing van een bestuursorgaan om een al verleende subsidie te verminderen om daarmee ongeoorloofde cumulatie van steunmaatregelen te voorkomen.[52] In één geval is een bestuursorgaan overgegaan tot de terugvordering van onrechtmatig verleende steun – waarbij interessant genoeg niet ook de terugvordering van de daarover genoten rente is bevolen.[53]

3.4.4 Uitspraken over opgelegde heffingen waarmee steun wordt gefinancierd

In 16 uitspraken van de bestuursrechter procederen ondernemingen over door hen betaalde heffingen die naar hun oordeel onlosmakelijk verbonden zijn met uit te keren onrechtmatige staatssteun. Mocht daarvan sprake zijn, dan moet naar Europees recht de betaalde heffing worden teruggestort. Een justitiabele moet in een dergelijk geval aantonen dat er sprake is van onrechtmatige staatssteun (of dat uitgekeerde steun niet door het goedkeuringsbesluit van de Commissie wordt gedekt) en dat er een dwingend bestemmingsverband bestaat tussen deze steun en de opgelegde heffing.

Een belangrijke uitspraak in deze categorie is de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak over de zogenaamde Vogelaarheffing, die tot de nodige roering heeft geleid.[54] Opvallend aan de geschillen in deze categorie is dat zij, net als de genoemde Afdelingsuitspraak, vaak uitgebreid worden gemotiveerd en handelen over veelal grote financiële belangen. Aan de andere kant slaagt het beroep op het staatssteunrecht uiteindelijk in geen enkel van deze geschillen.[55]

---

49 Bijv. ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*).

50 Volgens Hessel 2013 laten met name gemeentes bij het opstellen van algemene subsidieverordeningen belangrijke kansen liggen.

51 ABRvS 25 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4923 (*X-Flow*).

52 Bijv.: CBb 16 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP6917 (*MEP subsidie*).

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

54 ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*), *AB* 2012, 156 m.nt. S.C.G. Van den Bogaert en A.J. Metselaar. Zie over deze zaak nader: hoofdstuk 6, § 6.7.3.

55 In het geschil over de Vogelaarheffing kregen de appellanten voor de rechtbank Utrecht gelijk maar vingen zij in het hoger beroep voor de Afdeling alsnog bot.

3.4.5 Uitspraken in de sfeer van de ruimtelijke ordening

Het veruit meest voorkomende staatssteunrechtelijke geschil voor de bestuursrechter is er een dat de grondleggers van de Europese Unie niet voor ogen zal hebben gestaan bij het introduceren van de verdragsbepalingen over staatssteun. In deze geschillen worden besluiten in de sfeer van de ruimtelijke ordening, zoals de vaststelling van een bestemmingsplan of een ontheffing, aangevochten omdat daarbij onrechtmatige staatssteun zou zijn betrokken.[56] Als één van de vele aangevoerde gronden wordt dan bijvoorbeeld betoogd dat de betrokken gemeente haar grond voor een te lage prijs aan de projectontwikkelaar heeft verkocht. Met 143 uitspraken is hiermee meer dan de helft van de staatssteunuitspraken van de bestuursrechter vertegenwoordigd. Dit soort beroepen wordt niet zelden ingesteld door omwonenden die weliswaar op basis van artikel 1:2 Awb belanghebbende zijn in de procedure over het ruimtelijkeordeningsbesluit, maar naar verwachting zelf geen concurrentieschade van de vermeende staatssteun zullen ondervinden.[57] Opvallend genoeg wordt over de verkoop van de grond zelf nauwelijks (voor de civiele rechter) geprocedeerd. De bestuursrechtelijke route leidt zelden tot vernietiging van het bestreden besluit.[58]

In geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening wordt het aangevoerde staatssteunargument gegoten in de beoordeling of het aangevochten bestemmingsplan financieel uitvoerbaar is. Voorop staat dan niet of wellicht onrechtmatige staatssteun is verleend, maar of het met het bestemmingsplan mogelijk gemaakte project (desondanks) doorgang kan vinden.[59] Hiervoor heeft de Afdeling voor het eerst ruimte geboden in een uitspraak over het bestemmingsplan Haaksbergen in 2004.[60] Sinds april 2011 geldt de eis dat, zo het bestaan van staatssteun aannemelijk is gemaakt en het plan zonder staatssteun niet binnen de planperiode zou kunnen worden uitgevoerd, het bestuursorgaan

56 Voor een mooi overzicht: A.D.L. Knook, 'Noot bij ABRvS (2013-05-29) (Hier wordt de vraag beantwoord wanneer…)', *BR* 2013, 102.

57 Vgl. T.E.P.A. Lam, 'Noot bij ABRvS (2011-04-13) (Bestemmingsplan. Financiële uitvoerbaarheid en staatssteun. Aanbestedingsrecht)', *AB* 2011, 12, aant. 4.

58 Wél bijv. in ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5119 (*Bestemmingsplan De Zumpel-Kloosterstraat Julianastraat Grubbenvorst*).

59 Wanneer bijvoorbeeld de vermeend steunontvangende projectontwikkelaar toezegt dat hij de eventuele steun zo nodig zal terugbetalen en het project toch zal uitvoeren, is daarmee blijkens de rechtspraak de financiële uitvoerbaarheid voldoende gewaarborgd. Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1873 (*Bestemmingsplan Winkelcentrum Leens*); ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1097. Vergelijkbaar is de overweging dat de plannen de ruimte bieden voor een versobering in de uitvoering van het project, waardoor het ook na eventuele terugvordering doorgang kan vinden. ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8833 (*Bestemmingsplan Meerstad-Midden*). Op het oog doortastender: Rb Oost-Brabant 19 februari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:586 (*Kom Zuid Rosmalen*).

60 ABRvS 6 mei 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO8853 (*Bestemmingsplan Haaksbergen*).

dat op voorhand in redelijkheid had moeten voorzien.[61] Aalbers en Jaarsma hebben uitgerekend dat de kans van slagen van een staatssteunbetoog in de sfeer van de ruimtelijke ordening hierdoor is gedaald van 8% naar 2%.[62]

3.4.6 Uitspraken waarin staatssteun indirect aan de orde komt

In het bestuursrecht komt het ook voor dat de staatssteunregels en met name de relevante Europese *soft law* over het staatssteunrecht indirect aan de orde komen. Er zijn 33 dergelijke uitspraken gepubliceerd. De rechter moet dan bijvoorbeeld beoordelen of bij een subsidieverstrekking de juiste referentiesituatie is gebruikt, en sluit daarbij aan bij de kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu.[63] In andere uitspraken wordt bijvoorbeeld betwist dat de normbedragen die blijken uit de richtsnoeren voor staatssteun in de landbouwsector juist zijn toegepast.[64] Dit soort uitspraken komt het vaakst voor in het subsidierecht.[65]

Kenmerkend voor deze uitspraken is dat zij niet gaan over de handhaving van de standstillbepaling. De belanghebbende voert niet aan dat artikel 108 lid 3 VWEU is geschonden of dat een Commissiebesluit niet is nageleefd. Evenmin beargumenteert het bestuursorgaan dat de gevraagde subsidie niet kan worden verstrekt omdat daarmee anders met het Europese recht strijdige staatssteun zou worden verleend. Dat wil overigens niet zeggen dat in dit soort gevallen niet het gevaar kan ontstaan dat het staatssteunrecht wordt geschonden. Als de rechter bijvoorbeeld uitgaat van een verkeerde referentiesituatie bij een subsidieverstrekking, kan dit betekenen dat de subsidie te hoog is en daarmee in strijd komt met het staatssteunrecht.[66] Deze categorie uitspraken laat daarom ook goed zien hoe zeer op sommige terreinen het staatssteunrecht

61 ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077 (*Bestemmingsplan Centrum Haaren*), m.n. r.o. 3.18.3.7. Hiermee zou volgens de Afdeling niet het Europese gelijkwaardigheidsbeginsel geschonden zijn. Dat de Afdeling hier niet is ingegaan op het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming, is haar op kritiek van annotator Lam komen te staan. T.E.P.A. Lam, 'Noot bij ABRvS (2011-04-13) (Bestemmingsplan. Financiële uitvoerbaarheid en staatssteun. Aanbestedingsrecht)', *AB* 2011, 12.

62 Aalbers en Jaarsma 2015, p. 108.

63 Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu, *PbEU* 2001, C 37/03. ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6579 (*Osse Overslag*).

64 ABRvS 21 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0774 (*Oogstschade Brassica Oleracea*); ABRvS 11 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK2926 (*Oogstschade pootaardappelen klei*).

65 Een uitzondering wordt gevormd door ABRvS 12 september 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB3426 (*BSE*).

66 Een leuk ander voorbeeld is CBb 31 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BF0915 (*Vergistingsinstallaties*). De betrokken subsidieregeling bepaalt een maximaal te subsidiëren aantal uren aan de hand van het risico op terugvordering wegens overstimulering in het kader van de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu.

al in de Nederlandse regelgeving is geïntegreerd.[67] Het is denkbaar dat dit soort zaken belangrijker wordt, nu de Commissie door middel van *soft law* steeds meer sturing geeft aan de specifieke en technische toepassing van de staatssteunregels.[68]

3.4.7 Overige geschillen

Niet alle bestuursrechtelijke geschillen laten zich even gemakkelijk categoriseren. Daarom vallen twaalf uitspraken onder de categorie 'overige geschillen'. Te denken valt aan een zaak waarin aan de orde was of de Nederlandse Mededingingsautoriteit een rol heeft bij het toepassen van de staatssteunregels bij een gronduitgifte onder de marktprijs.[69] Denk ook aan een geschil over de weigering van het verzoek om documenten openbaar te maken, nu deze documenten volgens de aanvragers nodig waren om vast te stellen of in het kader van een bepaald project staatssteun was verleend.[70] Weer in een andere uitspraak heeft de rechter zich moeten buigen over de vraag of het geoorloofd is om een perceel op een bij het Natuurbeheerplan behorende kaart blanco in te tekenen hangende de goedkeuring van de Commissie met betrekking tot eventuele staatssteunaspecten.[71] Deze uitspraken zijn interessant, maar lenen zich slecht voor een systematische beantwoording van de onderzoeksvraag.

3.5 STAATSSTEUNGESCHILLEN VOOR DE BELASTINGRECHTER IN VOGELVLUCHT

Net als in het bestuursrecht wordt in het belastingrecht geprocedeerd over de vernietiging van besluiten.[72] Wel volgt uit hoofdstuk V van de AWR een

---

67 Immers, de reden dat aan de hand van Europese *soft law* wordt nagegaan of in concreto de juiste berekeningswijze is gehanteerd – vaak een redelijk technische bedoening – is dat de betreffende subsidieregeling in veel gevallen (deels) op dergelijke *soft law* is gebaseerd. Bijv.: Rb Almelo 3 september 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BE9871 (*dutCH4 BV*).

68 Zie Commissiemededeling aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's van 8 mei 2012 'De modernisering van het EU-staatssteunbeleid', COM(2012)209 fin.; Blauberger 2009, m.n. p. 720. In een geval heeft de rechter zich zelfs met vragen tot de Commissie gewend. CBb 14 december 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ5838 (*DSM*).

69 CBb 15 januari 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BC1932 (*NMa*).

70 ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8796 (*Berkhout is Bòós*). Het beroep bleef zonder succes. Vgl. ook ABRvS 23 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU6653 (*Concessiebesluit gevaarlijk afval*).

71 Rb Zwolle 6 juli 2010, ECLI:NL:RBZWO:2010:BN0654 (*Natuurbeheerplan Overijssel*).

72 Hoofdstuk 8 van de Awb, inhoudende bijzondere bepalingen over beroep bij de rechtbank, geldt sinds 1 september 1999 ook in het belastingrecht. Wet van 29 oktober 1998, Stb. 1998, 621. Het inwerkingtredingsbesluit is van 17 juni 1999, Stb. 1999, 265.

aantal belangrijke uitzonderingen op de hoofdregels uit de Awb.[73] Voor het staatssteunrecht is vooral van belang dat de beroepsmogelijkheden voor de belastingrechter worden beperkt tot de belanghebbende aan wie de belastingaanslag is opgelegd, en een beperkt aantal anderen.[74] Dat is van grote invloed op het soort staatssteungeschillen dat voor de belastingrechter komt.

In de periode 1 november 2005 tot 1 november 2015 zijn op <www.rechtspraak.nl> 35 uitspraken van de belastingrechter gepubliceerd waarin het woord 'staatssteun' voorkomt. Dat is beduidend minder dan de hoeveelheid uitspraken voor de bestuurs- en burgerlijke rechter. Een vogelvlucht langs deze uitspraken laat zien dat zij grofweg in vijf categorieën kunnen worden verdeeld. Het meest prominent zijn de geschillen waarin een partij opkomt tegen een aan hem opgelegde heffing die zou worden gebruikt voor de financiering van onrechtmatige staatssteun. Ook veel voorkomend zijn uitspraken waarin het staatssteunrecht, bijvoorbeeld met gebruik van *soft law* van de Europese Commissie, wordt gebruikt om het nationale recht toe te passen of uit te leggen. In twee uitspraken heeft een belastingplichtige betoogd dat hij mocht vertrouwen op een bepaalde toepassing van een staatssteunvrijstelling. In één uitspraak was het staatssteunverbod relevant voor het vaststellen van de feiten. Tot slot komt het ook hier voor dat het woord 'staatssteun' weliswaar in een uitspraak voorkomt, maar dat het voor de uitkomst van het geschil in het geheel niet relevant is en alleen min of meer toevallig wordt genoemd.

3.5.1 Uitspraken waarin de overheid een beroep doet op het staatssteunrecht

Zoals gezegd komt het in bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke geschillen met enige regelmaat voor dat een overheid zich jegens een (potentiële) begunstigde zelf op het staatssteunrecht beroept. Dergelijke geschillen kunnen zich ook voor de belastingrechter voordoen. De geadresseerde van een (naar zijn mening te hoge) aanslag zou bijvoorbeeld kunnen worden geconfronteerd met de stelling van de inspecteur dat het lager vaststellen van de aanslag zou leiden tot strijd met het staatssteunrecht. Echter, nu de inspecteur gebonden beschikkingen geeft en daarbij de (belasting)wet toepast zonder beleidsvrijheid,[75] verbaast het niet dat deze casus zelden voorkomt. Er bestaat een enkele indicatie dat dit soort uitspraken iets frequenter kan worden. Eind 2013 heeft het college van B&W van de gemeente Baarn in cassatie (zonder succes) aangevoerd dat een overeenkomst die volgens belanghebbende aan de heffing van

73 De AWR geldt krachtens art. 1 in beginsel bij de heffing van rijksbelastingen. In de belastingverordeningen van lagere overheden, zoals de gemeente en provincie, werkt de AWR in de regel door. Bij art. 231 Gemeentewet, art. 227a Provinciewet en art. 123 Waterschapswet is de AWR geheel of gedeeltelijk van toepassing verklaard.

74 Art. 26a AWR. Deze problematiek is nader uitgewerkt in hoofdstuk 4, § 4.4.1.

75 Feteris 2007, p. 60.

precariobelasting in de weg stond, in strijd kwam met het staatssteunrecht.[76] Daarnaast komt het in de bestudeerde periode twee keer voor dat de belanghebbende betoogt dat hij had mogen vertrouwen op een bepaalde toepassing van de wet, welke echter volgens de inspecteur in strijd zou komen met het staatssteunrecht.[77]

3.5.2 Uitspraken over heffingen waarmee staatssteun zou worden gefinancierd

De vaakst voorkomende geschillen voor de belastingrechter gaan over door belanghebbenden betaalde heffingen waarmee volgens hen onrechtmatige staatssteun zou worden gefinancierd. In 2002 (dus buiten de bestudeerde periode) heeft de Hoge Raad in twee arresten[78] prejudiciële vragen gesteld om te kunnen bepalen of ook degene die aan een dergelijke heffing is onderworpen een beroep kan doen op het staatssteunrecht. Het Hof van Justitie heeft toen geoordeeld dat een justitiabele er belang bij kan hebben zich voor de nationale rechter te beroepen op de rechtstreekse werking van de standstillbepaling om terugbetaling te verkrijgen van een heffing die in strijd met die bepaling is geïnd.[79] Het mag worden aangenomen dat het feit dat de Hoge Raad deze vragen heeft gesteld, voor de handhaving van het staatssteunrecht grote betekenis heeft gehad. De mogelijkheid om een betaalde heffing terug te krijgen is namelijk financieel erg aantrekkelijk. De mogelijke verwachting dat daarover dus regelmatig wordt geprocedeerd, wordt echter niet waargemaakt. Er zijn in de bestudeerde periode slechts vijftien uitspraken gepubliceerd over dit onderwerp. Hangende de beantwoording door het Hof van de prejudiciële vragen zijn verschillende geschillen over betaalde heffingen opgeschort. Dit heeft geleid tot een reeks vergelijkbare arresten van de Hoge Raad in de eerste helft van 2006[80] en daarna druppelsgewijs geschillen over betaalde heffingen. Het leek er lange tijd op dat procedures over de terugbetaling van heffingen voor de belastingrechter een stille dood waren gestorven. Toch laat recente jurisprudentie weer een (kleine) opleving zien, met in 2015

76 HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7849 (*Precariobelasting*)

77 Hof 's-Gravenhage 25 augustus 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BN5744 (*Reclamebelasting)*; Hof Amsterdam 30 november 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV0177 (*CFM-regime*).

78 HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AB2884 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*) en HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2008:AD9878 (*Pape*).

79 HvJ EU 13 januari 2005, nr. C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), r.o. 19.

80 Beginnend op 10 maart 2006. Zie bijvoorbeeld HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3093 (*Meststoffenwet*).

drie uitspraken over heffingen waarmee staatssteun zou worden gefinancierd, die echter zonder succes zijn gebleven.[81]

3.5.3 Uitspraken waarin staatssteun indirect aan de orde komt

Het komt ook wel (acht keer) voor dat weliswaar geen rechtstreeks beroep wordt gedaan op het staatssteunrecht, maar dat dat recht wel van belang blijkt te zijn voor de oplossing van het aanhangige geschil. Te denken valt bijvoorbeeld aan het beroep van een belanghebbende tegen een navorderingsaanslag omdat hij meent dat hij, als exploitant van zogenaamde scheepvaart-cv's, in aanmerking komt voor de (voor hem gunstigere) tonnagebelasting.[82] Op grond van een op de richtsnoeren betreffende overheidssteun voor het zeevervoer gebaseerde uitleg van de Wet inkomstenbelasting 2001 oordeelt het hof Amsterdam dat de activiteiten van belanghebbende niet onder het tonnageregime vallen.[83] Een ander voorbeeld – ook in de sfeer van de scheepvaart – biedt een geschil over de vraag of de met een luxe cruiseschip behaalde winst valt onder 'vervoer van personen en zaken' of onder 'pleziervaart', nu in het tweede geval een minder gunstig belastingregime geldt.[84] Ook hier wordt de winst van het schip gekwalificeerd op basis van de richtsnoeren betreffende overheidssteun voor het zeevervoer. Net als bij de burgerlijke rechter en de bestuursrechter ligt de standstillbepaling niet aan de kern van deze geschillen maar is het staatssteunrecht slechts indirect van belang.

3.5.4 Overige geschillen: overheid tegen begunstigde?

In een enigszins van de overige jurisprudentie afwijkende en dus moeilijk te categoriseren uitspraak van de rechtbank Breda wordt getwist over de waarde in het economische verkeer van bepaalde zaken. Volgens de eisende partij vertegenwoordigt de door het overheidsorgaan betaalde prijs niet de waarde in het economische verkeer, maar dit wordt door de heffingsambtenaar betwist. De rechtbank acht het betoog van de heffingsambtenaar plausibel, nu het overheidsorgaan vanwege het staatssteunverbod geen niet-marktconforme prijs

81 Hof Den Haag 16 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3415 (*Kolenbelasting*); Rb Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8141 (*Kolenbelasting*); Rb Den Haag 1 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6282 (*Verhuurderheffing*).

82 Bijv. Hof Amsterdam 30 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR0295 (*Tonnageregeling*). In cassatie: HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8203 (*Tonnageregeling*).

83 Communautaire richtsnoeren betreffende overheidssteun voor het zeevervoer, *PbEU* 1997, *C* 205/5.

84 HR 15 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1976 (*Tonnageregeling*). Vgl. Hof Amsterdam 14 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH4444 (*OESO-modelverdrag*).

had mogen rekenen.[85] De veronderstelling dat de overheid zich aan het staatssteunrecht houdt, draagt in deze uitspraak dus bij aan het oordeel dat de door de overheid betaalde prijs de waarde in het economische verkeer vertegenwoordigt.

3.5.5 Uitspraken waarin het staatssteunrecht niet relevant is

De gebruikte zoekmethode op <www.rechtspraak.nl> brengt met zich dat ook uitspraken worden gevonden waarin het woord 'staatssteun' weliswaar voorkomt, maar het Europese staatssteunrecht voor de voor de rechter liggende zaak in het geheel niet relevant was. Dat gebeurt in de bestudeerde periode negen keer. Zo noemt een rechter in een uitspraak dat een voor de belanghebbende relevante omstandigheid is dat banken minder gemakkelijk geld uitlenen, onder meer omdat zij tijdens de bankencrisis ontvangen staatssteun nog moeten terugbetalen.[86] Voor de rechtspositie van de belanghebbende maakt die constatering weinig tot niets uit.

3.5.6 Waarom zo weinig zaken bij de belastingrechter?

Op basis van het voorgaande valt niet aan de conclusie te ontkomen dat de belastingrechter vergeleken met zijn bestuursrechtelijke en burgerlijkrechtelijke counterparts bijzonder weinig gepubliceerde staatssteunuitspraken heeft gewezen. Dit terwijl de potentiële (financiële) betekenis van de staatssteunregels voor het belastingrecht nauwelijks te onderschatten valt. Zo heeft de Commissie in juli 2015 de terugvordering van maar liefst € 1,37 miljard van het Franse bedrijf Électricité de France gelast omdat de door dit bedrijf betaalde vennootschapsbelasting te laag zou zijn uitgevallen.[87] Dat zulke bedragen worden teruggevorderd laat wel zien dat de potentiële invloed van fiscale steun op de markt enorm is, en zou dus juist hier een uitgebreide rechtspraak kunnen doen vermoeden. Voor de omstandigheid dat dit vermoeden niet in de Nederlandse rechtspraak zichtbaar is vallen verschillende mogelijke redenen aan te wijzen.

Een eerste mogelijke (en hoopgevende) reden is dat de meeste Nederlandse belastingmaatregelen gewoon conform de Europese staatssteunregels worden uitgevoerd. Zo heeft de Commissie in een persbericht uit 2014 geschreven dat

85 Rb Breda 16 oktober 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY2238 (*Woz-Waarde*), r.o. 4.10.

86 HR 25 november 2011, ECLI:NLHR:2011:BN3442 (*Inkomstenbelasting*).

87 Besluit van de Europese Commissie van 22 juli 2015 betreffende steunmaatregel SA.13869 (C 68/2002) (ex NN 80/2002) – Herclassificatie van de belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen voor de vervanging van het hoogspanningsnet als kapitaal die door Frankrijk ten uitvoer is gelegd ten gunste van EDF, *PbEU* 2016, L 34/152.

zij niet verwacht bij Nederlandse rulings – afgezien van de ruling voor Starbucks ten aanzien waarvan de terugvordering is gelast[88] – op systematische staatssteunrechtelijke onregelmatigheden te stuiten.[89] Luja stelde in 2005 voorop 'dat het met fiscale staatssteun in Nederland best meevalt'[90] en Kavelaars komt in 2012 tot een vergelijkbare conclusie, waarbij hij opmerkt dat Nederland op het gebied van fiscale staatssteun een voorzichtig beleid voert.[91]

Toch is het waarschijnlijk te optimistisch om aan te nemen dat de relatieve schaarste van fiscale staatssteunzaken voor de Nederlandse rechter volledig wordt verklaard door de staatssteunconformiteit van de Nederlandse regelgeving.[92] In de literatuur wordt niet voor niets regelmatig gewaarschuwd voor de mogelijkheid dat Nederlandse ondernemingen onverwacht en ongewenst met de staatssteunregels worden geconfronteerd.[93] Voor het gebrek aan rechtspraak op dit punt moeten dus aanvullende verklaringen worden gezocht. Te denken valt dan enerzijds aan de mogelijkheid dat het voor justitiabelen onvoldoende mogelijk is om de staatssteunregels met succes voor de belastingrechter in te roepen. Anderzijds is het denkbaar dat het adiëren van de belastingrechter voor hen onvoldoende aantrekkelijk is.

Aan de *mogelijkheid* om de staatssteunregels in te roepen kunnen ten eerste de Nederlandse procesregels in de weg staan die de toegang tot de belastingrechter beperken. De belangrijkste constatering op dat punt is dat derden op grond van artikel 26a lid 1 AWR in beginsel geen toegang tot de belastingrechter hebben en zich daar dus ook niet op de staatssteunregels kunnen beroepen. Op dit punt wordt hierna in hoofdstuk 4 nog verder ingegaan.[94] Bij het ontbreken van een rechtsgang voor de belastingrechter zouden deze derden echter wel de mogelijkheid moeten hebben om de burgerlijke rechter te adiëren. Nu echter maar in één geval bij de burgerlijke rechter tegen vermeende fiscale steun is opgekomen, lijkt het erop dat deze weg voor derden geen realistisch alternatief biedt voor de rechtsgang bij de belastingrechter.

Wie wil opkomen tegen een heffing waarmee onrechtmatige staatssteun zou worden gefinancierd, heeft op grond van het Nederlands fiscaal procesrecht wél een rechtsingang bij de belastingrechter. Toch komen ook dit soort geschillen, afgaande op de gepubliceerde fiscale rechtspraak, weinig voor. Dat valt enerzijds te wijten aan de vaste Europese rechtspraak dat een belastingplichtige zich niet aan een heffing mag onttrekken met het argument dat de

88 Beroep is ingesteld onder nummer T-760/15.
89 Persbericht van de Europese Commissie van 11 juni 2014, IP/14/663.
90 Luja 2005.
91 Kavelaars 2012.
92 Of dat dit zo zou blijven: vgl. Van Sprundel en Touw 2016.
93 Gunn 2011; Gunn 214b. Luja 2015, p. 866 merkt op dat de aandacht voor fiscale rulings vanuit staatssteunperspectief voor menig fiscalist een 'regelrechte eyeopener' was.
94 Zie in het bijzonder in hoofdstuk 4 § 4.4.1.

door een ander genoten vrijstelling staatssteun oplevert.[95] Hij kan wel de terugbetaling van de heffing bewerkstelligen wanneer tussen de heffing en de vermeende staatssteun een onverbrekelijk verband bestaat. Waar bij de bestuursrechter nog met enige regelmaat wordt aangenomen dat van een dergelijk onverbrekelijk verband sprake is, is het echter hoogst onwaarschijnlijk dat de belastingrechter tot een dergelijk oordeel zou komen. Dit verschil valt vrij goed te verklaren. Eigen aan het belastingrecht is nu juist dat belasting zelden of nooit met een specifieke bestemming wordt geheven in die zin dat de geheven belasting voor die bestemming wordt geoormerkt en dat de bijdrage voor de bestemming afhangt van de opbrengst van de belasting.[96] Dit valt ook te zien in Frankrijk: doordat een belangrijk deel van de belastingen sinds 2006 via het nationale budget loopt, wordt ook niet meer het bestaan van een dwingend bestemmingsverband aangenomen.[97] Dat is anders in het voor het bestuursrecht vaker voorkomende geval dat een bestemmingsheffing wordt geheven ter financiering van de activiteiten van een productschap.[98] Een noodzakelijk verband tussen de heffing en de steun (via de activiteiten van het productschap) ligt dan veel meer voor de hand.

In de schaarse gevallen waarin wel bij de belastingrechter op staatssteunargumenten tegen een heffing is opgekomen, doet de insteek van de procedure soms al bijna amateuristisch aan. In een zaak over een reclamebelasting gaat het over een heffing van € 50 en blijkt uit de uitspraak niet dat de eiser een advocaat heeft ingeschakeld.[99] Een andere procedure, over een forensenbelasting, is aanhangig gemaakt door de eigenaresse van een recreatiewoning te Ouddorp.[100] Iets recenter zijn er echter nog enkele 'serieuzere' geschillen voor de belastingrechter gekomen, zodat dit beeld iets kan worden genuanceerd.[101]

De mogelijkheid om de staatssteunregels in te roepen kan daarnaast worden beperkt door een gebrek aan kennis over de betekenis van de staatssteunregels voor het belastingrecht of een gebrek aan informatie waarmee een schending

95 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.5.3.

96 Vgl. Luja 2014, p. 101. Luja verwacht dat incidenteel wel een dwingend bestemmingsverband kan worden aangenomen bij de (zeldzame) baatbelastingen en verplichte bijdragen voor bedrijveninvesteringszones (BIZ-bijdragen). Een niet-staatssteunrechtelijk voorbeeld is de hondenbelasting, die als bestemmingsheffing kan worden geheven. Dat moet wel uit de betrokken regelgeving blijken. In sommige gemeentes dient de hondenbelasting voornamelijk voor het spekken van de gemeentekas. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BY9350, r.o. 4.13-14.

97 Coutrelis 2010, p. 584, met verwijzing naar: Cour administrative d'appel de Nantes 28 december 2009; Conseil d'État 27 juli 2009, ECLI:FR:CESSR:2009:312098.20090727 (*Société Boucherie du Marché*); Conseil d'État 27 juli 2009, ECLI:FR:CESSR:2009:313502.20090727 (*Montaudis*).

98 Zie bijvoorbeeld de Verordening PT Bestemmingsheffing Teelt Bloembollen Oogstjaar 2013, beschikbaar op <www.tuinbouw.nl>.

99 Hof 's-Gravenhage 25 augustus 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BN5744 (*Reclamebelasting*).

100 Rb 's-Gravenhage 7 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4069 (*Forensenbelasting*).

101 Bijv. Rb Den Haag 12 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10589 (*Kolenbelasting*).

van die regels kan worden aangetoond. Hierboven is al even genoemd dat met name het Nederlandse bedrijfsleven zich lange tijd weinig bewust is geweest van de invloed van de Europese staatssteunregels op het Nederlands belastingrecht.[102] Ook waar dat bewustzijn wel bestaat, is het echter aannemelijk dat juist in de fiscaliteit moeilijk valt vast te stellen dat een bepaalde onderneming of groep ondernemingen onrechtmatige staatssteun heeft ontvangen. Ten eerste moet worden geconstateerd dat de vraag wanneer een fiscale maatregel kwalificeert als staatssteun naar zijn aard zeer moeilijk te beantwoorden valt,[103] en dat dit probleem nog eens wordt versterkt door de omstandigheid dat de Luxemburgse rechtspraak daarover, net als de besluitenpraktijk van de Commissie,[104] nog steeds in ontwikkeling is en dus de nodige onzekerheid tot gevolg heeft.[105] Ondanks – of misschien vanwege – deze moeilijkheden heeft de Commissie op dit punt lange tijd nauwelijks houvast gegeven, op een mededeling uit alweer 1998 na.[106] Pas met de recente Mededeling over de definitie van staatssteun, die zoals Gunn terecht constateert voor veel belastingplichtigen '*first port of call*' zal zijn, worden vanuit de Commissie op basis van de Luxemburgse rechtspraak meer aanknopingspunten gegeven voor de kwalificatie van fiscale steun.[107] De zojuist benoemde problematiek zal naar verwachting niet alleen gevolgen hebben voor de mogelijkheid van bijvoorbeeld concurrenten om een onrechtmatige steunmaatregel te herkennen, maar ook voor hun succeskansen wanneer zij eenmaal een procedure bij de Nederlandse rechter inleiden.

Ten tweede ligt het in de lijn der verwachting dat, zelfs als justitiabelen op basis van de juiste feiten zouden kunnen aantonen dat van een schending van de staatssteunregels sprake is, het voor hen niet altijd gemakkelijk zal zijn om die feiten boven water te halen. In het Nederlands belastingrecht geldt op grond van artikel 67 AWR een geheimhoudingsplicht die behoudens uitzonderingen de bekendmaking verbiedt van informatie die 'bij de uitvoering van de belastingwet over de persoon of zaken van een ander blijkt of wordt meegedeeld'.[108] Ook zogenaamde tax rulings,[109] waarin de belastingplichtige en de fiscus afspraken kunnen maken om voorafgaande zekerheid over de

102 Bijv. Linn 2012, p. 139; Gunn 2011; Gunn 2014; Kavelaars 2012, onder 1; Luja 2005, onder 1.
103 Zie daarover uitgebreid o.m.: Matsos 2014; Linn 2012; Quigley 2012; Gunn 2011.
104 Gunn en Heitling 2013, p. 121.
105 Vgl. Douma 2014.
106 Mededeling van de Commissie van 10 december 1998 over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, *PbEU* 1998, *C* 384/3.
107 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016, *C* 262/1; Gunn 2014. Zie ook de DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings (3 juni 2016).
108 Onder 'belastingwet' wordt o.g.v. art. 2 lid 1 sub a AWR jo. art. 1 lid 1 AWR verstaan zowel de AWR als andere wettelijke bepalingen betreffende de heffing van rijksbelastingen.
109 Zie over tax rulings nader Gunn en Heitling 2013; Luja 2015.

fiscale positie te verkrijgen, worden in Nederland en overigens de meeste Europese landen vertrouwelijk behandeld.[110] Saillant is dat naar aanleiding van een WOB-verzoek bekend is geworden dat de Belastingdienst naar eigen zeggen zelf ook niet weet hoeveel rulings er zijn gemaakt en hoeveel geld daarmee in totaal is gemoeid.[111] Het ligt in de rede dat deze geheimhouding het voor ondernemingen moeilijk kan maken om voldoende informatie te achterhalen op grond waarvan zij kunnen bepalen of een andere onderneming onrechtmatige staatssteun heeft ontvangen – laat staan dat zij dit in rechte zouden kunnen aantonen.[112] Of dit de relatieve afwezigheid van staatssteungeschillen bij de belastingrechter voldoende verklaart, valt te betwijfelen. Voor justitiabelen bestaat namelijk wel de mogelijkheid om de jaarrekeningen van andere ondernemingen, die op grond van artikel 2:394 BW openbaar moeten worden gemaakt, kritisch te onderzoeken.

De zojuist genoemde kwalificatie- en ontvankelijkheidsvraagstukken zouden gedeeltelijk kunnen worden opgelost door aanpassingen van de (interpretatie van de) relevante regelgeving.[113] Dat neemt nog niet weg dat ook de *aantrekkelijkheid* van het bij de rechter aanhangig maken van staatssteungeschillen een rol kan spelen bij het gebrek aan gepubliceerde staatssteunuitspraken van de belastingrechter. Zo heeft Luja in 2014 terecht aan de kaak gesteld dat, nu concurrenten in geschillen voor de belastingrechter vaak buiten beeld blijven, gemakkelijk de situatie ontstaat 'dat geen van de partijen, noch de belastingplichtige noch het betrokken overheidsorgaan, er baat bij heeft een schending van het staatssteunverbod ter sprake te brengen.'[114] Hij pleit er in dat kader voor dat de belastingrechter schendingen van de staatssteunregels ambtshalve aan de orde kan stellen. Verwarrend in dat kader is dat het Hof van Justitie de ambtshalve gestelde prejudiciële vraag van een Oostenrijkse rechter over mogelijke staatssteun recent nog niet-ontvankelijk heeft verklaard omdat de partijen in het geschil bij de beantwoording van de vraag geen baat zouden kunnen hebben.[115] Wanneer moet worden vastgesteld dat beide partijen in

110 Gunn en Heitling 2013, p. 119. Zij wijzen op België als uitzondering op deze regel. Daar worden rulings in geanonimiseerde vorm in een online database gepubliceerd. Sandee 2015 heeft zich kritisch uitgelaten over voorstellen dat voor tax rulings ontheffing wordt ontleend en dus de Tweede Kamer vertrouwelijk over de inhoud van die ruling wordt geïnformeerd. Zulk vertrouwelijk informeren zou volgens hem nergens toe leiden. Overigens schiet ook de justitiabele die zich in rechte op de staatssteunregels wil beroepen daar weinig mee op.

111 *Financieel Dagblad* 24 oktober 2014, p. 4, 'Fiscus mist zicht op belastingdeals'. Vgl. V-N 2016.

112 Vgl. Luja 2005, onder 4. Langereis en de Roos 2010, p. 215 constateren dat in het belastingrecht op het punt van informatie geen gelijkwaardigheid bestaat, aangezien de fiscus de belanghebbende de onder hem rustende gegevens niet hoeft te verschaffen.

113 Een logische mogelijkheid, te bespreken in hoofdstuk 5 § 5.4.5, is de (mogelijk verplichte) ambtshalve toetsing.

114 Luja 2014, p. 101.

115 HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-66/14 (*Finanzamt Linz*), r.o. 20-4.

een fiscaal geschil, te weten de belastingplichtige en de Belastingdienst, geen belang hebben bij een beroep op de staatssteunregels, dan lijkt het er dus op dat ambtshalve optreden van de nationale rechter door het Unierecht nog weinig wordt aangemoedigd.

Wellicht vallen vraagtekens te stellen bij het uitgangspunt dat de overheid geen baat zou hebben bij een beroep op de staatssteunregels, nu voor dergelijke beroepen in de bestuurs- en civielrechtelijke jurisprudentie steeds meer voorbeelden bestaan. Toch zijn er wel indicaties dat de fiscus minder snel dan andere mogelijk steunverlenende overheden geneigd zal zijn om artikel 108 lid 3 VWEU in te roepen. Wanneer een mogelijke steunmaatregel in een wet besloten ligt, is het denkbaar dat deze al vele malen is toegepast. Luja merkt in een andere context op dat overheden er in zulke gevallen niet happig op zullen zijn om lopende de rit een regeling alsnog aan te melden.[116] Het ligt in de rede dat zij evenmin snel geneigd zullen zijn om lopende de rit in een geschil met een belastingplichtige de staatssteunconformiteit van die wet in twijfel te trekken (en zodoende mogelijk slapende honden wakker te maken). Voor individuele belastinginspecteurs, die de wet in het concrete geval toepassen, zal gezien de mogelijk grote gevolgen van een staatssteungeschil de drempel ook hoog zijn om een mogelijke schending van de staatssteunregels aan de orde te stellen.[117] Daaraan gerelateerd is dat de fiscus zich bewust kan zijn van het potentiële negatieve effect op de langetermijnrelatie met belastingplichtigen wanneer hij zich in rechte op de staatssteunregels beroept. Dat kan des te meer gelden wanneer de precieze toepassing van die regels nog onvoldoende is of was uitgekristalliseerd en wanneer zeer substantiële bedragen aan de orde zijn – zoals het geval was bij de steun aan Électricité de France. Dit neemt uiteraard niet weg dat het de overheid op grond van artikel 4 lid 3 VEU niet vrij staat om een schending van de standstillbepaling te laten voortbestaan.[118] Zoals gezegd is het in de sfeer van het belastingrecht echter nog niet zo evident of in het concrete geval van een dergelijke schending sprake is.

Zelfs voor concurrenten van vermeende steunontvangers, wiens belang bij de handhaving van de staatssteunregels toch het grootst is, zal de gang naar de (burgerlijke rest-) rechter niet per se een aantrekkelijke optie zijn. Zo is het denkbaar dat met name grote multinationals terughoudend zullen zijn om de staatssteunregels in rechte in te roepen. Het betalen van belasting is immers een jaarlijks terugkerend fenomeen, zodat het logisch lijkt om een mogelijke kortstondige overwinning bij de belastingrechter af te wegen tegen de voordelen van een goede verstandhouding met de belastingdienst op de lange termijn. Wanneer ondernemingen vermoeden dat een ander een voordeel

116 Luja 2014, p. 99.

117 Een (Oostenrijks) voorbeeld waar dit wel gebeurde is de zaak HvJ EU 3 maart 2005, nr. C-172/03 (*Heiser*), m.n. r.o. 18.

118 Zie over het loyaliteitsvereiste van artikel 4 lid 3 VEU nader in hoofdstuk 2, § 2.6.1.1.

ontvangt dat uit staatssteunrechtelijk perspectief vragen oproept, zal het voor hen doorgaans ook aantrekkelijker zijn om buiten de rechtszaal om een vergelijkbaar voordeel proberen te onderhandelen dan dat zij zich tot de rechter wenden. Al aangenomen dat het door de ander genoten voordeel inderdaad staatssteun oplevert (wat, zoals hierboven is beschreven, nog niet zo gemakkelijk valt vast te stellen) en het mogelijk is om de rechter daarvan te overtuigen, valt met een rechterlijke procedure immers maximaal de terugvordering bij de ander en eventueel de vergoeding van geleden schade te bewerkstelligen. De prikkel om informeel met de belastingdienst in contact te treden zal in veel gevallen dan ook groter zijn dan de prikkel om een rechterlijke procedure in te leiden.

Mocht een onderneming toch kiezen voor een 'officieel' beroep op de staatssteunregels, dan nog zal hij er wellicht eerder voor kiezen om bij de Europese Commissie een klacht in te dienen dan naar de Nederlandse rechter te stappen. Gezien de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie,[119] haar expertise en haar steeds actiever wordende rol op het gebied van fiscale steun[120] zou dat ook niet zo vreemd zijn. Tussen februari en oktober 2015 zijn zes van de 24 Commissiebesluiten waarin een fiscale maatregel op grond van de staatssteunregels onderzocht, (mede) genomen naar aanleiding van een klacht van een concurrent van de vermeende steunontvanger.[121] Er kunnen dus wel degelijk prikkels voor derden zijn om een schending van de staatssteunregels via de daarvoor geldende procedures (in deze gevallen een klacht bij de Commissie) aan de kaak te stellen.

3.6 Samenvattend en vooruitblikkend

De vorige paragrafen geven een overzicht van de Nederlandse 'staatssteunjurisprudentie' in de periode 1 november 2005 tot 1 november 2015. Met een dergelijk overzicht kan in algemene zin worden onderzocht of de manier waarop de Nederlandse rechter met staatssteungeschillen te maken krijgt aansluit bij het beeld dat op grond van de Europese rechtspraak en regelgeving is ontstaan en of al op basis daarvan grote verschillen tussen de verschillende rechters kunnen worden ontdekt. Daarnaast kan de gedetailleerde bestudering van de specifieke thema's in de hoofdstukken 4 tot en met 7 met een algemeen overzicht beter in een context worden geplaatst, en is het wellicht mogelijk om al een eerste afbakening te maken van de soorten geschillen die in dit

119 Zie daarover in hoofdstuk 2 § 2.5.1.

120 Honoré 2015.

121 Gezocht is op de *website* <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>. Bij de besluiten die zijn genomen (mede) naar aanleiding van een klacht gaat het om de (steun)maatregelen met de nummers SA.33995 (Duitsland), SA.34528 (Estland), SA.34775 (Verenigd Koninkrijk), SA.38208 (Verenigd Koninkrijk), SA.40018 (Hongarije), SA.41187 (Hongarije).

onderzoek het meest nadrukkelijk aan de orde komen. Zoals in dit hoofdstuk ook aan de orde is gesteld, geeft dit overzicht geen volledig beeld van de mogelijk in Nederland heersende staatssteunproblematiek. Niet alle mogelijke onrechtmatige staatssteun zal namelijk als zodanig worden herkend of voor de rechter worden aangevochten, en niet elke rechterlijke procedure zal uitmonden in een gepubliceerde uitspraak. Dat doet zeker niet af aan de waarde van de informatie die wél uit de bestudeerde jurisprudentie kan worden afgeleid.

3.6.1 De soorten staatssteungeschillen voor de Nederlandse rechter

Uit de vorige paragrafen blijkt dat argumenten op grond van het staatssteunrecht worden aangevoerd binnen verschillende rechtsgebieden, door verschillende partijen, in verschillende feitenconstellaties en op basis van verschillende rechtsverhoudingen.[122] Er zijn natuurlijk niet alleen maar verschillen. Bepaalde soorten geschillen komen vaker voor, zowel voor de burgerlijke, de bestuurs- als de belastingrechter. Daarnaast worden soms helemaal geen argumenten op grond van het staatssteunrecht aangevoerd, maar komt dat recht wel zijdelings aan bod. Welk algemeen beeld levert dit op?

In een substantieel deel van de gevoerde procedures komt een partij op tegen een door de overheid verleend vermeend voordeel aan een onderneming. Dit is een klassieke vorm van private handhaving van het staatssteunrecht: een justitiabele beroept zich op de rechtstreeks werkende standstillbepaling om zijn eigen concurrentiebelangen te beschermen.[123] In dit soort geschillen wordt meestal betoogd dat de overheid steun verleent die had moeten worden aangemeld. In sommige gevallen is de steun al aangemeld en goedgekeurd, maar stelt de eisende partij dat de daadwerkelijk verleende steun niet door het goedkeuringsbesluit van de Commissie wordt gedekt en dus alsnog onrechtmatig is. Geschillen over aan een concurrent verleende onrechtmatige staatssteun komen alleen voor bij de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Het is een belangrijke constatering dat deze klassieke handhavingsvorm in de jurisprudentie van de belastingrechter volledig ontbreekt. Dit ligt waarschijnlijk aan het toepasselijke procesrecht; concurrenten van steunontvangers hebben op grond van de AWR geen toegang tot de belastingrechter.

Iets minder prominent aanwezig zijn de geschillen waarin een partij opkomt tegen een door haar betaalde of te betalen heffing omdat daarmee onrechtmatige staatssteun zou worden gefinancierd. Ook bij deze procedures kan worden gesproken van een klassiek handhavingsscenario. Het Hof heeft immers

122 Zie ook Adriaanse 2011 en Knook 2012.

123 Vgl. HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 14; HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 67; HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 46; HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 38.

expliciet bepaald dat heffingbetalers zich op het staatssteunrecht mogen beroepen om de terugbetaling af te dwingen van een aan hen opgelegde heffing.[124] Dit soort geschillen komt bij alle drie de rechters voor, hoewel de burgerlijke rechter hier alleen optreedt in zijn hoedanigheid als 'restrechter' in gevallen waarin geen bestuurs- of belastingrechtelijke rechtsgang openstaat. Overigens: zeker voor de belastingrechter worden minder procedures over betaalde heffingen gevoerd dan op grond van de mogelijke voordelen van een dergelijke procedure (een heffing hoeft niet te worden betaald of wordt terugbetaald) zou kunnen worden verwacht. Naar alle waarschijnlijkheid kan dit worden verklaard door de wijze waarop het belastingstelsel is vormgegeven, die er in de meeste gevallen aan in de weg zal staan dat sprake is van een dwingend bestemmingsverband tussen de belasting en eventueel daarmee gefinancierde steun.

In de bestudeerde jurisprudentie valt op dat met enige regelmaat juist een overheidsorgaan een beroep doet op het staatssteunrecht. Het doel daarvan is het voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt uitgekeerd, of het ongedaan maken van (bij nadere beoordeling toch onrechtmatig) uitgekeerde steun. Dergelijke procedures spelen zich vooral af voor de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Anders dan de juist genoemde soorten geschillen is hier geen sprake van rechtsbescherming op grond van de rechtstreekse werking van artikel 108(3) VWEU; het is per slot van rekening de overheid die zich op het staatssteunrecht beroept. Dat dit soort procedures zich voordoet is op zich niet vreemd, hoewel de Commissie ze niet noemt in de mededeling voor nationale rechters.[125] Op grond van de standstillbepaling kan een overheidsorgaan zich immers genoodzaakt zien om in een gerechtelijke procedure te rechtvaardigen waarom het een door een onderneming gewenst voordeel niet kan geven. Op dezelfde manier valt uit het loyaliteitsvereiste een verplichting af te leiden om de verlening van steun, als die ten onrechte toch heeft plaatsgevonden, weer ongedaan te maken. Het is dus logisch dat ook hieruit procedures voor de rechter zullen ontstaan.[126]

Hoewel met name door de Europese Commissie stevig de nadruk is gelegd op de taak van de nationale rechter in het kader van de naleving van terugvorderingsbesluiten van de Commissie, zijn hierover maar enkele uitspraken gewezen. Dat is op zichzelf niet zo vreemd, aangezien in de aanloop naar en gedurende het onderzoek slechts een paar terugvorderingsbesluiten aan

124 HvJ EU 13 januari 2005, nr. C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), dictum.

125 Mededeling van de Commissie van 9 april 2009 over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, *PbEU* 2009, C 85/1.

126 Dit past binnen de ontwikkeling dat aan lidstaten een steeds belangrijkere rol wordt toegekend bij het garanderen van een correcte naleving van de staatssteunregels. Commissiemededeling aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's van 8 mei 2012, 'De modernisering van het EU-staatssteunbeleid', COM(2012)209 fin., randnr. 21.

Nederland zijn gericht.[127] Uit de gepubliceerde uitspraken blijkt, vooruitlopend op de meer gedetailleerde bespreking in latere hoofdstukken, dat het Nederlandse recht niet volledig is uitgerust voor de terugvordering van onrechtmatige staatssteun en de daarop gebaseerde rente. Overigens heeft de belastingrechter zich ook met dit soort geschillen (nog) niet hoeven uiteenzetten.

In de bestudeerde rechtspraak komen ook geschillen naar voren die men op basis van een bestudering van het Europese staatssteunrecht niet meteen zou verwachten. Dat zijn geschillen over onteigening bij de burgerlijke rechter en geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening bij de bestuursrechter. Vooral voor de bestuursrechter wordt in dit soort zaken bijzonder veel geprocedeerd; in onteigeningszaken houdt de burgerlijke rechter het staatssteunrecht resoluut buiten de deur. In beide gevallen draait de procedure niet om de vermeend steunverlenende handeling zelf of een daaraan gekoppelde heffing. Aan de orde is de handeling die door de vermeende staatssteun mogelijk wordt gemaakt of die plaats moet vinden om de steunverlening mogelijk te maken. In dit soort geschillen ontstaat dan ook het vermoeden dat het belangrijkste doel van de procedure niet ligt in het ongedaanmaken van door onrechtmatige steun veroorzaakte concurrentievervalsing, maar in het aantasten zelf van het bestemmingsplan.

Tot slot is in de bestudeerde periode een grote hoeveelheid uitspraken gepubliceerd waarin het staatssteunrecht op enige manier zijdelings van belang is, maar waarin niet expliciet de naleving van de standstillbepaling centraal staat. Dergelijke uitspraken kunnen laten zien hoezeer het Europese staatssteunrecht op onderdelen al is verweven met het nationale recht. Te denken valt aan de situatie dat de rechter op basis van een Commissiemededeling of een richtsnoer bepaalt wat de reikwijdte is van een begrip dat is opgenomen in een Nederlandse regeling. Hoewel in dit soort geschillen zoals gezegd niet de handhaving van artikel 108(3) VWEU centraal staat, kan de standstillbepaling daarbinnen wel degelijk relevant zijn. Zeker wanneer bij de totstandkoming van de zojuist genoemde regeling al rekening is gehouden met het Europese staatssteunrecht, bestaat bij een onjuiste uitleg daarvan het risico dat toch staatssteun wordt verstrekt.

---

127 Vanaf 1 januari 2003: Beschikking van de Commissie van 22 juni 2005, *PbEU* 2006 *L* 84, 37 (AVR); Beschikking van de Commissie van 26 september 2006, *PbEU* 2007 *L* 32/76 (Holland Malt); Beschikking van de Commissie van 22 juni 2006, *PbEU* 2008 *L* 49/1 (NPO); Beschikking van de Commissie van 19 juli 2006, *PbEU* 2006 *L* 366/40 (KG Holding); Besluit van de Commissie van 23 januari 2013, *PbEU* 2013 *L* 148/52 (Leidschendam/Voorburg – vernietigd in de zaak GvEA EU 30 juni 2015, nrs. T-186/13, T-190/13 en T-193/13 (*Nederland t. Commissie*); Besluit van de Commissie van 21 oktober 2015 met als kenmerk C(2015) 7143 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) die Nederland ten gunste van Starbucks ten uitvoer heeft gelegd, C(2015) 7142 def. (beroep ingesteld onder zaak nr. T-760/15).

3.6.2 Belangrijkste verschillen en overeenkomsten met het Europeesrechtelijk kader

Uit het in dit hoofdstuk geboden overzicht blijkt dat de manieren waarop de Nederlandse rechter met het staatssteunrecht te maken kan krijgen, ruimer zijn dan de in hoofdstuk 2 beschreven Europese regelgeving en jurisprudentie doen vermoeden. Te wijzen valt dan bijvoorbeeld op de procedures in de sfeer van de ruimtelijke ordening en 'overige' geschillen, maar ook bij klassieke beroepen op de standstillbepaling worden thema's aan de orde gesteld die in de jurisprudentie van het Hof van Justitie weinig expliciete aandacht hebben gekregen. Daarbij valt vooral te denken aan de geschillen waarin wordt betoogd dat een door de Commissie goedgekeurde steunmaatregel is uitgevoerd op een manier die niet met het goedkeuringsbesluit overeenstemt. De implicatie van dit alles is dat de Nederlandse rechter kan worden geconfronteerd met vragen die op basis van de huidige regelgeving en Europese jurisprudentie niet eenduidig kunnen worden beantwoord. Wel kunnen uiteraard de in het vorige hoofdstuk weergegeven hooflijnen een zekere houvast bieden, en bestaat de mogelijkheid (en soms verplichting) om waar nodig prejudiciële vragen te stellen aan het Hof of de Commissie te benaderen voor advies.

Tegelijkertijd zijn in het vorige hoofdstuk ook enkele onderwerpen besproken die in de bestudeerde jurisprudentie juist verrassend weinig (expliciet) aan bod komen. Zo had met het steeds groeiende belang van vrijgestelde steun kunnen worden verwacht dat in de Nederlandse rechtspraak regelmatig de toepassing van de Algemene groepsvrijstellingsverordening of het DAEB-besluit ter discussie zou worden gesteld. Daarvoor zijn echter maar sporadisch voorbeelden te vinden.[128] Wellicht dat de staatssteunmodernisering op dit punt voor een omslag zal zorgen – de volgende jaren zullen dat moeten uitwijzen.

3.6.3 Belangrijkste verschillen en overeenkomsten tussen de verschillende rechtsgebieden

Op basis van dit hoofdstuk kunnen ook al een paar belangrijke verschillen en overeenkomsten worden gezien tussen de bestudeerde uitspraken van de belasting-, bestuurs- en burgerlijke rechter. Het meest opvallend daarbij is de relatieve schaarste van uitspraken van de belastingrechter. Voor deze schaarste zijn in dit hoofdstuk diverse mogelijke verklaringen genoemd. Zo is gewezen op de mogelijkheid dat het met de fiscale steun in Nederland wel meevalt, dat onvoldoende duidelijk is wanneer een belastingmaatregel leidt tot onrechtmatige staatssteun en dat het aantonen van onrechtmatige staatssteun door de geheimhoudingsplicht en door de ingewikkelde verhouding van het staatssteunrecht tot het belastingrecht te ingewikkeld is. Andere mogelijke verklarin-

128 Zie in hoofdstuk 5 § 5.1.2.

gen zijn dat voor alle betrokken partijen weinig prikkels bestaan om de staatssteunregels in te roepen en dat de gang naar de Europese Commissie in plaats van de nationale rechter wellicht hun voorkeur geniet.

Juist door de relatieve afwezigheid van de belastingrechter komen de overeenkomsten tussen de staatssteunuitspraken van de burgerlijke en de bestuursrechter des te scherper naar voren. Bij beide rechters wordt regelmatig geprocedeerd – en ook uitspraak gedaan – in situaties waarin een derde zich beroept op de rechtstreekse werking van de standstillbepaling en in situaties waarin het juist de overheid is die een beroep op de staatssteunregels doet. Een belangrijk verschil bestaat vooral wanneer de terugbetaling van onlosmakelijk aan onrechtmatige staatssteun verbonden heffingen aan de orde is. Dat is een gevolg van de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling. Nu dit soort heffingen in Nederland doorgaans in een appellabel besluit wordt neergelegd, spreekt het voor zich dat dergelijke procedures zich bij de bestuursrechter veel vaker voor doen dan voor de burgerlijke rechter. Deze laatste wordt alleen in een enkel geval met de heffingsproblematiek geconfronteerd, en dan alleen als restrechter. Minder evident is dat beroepen op het staatssteunrecht in onteigeningsgeschillen, die gelijkenissen vertonen met de in het bestuursrecht bijzonder prominente geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening, bij de burgerlijke rechter juist nauwelijks voorkomen. Het interessante daaraan is dat dit verschil niet valt toe te schrijven aan de rechtsmachtverdeling, maar waarschijnlijk samenhangt met verschillen in het relevante procesrecht, de materiële regels die op de problematiek van toepassing is, of zelfs met cultuurverschillen tussen de betrokken rechters. Dit is dan ook een onderwerp dat bij het uitdiepen van de in de volgende hoofdstukken centraal staande kernthema's verdere aandacht verdient.

3.6.4 Eerste afbakening: keuze van een brandpunt en verantwoording

In de volgende vier hoofdstukken worden, met het in dit hoofdstuk weergegeven algemene beeld in het achterhoofd, vier kernthema's verder uitgediept die steviger inzicht kunnen geven in de wijze waarop de Nederlandse rechter aan zijn rol bij de handhaving van de staatssteunregels vormgeeft. Het gaat dan om de vraag wie zich op de staatssteunregels mag beroepen, hoe kan worden vastgesteld of sprake is van staatssteun, hoe de rechter zijn rol ten opzichte van die van de Commissie kan vormgeven, en welke gevolgen aan een succesvol beroep op de staatssteunregels kunnen worden verbonden. Om deze kernthema's zinvol uit te diepen, is het niet nuttig of nodig om op alle uitspraken waarin het woord 'staatssteun' voorkomt in detail in te gaan. Nu dit onderzoek zich richt op de handhaving van de staatssteunregels, lijkt de keuze gerechtvaardigd om in de hierna volgende hoofdstukken in ieder geval geen verdere aandacht te besteden aan de uitspraken waarin het staatssteunrecht niet of slechts zijdelings aan de orde komt. Binnen de overige uitspraken

is het moeilijker om een scherpe scheidslijn te trekken zonder uitspraken uit te sluiten die relevante informatie kunnen geven over de rol van de Nederlandse rechter bij het handhaven van de standstillbepaling. Per kernthema zal dat ook iets verschillen, zoals in de afzonderlijke hoofdstukken ook telkens zal worden toegelicht. Op basis van de bespreking in dit hoofdstuk bestaat wel aanleiding om drie soorten geschillen bij alle kernthema's aan de orde te laten komen. Het gaat dan om geschillen waarin een partij opkomt tegen aan een ander verleende steun, geschillen waarin de overheid zich zelf beroept op het staatssteunrecht en geschillen waarin wordt geprocedeerd over de terugvordering van steun op grond van een terugvorderingsbesluit van de Commissie.

Dat deze soorten uitspraken in de volgende vier hoofdstukken in ieder geval aan de orde komen, is om twee redenen belangrijk. Ten eerste wordt daarin verdedigbaar de kern van de standstillbepaling geraakt; deze geschillen draaien namelijk in ieder geval in potentie om de aantasting van de vermeende steunverlening zelf. Ten tweede zijn in de overige geschillen (over heffingen, onteigening en de ruimtelijke ordening) in de praktijk ook doorgaans andere vraagstukken van belang. Zo moet in zaken over heffingen bijvoorbeeld ook worden beoordeeld of tussen de heffing en de vermeende staatssteun een dwingend bestemmingsverband bestaat. Om ook daarop scherp te stellen zou betekenen dat de al behoorlijke omvang van dit onderzoek nog verder uitdijt. Toch kunnen deze geschillen belangrijke informatie geven over de toepassing van de staatssteunregels door de Nederlandse rechter. Daarom gaan de volgende hoofdstukken op deze geschillen wel in waar en voor zover dat interessant is voor de beantwoording van de onderzoeksvraag.

4 Wat doet u hier? Belang, procesbelang en relativiteit

4.1 Inleiding

> Een krakersvereniging kraakt een aantal monumentale panden aan de Koppenhinksteeg in hartje Leiden. De panden zijn in eigendom van de gemeente Leiden, die ze aan een vastgoedontwikkelaar wil verkopen. De gemeente vordert daarom in kort geding voor de rechtbank 's-Gravenhage dat de vereniging wordt veroordeeld om de panden te ontruimen, zodat de verkoop doorgang kan vinden. De krakersvereniging vindt een wel heel creatief verweer. Zij betoogt dat de tussen de gemeente Leiden en de vastgoedontwikkelaar gesloten verkoopovereenkomst nietig is omdat bij de verkoop onrechtmatige staatssteun zou zijn verleend. Mag de vereniging dit argument aanvoeren? De gemeente vindt van niet: de staatssteunregels zouden helemaal niet bedoeld zijn om bescherming te bieden aan partijen zoals de krakersvereniging, wiens belang er vooral in ligt dat de gevorderde ontruiming geen doorgang vindt. De voorzieningenrechter oordeelt echter anders en overweegt dat de krakersvereniging wél een beroep op de standstillbepaling toekomt.[1]

Mag iedereen in rechte opkomen tegen handelingen waarmee onrechtmatige steun zou worden verleend? Mag degene die tegen een dergelijke handeling opkomt daarvoor alle argumenten aanvoeren – en zich dus ook op het staatssteunrecht beroepen? En maakt het uit wat hij met een dergelijk beroep beoogt? Dit zijn vragen naar het belang van de partijen in een gerechtelijke procedure. In veel rechtssystemen wordt voor het adiëren van de rechter enig belang vereist.[2] Het zou de rechtspraak onbeheersbaar maken als dat niet het geval was. Ook in het Nederlands bestuurs-, belasting- en burgerlijk recht worden eisen gesteld aan het belang van partijen. Deze eisen verschillen per rechtsgebied – verschillen die kunnen worden verklaard vanuit de taken die de

---

1 Vzr. Rb 's-Gravenhage 8 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK8654 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*). Overigens mag deze overwinning de vereniging niet baten: het verweer strandt alsnog omdat niet kan worden aangetoond dat de gemeente inderdaad onrechtmatige staatssteun heeft verstrekt.

2 Art. 19(4) van de Duitse grondwet bepaalt bijvoorbeeld dat rechtsbescherming moet openstaan voor degene die in zijn subjectieve rechten wordt aangetast. Ook het Franse 'klassieke' bestuursrechtelijke vernietigingsberoep, dat wordt gekenschetst als een *actio popularis*, stelt wel enige eisen aan het (proces)belang van de eisende partij, zie De Graaf 2013, p. 246. Ook: Den Hollander 2011.

rechters in de drie rechtsgebieden vervullen en de onderlinge verdeling van competenties.

De eis dat partijen in een procedure daarbij enig belang hebben, kan zich op verschillende manieren en op verschillende momenten in de procedure manifesteren. Er kan worden geëist dat een partij belang heeft bij de handeling die zij bestrijdt, bij de norm die zij inroept en/of bij de beoogde gevolgen van de gang naar de rechter. Het ontbreken van een belang kan leiden tot de niet-ontvankelijkheid van een beroep. Het kan ook betekenen dat het beroep weliswaar ontvankelijk is, maar dat de aangevoerde argumenten, zelfs als zij terecht zouden zijn, niet kunnen leiden tot het door de betrokken partij gevraagde rechtsgevolg. Linksom of rechtsom is het gevolg voor de betrokken partij dat de rechter aan haar beroep in rechte geen gevolgen verbindt. Vertaald naar het staatssteunrecht betekent dit dat niet iedereen bij de Nederlandse rechter zonder meer kan afdwingen dat aan een schending van artikel 108 lid 3 VWEU de consequenties worden verbonden zoals die door het Hof van Justitie zijn uiteengezet.

In dit hoofdstuk wordt onderzocht welke rol het zojuist beschreven belangvereiste speelt in de Nederlandse staatssteunrechtspraak. Enerzijds is een belangvereiste namelijk nodig om de rechtspraak beheersbaar te houden, anderzijds levert het in potentie een beperking op voor de mogelijkheid om de staatssteunregels in te roepen. Wanneer aan het belang van zich op de staatssteunregels beroepende partijen geen eisen zouden worden gesteld, kan dat overmatig procederen of zelfs misbruik van het staatssteunrecht in de hand werken. Als in staatssteungeschillen echter (te) vaak wordt aangenomen dat de betrokken partijen geen belang hebben, bestaat het risico dat daadwerkelijk gedupeerde justitiabelen onvoldoende voor de rechter kunnen afdwingen dat aan een vermeende schending van het staatssteunrecht de daarvoor voorziene consequenties worden verbonden. Tussen deze twee uitersten bestaat een spanning, waarin de Nederlandse rechter met behulp van het Nederlandse en Europese recht een goede balans moet vinden.

Daarmee wordt de vraag naar het belang in staatssteunzaken van fundamenteel belang voor de handhaving van de staatssteunregels door de Nederlandse rechter, nog vóór de in de volgende hoofdstukken centraal staande vragen naar de kwalificatie van staatssteun, de verhouding van de Nederlandse rechter tot de Commissie of de gevolgen die deze rechter bereid is aan een schending van de staatssteunregels te verbinden. Daarom wordt in dit hoofdstuk de volgende vraag centraal gesteld: in hoeverre stelt de Nederlandse rechter eisen aan het belang van partijen die zich in rechte op een schending van de staatssteunregels beroepen, en hoe wordt zijn optreden beïnvloed door enerzijds de nationale en anderzijds de Europese juridische context waarin hij opereert? Dit is het eerste kernthema op basis waarvan de centrale onder-

zoeksvraag naar de rol van de Nederlandse rechter bij de handhaving van het Europese staatssteunrecht wordt onderzocht.[3]

4.1.1 Afbakening van dit hoofdstuk

Zoals voor dit hele onderzoek geldt, steunt de bespreking in dit hoofdstuk voor een belangrijk deel op een bestudering van de Nederlandse staatssteunjurisprudentie tussen 1 november 2005 en 1 november 2015. De aandacht in dit hoofdstuk gaat daarbij logischerwijs uit naar de uitspraken waarin op enige manier het belang van partijen bij een beroep op de staatssteunregels aan de orde komt.

De vraag of een belangvereiste een inhoudelijke beoordeling van een geschil overbodig maakt, gaat logisch vooraf aan de kwalificatie van staatssteun en de vervolgens aan een vastgestelde schending van de staatssteunregels te verbinden gevolgen. Er zijn uiteraard ook andere redenen denkbaar waarom de rechter aan een inhoudelijke beoordeling van op het staatssteunrecht gebaseerde argumenten niet meer hoeft toe te komen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat een bij de bestuursrechter aangevochten besluit inmiddels onaantastbaar is geworden,[4] of dat de burgerlijke rechter oordeelt dat de bestuursrechtelijke rechtsgang had moeten worden gevolgd en de justitiabele nu aanloopt tegen de formele rechtskracht van het betrokken besluit.[5] Het komt ook voor dat de rechter in het licht van de goede procesorde aan een staatssteunargument voorbijgaat omdat de betrokken justitiabele zich daarop pas in een zeer laat stadium van de procedure heeft beroepen of de nodige stukken pas zeer laat heeft aangeleverd.[6] Dergelijke beslissingen

---

3 Dit onderwerp is in verkorte vorm ook besproken in Metselaar 2014.

4 Bijv. ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195 (*Stichting NOB*), r.o. 2.2; Rb Rotterdam 7 oktober 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BM8038 (*Broadcast NewCo Two*); Rb Rotterdam 4 januari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC3244 (*SLAM!FM*). Het risico dat besluiten onherroepelijk worden kan partijen dwingen om ook tegen besluiten op te komen die op zichzelf niet aan de steunverlening ten grondslag liggen, maar daarmee wel sterk verband houden. Zie over deze problematiek in hoofdstuk 7 § 7.3.3.

5 Bijv. Hof Amsterdam 14 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2959 (*Dutch Flower Group B.V.*); Rb 's-Gravenhage 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK6917 (*Commissariaat voor de Media*).Vgl. CBb 5 september 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7077 (*Dutch Wine Traders BV*), r.o. 5.4. Zie over de problematiek van de keuze van de juiste rechtsgang in hoofdstuk 3 § 3.2.

6 Bijv. CBb 19 augustus 2015, ECLI:NL:2015:294 (*Stichting Rivierduinen*), r.o. 3.5; Rb 's-Hertogenbosch 28 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9487 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.2; CBb 8 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8212 (*MEP-subsidie*). Vgl., in de sfeer van de rechtsverwerking, Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*), r.o. 5.8; HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*), r.o. 4.1.1; Rb 's-Gravenhage 16 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6720 (*Parkeer Management Nederland*), r.o. 4.2. Binnen de context van cassatie: HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7849 (*Precariobelasting*), r.o. 4.2.

kunnen, net als het oordeel dat aan een belangvereiste niet is voldaan, verhinderen dat justitiabelen of steunverlenende overheden met succes een beroep op de staatssteunregels kunnen doen. Zij kunnen dan ook tot de nodige controverses leiden, zoals bijvoorbeeld is gebleken uit een wrakingsverzoek naar aanleiding van het oordeel dat de goede procesorde aan de behandeling van een wel heel laat aangevoerd staatssteunargument in de weg stond.[7] Hoewel voor dat oordeel best wat viel te zeggen,[8] mag duidelijk zijn dat dit soort procesbeslissingen voor zich op het staatssteunrecht beroepende partijen enorm ingrijpend kan zijn.

De in dit hoofdstuk centraal staande belangvereisten zijn kortom niet de enige (proces)regels die aan een beroep op de staatssteunregels in de weg kunnen staan. In de bestudeerde jurisprudentie komen zij echter minder vaak, minder expliciet en minder principieel aan de orde dan de hier nader uit te werken belangvereisten. Daarom, en om in dit hoofdstuk toch enige focus te kunnen houden, blijven de procedureregels als de bovenstaande in het hiernavolgende verder buiten bespreking.

4.1.2 In dit hoofdstuk gebruikte begrippen

Het begrip 'belangvereiste' wordt in dit hoofdstuk gebruikt als verzamelbegrip voor alle bestuurs-, belasting- en civiel(proces)rechtelijke eisen die worden gesteld aan het belang van de partijen voor de rechter, zoals zij hierna worden besproken in § 4.2. Het verdient ook opmerking dat in dit hoofdstuk de begrippen 'concurrent' en 'concurrentiebelang' door elkaar worden gebruikt, hoewel daartussen wel een onderscheid kan worden gemaakt.[9]

Omdat de inhoud en strekking van belangvereisten in de verschillende rechtsgebieden uiteenloopt, wordt soms gebruik gemaakt van het verzamelbegrip 'toegang tot de rechterlijke beoordeling'. Wanneer een partij geen

---

7 CBb 20 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:93 (*Wrakingsverzoek Stichting Rivierduinen*), *AB* 2015, 377, m.nt. P.C. Adriaanse.

8 Aldus (terecht) P.C. Adriaanse, 'Annotatie bij CBb (2015-03-20) (Afwijzing wrakingsverzoek na procesbeslissing)', *AB* 2015, 377, aant. 7. Dat van partijen mag worden gevraagd om tijdig actie te nemen geldt zeker wanneer, zoals telkens voor de rechter van belang blijkt, de partijen voor hun late optreden geen duidelijke – of een slechts in algemene termen beschreven – verklaring kunnen geven. CBb 20 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:93 (*Wrakingsverzoek Stichting Rivierduinen*), r.o. 2.3.3; Rb 's-Hertogenbosch 28 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9487 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.2. In de tweede uitspraak speelde daarnaast mee dat de partijen hun beroep op de staatssteunregels niet cijfermatig hadden onderbouwd en niet hadden voldaan aan hun stelplicht.

9 Zie Wieland 2013b, par. 3.1. Het begrip concurrent is dan beperkter dan het begrip concurrentiebelang, in die zin dat iemand voor concurrentiebelangen kan opkomen zonder zelf concurrent te zijn. Zoals zal blijken komt het in de bestudeerde jurisprudentie regelmatig voor dat een partij opkomt voor concurrentiebelangen zonder concurrent te zijn binnen deze beperktere definitie. Om te voorkomen dat relevante uitspraken buiten de boot vallen, is ervoor gekozen om een dergelijk onderscheid hier niet aan te brengen.

toegang heeft tot de rechterlijke beoordeling, betekent dit dat de rechter een beroep op de staatssteunregels niet in behandeling kan nemen of daaraan bij een succesvol beroep geen gevolgen kan verbinden. Het in deze context gebruikte begrip 'toegang tot de rechterlijke beoordeling' heeft dus een ruimere betekenis dan het begrip 'toegang tot de rechter', dat met name in de civielrechtelijke context de lading niet dekt. Zoals nog aan de orde komt, is de toegang tot de rechter (in de zin dat de rechter bevoegd en het beroep ontvankelijk is) daar doorgaans niet problematisch, maar kan een belangvereiste er wel aan in de weg staan dat de ingediende vorderingen worden toegewezen. Als de burgerlijke rechter oordeelt dat dit het geval is, hoeft hij niet meer toe te komen aan de (strikt genomen daaraan voorafgaande vraag) of de stellingen die aan de vordering ten grondslag liggen voldoende onderbouwd zijn. Met andere woorden: de toepassing van een belangvereiste brengt met zich dat de rechter niet meer toekomt of niet meer hoeft toe te komen aan de vraag of het beroep op de staatssteunregels terecht is.

4.1.3 Opbouw van dit hoofdstuk

De in dit hoofdstuk centraal gestelde vraag wordt in verschillende stappen beantwoord. Eerst wordt uiteengezet welke eisen naar Nederlands recht kunnen worden gesteld aan het belang van partijen (§ 4.2). Vervolgens wordt bezien of het Europees recht toestaat dat aan de gang naar de nationale rechter een belangvereiste wordt gekoppeld en zo ja, of regels kunnen worden geformuleerd wie zich op het staatssteunrecht moet kunnen beroepen (§ 4.3). Nadat op deze manier het juridische speelveld is getekend, kan in kaart worden gebracht hoe de Nederlandse belastingrechter (§ 4.4), bestuursrechter (§ 4.5) en burgerlijke rechter (§ 4.6) in staatssteunzaken daadwerkelijk beoordelen of een partij belang heeft bij haar beroep op de staatssteunregels. Uit het vorige hoofdstuk is al gebleken dat zulke beroepen diverse verschijningsvormen aannemen: verschillende partijen beroepen zich in verschillende procedures met verschillende doelen op schendingen van het staatssteunrecht. De betrokken belangen kunnen in zulke uiteenlopende casusposities steeds anders liggen. Daarom wordt de manier waarop de Nederlandse rechter in staatssteunzaken met het belangvereiste omgaat per casuspositie apart belicht. Waar relevant wordt per rechtsgebied daarnaast aandacht besteed aan de specifieke eisen ten aanzien van het belang in het geval van een gevraagde voorlopige voorzie-

ning.[10] De belangrijkste bevindingen komen samen in een slotbeschouwing (§ 4.7).

4.2 Belang voor de Nederlandse rechter: het systeem

Voor de bestuursrechter, de burgerlijke rechter en de belastingrechter kan niet iedereen zomaar een (Europese) norm inroepen. Een eisende partij moet namelijk enig belang hebben ten opzichte van de bestreden handeling, de ingeroepen norm en/of het gewenste rechtsgevolg, zoals in de volgende paragrafen wordt toegelicht. Daarmee kan worden vastgesteld binnen welke grenzen van Nederlands recht de verschillende Nederlandse rechters zich bewegen wanneer zij beoordelen of een eisende partij in rechte een beroep kan doen op het staatssteunrecht. Natuurlijk kunnen die grenzen niet kaarsrecht getekend worden, want het recht is voortdurend in beweging. Niet alleen kan de relevante regelgeving veranderen, maar de betrokken regels worden in de praktijk door rechters geïnterpreteerd en toegepast en dat kan leiden tot golvende en soms casuïstische rechtspraak.

4.2.1 Belang in relatie tot de bestreden handeling: procesbevoegdheid

Partijen voor de Nederlandse rechter die tegen een handeling willen opkomen, moeten ten eerste een bepaald belang hebben in relatie tot die handeling. Voor de bestuursrechter geldt dat wie tegen een bestuurshandeling wil opkomen, op grond van artikel 8:1 Awb belanghebbende moet zijn in de zin van artikel 1:2 Awb. Dat wil zeggen dat zijn belang rechtstreeks bij het aangevochten besluit moet zijn betrokken. Volgens vaste rechtspraak moet het gaan om een actueel, rechtstreeks, objectief, persoonlijk en eigen belang. In principe mag worden aangenomen dat de geadresseerde van het bestreden besluit een dergelijk belang heeft.[11] Ook concurrenten van de geadresseerde van een besluit zijn onder omstandigheden belanghebbend in de zin van artikel 1:2 Awb. Dat is in staatssteunzaken zeker relevant. De voorwaarde geldt dan dat de eisende partij en de geadresseerde(n) van het bestreden besluit actief zijn op hetzelfde marktsegment en in hetzelfde verzorgingsgebied, en dat mogelijk

10 Met name moet in dergelijke procedures sprake zijn van een spoedeisend belang. Dat neemt niet weg dat in uitspraken in kort geding ook andere belangvereisten aan de orde kunnen komen zoals bijvoorbeeld de eis van belanghebbendheid ex art. 1:2 Awb. Dergelijke eisen worden niet apart in het kader van kort geding besproken omdat zij niet specifiek op de situatie van het kort geding zijn toegesneden.

11 Schreuder-Vlasblom 2011, p. 199-200.

is dat de eisende partij door het besluit nadelig wordt geraakt.[12] Tot nu toe wordt relatief gemakkelijk aangenomen dat een concurrentiebelang bij een aangevochten besluit rechtstreeks is betrokken. Dat past goed binnen het bestuursrecht, dat van oorsprong vooral de objectieve rechtmatigheidscontrole van besluiten op het oog had en in beginsel niet al te strenge eisen wilde stellen aan de ontvankelijkheid van een beroep bij de bestuursrechter.[13]

Enige tijd leek het erop dat een justitiabele ook bij het ontbreken van een concurrentiebelang een aan een ander gericht subsidiebesluit kon aanvechten, namelijk wanneer er een subsidieplafond bestaat en de verstrekking van de subsidie aan de één dus rechtstreeks gevolgen kan hebben voor de mogelijkheid van de ander om voor de subsidie in aanmerking te komen.[14] De Afdeling heeft inmiddels echter geoordeeld dat justitiabelen in deze positie geen belang hebben bij het aan een ander gericht (subsidie)besluit. Wel kan dat besluit worden betrokken bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de afwijzing van het eigen subsidiebesluit, waarbij een justitiabele uiteraard wel belang heeft.[15]

Ook degene die een besluit bij de belastingrechter wil aanvechten moet belanghebbende zijn in de zin van artikel 1:2 Awb. Artikel 26a AWR voegt daaraan een belangrijke drempel toe. De ontvankelijkheid is in belastingzaken namelijk beperkt tot de belanghebbende aan wie de belastingaanslag is opgelegd, de belanghebbende die de belasting op aangifte heeft voldaan of afgedragen of van wie de belasting is ingehouden, en degene tot wie de voor bezwaar vatbare beschikking zich richt. Dit gesloten stelsel van rechtsbescherming betekent dat een belanghebbende in beginsel niet, zoals in het overige bestuursrecht, bezwaar en beroep kan instellen tegen een aan een ander gericht besluit. Derde partijen, zoals bijvoorbeeld concurrenten van een steunontvanger, kunnen om die reden in beginsel niet terecht bij de belastingrechter. Zij kunnen zich onder omstandigheden wel tot de burgerlijke rechter wenden.[16] Daarbij zal de formele rechtskracht van het vermeend steunverlenende besluit hen

12 ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072, *AB* 2011, 215, m.nt. J. Dijkgraaf; ABRvS 13 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI3688, *AB* 2009, 206, m.nt. R. Ortlep; ABRvS 28 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8940, *AB* 2008, 73, m.nt. K.F. Bolt; ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8484, *AB* 2008, 76. Zie ook uitgebreid Wieland 2013a; De Poorter (*T&C* Awb), art. 1:2, aant. 2d; W. Den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2013-02-06) (Dwingend bestemmingsverband)', *AB* 2013, 263. In de (iets andere) Europese context wordt geëist dat concurrenten op dezelfde productmarkt en geografische markt actief zijn.

13 Wiggers-Rust 2011, p. 163; Wieland 2013a, par. 4 en par. 4.1. Wieland acht het denkbaar (en onwenselijk) dat de ruime toegang tot de bestuursrechter voor concurrenten door de toenemende subjectivering van het bestuursrecht in de toekomst zal afnemen.

14 Rb Midden Nederland 19 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7374, r.o. 7.

15 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, r.o. 5.1-5.6. Gegrondverklaring van het beroep leidt dan, zoals Hardy 2016, par. 3.3 terecht opmerkt, per definitie tot overschrijding van het subsidieplafond.

16 De weg naar de gewone bestuursrechter is uitgesloten, nu art. 26a AWR een uitzondering vormt op art. 8:1 Awb. Zie ook *Kamerstukken II* 1990/91, 21 221, nr. 5 (MvA II), par. 2.11.

niet worden tegengeworpen.[17] Het is echter nog maar de vraag of de burgerlijke rechter voldoende instrumenten en specialistische kennis in huis heeft om doeltreffend rechtsbescherming te bieden in belastingzaken. Het zal niet toevallig zijn dat in belastingzaken over het algemeen bijzonder weinig gebruik wordt gemaakt van de burgerlijke rechtsgang.[18]

Het burgerlijk recht, ten slotte, kent geen expliciet belanghebbende-vereiste. Dat betekent natuurlijk niet dat iedereen zonder meer de burgerlijke rechter kan adiëren. Een goede vuistregel is dat in beginsel ieder bevoegd is eisend of verwerend in rechte op te treden voor zijn eigen belangen, mits de gestelde rechtsbetrekking burgerlijke rechten of schuldvorderingen betreft.[19] Op basis van het uitgangspunt dat in Nederland altijd rechtsbescherming mogelijk is, vervult de burgerlijke rechter daarnaast een belangrijke functie als 'restrechter' wanneer de toegang tot de bestuurs- of belastingrechter is versperd.[20]

4.2.2 Belang in relatie tot de ingeroepen norm: relativiteit

Wie een handeling voor de Nederlandse rechter mag aanvechten, kan daarvoor niet om het even welke rechtsnorm inroepen. Tussen de ingeroepen rechtsnorm en het belang van de eisende partij moet doorgaans wel enig verband bestaan. Deze eis ligt in het bestuurs- en belastingrecht en in het burgerlijk recht op verschillende manieren besloten in het zogenaamde relativiteitsvereiste.

Het relativiteitsvereiste is in het bestuurs- en belastingrecht relatief nieuw.[21] Op grond van artikel 8:69a Awb vernietigt de bestuursrechter[22]

---

17 HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3253, *AB* 2006, 225, m.nt. G.A. van der Veen; HR 26 januari 2001, *JB* 2001, 44, m.nt. E.C.H.J. van der Linden (*Dienst Wegverkeer/De Bruin Auto's*). Zie ook Groene Serie Onrechtmatige Daad VA, aant. 101. De eis van een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang blijkt uit vaste jurisprudentie. Onder meer: HR 22 februari 1957, *NJ* 1957, 210; HR 19 november 1976, *NJ* 1979, 216 (*Willebroordse/Staat*); HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723, m.nt. Scheltema (*Heesch/Van de Akker*), r.o. 3.3.2; HR 2 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1744, *NJ* 1997, 164, m.nt. M. Scheltema, r.o. 3.2. Meer recent: HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2341, r.o. 4.7; HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6102, r.o. 3.3.3. Schreuder-Vlasblom 2011, p. 27.

18 Feteris 2008, par. 3.1.

19 Wiggers-Rust 2011, p. 74, met verwijzing naar Hugenholtz en Heemskerk 2009, nr. 22. Wiggers-Rust 2011, p. 118 merkt eveneens op dat tussen het bestuurs- en privaatrecht ten aanzien van de potentiële procespartijen grote gelijkenis bestaat.

20 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 495, nr. 10 (Nota naar aanleiding van het eindverslag), p. 29.

21 Het vereiste geldt sinds 1 januari 2013, zie besluit van 20 december 2012, *Stb.* 2012, 683. Daarvóór is het al eens toegepast bij de beoordeling van een verzoek tot schadevergoeding bij een onrechtmatig besluit. Den Hollander 2012, p. 443. In de context van de ruimtelijke ordening gold al eerder een relativiteitsvereiste, dat besloten lag in artikel 1.9 Crisis-en herstelwet.

22 De relativiteitseis geldt niet in de bestuurlijke voorprocedure. Het bestuursorgaan moet in bezwaar het bestreden besluit volledig heroverwegen. Art. 7:11 Awb geldt met andere woorden onverkort. Dit is bevestigd in ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:852, r.o. 12.2.

een besluit niet op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel wanneer de regel of het rechtsbeginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.[23] Deze regel past goed binnen de toenemende subjectivering van het bestuursprocesrecht door het bieden van individuele rechtsbescherming.[24] Van belang is dat de ingeroepen norm volgens de Awb *kennelijk* niet moet strekken tot bescherming van de betrokken belangen. Daardoor moet ook worden voorkomen, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, dat over het beschermingsbereik van Europeesrechtelijke bepalingen prejudiciële vragen moeten worden gesteld.[25] Bij twijfel over het beschermingsbereik van een norm staat het relativiteitsvereiste met andere woorden niet aan de vernietiging van besluiten in de weg. De bestuursrechter past het relativiteitsvereiste toe onafhankelijk van de vraag of een van de partijen daarop een beroep heeft gedaan.[26] Nu de toepassing van het relativiteitsvereiste geen gevolgen heeft voor de ontvankelijkheid van een partij maar op het al dan niet vernietigen van het bestreden besluit, verdient het opmerking dat degene wiens beroep op het relativiteitsvereiste afketst zich niet alsnog tot de burgerlijke rechter als restrechter kan wenden.[27] Tot dusverre lijkt het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste vooral een rol te spelen binnen het ruimtelijk bestuursrecht, waarschijnlijk omdat daar een breed scala aan beroepsgronden (waaronder het staatssteunrecht) kan, en pleegt te, worden ingeroepen.[28]

Hoewel het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb ook geldt in het belastingprocesrecht, wordt daar van die bepaling niet veel verwacht: het relativiteitsvereiste zou vooral van belang zijn wanneer een eisende partij in beroep gaat tegen een aan een ander gericht besluit, en daarvan is in het belastingrecht op grond van artikel 26a AWR nauwelijks sprake. Om die reden wordt aangenomen dat het relativiteitsvereiste in het belastingrecht geen rol van betekenis zal spelen.[29]

---

23 De toepassing van relativiteitseisen is niet uniek in Europa. Ook het Duitse bestuursprocesrecht kent bijvoorbeeld een relativiteitsvereiste, zij het met een iets andere insteek. Art. 19(4) Grundgesetz en § 42 Verwaltungsgerichtsordnung. Voor een vergelijking: De Poorter en Van Ettekoven 2013. Zie voor het relativiteitsvereiste in het Duitse privaatrecht § 823(2) Bürgerliches Gesetzbuch.

24 Van Male 2013; De Poorter en De Graaf 2011, p. 27-29. Kritisch: Jans 2011.

25 Dit blijkt uit de Nota naar aanleiding van het verslag bij de Crisis- en herstelwet. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 7, p. 45 (NV). Het kennelijkheidsvereiste is in de Wet aanpassing bestuursprocesrecht behouden. Van der Veen 2015, par. 3, heeft gesignaleerd dat het kennelijkheidsvereiste behoudens uitzonderingen in de praktijk een beperkte rol blijkt te spelen.

26 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32450, nr. 3 (MvT), p. 53. Dit valt ook af te leiden uit de bewoordingen van art. 8:69a Awb.

27 Van der Veen 2015, par. 2.2, leidt m.i. ten onrechte iets anders af uit de uitspraak ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:96.

28 Van der Veen 2015, part. 2.3. Zie over de toepassing van het staatssteunrecht in de sfeer van de ruimtelijke ordening in dit hoofdstuk § 4.5.4.

29 Lammers (*Fiscaal Procesrecht*) 2013, aant. 1. Vgl. De Poorter en Van Ettekoven 2013, p. 119.

In het burgerlijk recht bestaat het relativiteitsvereiste al veel langer, maar met een beperktere reikwijdte.[30] De relativiteitsleer moet voorkomen dat het beschermingsbereik van normen die tot aansprakelijkheid leiden, zodanig uitdijt dat zij onhanteerbaar worden.[31] Daarom bepaalt artikel 6:163 BW in de context van de onrechtmatige daad: 'Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.' Hoewel het relativiteitsvereiste beperkt wanneer een verbintenis uit onrechtmatige daad ontstaat, is de gedachte dat een norm een bepaald beschermingsbereik heeft, niet exclusief aan het terrein van de onrechtmatige daad voorbehouden. Zo zal degene die wil dat de burgerlijke rechter een ander veroordeelt om iets te doen of na te laten, dat op grond van artikel 3:296 BW pas kunnen bewerkstelligen wanneer die ander *jegens hem* verplicht was iets te geven, te doen of na te laten.[32]

De relativiteit wordt in de privaatrechtelijke literatuur wel opgedeeld in zakelijke relativiteit, persoonlijke relativiteit en ontstaansrelativiteit.[33] Voor dit onderzoek is vooral de persoonlijke relativiteit van belang, dat wil zeggen de vraag wie door de betrokken norm wordt beschermd. Bij de gestelde schending van een wettelijke norm – in dit onderzoek gaat het dan om artikel 108 lid 3 VWEU – moet die norm worden uitgelegd om vast te kunnen stellen wie daaraan bescherming kan ontlenen.[34] Dat is geen gemakkelijke taak, want het komt zelden voor dat een wettelijke norm expliciet zijn eigen beschermingsbereik definieert. Mocht de burgerlijke rechter tot de conclusie komen dat de wettelijke norm niet strekt tot bescherming van het betrokken belang, dan kan op grond van de zogenaamde correctie-Langemeijer alsnog aansprakelijkheid bestaan omdat de schending bijdraagt aan het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel bescherming biedt tegen die schade.[35] Een vergelijkbare correctie is onlangs ook ten aanzien van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste aangenomen.[36] Relativiteit ex artikel 6:163 BW wordt behoudens

30 De strekking van het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste is immers breder dan het beperken van aansprakelijkheid voor aan derden toegebrachte schade. Zie hierover nader Wiggers-Rust 2011, p. 175-6. Over het verschil tussen het bestuursrechtelijk en civielrechtelijk relativiteitsvereiste ook uitgebreid: Conclusie van staatsraad A-G Widdershoven van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3680.

31 Jansen 2012 (*Groene Serie Onrechtmatige daad*), artikel 6:163 BW, aant. A2.

32 Deurvorst 2015 (*GS Onrechtmatige daad II*), aant. II.1.2.1.2.3; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015 (6-IV), aant. 132; Van Roosmalen 2007, p. 339.

33 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015 (6-IV), aant. 131; Zippro 2009, p. 362; Lindenbergh 2007, p. 5. Zakelijke relativiteit heeft betrekking op het soort schade waartegen de norm beschermt, persoonlijke relativiteit ziet op de vraag welke persoon door een norm wordt beschermd, en ontstaansrelativiteit ziet op de wijze van ontstaan van schade.

34 Jansen 2012 (*Groene Serie Onrechtmatige daad*), artikel 6:163 BW, aant. 37.2. De uitleg van de norm zal ook relevant zijn bij de vraag welk type schade kan worden vergoed.

35 Idem, aant. 10.1. HR 10 november 2006, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken; HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568.

36 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732.

tegenbewijs verondersteld en hoeft in beginsel dus niet door de eisende partij te worden beargumenteerd.[37]

4.2.3 Belang in relatie tot de gevolgen van de gang naar de rechter: procesbelang

Het is, ten slotte, niet de bedoeling dat de Nederlandse rechter zich buigt over geschillen wanneer de uitkomst van die exercitie toch niet kan leiden tot een verbetering van de feitelijke of rechtspositie van de eisende partij.[38] In het bestuursprocesrecht en het fiscale procesrecht kan het daarom voorkomen dat het beroep van een belanghebbende niet-ontvankelijk wordt verklaard omdat het vereiste procesbelang ontbreekt, meestal omdat het gedurende de procedure is komen te ontvallen. Dat is het geval wanneer het rechtsmiddel niet meer kan leiden tot het beoogde doel en de rechtens te respecteren belangen van de appellant dus niet meer bij de vordering zijn gebaat, bijvoorbeeld doordat een besluit inmiddels is ingetrokken.[39]

In het burgerlijk recht geldt een met het bestuursrechtelijk procesbelang vergelijkbare regel. Artikel 3:303 BW bepaalt dat zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt. Deze eis houdt in dat het belang bij een rechtsvordering voldoende moet zijn om deze te rechtvaardigen,[40] of met andere woorden dat de toewijzing van de vordering een voldoende rechtens relevant verschil moet opleveren voor de positie van de eiser.[41] Volgens Wiggers-Rust is de strekking van het 'privaatrechtelijk' voldoende belang breder dan dat van het bestuursrechtelijk procesbelang. In artikel 3:303 BW liggen volgens haar namelijk ook de eisen van een objectief en voldoende actueel belang en een evenredigheidscriterium besloten.[42] Wanneer het belang in de zin van artikel 3:303 BW ontbreekt, wordt het beroep verworpen.[43]

---

37 Asser/ Hartkamp en Sieburgh 2015 (6-IV), aant. 129; Jansen 2012 (*Groene Serie Onrechtmatige daad*), artikel 6:163 BW, aant. A10.

38 Vgl. Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male 2011, p. 582; Jongbloed 2013 *(Groene Serie Vermogensrecht)*, art. 3:303 BW, aant. 2; Wiggers-Rust 2011, p. 106. Ook het Unierecht kent een dergelijk uitgangspunt. Zie HvJ EU 17 september 2015, nr. C-33/14P (*Mory e.a./Commissie*), r.o. 55-9.

39 Zie over het procesbelang in het bestuursrecht onder meer: Schreuder-Vlasblom 2011, p. 360; Wiggers-Rust 2011, p. 106; De Poorter 2003, p. 196; De Poorter en De Waard 2003.

40 MvA II, Parl. Gesch. 3, p. 916. Op dit uitgangspunt wordt slechts in zeer uitzonderlijke gevallen een uitzondering gemaakt. Zie Van Roosmalen 2007, p. 319.

41 Lindijer 2006, p. 100.

42 Wiggers-Rust 2011, p. 100-101 en 223. Ook: Van der Wiel 2004, nrs. 117-8. Het evenredigheidscriterium duidt er volgens Wiggers-Rust – naar ik begrijp – op dat niet alleen moet worden nagegaan of de eisende partij enig belang bij de vordering heeft, maar dat ook de meer materiële toets moet worden aangelegd of dit belang voldoende is om een procedure te rechtvaardigen.

43 Schreuder-Vlasblom 2011, p. 360; HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2337.

Zowel in het bestuursrecht als in het burgerlijk recht geldt dat het procesbelang (waarmee hier ook het voldoende belang ex artikel 3:303 BW wordt bedoeld) niet snel wordt geacht te ontbreken. In een procedure voor de burgerlijke rechter hoeft de eisende partij in beginsel niet te stellen of bewijzen dat zij een dergelijk belang heeft; het belang wordt (net als de relativiteit) verondersteld.[44] Dat is anders wanneer een partij alleen verzoekt om een verklaring voor recht in de zin van artikel 3:302 BW; zonder specifieke motivering ligt dan namelijk niet voor de hand dat toewijzing van de vordering voor de eiser een rechtens relevant verschil zou opleveren.[45] Dat is anders wanneer een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid voor schade, mits althans de mogelijkheid van schade aannemelijk is.[46]

Verwant aan de eis van het hebben van voldoende belang is het verbod van misbruik van bevoegdheid, zoals dat in het burgerlijk recht is gecodificeerd in artikel 3:13 BW. Van dergelijk misbruik is onder meer sprake wanneer de bevoegdheid wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor het is verleend. Ook kan worden gedacht aan de situatie dat de eiser in het licht van de wederzijdse belangen van de partijen redelijkerwijs niet tot die uitoefening had kunnen komen. Wie bij het instellen van een vordering zijn bevoegdheid misbruikt, is in zijn vordering niet-ontvankelijk.[47] Ook de Nederlandse bestuursrechter heeft inmiddels, op zijn minst in het kader van geschillen op grond van de Wet openbaarheid van bestuur, geoordeeld dat misbruik van procesbevoegdheid in geval van zwaarwegende gronden ingevolge de artikelen 3:13 en 3:15 BW leidt tot de niet-ontvankelijkheid van het ingestelde beroep.[48]

4.2.4 Belang in relatie tot de Nederlandse rechtsmachtverdeling

Het is een belangrijk kenmerk van het Nederlands recht dat degene wiens beroep niet ontvankelijk is bij de bestuursrechter of de belastingrechter, niet

44 Stolker 2016 (T&C BW 3:303), aant. 1; Wiggers-Rust 2011, p. 101.

45 HR 30 maart 1951, *NJ* 1952, 29; HR 27 februari 1998, *NJ* 1998, 764. Het bestuursrecht kent niet de figuur van de zuivere verklaring van recht. De bestuursrechter zou een besluit op grond van art. 8:72 Awb kunnen vernietigen met instandlating van de rechtsgevolgen. Het betreft een discretionaire bevoegdheid.

46 HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, r.o. 4.1.2.

47 Stein 2011 (*Groene Serie Vermogensrecht*), art. 3:13 BW, aant. 28.

48 ABRvS 19 november 2014, *AB* 2015, 93, m.nt. E.C. Pietermaat; ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3587, r.o. 2.1. Misbruik van procesbevoegdheid leidde ook tot niet-ontvankelijkheid in Rb. Zutphen 30 december 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AR8495. Rechtspraak van hogere bestuursrechters bevestigde dit oordeel tot de zojuist genoemde uitspraken niet en leek eerder in de tegengestelde richting te wijzen, zie CRvB 2 mei 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AW7290. Willems-Dijkstra en Van der Leek 2013 bepleitten de invoering van nieuwe instrumenten om (extreem) misbruik van procesrecht in het bestuursrecht te kunnen aanpakken. Anders: Daalder 2013.

met lege handen hoeft te blijven staan. Wie geen toegang heeft tot de bestuursrechter of de belastingrechter kan zich namelijk tot de burgerlijke rechter als 'restrechter' wenden. Tot op zekere hoogte relativeert dit de vrij strenge eisen die in het bestuurs- en belastingrecht aan het belang van justitiabelen wordt gesteld.

Natuurlijk kan dit wel betekenen dat een justitiabele goed moet nadenken bij welke rechter hij zijn gelijk wil proberen te halen, zoals hiervoor ook al aan de orde kwam in hoofdstuk 3.[49] Wanneer voor hem een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij de bestuurs- of belastingrechter openstaat, zal zijn vordering bij de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk worden verklaard. Wanneer een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en ongebruikt is gebleven of niet heeft geleid tot de vernietiging van het bestreden besluit, moet de burgerlijke rechter volgens de leer van de formele rechtskracht uitgaan van de rechtmatigheid van dat besluit – en zal de vordering voor zover deze samenhangt met de gestelde onrechtmatigheid van dat besluit worden afgewezen.[50]

4.2.5 Tussenconclusie

Voor de Nederlandse rechter kan niet iedereen zich op om het even welke norm beroepen. Als dat wel zo zou zijn, is het risico levensgroot dat het rechtssysteem uit zijn voegen zou barsten. Het recht stelt dan ook eisen aan het belang van de betrokken partijen bij de bestreden handeling, de ingeroepen norm en/of het gewenste rechtsgevolg. Bij beroepen voor de bestuursrechter geldt dat degene die een bestuurshandeling wil aanvechten, belanghebbende moet zijn in de zin van artikel 1:2 Awb, zoals dat in de jurisprudentie is uitgewerkt. Hij kan echter niet de vernietiging van de bestreden handeling bewerkstelligen wanneer de norm waarop hij zich beroept kennelijk niet strekt tot bescherming van zijn belangen. Daarnaast is zijn beroep niet-ontvankelijk wanneer zijn procesbelang ontbreekt of komt te ontbreken, of met andere woorden wanneer zijn beroep niet kan leiden tot een verbetering van zijn feitelijke of rechtspositie. Bij de belastingrechter gelden vergelijkbare strenge eisen voor het belang van een eisende partij, maar daar komt nog bij dat alleen *bepaalde* belanghebbenden ontvankelijk zijn. Anders dan in het overige bestuursrecht kan een belanghebbende in beginsel namelijk geen bezwaar en beroep instellen tegen een aan een ander gericht besluit. Dat sluit de rechtsgang

49 Zie in hoofdstuk 3, § 3.2.

50 Damen e.a. 2012b, p. 407-8. Over de vraag wanneer precies de niet-ontvankelijkheid moet worden uitgesproken, bestaat discussie. Materieel leiden de verschillende mogelijke opvattingen daarover niet tot een wezenlijk ander gevolg. In geschillen over zogenaamde Wob-verzoeken is wel een aantal keer misbruik van procesbelang aangenomen. Zie bijv. ABRvS 19 november 2014, *AB* 2015, 93, m.nt. E.C. Pietermaat.

voor bijvoorbeeld de concurrenten van een steunontvanger bij de belastingrechter uit.

Wie geen toegang heeft tot de bestuurs- of belastingrechter – bijvoorbeeld omdat het belang ex artikel 1:2 Awb ontbreekt – kan zijn heil zoeken bij de burgerlijke rechter. De burgerlijke rechter kan als restrechter in theorie dus enigszins compenseren voor de vrij strenge belangvereisten in het bestuurs- en belastingrecht. Uiteraard kan de burgerlijke rechter ook worden geadieerd wanneer 'gewoon' sprake is van een civielrechtelijke rechtsverhouding. Eenieder is bevoegd eisend of verwerend bij de burgerlijke rechter in rechte op te treden voor zijn eigen belangen, mits de gestelde rechtsbetrekking burgerlijke rechten of schuldvorderingen betreft. Ook voor de burgerlijke rechter geldt (in beginsel op het niet onaanzienlijke terrein van de onrechtmatige daad) een relativiteitsvereiste, waarbij onder meer moet worden nagegaan wie bescherming kan ontlenen aan de norm en welk type schade eventueel kan worden vergoed. Ook voor de burgerlijke rechter geldt dat een partij voldoende belang moet hebben, in die zin dat het rechtsmiddel (nog) moet kunnen leiden tot het beoogde doel. Wie geen toegang heeft tot de bestuurs- of belastingrechter maar ook bij de burgerlijke rechter het benodigde belang mist, gaat alsnog met lege handen naar huis.

4.3 EUROPEESRECHTELIJKE GRENZEN AAN EEN NATIONAAL 'BELANG-VEREISTE'

4.3.1 Startpunt: nationale procedurele autonomie, effectiviteit en effectieve rechtsbescherming

Hoe verhoudt een nationaal 'belang-vereiste' zich tot het Europese recht? Zoals uiteengezet in hoofdstuk 2 worden geschillen met een Europeesrechtelijk aspect bij gebreke aan een Europees procesrecht opgelost binnen de eigen nationale rechterlijke organisatie, volgens het nationale procesrecht en met de nationale remedies. Bij deze nationale procedurele autonomie geldt wel de ondergrens van het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel.[51] Het gelijkwaardigheidsbeginsel kan aan de orde komen wanneer in geschillen met een Europeesrechtelijke component rechtens of in de praktijk zwaardere eisen worden gesteld aan het belang van de eisende partij. Of dat het geval is, hangt af van het nationale recht en de toepassing daarvan in concrete gevallen. Daarover kan in abstracto dus weinig worden gezegd.[52]

51 Ter herinnering: het nationale procesrecht mag de uitoefening van de door de Europese rechtsorde verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken, en procesregels voor vorderingen op basis van Europese rechten mogen niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen. Zie in meer detail hoofdstuk 2, § 2.6.1.4.

52 Vgl. Widdershoven 2006, p. 61.

Voor het doeltreffendheidsbeginsel geldt dat de uitoefening van de door de Europese rechtsorde verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mag worden gemaakt. Daarvan zou sprake kunnen zijn wanneer aan een rechtsgang geen rechtsgevolgen kunnen worden verbonden omdat niet aan een nationaal belangvereiste is voldaan. Echter, het doeltreffendheidsbeginsel ziet op de effectuering van aan het EU-recht ontleende rechten. Vanuit dat beginsel bezien zal er dus pas een probleem ontstaan wanneer een partij die aan de standstillbepaling rechten kan ontlenen, deze niet voor de Nederlandse rechter mag inroepen. Dat sluit een nationaal belangvereiste zoals het hierboven voor Nederland is beschreven dus niet op voorhand uit.[53] Daarnaast kan een nationaal belangvereiste in de gevallen dat het wel in de weg zou staan aan de effectuering van aan het EU-recht ontleende rechten, onder omstandigheden op grond van de 'procedurele *rule of reason*-toets' toch zijn toegestaan.

Naast dit '*Rewe*-systeem' moet de nationale rechter ook rekening houden met het beginsel van de effectieve rechtsbescherming.[54] Het beginsel van effectieve rechtsbescherming eist onder meer de daadwerkelijke toegang tot de rechter – voor dit hoofdstuk van groot belang. Ook uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming volgt dat eisen kunnen worden gesteld ter bescherming van personen *die aan het EU-recht rechten kunnen ontlenen*.[55]

Aan deze uiteenzetting kunnen twee gevolgtrekkingen worden ontleend. Ten eerste: het EU-recht sluit een nationaal belangvereiste niet op voorhand uit. Ten tweede: om de vraag te beantwoorden of het stellen van een belangvereiste in concrete gevallen problematisch is in het licht van het Europese staatssteun-

53 Vgl. HvJ EU 12 mei 2011, nr. C-115/09 (*Trianel Kohlekraftwerk Lünen*), r.o. 45. Op basis van deze uitspraak moet wel worden geconcludeerd dat de beperking van de aan te voeren beroepsgronden van individuele personen tot enkel publiekrechtelijke subjectieve rechten niet onverkort kan worden toegepast op milieuorganisaties. In die zaak zou het onverkort toepassen van deze beperking in strijd komen met de doelstelling van de ingeroepen Richtlijn 85/337 om het publiek een ruime toegang tot de rechter te verlenen en het doeltreffendheidsbeginsel. Ook: Gerbrandy 2009, p. 137-8.

54 De in dit onderzoek aangehouden definitie van de effectieve rechtsbescherming ziet op de daadwerkelijke bescherming van rechten. Dat is breder dan bijvoorbeeld de opvatting dat effectieve rechtsbescherming ook is gewaarborgd wanneer niet aan het privaatrechtelijke relativiteitsvereiste is voldaan omdat het daarbij niet om de ontvankelijkheid zou gaan maar een inhoudelijke beoordeling zou betreffen. P.W. den Hollander, 'Noot bij Rb Arnhem (2010-12-17) (Preferentiebeleid zorgverzekeraar)', *Gezondheidszorg Jurisprudentie* 2011, p. 207-8.

55 Zie daarover in meer detail hoofdstuk 2, § 2.6.1.5. Vgl. Widdershoven 2006, p. 64; Schueler 2009, p. 49.

recht, moet worden onderzocht wie aan dat recht rechten kan ontlenen.[56] De vraag is dus: wie wordt beschermd door de standstillbepaling?

4.3.2 Het beschermingsbereik van de standstillbepaling naar Europees recht

Het antwoord op de zojuist gestelde vraag valt niet eenduidig te geven.[57] Het Verdrag zelf biedt geen uitkomst: artikel 108 lid 3 VWEU is gericht tot de lidstaten. Doordat het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de standstillbepaling rechtstreekse werking heeft, kunnen ook particulieren aan die bepaling rechten ontlenen.[58] Om welke particulieren het dan precies gaat, wordt niet geëxpliciteerd. Het dichtst bij een antwoord komt waarschijnlijk de uitspraak *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, waar het Hof van Justitie artikel 108 lid 3 VWEU zo uitlegde

> 'dat een justitiabele die onderworpen is aan een heffing die integrerend deel uitmaakt van een steunmaatregel en die in strijd met het uitvoeringsverbod van deze bepaling wordt geïnd, zich daarop kan beroepen, ongeacht of hij wordt geraakt door concurrentievervalsing als gevolg van de steunmaatregel.'[59]

Op basis van deze uitspraak is in de Nederlandstalige literatuur bediscussieerd of het Hof van Justitie de bescherming van de standstillbepaling dus heeft willen beperken tot justitiabelen die worden geraakt door concurrentievervalsing als gevolg van onrechtmatige staatssteun en justitiabelen die zijn onderworpen aan een heffing die integrerend deel uitmaakt van een onrechtmatige steunmaatregel.[60] Lam meent stellig van wel: wie geen concurrent of heffingbetaler is, ontleent aan het Europese recht geen recht op toegang tot de rechter.[61] Jans en Van de Gronden komen tot de bijna tegenovergestelde conclusie. Zij begrijpen het Hof van Justitie zo dat het Europees recht geen eisen stelt aan de kwaliteit van degene die een beroep doet op de standstillbepaling en

---

56 Impliciet ook: Gerbrandy 2009, p. 168, wanneer zij schrijft over 'de eis die uit effectieve rechtsbescherming voortvloeit van een voldoende toegang, voor de juiste kring van personen in het licht van de onderliggende materiële wetgeving'. Het Hof heeft in andere context expliciet bevestigd dat de rechten die worden beschermd door EU-regelgeving niet onbeperkt zijn. HvJ EU 12 oktober 2004, nr. C-222/02 (*Peter Paul*), r.o. 40 en 46.

57 In het reguliere mededingingsrecht lijken duidelijkere antwoorden mogelijk met betrekking tot zowel de artikelen 101 en 102 VWEU als de corresponderende bepalingen uit de Mededingingswet. Zie nader Zippro 2009, p. 363-5.

58 HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*), r.o. 8; HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 11; HvJ EU 7 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 39.

59 HvJ EU 13 januari 2005, nr. C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), dictum.

60 Een zoektocht naar internationale literatuur over dit onderwerp leverde nauwelijks resultaten op.

61 T.E.P.A. Lam, 'Noot bij ABRvS (2011-04-13) (Bestemmingsplan. Financiële uitvoerbaarheid en staatssteun. Aanbestedingsrecht)', *AB* 2011, 12, aant. 4. Minder stellig: Adriaanse 2011, p. 20; P.C. Adriaanse, 'Noot bij ABRvS (2008-06-21) (Vliegveld Eelde)', *AB* 2008, 371.

dat de kring van beroepsgerechtigden ook op nationaal niveau niet mag worden beperkt.[62] De Moor-van Vugt ziet in de uitspraak van het Hof van Justitie dan weer 'onmiskenbaar een beperking van de kring van belanghebbenden', maar verbindt daaraan niet expliciet de conclusie dat alleen concurrenten en heffingsbetalers deel uitmaken van deze kring.[63]

Anders dan Lam stelt, valt uit de – kort gemotiveerde – uitspraak in *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* niet dwingend af te leiden dat andere justitiabelen dan daar expliciet zijn genoemd niet onder het beschermingsbereik van de standstillbepaling vallen. Tegelijkertijd kan met De Moor-Van Vugt en Baart worden beredeneerd dat het arrest van het Hof van Justitie suggereert dat het beschermingsbereik van de standstillbepaling niet ongelimiteerd is.[64] Op zijn minst heeft het Hof (nog) geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een dergelijk oordeel te vellen. Het volgende kan dan worden gezegd: het beschermingsbereik van de standstillbepaling strekt zich in ieder geval uit tot concurrenten en heffingbetalers; voor deze groepen mag de toegang tot de rechter niet zomaar worden afgeknepen. Het verdient opmerking dat deze regel niet in alle Europese landen even vanzelfsprekend is toegepast.[65]

---

62 Jans en Van de Gronden 2005, p. 237. Zij ontlenen dit standpunt vooral aan r.o. 19 van de uitspraak van het Hof. Als ik het goed zie, heeft Jans dit standpunt sindsdien enigszins genuanceerd: Jans 2011, p. 181-2. Hij verwijst daarbij naar HvJ EU C-115/09, 12 mei 2011 (*Trianel Kohlekraftwerk Lünen*), r.o. 45, waaruit blijkt dat de nationale wetgever de toegang tot de rechter kan beperken 'tot enkel subjectieve publiekrechtelijke rechten, maar die beperking kan niet als zodanig worden toegepast op milieuorganisaties, daar zulks in strijd zou zijn met de doelstellingen van artikel 10 bis, derde alinea, laatste zin, van richtlijn 85/337.' Vgl. Defares en Goossens 2005, p. 162; Jans 2005. Ook A-G Geelhoed bepleitte een ruime kring van belanghebbenden bij de standstillbepaling. Conclusie van A-G Geelhoed van 4 maart 2004 in de zaak C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), ov. 60. Zie ook Mededeling van de Commissie van 9 april 2009 over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, *PbEU* 2009, *C* 85/1, randnr. 72.

63 A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Noot bij HvJ EU (2005-01-13) (Ook justitiabelen die als gevolg van een steunmaatregel niet werden getroffen door vervalsing van grensoverschrijdende mededinging)', *AB* 2005, 118, aant. 5. Vgl. Conclusie van A-G Geelhoed van 4 maart 2004 in zaken C-174/05 en C-175/05 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*) (*Pape*), r.o. 51 e.v.. Ook: Schueler 2009, p. 49. Impliciet: Zippro 2009, p. 361-5; Widdershoven 2006, p. 63. Zie ook het Duitse Bundesgerichtshof 10 februari 2011, *I ZR* 136/09 (*Frankfurt Hahn*), *EuZW* 2011, 440, r.o. 23-5. Voor een overzicht over de vraag of het EU-recht zich tegen een nationaal relativiteitsvereiste zou verzetten: Jans e.a. 2007, p. 289-93; Widdershoven e.a. 2007, p. 59-62.

64 Baart 2012, p. 20; A.J.C.De Moor-van Vugt, 'Noot bij HvJ EU (2005-02-13) (Ook justitiabelen die als gevolg …)', *AB* 2005, 118, aant. 2 en 6. Zij zet zich daarmee af van de conclusie van Wesseling en Neij 2005, p. 467, dat op basis van de standstillbepaling een *actio popularis* zou gelden. Vgl. HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*), r.o. 40. Vgl. Wieland 2013b, par. 4.6; Temple Lang 2014, p. 441.

65 In 2007 oordeelde de hoogste Portugese bestuursrechter in een geschil over concessies in de transportsector dat de belangen van de eisende partij, die zich beriep op een schending van de standstillbepaling, vallen onder de rechtens te beschermen belangen als bedoeld in artikel 268(4) van de Portugese Grondwet. Romão 2011, p. 470-4. Het Duitse Bundesgerichtshof heeft (pas) in 2011 geoordeeld dat art. 108 lid 3 VWEU een 'Schutzgesetz' is

Het is echter nog geen gegeven dat alle andere justitiabelen zich ook door de standstillbepaling beschermd mogen weten en evenmin is het duidelijk welke justitiabelen daarvoor eventueel in aanmerking zouden komen; bij gebrek aan een *acte clair* of een *acte éclairé* zal de nationale rechter daarover zo nodig een prejudiciële vraag moeten stellen.[66]

Omdat dit voor een onderzoek als het onderhavige nog geen heel bevredigend antwoord is, loont het de moeite om na te gaan of elders aanknopingspunten zijn te vinden voor het beschermingsbereik van de standstillbepaling, bijvoorbeeld bij de Europese Commissie.[67] Zoals bekend kan een particulier bij de Commissie een klacht indienen over een schending van de standstillbepaling en kan de Commissie, al dan niet op basis van die klacht, een onderzoek starten.[68] Voor dat onderzoek is het op grond van de Procedureverordening relevant of de klager een belanghebbende is.[69] Tot 20 augustus 2013[70] konden alle personen, ongeacht het bestaan van enig belang, bij de Commissie klagen over het bestaan van onrechtmatige staatssteun (artikel 10 (oud) Procedureverordening) en moest de Commissie de verstrekte informatie onverwijld aan een onderzoek onderwerpen. Als de klacht werd ingediend door een belanghebbende, gold de strengere verplichting om een onderzoek te starten dat werd afgesloten met een besluit.[71] Vanaf 20 augustus 2013 geldt dat de Commissie alleen nog naar aanleiding van een klacht van een belanghebbende informatie hoeft te onderzoeken. De belanghebbende moet een klachtenformulier invullen waaruit de feiten en juridische argumenten blijken die wijzen op het bestaan

---

in de zin van § 823(2) van het Duitse burgerlijk wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch). Bundesgerichtshof 10 februari 2011, *I ZR* 136/09 (*Frankfurt Hahn*), *EuZW* 2011,440. Zie Arhold, Struckmann en Zibold 2011.

66 Op grond van art. 267 VWEU is alleen de hoogste nationale rechter onder omstandigheden verplicht tot het stellen van een prejudiciële vraag. Zoals in dit hoofdstuk in § 4.5.5 wordt toegelicht, had dit voor de hand gelegen in ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265 (*SNS Reaal*).

67 Gerbrandy 2009 en Baart 2012 sluiten in hun onderzoeken voor een deel aan bij de toegang tot de Europese rechter op basis van artikel 263 VWEU. Dat lijkt mij minder goed verdedigbaar dan het aansluiten bij de klachtprocedure voor de Commissie. Het Hof heeft immers geoordeeld dat het Verdrag voorziet in een volledig stelsel van rechtsmiddelen, waarbij hij die niet ontvankelijk is voor de Europese rechter alsnog zijn recht kan (of zou moeten kunnen) halen bij de nationale rechter. HvJ EU 25 juli 2002, nr. C-50/00 P (*UPA*), r.o. 40.

68 Zie in hoofdstuk 2 § 2.5.1.

69 Een vergelijkbaar systeem geldt in het mededingingsrecht; voor het indienen van een klacht bij de Europese Commissie moet een aantoonbaar rechtmatig belang bestaan in de zin van art. 7 lid 2 Verordening 1/2003 (mededingingsverordening) en art. 5 lid 1 Commissieverordening 773/2004. Zie Zippro 2009, p. 140-142.

70 Op die datum is Verordening 734/2013 (wijziging Procedureverordening) in werking getreden, zie art. 2.

71 HvJ EU 17 juli 2008, nr. C-521/06 P (*Athinaïki Techniki*), r.o. 37-40. Onder meer bevestigd in HvJ EU 16 mei 2013, nr. C-615/11 P (*Europese Commissie/Ryanair*), r.o. 27-39. De Commissie had daarmee geen discretionaire ruimte om van deze eerste onderzoeksprocedure (zie art. 4 Pvo) af te zien. Vgl. Gambaro en Mazzocchi 2011, p. 2091.

van onrechtmatige staatssteun en waaruit zijn belang blijkt (artikel 24 lid 2 en 12 lid 1 Procedureverordening).

Wie wordt voor de klachtenprocedure van de Commissie aangemerkt als belanghebbende? Volgens de Procedureverordening gaat het om degene 'waarvan de belangen door de toekenning van steun kunnen worden geraakt, in het bijzonder de begunstigde van de steun, concurrerende ondernemingen en beroepsverenigingen' (artikel 1 onder h). Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het vereiste belang zich niet beperkt tot concurrentiebelangen. In de zaak *Kronoply* heeft het Hof van Justitie namelijk geoordeeld dat een onderneming die weliswaar niet direct met de begunstigde van de steun concurreert, maar voor haar productieproces wel dezelfde grondstof nodig heeft, als belanghebbende wordt aangemerkt, voor zover zij betoogt dat haar belangen door de steunverlening nadelig kunnen worden beïnvloed.[72] In aanvulling op de eerdere conclusie op basis van de zaak *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* valt daarom te verdedigen dat het beschermingsbereik van artikel 108 lid 3 VWEU, hoewel daarover nog weinig duidelijkheid bestaat, in ieder geval niet te beperkt moet worden opgevat.[73]

Dat gezegd hebbende: in *Kronoply* was wel sprake van een commercieel belang.[74] Het is nog geen gegeven dat het staatssteunrecht kan worden ingeroepen ter bescherming van bijvoorbeeld milieubelangen, of, om terug te komen op het voorbeeld aan het begin van dit hoofdstuk, een krakersvereniging die uit een pand zal worden gezet dat mogelijk met schending van de staatssteunregels aan een projectontwikkelaar is verkocht.

4.3.3 Het Unierechtelijk kader wanneer de overheid zich op de staatssteunregels beroept

De zojuist beantwoorde vraag wie onder het beschermingsbereik van de standstillbepaling valt, gaat mank in gevallen waarin de vermeend steunverlenende overheid zich zelf op de staatssteunregels beroept met het doel, de al verleende staatssteun terug te vorderen of te voorkomen dat zij staatssteun zal verlenen. De opschortingsplicht dient namelijk niet tot de bescherming

72 HvJ EU 24 mei 2011, nr. C-83/09 P (*Europese Commissie/Kronoply*), r.o. 64.

73 Steun daarvoor is naar analogie geredeneerd ook te vinden in een andere hoek: HvJ EU 13 december 2012, nr. C-379/11 (*Caves Krie Frères Sàrl*). Het Hof herhaalt hier dat de werkingssfeer van art. 45 VWEU (het vrij verkeer van werknemers) zich uitstrekt tot werknemers, waaronder werkzoekenden. Volgens het Hof 'wijst niets in de bewoordingen van genoemd artikel er echter op dat deze rechten niet kunnen worden ingeroepen door anderen.' (r.o. 28). Om de doeltreffendheid te waarborgen van het recht van werknemers om zonder discriminatie te worden tewerkgesteld, moeten ook werkgevers een beroep kunnen doen op art. 45 VWEU. Zie ook Widdershoven 2006, p. 63; Schueler 2009, p. 51.

74 Het klachtenformulier van de Commissie: <http://ec.europa.eu/competition/forms/download_nl.html> verwijst zelf ook naar commerciële belangen. Zie ook Baart 2012, p. 17 (hij heeft het in dit kader over concurrentiebelangen).

van de steunverlenende overheid, maar legt aan haar een verplichting op. In dit hoofdstuk wordt aangenomen dat de overheid zich net zo goed als door de opschortingsplicht beschermde justitiabelen in rechte op een schending van die plicht kan – en soms zelfs moet – beroepen. Artikel 108 lid 3 VWEU eist immers dat overheidsorganen ervan afzien, onrechtmatige staatssteun te verstrekken. Het is in het licht van de jurisprudentie van het Hof logisch om aan te nemen dat die plicht zich ook uitstrekt tot de ongedaanmaking van schendingen van die bepaling.[75] Artikel 4 lid 3 VEU eist daarnaast dat alle algemene en bijzondere maatregelen worden getroffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Unieverdragen voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Het in rechte inroepen van de staatssteunregels zal daar zeker onder vallen. Die verplichting geldt voor alle autoriteiten van een lidstaat, waaronder de steunverlenende overheid,[76] en eindigt logischerwijs niet op het moment dat een verdragsbepaling is overtreden.

Het is met name in een civiele procedure echter mogelijk, zoals in § 4.6.3 aan de orde komt, dat aan de zich op het staatssteunrecht beroepende overheid een belangvereiste wordt tegengeworpen. Daarom is een relevante vraag in hoeverre het Unierecht dat toelaat. Het Hof van Justitie heeft deze problematiek niet expliciet beoordeeld, maar het ligt voor de hand dat het Unierecht ook hier de nodige beperkingen oplegt. Het loyaliteitsvereiste van artikel 4 lid 3 VEU geldt zoals bekend immers ook voor de nationale rechter.[77] Recent heeft het Hof van Justitie daarnaast nog geoordeeld dat het Unierecht eist:

> 'dat de nationale rechter binnen zijn bevoegdheden, met inachtneming van het gehele interne recht en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, al het mogelijke doet om de volle werking van het Unierecht te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling'.[78]

Staat een nationale procedureregel aan een dergelijke uitleg in de weg, dan moet worden beoordeeld of die omstandigheid in strijd komt met het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel, en of ruimte bestaat voor de nationale procedurele *rule of reason*, zo nog steeds het Hof. Dat het in deze zaak niet een justitiabele maar de vermeend steunverlenende overheid

75 Vgl. hoofdstuk 2, § 2.5.3.

76 HvJ EU 12 juni 1990, nr. 8/88 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 13; HvJ EU 13 januari 2004, nr. C-453/00 (*Kühne en Heitz*), dictum. Op grond van de zogenaamde Costanzo-verplichting zijn overheidsinstanties gehouden rechtstreeks werkende bepalingen van Unierecht toe te passen en bepalingen van nationaal recht die er niet mee verenigbaar zijn, buiten toepassing te laten. HvJ EU 22 juni 1989, nr. 103/88 (*Fratelli Costanzo*), *dictum*.

77 Zie in hoofdstuk 2, § 2.6.1.1.

78 HvJ EU 11 november 2015, nr. C-505/14 (*Klausner Holz*), r.o. 34, met verwijzing naar HvJ EU 24 januari 2012, nr. C-282/10 (*Dominguez*), r.o. 27 en daar aangehaalde rechtspraak.

was die zich op het staatssteunrecht beriep, lijkt voor het Hof geen rol van betekenis te spelen.

Blijkbaar ziet het Hof van Justitie geen aanleiding om aan de taak van de nationale rechter in staatssteungeschillen een fundamenteel andere invulling te geven in gevallen waarin de overheid het staatsteunrecht inroept, zoals hier het geval was. Op de nationale rechter rust zodoende de verplichting om consequenties uit de schending van de opschortingsplicht te trekken, ook wanneer die niet worden gevraagd door een private belanghebbende die aan de rechtstreekse werking van artikel 108 lid 3 VWEU bescherming wil ontlenen. Met het oog op de nuttige werking van deze bepaling dient de rechter waar nodig het nationale recht conform te interpreteren, en desnoods een nationale regel buiten toepassing te laten.

4.3.4 Tussenconclusie

Wanneer een justitiabele vanwege de toepassing van een nationaal belangvereiste geen zinvol beroep op de rechtstreeks werkende standstillbepaling kan doen, kan dit in strijd komen met het Unierecht. Bij de toepassing van een dergelijk belangvereiste moet de nationale rechter zich dan ook bewegen binnen de grenzen van het gelijkwaardigheidsbeginsel, het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Of die laatste twee beginselen in het gedrang komen hangt ervan af of de partij die zich op de standstillbepaling beroept daaraan bescherming kan ontlenen. Uit de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* blijkt dat concurrenten van steunontvangers en betalers van heffingen waarmee steun wordt gefinancierd, zich op de rechtstreekse werking van artikel 108 lid 3 VWEU moeten kunnen beroepen.

Op grond van deze zaak zijn zowel zeer ruime als zeer nauwe opvattingen van het beschermingsbereik van de standstillbepaling bepleit. Voor beide opvattingen geeft de jurisprudentie van het Hof echter weinig concrete aanknopingspunten, zodat verdere prejudiciële vragen nodig zijn wanneer andere justitiabelen dan heffingbetalers en concurrenten zich met een belangvereiste geconfronteerd zien. Het is hoe dan ook onverstandig om in de zaak *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant* een absolute beantwoording te zien van de vraag wie door het staatssteunrecht wordt beschermd. Zo heeft het Hof geoordeeld dat een partij die bij een vermeende schending van de staatssteunregels geen concurrentiebelang had maar wel een commercieel belang, als belanghebbende voor de Commissie moest worden aangemerkt. Hoewel dit oordeel in een andere context is geveld, is het niet wijs om zonder meer van een beperkt beschermingsbereik van de opschortingsplicht uit te gaan. Verwant aan deze conclusie is de constatering dat de nationale rechter de nuttige werking van de opschortingsplicht dient te waarborgen, ook wanneer deze bepaling niet

wordt ingeroepen door een private belanghebbende maar door de (vermeend) steunverlenende overheid zelf.

Met deze opmerkingen in het achterhoofd is het tijd om te onderzoeken of en hoe de Nederlandse rechter het belangvereiste in de praktijk toepast in staatssteunzaken – te beginnen met de belastingrechter.

4.4 Toepassing van belangvereisten door de Nederlandse belastingrechter

Het komt niet vaak voor dat de belastingrechter zich met een staatssteunrechtelijk geschil geconfronteerd ziet en daarover uitspraak doet. Dat is wellicht niet zo vreemd, want een van de belangrijkste groep justitiabelen die zich op de staatssteunregels zou willen beroepen, de concurrenten van de vermeende steunontvanger, is al op voorhand van de rechtsgang voor de belastingrechter uitgesloten (§ 4.4.1). Een volgende groep justitiabelen, de betalers van heffingen waarmee een steunmaatregel wordt gefinancierd, heeft wel toegang tot de belastingrechter, maar enige tijd leek het erop dat hun beroep op een (Europees of Nederlands ongeschreven) relativiteitseis zou afketsen (§ 4.4.2). Het komt tenslotte nauwelijks voor dat de overheid voor de belastingrechter een beroep doet op de staatssteunregels. Deze problematiek is nauw verweven met het bestuursrecht en wordt hierna in die context besproken (§ 4.5.3).

4.4.1 Concurrenten bij de belastingrechter: geen beroepsgerechtigdheid

Hierboven is geconcludeerd dat degene die wordt geraakt door concurrentievervalsing als gevolg van onrechtmatige staatssteun voor de nationale rechter een beroep op de standstillbepaling moet kunnen doen. Concurrenten van steunontvangers hebben echter geen toegang tot de belastingrechter.[79] Wanneer een onderneming een belastingvoordeel ontvangt, kan een andere onderneming daartegen niet in bezwaar of beroep gaan, ook al zou hij daarbij een rechtstreeks belang hebben (artikel 26a lid 1 AWR).[80] Dat wil zeker niet zeggen dat geen behoefte zou kunnen bestaan om het door een concurrent genoten belastingvoordeel te kunnen laten terugdraaien. Die constatering is belangrijker

79 Vgl. Rb Arnhem 8 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV9934 (*Reclamebelasting Wageningen*), r.o. 4.5: de stelling dat sprake is van staatssteun kan niet slagen, 'omdat die is gericht tegen de met de opbrengsten uit de reclamebelasting gefinancierde subsidie, waarvan de rechtmatigheid in de onderhavige procedure niet aan de orde kan komen'. Vgl. Hof Leeuwarden 8 maart 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AD9972 (*Afhaaksubsidie*), genuanceerd in HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3116 (*Afhaaksubsidie*), r.o. 3.4. Zie ook Koopman 2006.

80 Van Slooten 2008a, onder par. 3.1.2, komt tot dezelfde conclusie. Volgens hem is echter het belangrijkste probleem dat het benodigde procesbelang ontbreekt.

dan hij lijkt: Feteris bijvoorbeeld, die kritisch is over het gesloten stelsel van rechtsbescherming in het belastingrecht, schrijft dat de beperking van artikel 26a AWR theoretisch van groot belang is, maar praktisch niet. De meeste personen die geen rechtsbescherming voor de belastingrechter genieten, zouden volgens hem namelijk ook binnen het algemene bestuursrecht niet als belanghebbende worden aangemerkt.[81] In staatssteunzaken, waar de concurrent een belangrijke rol inneemt, is dat anders.[82]

Concurrenten van ontvangers van fiscale staatssteun zullen daarom te rade moeten gaan bij de burgerlijke rechter. Van die mogelijkheid is in de bestudeerde periode maar één keer gebruik gemaakt.[83] In dat geval lag overigens ook geen appellabel besluit voor: de vermeende steunverlening lag besloten in een wet in formele zin, zodat de belastingrechter de zaak hoe dan ook niet had kunnen behandelen. Het ligt voor de hand om voor de burgerlijke rechter aan te voeren dat het in een aan de ander gerichte besluit vervatte belastingvoordeel onrechtmatig is.[84] Dat gebeurt in de praktijk zoals gezegd echter nauwelijks.

> Aangezien een vordering op die grond zoals gezegd niet afketst op de formele rechtskracht van het besluit, ontstaat overigens de interessante situatie dat een concurrent van een ontvanger van 'fiscale' steun onder omstandigheden nog ruim na het verstrijken van de bezwaartermijn de rechtmatigheid van het vermeend steunverlenende besluit ter discussie kan stellen. Deze situatie is ongebruikelijk, en heeft in de literatuur relatief weinig aandacht gekregen. In de algemene bestuursrechtelijke context heeft Van Ettekoven om die reden gepleit voor een ruimere invulling van het belanghebbendebegrip.[85]

De beperkte toegang van concurrenten tot de belastingrechter kan eventueel worden verholpen door een wijziging van artikel 26a AWR. Er bestaat echter geen indicatie dat een dergelijke wijziging op korte termijn kan worden verwacht. Daarnaast kan tegen de noodzaak van een wijziging van artikel 26a AWR worden ingebracht dat de rechtsgang voor de burgerlijke rechter mogelijkerwijs wel degelijk een volwaardig alternatief biedt voor het beroep bij de

---

81 Feteris 2008, par. 3.2.2. Vgl. *Kamerstukken II* 1990/91, 21 221, nr. 5, p. 33. Bepalend is 'of uit de belastingbeschikking voor deze derden een betalingsverplichting voortvloeit.'

82 In de fiscale literatuur is wel aangetekend dat het nationale recht moet voorzien in een adequate rechtsgang voor de opschorting of terugvordering van onrechtmatige steun. G.J. van Slooten, 'Noot bij HR (2006-06-16) (Bezinkingsslib afvalwaterzuiveringsinstallatie is geen ontinktingsresidu)', *BNB* 2007, 281, aant. 5.

83 Vzr. Rb 's-Gravenhage 19 maart 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC7128 (*BARIN*). In dezelfde procedure ook: Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD7069 (*BARIN en MAA*) en HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*Maastricht Aachen Airport*).

84 Van Ettekoven 2006. Op die manier wordt voldaan aan het vereiste dat wordt opgekomen voor de eigen belangen in een gestelde rechtsbetrekking die burgerlijke rechten of schuldvorderingen betreft.

85 Van Ettekoven 2006.

belastingrechter. Het valt niet uit te sluiten dat het uitblijven van uitspraken waarin van die rechtsgang gebruik is gemaakt moet worden geweten aan andere omstandigheden dan de effectiviteit van die route. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan de mogelijkheid dat fiscale steun maar zelden wordt verleend of herkend, of dat concurrenten hopen om zelf op termijn voor een voordeel in aanmerking te komen en dus geen reden zien om de belastingdienst tegen zich in het harnas te jagen.[86] Daar komt bij dat een eventuele wijziging van artikel 26a AWR in het belastingrecht een trendbreuk zou zijn, nu het belastingrecht traditioneel met belangen van derden weinig van doen heeft.[87] De vraag zal dus moeten worden beantwoord of aan de Nederlandse rechtsmachtverdeling meer recht wordt gedaan wanneer concurrenten alsnog toegang wordt verschaft tot de belastingrechter, of dat hun beroepen bij de niet-gespecialiseerde burgerlijke rechter terechtkomen. Dát concurrenten toegang moeten hebben tot de rechterlijke beoordeling, staat namelijk vast. Daarbij is het helemaal niet ondenkbaar dat deze problematiek binnenkort actueler wordt, nu de mogelijke invloed van het staatssteunrecht op het belastingrecht steeds beter bekend raakt.

Een concurrent die zich bij de belastingrechter op een schending van de standstillbepaling wil beroepen, kan de beperking van artikel 26a AWR in theorie nog omzeilen over de band van de exceptieve toets. Hij kan dan een aan hemzelf geadresseerd (heffings)besluit aanvechten met het argument dat de achterliggende regelgeving het verlenen van onrechtmatige staatssteun mogelijk maakt. Die regelgeving zou dan moeten worden aangetast, waardoor het door de vermeende steunontvanger(s) ten onrechte genoten voordeel zou worden weggenomen. Zaken met een dergelijke insteek komen nauwelijks voor.[88] Dat is niet vreemd: voor zover het bovenstaande al tot de terugvordering kan leiden doet de eisende partij er onder het geldende belastingrecht waarschijnlijk beter aan om een beroep te doen op het gelijkheidsbeginsel. Wanneer hij kan aantonen dat een vergelijkbaar geval begunstigend is behandeld, kan de rechter oordelen dat de door de ander genoten begunstiging ook aan de eisende partij moet toekomen.[89] Hoewel dit tot een uitkomst zou leiden die in strijd komt met het Europese staatssteunrecht, heeft de Nederlandse belastingrechter nog geen reden gezien om ambtshalve te oordelen dat op grond van dat

86 Zie hierover nader in hoofdstuk 3, § 3.5.6.

87 Vgl. Lammers (*Fiscaal Procesrecht*) 2013, aant. 1.

88 Zie wel, overigens zonder succes: Rb Den Haag 1 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6282 (*Verhuurderheffing*); Hof 's-Gravenhage 25 augustus 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BN5744 (*Reclamebelasting*).

89 Zwemmer 2013, par. 4; Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Algemeen Deel, (*Procedurele aspecten bij: Algemene wet inzake rijksbelastingen, artikel 11*) 2013, aant. 1.12.7 met verwijzingen; Happé 1996, p. 350. Vgl. HR 15 oktober 1997, *BNB* 1997/379, r.o. 3.6 en HR 15 oktober 1997, *BNB* 1997/380.

staatssteunrecht het gelijkheidsbeginsel niet zal worden toegepast.[90] De route via het gelijkheidsbeginsel is daarmee voor de heffingbetaler financieel veel aantrekkelijker dan de route over de band van de exceptieve toetsing.

4.4.2 Heffingbetalers bij de belastingrechter

4.4.2.1 Belang vanwege de hoedanigheid als geadresseerde van een besluit

Uit de verplichting om justitiabelen te beschermen tegen de schending van de standstillbepaling vloeit ook voort dat door hen ten onrechte betaalde heffingen moeten worden terugbetaald.[91] Heffingbetalers moeten zich volgens het Hof van Justitie dus voor de nationale rechter op de opschortingsplicht kunnen beroepen om te bewerkstelligen dat de heffing wordt terugbetaald, voor zover tussen de heffing en de steun tenminste een dwingend bestemmingsverband bestaat.[92] Volgens het Hof van Justitie is deze terugbetaling 'het enige middel' om de onrechtmatigheid van de steunmaatregel te verhelpen.[93] Het ligt voor de hand dat de financieel aantrekkelijke mogelijkheid tot het terugkrijgen van betaalde heffingen een prikkel voor ondernemingen kan vormen om via de nationale rechter bij te dragen aan de handhaving van het staatssteunrecht.[94]

In het belastingrecht leidt de *ontvankelijkheid* van de betalers van heffingen in beginsel niet tot problemen. Wie opkomt tegen een aan hemzelf geadresseerd heffingsbesluit of een heffingsaanslag, wordt aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb en voldoet aan de voorwaarden van artikel 26a AWR.[95] Dit wil zeker nog niet betekenen dat dit soort beroepen ook tot de terugbetaling van de heffing zal leiden.[96] Ook leek het relativiteitsvereiste enige tijd aan een succesvol beroep op het staatssteunrecht in de weg te staan, zoals hierna aan de orde komt.

---

90 Den Ouden 2011, aant. 3. De Hoge Raad heeft in 2012 wel geoordeeld dat het gelijkheidsbeginsel niet zo ver reikt dat een bepaalde begunstiging zelfs kan worden uitgebreid wanneer dat leidt tot een nog omvangrijker inbreuk op de btw-regelgeving. HR 1 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9444, r.o. 3.6.3. In die zaak hebben de partijen echter zelf in het geding gebracht dat de begunstiging inbreuk maakt op de (Europese) btw-regelgeving. Vgl., in iets andere zin, CBb 29 januari 2014, *AB* 2014, 177, m.nt. H.C. Lagrouw en M.K.G. Tjepkema.

91 HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*), r.o. 53-4.

92 HvJ EU 13 januari 2005, nr. C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), *dictum*.

93 Het moet wel gaan om heffingen die voor de goedkeuring van de Commissie zijn opgelegd. HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 38, met verwijzing naar HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster*).

94 Adriaanse 2006, p. 220; Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 27.

95 Zie hierboven § 4.2.1.

96 Zie in hoofdstuk 3 § 3.5.6.

4.4.2.2 Relativiteit avant la lettre?

Sinds 1 januari 2013 geldt in het belastingrecht een relativiteitsvereiste op grond van artikel 8:69a Awb. Tot nu toe is die bepaling nog niet in een fiscale staatssteunzaak toegepast. Interessant genoeg leek het er echter al ruim voor de inwerkingtreding van artikel 8:69a Awb op dat beroepen op schendingen van de standstillbepaling door heffingbetalers voor de belastingrechter zouden afketsen op een relativiteitseis, of althans iets dat daarop leek. Dat was het geval in een serie zaken die tussen maart en juni 2006 tot zeven arresten van de belastingkamer van de Hoge Raad heeft geleid en die hier nadere aandacht verdient.[97] Telkens verzette een onderneming zich tegen een opgelegde heffing omdat die zou worden gebruikt om onrechtmatige staatssteun te financieren. In twee van deze zaken, *SWNB* en *Pape*, had de Hoge Raad al eerder prejudiciële vragen gesteld.[98] Aanleiding was het betoog van de staatssecretaris in die zaken dat de beroepen niet-ontvankelijk moesten worden verklaard omdat de staatssteunregels slechts zouden strekken tot het tegengaan van grensoverschrijdende mededingingsvervalsing en niet tot de bescherming van de betalers van heffingen. Het Haagse gerechtshof oordeelde dienovereenkomstig dat de ondernemingen als belastingplichtigen weliswaar belanghebbenden waren en dus ontvankelijk, maar dat ze geen belang hadden bij hun stelling over de schending van de standstillbepaling.[99] Dit heeft in cassatie geleid tot de prejudiciële vraag of een beroep op de standstillbepaling alleen kan worden gedaan door degene die als gevolg van een steunmaatregel wordt getroffen door grensoverschrijdende mededingingsvervalsing.

Op het eerste gezicht is dit een vreemde vraag. Tot begin 2013 kende het belastingrecht immers geen relativiteitseis. Wie als belanghebbende eenmaal 'binnen' was, mocht in beginsel alles aanvoeren wat tot vernietiging van het besluit kon leiden.[100] Sterker nog: in de literatuur is opgemerkt dat de invoering van artikel 8:69a Awb hoe dan ook voor het belastingrecht weinig betekenis zou hebben, nu derden-belanghebbenden in het belastingprocesrecht nauwelijks een rol van betekenis spelen.[101] Toch heeft de gedachtegang van de belastingrechter in de literatuur geen verbazing gewekt. Meussen schrijft in een annotatie bij het verwijzingsarrest van de Hoge Raad dat het op grond van de relativiteitseis vereiste 'Europeesrechtelijk belang' in dit geschil zou

97 HR 16 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3119 (*Wet belastingen op milieugrondslag*); HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3110; HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3106; HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3116 (*Afhaaksubsidie*); HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3098 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*); HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3093 (*Meststoffenwet*); HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AB2880 (*Pape*).

98 HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AB2884 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*); HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9878, (*Pape*).

99 Hof 's-Gravenhage 15 juli 1999, nr. 96/3827, r.o. 6.6.1-2.

100 Zie ook Jans en Van de Gronden 2005, p. 236.

101 Zie eerder in dit hoofdstuk § 4.2.2.

kunnen ontbreken 'omdat belanghebbende een belastingaanslag vernietigd wenst te krijgen en daarvoor slechts de Europese staatssteunbepalingen als "breekijzer" gebruikt'.[102]

De discussie in de literatuur blijkt dan ook niet te gaan om een relativiteitseis naar Nederlands recht, maar om de vraag of een door het Europees recht ingegeven *Schutznorm* zich tegen de beroepen van Streekgewest en Pape zou verzetten.[103] Dat is meteen een mooi voorbeeld van een geval waarin juist niet het nationaal procesrecht, maar het Unierecht de overwegingen van de Nederlandse rechter kan inkleuren. Zoals bekend heeft het Hof van Justitie in *SWNB* geoordeeld dat ook heffingbetalers zich op de standstillbepaling mogen beroepen, maar dat daarvoor wel voorwaarden gelden. Naar aanleiding daarvan heeft de Hoge Raad in de zaak *SWNB* in 2006 geoordeeld 'dat het in artikel [108 lid 3 VWEU] neergelegde verbod slechts op een heffing van toepassing is indien er een dwingend bestemmingsverband bestaat tussen de opbrengst van deze heffing en de betrokken steunmaatregel'.[104] In de overige vijf zaken, die waren opgeschort totdat het Hof van Justitie uitspraak zou doen in de prejudiciële vragen, komt de Hoge Raad tot vergelijkbare conclusies.

Betekent dit dat een aan het Europees recht ontleende en in het belastingrecht wezensvreemde relativiteitseis is geïntroduceerd in staatssteunzaken? Dat lijkt mij niet. De manier waarop de Hoge Raad het arrest van het Hof van Justitie toepast impliceert namelijk een oordeel over de inhoudelijke, en niet over de personele reikwijdte van het uitvoeringsverbod. Dat blijkt uit de geciteerde overweging van de Hoge Raad en vindt bevestiging in het arrest van het Hof van Justitie. Doorslaggevend is daar dat de standstillbepaling zich ook tot de financiering van een steunmaatregel kan uitstrekken, dat zulke in strijd met het Unierecht geïnde heffingen moeten worden terugbetaald, en dat een justitiabele er dus ook belang bij kan hebben zich op de rechtstreekse werking van de standstillbepaling te beroepen om terugbetaling te verkrijgen van een heffing die in strijd met die bepaling was geïnd.[105]

Met andere woorden: het oordeel van de Hoge Raad in de zeven uitspraken over heffingen moet niet worden gelezen als een toepassing van het relativiteitsvereiste ('de standstillbepaling kan niet zonder meer worden ingeroepen door betalers van een heffing') maar als een inhoudelijke toets ('de standstill-

---

102 G.T.K. Meussen, 'Noot bij HR (2002-03-08) (Vormt de heffing van belasting op afvalstoffen een steunmaatregel, een onlosmakelijk onderdeel van een steunmaatregel of een …)', *BNB* 2002/254, aant. 2.

103 Jans en Van de Gronden 2005, p. 236. Zo begrijp ik ook Meussen wanneer hij het heeft over een 'Europeesrechtelijk belang'. Over het bestaan van een 'Europese' *Schutznorm* heeft in de literatuur een discussie plaatsgevonden. Zie voor een overzicht: Jans en Van de Gronden 2005, p. 236.

104 HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3098 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), r.o. 2.3.

105 HvJ EU 13 januari 2005, zaak C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), r.o. 16-9.

bepaling tast de heffingen niet zonder meer aan').[106] Dit onderscheid zal, gezien de zeer beperkte rol van het relativiteitsvereiste in het belastingrecht, in de praktijk weinig uitmaken. In theorie is het echter wezenlijk omdat anders moet worden geconcludeerd dat op basis van Europees recht een in het belastingrecht (nog) niet bestaande eis is geïntroduceerd. Het gevolg is alsnog dat alleen betalers van heffingen die een integrerend onderdeel uitmaken van een onrechtmatige steunmaatregel zich voor de belastingrechter op de standstillbepaling mogen beroepen.[107]

4.4.3 Tussenconclusie

De ongetwijfeld belangrijkste constatering op basis van het bovenstaande is dat concurrenten van vermeende steunontvangers niet voor de belastingrechter de rechtstreekse werking van de opschortingsplicht kunnen inroepen. Zij kunnen zich eventueel wel tot de burgerlijke rechter wenden met een vordering uit onrechtmatige daad. Het blijkt echter dat van die mogelijkheid nauwelijks gebruik wordt gemaakt en ook in de literatuur is betwijfeld of de burgerlijke rechter een realistisch alternatief kan bieden voor de voor specialistische fiscale vraagstukken beter toegeruste belastingrechter. De implicatie hiervan is dat de rechtsbescherming van concurrenten van steunontvangers in het belastingrecht te wensen overlaat. Zeker als de rechtsgang bij de burgerlijke rechter geen volwaardig alternatief biedt, komen hiermee het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming in het gedrang. Een wijziging van artikel 26a AWR kan hier uitkomst bieden, maar onomstreden zal dat niet zijn.

Partijen die een heffing hebben betaald waarmee onrechtmatige staatssteun zou zijn verleend hebben doorgaans geen problemen om als belanghebbende toegang te krijgen tot de belastingrechter (hoewel hun beroepen doorgaans zonder succes blijven). Wel heeft er discussie bestaan over de vraag of zij zich wel op de standstillbepaling mogen beroepen. In 2002 heeft de Hoge Raad een prejudiciële vraag met die strekking gesteld. Dat is bijzonder omdat de vraag wie zich op een bepaalde norm mag beroepen in principe samenhangt met het relativiteitsvereiste – terwijl zo'n vereiste in het belastingrecht in 2002 nog helemaal niet gold. Hier blijkt dat de Nederlandse rechter niet alleen afgaat

106 Voor deze lezing vind ik steun in A-G de Wit 7 juli 2005, Bijlage bij de conclusies 33.037, 33.484, 35.525, 38.115, 40.242 en 40.243, ov. 3.11 en HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3116 (*Afhaaksubsidie*), r.o. 3.4. Ook: Defares en Goossens 2005, p. 162; Jans en Van de Gronden 2005, p. 237. Zie echter ook: Engra Moreno 2005, p. 123. Zo benadert ook de algemene bestuursrechter de materie. Vgl. CBb 15 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV8841 (*Blankespoor*), r.o. 3.2.3; Rb Utrecht 26 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO5098 (*Vogelaarheffing/Centraal Fonds*), r.o. 2.68; CBb 29 juni 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM9616 (*HBAG heffingen aardappelen*), r.o. 5.2.

107 Dit heeft hen echter niet mogen baten, zie hoofdstuk 7, § 7.3.5.

op het toepasselijke Nederlandse procesrecht en eventueel onderzoekt in hoeverre dat in het licht van het Unierecht moet en kan worden opgerekt, maar soms ook bij voorbaat rekening houdt met het doel en de strekking van het Unierecht zelf. Bijna leek het erop dat een – destijds aan het belastingrecht vreemde – 'Europese' relativiteitseis werd geïntroduceerd. Zo ver gaat de Nederlandse belastingrechter uiteindelijk echter toch niet. De eis dat een dwingend bestemmingsverband bestaat tussen de opbrengst van de heffing en de betrokken steunmaatregel kleurt hoogstwaarschijnlijk niet een belangvereiste in, maar betreft een inhoudelijke eis.

4.5 Toepassing van belangvereisten door de Nederlandse bestuursrechter

De bestuursrechter krijgt veel vaker dan de belastingrechter met staatssteungeschillen te maken. Het ligt dan ook voor de hand dat regelmatig belangvereisten in beeld komen, zeker nu de bestuursrechter van oudsher gewend is om zulke vereisten toe te passen. In de volgende paragrafen worden de belangvereisten besproken zoals zij door de bestuursrechter worden toegepast wanneer uiteenlopende justitiabelen zich op de staatssteunregels beroepen. Eerst komt de justitiabele aan de orde waarop het staatssteunrecht het meest lijkt te zijn toegeschreven: de concurrent van een vermeende steunontvanger.

4.5.1 Concurrenten bij de bestuursrechter

Wie bij de bestuursrechter tegen een vermeend steunverlenend besluit wil opkomen, moet in ieder geval belang hebben in de zin van artikel 1:2 Awb. Zoals gezegd biedt het belanghebbendebegrip ruimte voor beroepen van concurrenten.[108] Hiermee wordt in principe aan de in het Unierecht geldende eisen voldaan. Het is echter nog wel de vraag hoe de bestuursrechter in specifieke gevallen vaststelt of een zich op het staatssteunrecht beroepende partij als concurrent moet worden beschouwd, en of daarbij de Nederlands bestuursprocesrechtelijke of de Europese maatstaven worden gehanteerd (§ 4.5.1.1). Concurrenten van vermeende steunontvangers kunnen echter ook hun belang in de zin van artikel 1:2 Awb ontlenen aan hun hoedanigheid als geadresseerde van het bestreden besluit, zoals blijkt uit § 4.5.1.2. Sinds 2013 moet dan wel de vraag worden gesteld of hun beroep niet alsnog kan stuklopen op het relativiteitsvereiste (§ 4.5.1.3). Daar komt bij dat concurrenten van vermeende steunontvangers niet altijd (alleen) de ongedaanmaking van de mededingingsvervalsing door middel van stopzetting of terugvordering van de steun op het oog hebben. Dit kan in uitzonderlijke gevallen tot gevolg

108 Zie in dit hoofdstuk § 4.2.1.

hebben dat hun beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard vanwege het ontbreken van procesbelang, zoals aan de orde komt in § 4.5.1.4.

4.5.1.1 De concurrent als belanghebbende in staatssteunzaken

Het ligt voor de hand om aan te nemen dat degene die door een ander ontvangen steun bij de bestuursrechter aan de kaak wil stellen het beste kan opkomen tegen het besluit waarmee die steun zou zijn verstrekt, zoals bijvoorbeeld een subsidiebesluit.[109] Wie dat doet, moet doorgaans een concurrentiebelang kunnen aantonen om te voldoen aan de toegangseisen van artikel 1:2 Awb. Dat wil zeggen: hij moet op hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied actief zijn als de geadresseerde van het besluit en door het besluit nadeel (kunnen) ondervinden in de vorm van omzetschade.[110] Deze eisen komen in bestuursrechtelijke staatssteungeschillen ook expliciet aan de orde.[111]

Tot begin 2013 leek de bestuursrechter deze eisen redelijk soepel toe te passen. Een mooi voorbeeld biedt een uitspraak van de Afdeling in de zogenaamde NPO-casus.[112] Daar wordt in rechte opgekomen tegen een besluit ter goedkeuring van televisiethemakanalen en radiothemakanalen. Aan de kant van verweerders wordt onder meer betoogd dat een van de appellanten geen belang bij dat besluit heeft omdat die appellant zich niet primair bezighoudt met televisie en radio. Volgens de Afdeling is dat een te rigide afbakening van het marktsegment, die eraan voorbij gaat dat 'de verschillende manieren van het aanbieden van programma's en van de toegang tot nieuwsberichten naar elkaar toegroeien en de concurrentie om de consumenten, adverteerders en distributiekanalen toeneemt'.[113] Uit een andere uitspraak van de Afdeling blijkt dat de eisende partij het voordeel van de twijfel kan krijgen wanneer buiten zijn schuld zeer moeilijk valt vast te stellen of hij en de vermeende steunontvanger actief zijn op hetzelfde marktsegment.[114] De Afdeling toont zich doorgaans ook soepel met betrekking tot de vraag of door het bestreden besluit omzetschade is of zal ontstaan. Uit de bestudeerde

109 Maar complexere constructies zijn denkbaar. Een goed voorbeeld buiten het staatssteunrecht biedt de uitspraak CBb 18 mei 2014, *AB* 2014, 380, m.nt. J. Wieland.

110 Een verruiming van dit begrip naar situaties waarin meerdere aanvragers meedingen voor een subsidie waarvoor een subsidieplafond geldt, is zoals gezegd door de Afdeling afgewezen. Zie in meer detail in dit hoofdstuk, § 4.2.1.

111 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378 (*Edufax*), r.o. 4.1; ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794 (*Vogelaarheffing*), r.o. 4.1; ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847 (*NPO*), r.o. 2.4.2; Vzr. CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG1736 (*Openbaar Vervoer Zuidoost Fryslân 2008-2016*), r.o. 6.3.

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

113 ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847 (*NPO*), r.o. 2.4.1. De rechtbank had geoordeeld dat eisers voldoende hadden 'toegelicht dat de diverse manieren van het aanbieden van programma's naar elkaar toegroeien'. Rb Amsterdam 24 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8591 (*NPO*), r.o. 2.2.

114 ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195 (*Stichting NOB*), r.o. 2.6.1.

jurisprudentie volgt dat 'de geleden schade slechts tot op zekere hoogte aannemelijk gemaakt behoeft te worden'.[115]

Zodoende was het beeld tot begin 2013 dat artikel 1:2 Awb niet in de weg stond aan een beroep op het staatssteunrecht door een concurrent.[116] In veel van de bestudeerde uitspraken waarin de eisende partij tot die tijd opkwam tegen een aan een ander gericht besluit, komt de belanghebbendheid niet eens aan de orde.[117] Een dergelijk ruime toegang past bij het oorspronkelijke uitgangspunt van de bestuursrechter als beoordelaar van de objectieve rechtmatigheid van besluiten. De Afdeling geeft zelf de verklaring dat 'het hier alleen gaat om de vraag of eiseressen belanghebbenden zijn en dus of zij toegang tot de bestuursrechter hebben'.[118] Een meer indringende toets van artikel 1:2 Awb zou betekenen dat de bestuursrechter al bij de beoordeling van de ontvankelijkheid naar meer inhoudelijke argumenten moet kijken.[119]

Inmiddels lijkt de Afdeling, wellicht naar aanleiding van de toenemende subjectivering van het bestuursprocesrecht, haar toets te hebben aangescherpt. Dat blijkt het sterkst uit de zogenaamde 'Vogelaarwijken'-uitspraak.[120] Aan de orde zijn subsidies die aan een aantal woningcorporaties zijn verstrekt. De corporaties die bij de subsidieverstrekking buiten de boot vielen zijn tegen de subsidiebesluiten in bezwaar en beroep gegaan. In beroep staat niet ter discussie dat zij actief zijn op hetzelfde marktsegment als de gesubsidieerde corporaties, en een handvol woningcorporaties is volgens de Afdeling ook actief in hetzelfde verzorgingsgebied. Echter: volgens de Afdeling zijn zij er niet in geslaagd om aannemelijk te maken dat de aan de andere woningcorporaties verleende subsidies zullen leiden tot omzetverlies. Dat is een strengere eis dan voorheen. Het (daadwerkelijk) bestaan van omzetschade lijkt namelijk te zijn uitgegroeid van belangrijke factor bij de beoordeling bij de belanghebbende tot apart en cumulatief vereiste.[121] In het licht van deze uitspraak zijn

115 ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847 (*NPO*), r.o. 2.4.2. Het maakt daarom niet uit dat het overgelegde schaderapport niet op alle bestreden besluiten betrekking heeft en dat het in plaats van een berekening van de daadwerkelijk geleden schade slechts een prognose geeft van de te verwachten schade. Ook: ABRvS 13 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO0270 (*NPO*), r.o. 2.6.

116 Zie voor de periode tot 1 november 2005: Adriaanse 2006, p. 245-252. Dat de bestuursrechter niet per se ook soepel omging met de *inhoudelijke* beoordeling of sprake is van concurrentievervalsing, blijkt uit ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191 (*Coach4Kids*), *AB* 2011, 232, m.nt. W. den Ouden.

117 Daarbij wordt soms wel genoemd dat eiseressen in een concurrentieverhouding staan met de vermeende steunontvangers. Rb Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1202 (*Tele2*); Rb Rotterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6273 (*VCR*).

118 Rb 's-Hertogenbosch 9 juli 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN2990 (*Stichting NOB*), r.o. 37. Zie ook Adriaanse 2006, p. 252 en Wieland 2013a, par. 4.

119 Van Ettekoven 2009, p. 79.

120 ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794 (*Vogelaarwijken*). Daarna: ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378 (*Edufax*), r.o. 5.3.

121 W. Den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2013-02-06) (Dwingend bestemmingsverband tussen heffing en subsidie maakt van betalers…)', *AB* 2013, 263.

voor dit hoofdstuk twee vragen van bijzonder belang: heeft de Afdeling met haar uitspraak in *Vogelaarwijken* de aanzet gegeven tot een beperktere toegang van zich op het staatssteunrecht beroepende concurrenten tot de bestuursrechter? En hoe verhoudt dit zich tot het doeltreffendheidsbeginsel?

Als de Afdeling beoogd heeft de toegang tot de bestuursrechter te beperken, zou dat niet geheel onbegrijpelijk zijn. Het kan aantrekkelijk zijn om de optie open te houden om een inhoudelijke beoordeling van het zo lastige staatssteunrecht in bijzonder gevoelige zaken zoals deze achterwege te kunnen laten, of om door een aanscherping van belangvereisten een gepercipieerde toestroom aan 'oneigenlijke' staatssteunberoepen te kunnen stremmen.[122] Onder omstandigheden kan de toepassing van het belanghebbendebegrip worden gebruikt als een soort 'schietstoel' om te voorkomen dat een inhoudelijk oordeel moet worden geveld in complexe en gevoelige zaken waarin het bestaan van staatssteun of de noodzaak om daartegen op te treden niet evident is.

Het is echter niet vanzelfsprekend dat de Afdeling het belanghebbendebegrip hier principieel heeft willen aanscherpen. Ten eerste gaat het in dit geschil om een bijzondere situatie: de uitspraak volgt op een eerdere uitspraak van de Afdeling waarin na lang wikken en wegen is geoordeeld dat de subsidiebesluiten in kwestie geen onrechtmatige staatssteun opleveren.[123] Deze uitspraak is stevig bekritiseerd,[124] zodat de Afdeling er mogelijk weinig heil in zag om in de zaak *Vogelaarwijken* opnieuw een inhoudelijk oordeel te vellen. Daarbij kan ook het idee een rol hebben gespeeld dat de Commissie, die van de ontwikkelingen rond de staatssteun aan de Vogelaarwijken zeer goed op de hoogte was, zo nodig alsnog de terugvordering van de steun kan bewerkstelligen. Onjuist in het licht van de taakverdeling tussen de nationale rechter en de Europese Commissie, maar toch een pragmatische oplossing in een complexe casus als deze. Ten tweede krijgt de in deze uitspraak uitgezette strengere lijn in de jurisprudentie van de lagere bestuursrechters[125] en het CBb[126] geen weerklank. Ook de Afdeling heeft, in de latere uitspraak *Edufax*, de harde eis dat omzetschade wordt aangetoond niet herhaald.[127] Dat gezegd

122 Zo is geopperd dat een bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste een halt zou kunnen toeroepen aan het vermeende oneigenlijke gebruik van de staatssteunregels. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 62.

123 De 'overgeslagen' woningcorporaties hebben door middel van heffingen de subsidies moeten financieren en ook daar over geprocedeerd, zie ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*). Overigens volgde ook uit de omstandigheid dat de overgeslagen corporaties de heffing hebben moeten betalen volgens de Afdeling niet dat zij bij de daaruit voortvloeiende subsidiebesluiten een rechtstreeks belang hadden.

124 Dat blijkt onder meer uit gesprekken met werknemers bij de Europese Commissie. Zie ook S.C.G. Van den Bogaert en A.J. Metselaar, 'Noot bij ABRvS (2011-11-2) (Staatssteun)', *AB* 2012, 156.

125 Geen belemmeringen op basis van art. 1:2 Awb bestonden in Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*).

126 CBb 30 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:31 (*Broadcast Newco Two*), r.o. 4.1.2.

127 ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378 (*Edufax*), r.o. 5.3.

hebbende: ook in die uitspraak zijn de beroepen op grond van artikel 1:2 Awb niet-ontvankelijk verklaard, terwijl de niet-ontvankelijkheid zoals gezegd tot die tijd nauwelijks werd uitgesproken. Ook als van een principiële aanscherping geen sprake was, impliceert dit toch een (feitelijke) beweging in de richting van een strengere toepassing van het belanghebbendebegrip in staatsteunzaken.[128]

Genuanceerd of niet, de aanscherping van het belanghebbendebegrip in de zaak *Vogelaarwijken* staat op gespannen voet met het doeltreffendheidsbeginsel.[129] Het is namelijk zeker geen uitgemaakte zaak dat de zich op het staatssteunrecht beroepende woningcorporaties niet binnen het beschermingsbereik van de standstillbepaling vielen.

> Het doeltreffendheidsbeginsel komt in het gedrang wanneer moet worden aangenomen dat de overgeslagen woningcorporaties concurrenten van de vermeende steunontvangers zijn en daarmee aan de opschortingsplicht rechten kunnen ontlenen, terwijl zij deze bepaling niet voor de Nederlandse rechter kunnen inroepen.[130] Hoewel op basis van het Unierecht niet zonder twijfel kan worden vastgesteld wie als concurrent moet worden beschouwd, valt moeilijk vol te houden dat geen enkele van de betrokken woningcorporaties onder dat begrip valt. De redenering daarvoor luidt als volgt: het staat buiten kijf dat sprake is van concurrentie op de woningmarkt.[131] Hoewel daarmee niet gezegd is dat iedere deelnemer op de woningmarkt zich *dus* in rechte op een schending van het staatssteunrecht moet kunnen beroepen, heeft de uitspraak van de Afdeling tot gevolg dat een dergelijk beroep in feite voor geen van de deelnemers openstaat. De implicatie dat niet aannemelijk is[132] dat een subsidie aan de ene woningcorporatie leidt tot omzetverlies bij een andere woningcorporatie roept onmiddellijk de vraag op wie zich dan wél in een dergelijk geval op een schending van het staatssteunrecht kan beroepen. De subsidie wordt per slot van rekening gebruikt voor de verbetering

128 Vgl. Van den Tweel 2015, p. 557. Hij signaleert dat de rechter, indirect daarin gesteund door de Uniewetgever, de kring van belanghebbenden die zich op staatssteun kunnen beroepen strikt beperkt tot de rechtstreekse (al dan niet potentiële) concurrenten.

129 Als die aanscherping alleen in staatssteunzaken geldt, komt de uitspraak van de Afdeling ook in strijd met het Unierechtelijk gelijkwaardigheidsbeginsel. W. Den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2013-02-06) (Dwingend bestemmingsverband tussen heffing en subsidie maakt van betalers…)', *AB* 2013, 263.

130 Zie eerder in dit hoofdstuk § 4.3.1.

131 De Commissie heeft namelijk al vastgesteld dat de subsidiebesluiten staatssteun inhouden en dus leiden tot (mogelijke) vervalsing van de concurrentie. Besluit van de Commissie van 15 december 2009 inzake steunmaatregelen E 2/2005 en N 642/2009 – Nederland – Bestaande steun en bijzondere projectsteun voor woningcorporaties (C(2009)9963 def).

132 Deze redenering houdt geen rekening met de mogelijkheid dat de woningcorporaties gewoon te weinig hebben aangevoerd om dit aannemelijk te maken. Dat is ook niet erg waarschijnlijk; het gaat hier tenslotte om een high-profile zaak waarin, anders dan in behoorlijk wat andere zaken waarin een beroep op het staatssteunrecht is gedaan, aannemelijk is dat appellanten de onderste steen boven hebben gehaald, mits zij uiteraard die kans hebben gekregen.

van de leefomgeving in wijken waarin die corporatie actief is en kan dus leiden tot een verbetering van zijn concurrentiepositie ten opzichte van de overgeslagen woningcorporaties.

De Afdeling ziet dat anders. Van een schending van het doeltreffendheidsbeginsel is volgens de Afdeling namelijk alleen sprake wanneer de overgeslagen corporaties aanspraken kunnen ontlenen aan het Unierecht. Dat is nu niet het geval, aldus de Afdeling, 'nu de belangen van de betalende corporaties niet rechtstreeks zijn betrokken bij de steunbesluiten'.[133] Dit is een merkwaardige cirkelredenering. Dat voor de toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel de prealabele vraag moet worden gesteld naar het beschermingsbereik van het toepasselijke recht, is niet vreemd en werd hiervóór ook al geconcludeerd.[134] Wél vreemd is dat de Afdeling dit beschermingsbereik blijkbaar koppelt aan zijn eigen toepassing van het begrip 'concurrentiebelang' in de context van artikel 1:2 Awb. Dat verhoudt zich slecht tot het grondprincipe dat het Hof van Justitie (de reikwijdte van) het Europees recht uitlegt.[135] Op deze manier ontstaat het risico dat partijen die binnen het beschermingsbereik van de opschortingsplicht vallen omwille van een Nederlandsrechtelijke uitleg van het begrip concurrentiebelang bestuursrechtelijke rechtsbescherming ontberen. Dat niet duidelijk is hoe het begrip concurrentiebelang in staatssteunzaken naar Europees recht moet worden uitgelegd, doet daar niet aan af en kan eventueel aanleiding geven tot een prejudiciële vraag.

4.5.1.2 De geadresseerde van een besluit als belanghebbende in staatssteunzaken

In het bestuursrecht komt het regelmatig voor dat partijen in staatssteunzaken rechtsmiddelen aanwenden tegen besluiten waarvan zij zelf de geadresseerde zijn.[136] Gedacht kan worden aan de situatie waarin een zorgverzekeraar opkomt tegen de vaststelling van een, volgens hem te hoge, door hem te betalen bijdrage. In staatssteunrechtelijk opzicht zijn deze partijen vaak concurrenten van de vermeende steunontvanger omdat zij betogen dat de bestreden besluiten (of de regelgeving waarop zij zijn gebaseerd) leiden tot een oneerlijk voordeel

133 ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794 (*Vogelaarwijken*), r.o. 6.2.

134 Zie hierboven § 4.3.1.

135 Dat uitgangspunt volgt al uit artikel 267 VWEU. HvJ EU 16 januari 1974, nr. 166/73 (*Rheinmühlen Düsseldorf*). Zie ook Weatherill 2012, p. 158; Barkhuysen 2007, p. 329; Lenz 1994, p. 389-91. W. Den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2013-02-06) (Dwingend bestemmingsverband tussen heffing en subsidie maakt van betalers…)', *AB* 2013, 263. In andere uitspraken heeft de Afdeling wel op basis van Europese jurisprudentie en regelgeving het beschermingsbereik van een Europese norm bepaald. ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1295, r.o. 13.3-4.

136 Bijv.: ABRvS 23 februari 2011, ECLI:NLRVS:2011BP5454 (*Agis Zorgverzekeringen*); CBb 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaart Ziekenhuis*); CBb 19 oktober 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB6760 (*Radlon Media Limited*); Rb 's-Gravenhage 26 september 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BB2397 (*Wet op de kansspelen*).

voor ondernemingen op dezelfde markt.[137] Omdat zij geadresseerden zijn, voldoen deze partijen echter al los van hun eventuele status als concurrent aan de eisen van artikel 1:2 Awb. In deze context komt de vraag of de eisende partij daadwerkelijk concurreert met de vermeende steunontvanger bij de toepassing van het belanghebbendebegrip niet aan de orde.

Daarmee is echter nog niet gezegd dat de bestuursrechter aan hun beroep de gevolgen zal verbinden die zij op het oog hebben. Dat is een vraag die ziet op het belang van partijen bij het door hen beoogde doel. Daar komt bij dat het op zijn minst in theorie ook mogelijk is dat beroepen van 'geadresseerde concurrenten' sneuvelen op het in 2013 geïntroduceerde relativiteitsvereiste. Daarover gaan de volgende twee paragrafen.

4.5.1.3 Concurrenten bij de bestuursrechter: relativiteit

Sinds begin 2013 geldt in het bestuursrecht naast het belanghebbendebegrip het relativiteitsvereiste. De mogelijkheid van het toepassen van zo'n vereiste in het bestuursrecht is in de context van het staatssteunrecht al eerder geopperd om een halt te kunnen toeroepen aan vermeend oneigenlijk gebruik van de staatssteunregels.[138] Het ligt voor de hand, en is ook in de jurisprudentie van de Afdeling bevestigd, dat dit vereiste aan concurrenten van vermeende steunontvangers niet wordt tegengeworpen.[139] Wanneer een justitiabele zijn belang in de zin van artikel 1:2 Awb ontleent aan zijn hoedanigheid als geadresseerde van het bestreden besluit, kan zijn status als concurrent zodoende nog aan de orde komen bij de toepassing van artikel 8:69a Awb.

Een interessante vraag is dan hoe de Afdeling (en mogelijk de overige bestuursrechters) het begrip 'concurrent' zal uitleggen en of daarbij zal worden aangesloten bij de betekenis in de context van artikel 1:2 Awb. In de rechtspraak is op deze vraag nog geen antwoord geformuleerd. In de hiervoor besproken *Vogelaarwijken*-uitspraak lijkt de Afdeling op dit punt in ieder geval geen principieel verschil tussen de toepassing van het belanghebbendebegrip en het relativiteitsvereiste te zien. Hoewel die uitspraak namelijk gaat over het belanghebbendebegrip, oordeelt de Afdeling daar in wezen dat niet-concur-

137 Zie voor een vergelijkbare problematiek in dit hoofdstuk § 4.5.4, over de omwonende die opkomt tegen een bestemmingsplan. Zie, ook meer in het algemeen over het onderscheid tussen concurrent en concurrentiebelang, Wieland 2013b, par. 3.1.

138 Metselaar en Adriaanse 2011, p. 62. Vgl. Van Herwijnen 2012. Die mogelijkheid werd overigens al eerder geboden via art. 1.9 Chw.

139 ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265 (*SNS Reaal*), r.o. 11.1, met verwijzing naar HvJ EU 13 januari 2005, nr. C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), r.o. 19. Dat kan anders liggen wanneer een concurrent als derde-partij wil optreden op grond van artikel 8:26 Awb. Toelating als derde-partij vindt in de regel niet plaats wanneer de toelating wordt gevraagd vanwege een tegengesteld belang. Bijv. Rb Rotterdam 2 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7917 (*Vodafone*), r.o. 5.1-2.

renten (in de zin van artikel 1:2 Awb) aan het staatssteunrecht geen rechten kunnen ontlenen.

> Wie niet binnen het beschermingsbereik van de standstillbepaling valt, staat niet helemaal met lege handen. In een belangrijke recente uitspraak heeft de Afdeling, in navolging van staatsraad A-G Widdershoven, geoordeeld dat de schending van een norm die niet de bescherming beoogt van de belangen van een belanghebbende, en die op zichzelf genomen dus niet tot vernietiging zou kunnen leiden, onder omstandigheden kan bijdragen tot het oordeel dat het vertrouwensbeginsel of gelijkheidsbeginsel is geschonden.[140] Dit gezegd hebbende: deze 'correctie Widdershoven'[141] lijkt voor de *handhaving* van het staatssteunrecht van beperkte betekenis. Het bestreden besluit komt weliswaar alsnog voor vernietiging in aanmerking, maar 'alleen' vanwege de schending van het vertrouwensbeginsel en/of het gelijkheidsbeginsel. Voor het verbinden van gevolgen aan de schending van de standstillbepaling, waarvoor doorgaans meer nodig is dan de vernietiging van het bestreden besluit (zie in hoofdstuk 7 § 7.2.3) zijn dan aanvullende handelingen – en waarschijnlijk de nodige Unierechtconforme interpretatie – vereist.

4.5.1.4 Procesbelang en beoogde rechtsgevolgen in zaken voor de bestuursrechter

Concurrenten die zich voor de bestuursrechter op de standstillbepaling beroepen, hebben in sommige gevallen meer of andere consequenties voor ogen dan door het Hof van Justitie voor een schending van de staatssteunregels zijn voorzien. Dit komt regelmatig voor in de gevallen waarin belanghebbenden opkomen tegen aan henzelf gerichte besluiten en dan betogen dat zij slechter worden behandeld dan geadresseerden van vergelijkbare besluiten.[142] In veel gevallen komt het betoog erop neer, althans voor zover het gaat om staatssteun, dat andere ondernemingen in strijd met de standstillbepaling een hogere bijdrage ontvangen of een lagere vergoeding betalen dan de appellant zelf.[143] Te denken valt dan ook aan de situatie waarin een belanghebbende opkomt tegen het besluit waarbij zijn aanvraag is afgewezen op de grondslag dat het beschikbare budget niet toereikend was om die aanvraag te honoreren, terwijl een deel van dit budget volgens de belanghebbende is gebruikt voor

140 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:732, r.o. 18.1.
141 Zoals geïnspireerd door de in het burgerlijk recht bekende correctie Langemeijer.
142 Zie hierboven § 4.5.1.2.
143 Bijv.: ABRvS 23 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP5454 (*Agis Zorgverzekeringen*); ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2816 (*Achmea*); CBb 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaart Ziekenhuis*); CBb 19 oktober 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB6760 (*Radlon Media Limited*); ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Wet op de kansspelen*). Zie ook Rb Rotterdam 4 januari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC3244 (*Slam!FM*).
143 ABRvS 20 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1335 (*Enecal*).

het verlenen van onrechtmatige staatssteun.[144] In sommige gevallen is de insteek van het beroep om ervoor te zorgen dat het oneerlijke voordeel bij de ander wordt weggenomen.[145] Het komt echter ook regelmatig voor dat de appellant via het beroep (meestal impliciet) hoopt door exceptieve toetsing de onverbindendheid van de achterliggende regelgeving te bewerkstelligen en daardoor een in zijn ogen eerlijkere verdeling af te dwingen.[146]

Mocht de rechter met een dergelijk betoog meegaan, levert dit voor de appellant belangrijke nieuwe kansen op. Na vernietiging van het bestreden besluit wordt mogelijk een voor de eisende partij gunstiger besluit genomen. In de gevallen waarin sprake zou zijn van een met het staatssteunrecht strijdige verdeling van vergunningen of andere rechten, zal de verdeling opnieuw moeten plaatsvinden zonder dat aan een van de partijen een voordeel wordt toegekend, zeker wanneer ook de achterliggende regeling wordt aangetast. Deze kansen zijn waarschijnlijk aantrekkelijker dan de terugvordering van de steun bij een ander.[147] Daarnaast is het doorgaans raadzaam voor appellanten in dit soort situaties om waar mogelijk[148] zowel het aan een concurrent gerichte vermeend steunverlenende besluit als het aan henzelf gerichte nadelige besluit aan te vechten – al was het maar om te voorkomen dat de besluiten onaantastbaar worden.[149] Ook wanneer belanghebbenden opkomen tegen een aan een ander gericht besluit, waarin bijvoorbeeld aan de ander een schaars

144 Bijv.: ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3175 (*Herbestemming Kasteel Klimmen*), r.o. 2. In dit kader kan ook worden gedacht aan schaarse rechten zoals frequenties die aan een ander zijn toebedeeld, bijv.: ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847 (*NPO*); CBb 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7946 (*Zondagopenstelling Albert Heijn*).

145 Bijv.: Rb Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1202 (*Tele2*); Rb Rotterdam 12 maart 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA5115 (*VCR*); Rb Rotterdam 9 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AW2324 (*Radlon Media Limited*).

146 Doorgaans valt dit niet expliciet uit de uitspraak af te leiden. In het geval van CBb 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaart Ziekenhuis*) gebeurt dat wel expliciet. Zie ook ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7375 (*Stichting Thuiszorg West-Brabant*). In een geval heeft de concurrent zelfs expliciet aangevoerd dat achterliggende regelgeving buiten toepassing moet worden gelaten zodat een herverdeling (van emissierechten) eerlijker, en voor hem dus minder nadelig, zou worden toegepast. ABRvS 20 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1335 (*Enecal*).

147 Daarnaast blijkt de terugvordering van steun bij de ander moeilijk te bewerkstelligen, zie hoofdstuk 7, § 7.2.3. Ook procedures die gericht zijn op de verbetering van de rechtspositie van de appellant blijken echter zelden te slagen, waarover in meer detail hoofdstuk 7, § 7.3.5.

148 Justitiabelen moeten dan uiteraard bij beide besluiten belang hebben. Dat is niet altijd het geval. Vgl. Hardy 2016, par. 3.3.

149 Dat hiervan maar weinig voorbeelden in de jurisprudentie te vinden zijn, is verklaarbaar. In de mogelijke gevallen waarin justitiabelen inderdaad zowel het aan hen gerichte besluit als het vermeend steunverlenende besluit hebben aangevochten, is het mogelijk dat zij in de tweede procedure onvoldoende belang hadden of dat geen uitspraak meer is gepubliceerd nadat in de procedure over het 'eigen' besluit is geoordeeld dat van een schending van de staatssteunregels geen sprake is.

recht zoals een frequentie is toebedeeld,[150] kunnen zij proberen om een herverdeling te bewerkstelligen die voor hen minder nadelig uitpakt.[151] Soms wordt een dergelijk eigenbelang zelfs uitdrukkelijk aan het procesbelang gekoppeld.[152]

Zoals in hoofdstuk 7 zal blijken, is de bestuursrechter doorgaans niet bereid om met zulke argumenten mee te gaan. Als al voor mogelijk wordt gehouden dat sprake is van onrechtmatige staatssteun, oordeelt de rechter dat het bestreden besluit niet voor vernietiging in aanmerking komt omdat met een beroep op het staatssteunrecht niet het door de appellant beoogde resultaat kan worden bereikt.[153] Het CBb heeft in één geval een meer principiële uitspraak gedaan door te oordelen dat een beroep op de staatssteunregels niet-ontvankelijk was vanwege het ontbreken van procesbelang. De zaak wijkt iets, maar ook weer niet dramatisch, af van de zojuist genoemde gevallen waarin de partijen in wezen een eerlijkere herverdeling voor ogen staan.

> Aan de orde is een subsidie aan twee lege stichtingen die tijdelijk de activiteiten van de gefailleerde zorgaanbieder Meavita moeten overnemen. Daardoor kan de continuïteit van de zorg worden gewaarborgd, maar het is wel de bedoeling dat de zorgactiviteiten uiteindelijk worden doorverkocht aan een andere zorgaanbieder. Daar wringt de schoen, want het lijkt erop dat het verkoopproces niet soepel verloopt. Thuiszorg Service Nederland BV, een thuiszorgaanbieder, hoopt de activiteiten over te nemen, maar hoewel inmiddels een zogenaamde marktplaats is gestart om de activiteiten te verkopen, lijkt Thuiszorg Service naast het net te zullen vissen. Thuiszorg Service komt daarom op tegen de subsidiebesluiten en stelt zich op het standpunt dat met die besluiten onrechtmatige staatsteun wordt verleend. Daarnaast is bij de Europese Commissie over de vermeende staatssteun een klacht ingediend die ten tijde van de uitspraak nog niet tot een beslissing heeft geleid.[154]

In deze zaak ligt een subsidiebesluit ter toetsing voor. Volgens de justitiabele, Thuiszorgservice, komt de subsidie neer op onrechtmatige staatssteun. Echter, terugvordering van die steun zou tot gevolg hebben dat met de subsidie gefinancierde zorgactiviteiten niet kunnen worden uitgevoerd en dát is niet wat Thuiszorgservice voor ogen staat. Wel hoopt zij om de gesubsidieerde

150 CBb 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7946 (*Zondagopenstelling Albert Heijn*); ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847 (*NPO*); Rb Amsterdam 24 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8591 (*NPO*); ABRvS 13 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO0270 (*NPO*).

151 Expliciet in: ABRvS 20 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1335 (*Enecal*).

152 ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847 (*NPO*); Rb Amsterdam 24 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8591 (*NPO*); ABRvS 13 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO0270 (*NPO*); Rb Rotterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6273 (*VCR*), r.o. 2.4; Rb Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1202 (*Tele2*), r.o. 2.4.

153 Zie in meer detail: hoofdstuk 7, § 7.3.4.

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

activiteiten op een marktconforme manier te kunnen overnemen. Om die reden verzoekt Thuiszorgservice het CBb niet om de terugvordering van de steun te gelasten, maar om de beslissing op bezwaar te vernietigen en de zaak terug te wijzen naar het betrokken bestuursorgaan om een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen, 'met inachtneming van alle betrokken belangen, mede in het licht van het verloop van de marktplaats en eventueel na sonderen met de Europese Commissie'.

Interessant genoeg verklaart het College het beroep van Thuiszorgservice niet-ontvankelijk vanwege het ontbreken van procesbelang – een oordeel dat de bestuursrechter in staatssteunzaken maar zelden velt.[155] Het College overweegt dat het verzoek om niet de terugvordering van de subsidie te gelasten 'niet kan worden ingewilligd zonder in strijd te komen met de uit de […] taak van de nationale rechter voortvloeiende verplichting om zodanige maatregelen te nemen dat de toestand vóór de steunverlening wordt hersteld.'[156] Met andere woorden: volgens het CBb eist het Europese staatssteunrecht 'doorpakken' en kan de rechter, wanneer vaststaat dat sprake is van staatssteun, zich niet op verzoek terughoudender opstellen. Nu het doel dat Thuiszorgservice met het instellen van het beroep voor ogen heeft gestaan volgens het College niet kan worden bereikt, ontbreekt het vereiste procesbelang.[157]

Wat deze (stevige) uitspraak voor dit onderzoek bijzonder interessant maakt, is dat het op grond van nationaal procesrecht vereiste procesbelang wordt ingekleurd door middel van de eisen die het Europese recht aan de handhavingstaak van de nationale rechter stelt. 'Als u iets vraagt dat niet kan leiden tot de door het Unierecht beoogde ongedaanmaking van de gestelde mededingingsvervalsing, dan kan ik niets voor u betekenen'. Dat lijkt af te wijken van de 'normale' bestuursrechtelijke benadering van het procesbelang. Er wordt namelijk aan voorbijgegaan dat de vernietiging van de bestreden besluiten wel degelijk kan leiden tot rechtsgevolgen die kunnen bijdragen aan het doel dat de appellanten met het instellen van het beroep hadden, zelfs al zou dit

155 In een aantal geschillen heeft de overheid aangevoerd dat het procesbelang van appellanten was komen te vervallen. Zo zou een door hen bestreden vergunning al zijn verlopen, de eisende partij haar eigen vergunning al hebben overgedragen, of de te betalen vergoeding pas later worden geïnd. Dergelijke argumenten falen echter wanneer door de vernietiging van de bestreden besluiten voor de eisende partijen alsnog kansen kunnen ontstaan (zoals het ontstaan van een recht op schadevergoeding). Bijv.: Rb Amsterdam 24 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8591 (*NPO*), m.n. r.o. 1.2; Rb Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1202 (*Tele2*), m.n. r.o. 2.4; Rb Rotterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6273 (*VCR*), m.n. r.o. 2.4.

156 CBb 13 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6991 (*Thuiszorg Service Nederland*), r.o. 5.8.

157 Vergelijk voor een bijna spiegelbeeldige zaak Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*). Het belang van overheidslichaam Zeeland Seaports ontbreekt omdat het gevorderde verder gaat dan waartoe het Europese recht verplicht.

niet helemaal volgens de letter van het staatssteunrecht zijn.[158] Daar komt bij dat niet vaststaat dat de nationale rechter op grond van Unierecht echt verplicht is om 'door te pakken' wanneer de concurrent daar niet om heeft gevraagd.[159] Bij het CBb leidt deze stevige uitspraak over het vereiste beschermingsniveau bij onrechtmatige staatssteun tot de paradoxale conclusie dat de eisende partij uiteindelijk met lege handen staat omdat het beroep niet-ontvankelijk is. Het is op zijn minst opmerkelijk dat een 'Europese' invulling van het procesbelang in dit geval leidt tot een beperktere toegang tot de rechterlijke beoordeling.[160]

Wat de uitspraak van het CBb voor dit onderzoek extra belangrijk maakt is dat zij valt in te passen binnen een ontwikkeling die ook al bleek uit de *Vogelaarwijken*-uitspraak van de Afdeling. Ook hier lijkt de bestuursrechter – dit keer het CBb – steeds verder te gaan in zijn beoordeling van de ontvankelijkheid van concurrenten, waardoor (of zodat?) niet meer wordt toegekomen aan een daadwerkelijke kwalificatie van de bestreden maatregel in het licht van artikel 107(1) VWEU. De vergelijking met de *Vogelaarwijken*-uitspraak gaat ook in die zin op dat in het geval van *Thuiszorgservice* sprake is van een complexe en politiek gevoelige zaak, waarin de Commissie ook al op enige manier betrokken was.

4.5.2 Heffingbetalers bij de bestuursrechter

Wanneer de betalers van vermeend met het staatssteunrecht strijdige heffingen tegen een heffingsbesluit willen opkomen, levert hun belanghebbendheid doorgaans geen problemen op. Zij zijn immers de geadresseerde van het bestreden besluit. Hoewel sinds 1 januari 2013 het relativiteitsvereiste geldt, mag daarnaast worden aangenomen dat het bezwaar van betalers van heffingen daarop niet zal afketsen.[161] In de uitspraken waarin voor de bestuursrechter heffingen zijn aangevochten, is aan de zich op het staatssteunrecht beroepende partij nooit een belangvereiste tegengeworpen. Of het beroep van een

158 A.J. Metselaar en W. den Ouden, 'Noot bij CBB (2012-09-13) (Procesbelang)', *AB* 2013, 115, aant. 2. Vgl. De Poorter en De Waard 2003, p. 106. De (mogelijke) motieven van partijen bij hun beroep zijn daarbij in beginsel niet relevant. Dat valt althans af te leiden uit ABRvS 7 augustus 2001, *JB* 2001/250, r.o. 2.1 en 2.2.

159 A.J. Metselaar en W. den Ouden, 'Noot bij CBB (2012-09-13) (Procesbelang)', *AB* 2013, 115. Vgl. ook ABRvS 7 augustus 2001, *JB* 2001/205.

160 Gelet op recente rechtspraak van de Hoge Raad zal de gang naar de burgerlijke rechter als 'restrechter' de eisende partij in deze situatie vermoedelijk ook weinig opleveren. Dat lijkt althans te volgen uit de zaak HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*), zie nader in hoofdstuk 7 § 7.4.3.1.

161 ABRvS 25 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BZ2265 (*SNS Reaal*), r.o. 11.1, met verwijzing naar HvJ EU 13 januari 2005, nr. C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), r.o. 19.

heffingbetaler die meent dat met de heffing onrechtmatige staatssteun wordt gefinancierd vervolgens ook zal slagen, is een tweede.[162]

4.5.3 De overheid bij de bestuursrechter

In de uitspraken van de bestuursrechter valt regelmatig terug te zien dat de overheid zich op het staatssteunrecht beroept. Het geschil draait dan om de (door de geadresseerde ongewenste) weigering, wijziging of intrekking van een besluit. De in dit hoofdstuk gestelde vraag in hoeverre de Nederlandse rechter eisen stelt aan het belang van partijen die zich in rechte op een schending van de staatssteunregels beroepen, doet hier op het eerste gezicht wat vreemd aan. De overheid vervult in het bestuursrecht, en overigens ook in het belastingrecht, namelijk een bijzondere positie. Zij is in ieder geval in eerste aanleg procedureel gezien verweerder, zelfs als zij degene is die zich op het staatssteunrecht beroept. Het is de geadresseerde van het eenzijdig vastgestelde weigerings- wijzigings- of intrekkingsbesluit die de stap naar de bestuursrechter zet en daarbij aan de nodige toegangseisen moet voldoen, terwijl de overheid in ieder geval in eerste aanleg verweer voert. Artikel 1:2 Awb zal aan de zich op deze manier verwerende overheid dan ook niet worden tegengeworpen.[163] Hetzelfde geldt voor het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb. Deze bepaling ziet namelijk op de mogelijkheid om een bestreden besluit te vernietigen, terwijl de zich op het staatssteunrecht beroepende overheid in bestuursrechtelijke geschillen juist inzet op de instandlating van dat besluit.

Dit betekent nog niet dat de vermeend steunverlenende overheid zonder meer en in alle gevallen het staatssteunrecht mag inroepen. Bestuursorganen moeten uiteraard rekening houden met, verder in dit hoofdstuk niet besproken, procedurele vereisten zoals de eerbiediging van de goede procesorde en het gezag van gewijsde, voor zover deze niet in strijd komen met het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel.[164] Daarnaast is het denkbaar dat de voor private partijen in belangvereisten besloten vraag of een beroep op de staatssteunregels is geoorloofd, voor bestuursorganen in andere eisen besloten ligt. De rechter kan bijvoorbeeld wel beoordelen of het specialiteitsbeginsel in acht is genomen. Het specialiteitsbeginsel houdt kortweg in dat de belangenafweging door een bestuursorgaan op grond van artikel 3:4 lid 1 Awb beperkt dient te blijven tot die belangen die de desbetreffende wet beoogt

162 Dat onderwerp komt aan de orde in hoofdstuk 7 § 7.3.5.

163 Dit geldt althans voor de *steunverlenende* overheid. Deze bespreking ziet dus niet op de hypothetische mogelijkheid dat een bestuursorgaan zich *jegens een ander*, steunverlenend bestuursorgaan op de staatssteunregels zou willen beroepen (vgl. art. 1:2 lid 2 Awb).

164 Zo heeft het CBb geweigerd een te laat ingebracht document bij de inhoudelijke beoordeling van de zaak te betrekken. CBb 8 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8212 (*MEP subsidies*), r.o. 3.1. Zie over het gezag van gewijsde bijv. Rb Maastricht 19 juli 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB0521 (*Wyckerveste*), r.o. 2. Zie ook in dit hoofdstuk § 4.1.1 en § 4.3.3.

te beschermen.[165] Aan een zich op de staatssteunregels beroepende overheid zou dus kunnen worden tegengeworpen dat de aan de bestreden beslissing ten grondslag liggende norm (zoals bijvoorbeeld een bepaling uit een subsidieverordening) een toetsing aan de staatssteunregels niet toelaat. Dergelijke argumenten zijn in de bestudeerde jurisprudentie niet expliciet aan bod gekomen.

In de bestudeerde jurisprudentie is daarnaast een aantal keer aan de orde gekomen of een bestuursorgaan bevoegd was om een bepaald besluit te nemen waarmee de verlening van onrechtmatige staatssteun moest worden voorkomen of ongedaan gemaakt.[166] In de zaak *X-Flow* heeft de Afdeling geoordeeld dat het staatssteunrecht het dagelijks bestuur van het waterschap Regge en Dinkel er in de omstandigheden van die zaak niet toe verplichtte, de op grond van artikel 4:51 Awb vereiste redelijke termijn buiten toepassing te laten.[167] Deze uitspraak zegt op het eerste gezicht weinig over belangvereisten zoals zij in dit hoofdstuk aan de orde komen. Toch is de uitspraak het benoemen waard omdat deze een interessante parallel vertoont met de hierna te bespreken civielrechtelijke zaak *Zeeland Seaports* waar het ontbreken van een Unierechtelijke verplichting om op te treden leidde tot het ontbreken van het voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW.[168] De vraag of een beroep op de staatssteunregels mag worden gedaan kan zodoende ook indirect aan de orde komen, via de vraag of een bestuursorgaan bevoegd is om op een bepaalde manier op te treden, of eventueel via de vraag of het bestuursorgaan zijn optreden afdoende heeft gemotiveerd of voldoende zorgvuldig heeft voorbereid.

4.5.4 Omwonenden (en concurrenten?) in de sfeer van de ruimtelijke ordening

Bijzondere aandacht komt toe aan het in de bestudeerde jurisprudentie verreweg meest voorkomende staatssteungeschil: het beroep tegen besluiten in de sfeer van de ruimtelijke ordening ('RO-besluiten').[169] RO-besluiten worden geacht er niet toe te dienen om de concurrentieverhoudingen te regelen.[170] Voor een beroep op de staatssteunregels leek in deze context dan ook weinig ruimte te bestaan. In 2004 heeft de bestuursrechter echter voor het eerst geoordeeld dat, nu een bestuursorgaan bij besluiten ten aanzien van de ruimtelijke

165 Vgl. ABRvS 18 september 2002, *AB* 2003, 57.
166 Bijv.: ABRvS 25 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4923 (*X-Flow*); ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416 (*BPM*).
167 ABRvS 25 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4923 (*X-Flow*), r.o. 2.6.4.
168 Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*). Zie nader in dit hoofdstuk § 4.6.3.
169 Zie bijlage I voor een opsomming.
170 ABRvS 5 februari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF3961, r.o. 2.6.3; ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8294, r.o. 2.3.1.

ontwikkeling ook de financiële uitvoerbaarheid daarvan moet beoordelen, het bestaan van onrechtmatige staatssteun tot de vernietiging van dat besluit kan leiden.[171] Deze uitspraak betekent onder meer dat wie belanghebbend is ten aanzien van een RO-besluit, in het beroep tegen dat besluit ook staatssteunargumenten mag aanvoeren – ongeacht of hij een concurrentiebelang heeft. Te denken valt dan aan omwonenden, maar ook bijvoorbeeld aan milieuorganisaties of zelfs politieke partijen.[172] Daarmee is de deur voor een beroep op de standstillbepaling in het ruimtelijkeordeningsrecht wijd opengezet.

Té wijd misschien, als men ziet hoeveel van de bestudeerde staatssteungeschillen zien op RO-besluiten. Dit, terwijl de partijen zelden het ongedaanmaken van de door de vermeende staatssteun veroorzaakte concurrentievervalsing voor ogen lijken te hebben.[173] Het is waarschijnlijk dat het staatssteunrecht in een wezenlijk deel van zulke gevallen als juridisch breekijzer wordt gebruikt om de verwezenlijking van bijvoorbeeld een bestemmingsplan te blokkeren.[174] De vraag is dan ook gerechtvaardigd in hoeverre de bestuursrechter paal en perk kan stellen aan het veelvuldig inroepen van de staatssteunregels in RO-zaken. De Afdeling lijkt dit al indirect te hebben gedaan, door het hanteren van een vrij strenge toets. De bestuursrechter toetst namelijk niet zozeer of sprake is van onrechtmatige staatssteun, maar of de uitvoerbaarheid van het RO-besluit naar Nederlands recht op de tocht komt te staan door de mogelijkheid dat de steun wordt teruggevorderd.[175] Die toets heeft de Afdeling in 2011 nog eens aangescherpt.[176] In het licht van het voorgaande wellicht niet zo verrassend, want het aanscherpen van zo'n inhoudelijke toets kan een goede manier zijn om de toestroom van zaken in te dammen.

---

171 ABRvS 6 mei 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO8853 (*Haaksbergen*), r.o. 2.4.4.

172 Van dat laatste zou volgens Van Herwijnen 2012, p. 11, sprake zijn in de zojuist genoemde uitspraak *Haaksbergen*. Te denken valt ook mogelijkerwijs ook aan belangenverenigingen op grond van art. 1:2 lid 3 Awb. Vgl. Rb Assen 21 maart 2011, ECLI:NLRBASS:2011:BU2048 (*Omwonenden Luchthaven Eelde*); ABRvS 8 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3969, r.o. 2.4.2.

173 Dat beeld wordt versterkt door de omstandigheid dat partijen die opkomen tegen een RO-besluit slechts zelden ook opkomen tegen de vermeend steunverlenende handeling zelf, zoals de subsidie die bij het beoogde project zal worden verleend of de overeenkomst waarbij de grond voor een niet-marktconforme prijs aan een projectontwikkelaar zou worden verkocht. Een uitzondering: Vzr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*). T.E.P.A. Lam, 'Noot bij ABRvS (2011-04-13) (Bestemmingsplan. Financiële uitvoerbaarheid en staatssteun. Aanbestedingsrecht)', *AB* 2011, 12, aant. 4, vermoedt dat omwonenden bij de burgerlijke rechter zullen stuklopen op art. 3:303 BW. Vgl. P.C. Adriaanse, 'Noot bij ABRvS (2008-06-11) (Vernietiging bestreden besluit omtrent verlenging start- en landingsbaan vliegveld Eelde)', *AB* 2008, 371, aant. 3.

174 Van Herwijnen 2012; Metselaar en Adriaanse 2011, p. 62; Sterk 2009. Vgl. Baart 2012, p. 22-3.

175 Zie uitvoeriger: A.D.L. Knook, 'Noot bij ABRvS (2013-05-29) (Hier wordt de vraag beantwoord…)', *BR* 2013, 102.

176 ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077 (*Centrum Haaren*).

> Men zou zich kunnen afvragen of een dergelijke toets beantwoordt aan de eisen van het Europese staatssteunrecht. In hoofdstuk 7 wordt die vraag bevestigend beantwoord; de aantasting van een RO-besluit is namelijk slechts een zeer indirecte methode om een vermeende schending van de staatssteunregels te verhelpen. Het besluit wordt gemeten aan de aan het Nederlands ruimtelijke ordeningsrecht ontleende eis van de financiële uitvoerbaarheid van het besluit, terwijl het doorgaans mogelijk moet zijn om de steunverlenende handeling zelf (een grondtransactie of een subsidiebesluit) in een andere procedure aan te vechten.[177]

Een verdere en in potentie belangrijke manier om de toestroom van RO-zaken te beperken is de toepassing van het relativiteitsvereiste. In de literatuur is al eerder geopperd dat het relativiteitsvereiste in de vorm van artikel 8:69a Awb of zijn voorganger artikel 1.9 Crisis- en herstelwet mogelijk oneigenlijk gebruik van de staatssteunregels in RO-zaken kan beperken.[178] De bestuursrechter kan dan oordelen dat de standstillbepaling niet strekt tot de bescherming van de belangen van justitiabelen in RO-zaken, en de bestreden besluiten in stand laten. Van deze mogelijkheid heeft de Afdeling nog geen gebruik gemaakt.[179] Bij een dergelijke redenering is echter voorzichtigheid geboden. De toepassing van het relativiteitsvereiste is in deze context namelijk zeker niet evident.

Ten eerste is het niet duidelijk of artikel 108 lid 3 VWEU niet – laat staan: *kennelijk* niet – strekt tot bescherming van de belangen van de betrokken partijen.[180] Ook als vaststaat dat niet alle belanghebbenden bij een RO-besluit onder het beschermingsbereik van de standstillbepaling vallen, dan nog zullen sommige belanghebbenden bij het RO-besluit wél een concurrentiebelang hebben en dus onder het beschermingsbereik vallen. Als hun concurrentiebelang in het kader van artikel 1:2 Awb niet al expliciet aan de orde is gekomen,[181] bijvoorbeeld omdat zij al als omwonende een rechtstreeks belang hebben, moet worden voorkomen dat het relativiteitsvereiste aan de vernietiging van het door hen bestreden besluit in de weg staat. De bestuursrechter moet dan (ambtshalve) alsnog het bestaan van een concurrentiebelang onderzoeken, en het is nog maar de vraag of hij op zo'n aanvullende toets zit te wachten.[182]

---

177 Zie specifiek in hoofdstuk 7 § 7.3.6.

178 Bijv. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 62; R.D. Boesveld, 'Noot bij ABRvS (2011-04-13) (Haaren)', *Gemeentestem* 2011, 108, aant. 6.

179 Überhaupt komt het relativiteitsvereiste in RO-procedures binnen de context van staatssteun zelden aan de orde, nu de aangevoerde gronden over het algemeen toch niet tot vernietiging van het bestreden besluit leiden.

180 Zie daarover in meer detail in dit hoofdstuk § 4.3.2.

181 Het is ook mogelijk dat iemand belanghebbende bij een dergelijk besluit is omdat zijn concurrentiebelangen daarbij betrokken zijn. Zie bijv. ABRvS 1 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ6827.

182 Zie in relatie tot de Crisis- en herstelwet: *Kamerstukken I* 2009/10, 32 127 C (MvA Chw), p. 30-1.

Ten tweede valt sterk te betwijfelen of de toepassing van het relativiteitsvereiste in dit soort zaken afhangt van het beschermingsbereik van de *standstillbepaling*. De standstillbepaling wordt zoals gezegd namelijk niet rechtstreeks getoetst, maar over de band van de financiële uitvoerbaarheid van het bestreden RO-besluit. De vermeende schending van de standstillbepaling vult deze norm alleen nader in. Aangenomen dat het Unierecht deze indirecte toetsing over de band van de financiële uitvoerbaarheid toelaat, is de echte vraag in het licht van artikel 8:69a Awb dan ook wiens belangen door de eis van de financiële uitvoerbaarheid moeten worden beschermd.

Deze benadering heeft ook de rechtbank Midden-Nederland gekozen.[183] Aan de orde is een omgevingsvergunning voor het oprichten van een bioscoopvoorziening in Utrecht. Eiseressen betogen onder meer dat het bouwplan financieel niet uitvoerbaar is zonder ontoelaatbare staatssteun en dat het besluit dus moet worden vernietigd. De rechtbank oordeelt anders. Met de eis van de economische uitvoerbaarheid van een bouwplan zou namelijk beoogd worden

> 'de bij het daadwerkelijk realiseren van een bouwplan betrokken belangen te beschermen, waaronder in ieder geval begrepen die van grondeigenaren en grondgebruikers in de nabije omgeving van het perceel waarop het bouwplan is voorzien. *Daaronder wordt niet begrepen* de belangen van een concurrent die niet in de nabijheid van het perceel is gevestigd. Gelet hierop kan dat wat eiseressen over de economische uitvoerbaarheid van het bouwplan aanvoeren, op grond van artikel 8:69a van de Awb niet leiden tot vernietiging van het bestreden besluit.'[184]

Dit is een trendbreuk en de implicaties ervan zijn niet mis te verstaan. Met deze toepassing van het relativiteitsvereiste oordeelt de rechtbank onomwonden dat de eventuele vernietiging van een RO-besluit vanwege mogelijk onrechtmatige staatssteun niet dient tot handhaving van de standstillbepaling, maar tot het waarborgen van de Nederlandse eis van de financiële uitvoerbaarheid van het bouwplan. Sterker nog: *juist* concurrenten, die aan de standstillbepaling bescherming ontlenen, kunnen niet met succes opkomen tegen een RO-besluit waarbij staatssteun betrokken zou zijn.

Of het oordeel van de rechtbank Midden-Nederland in de bestuursrechtelijke rechtspraak navolging zal vinden valt nog moeilijk te zeggen. Daarvóór pleit dat de rechtbank zich heeft laten inspireren door vaste jurisprudentie van de Afdeling, die recent nog is bevestigd.[185] Een echo van de benadering van deze rechtbank weerklinkt daarnaast in een latere uitspraak van de recht-

183 Rb Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3285 (*Omgevingsvergunning bioscoopvoorziening*).

184 Rb Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3285 (*Bioscoopvoorziening*), r.o. 9.1. Cursivering door AJM.

185 Met verwijzing naar ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:96, zoals later onder meer bevestigd in ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:732.

bank Oost-Brabant. De Afdeling lijkt daarentegen nog geen aanleiding te hebben gezien om ten aanzien van staatssteunberoepen in RO-geschillen op dit punt 'om' te gaan,[186] maar ruimte daarvoor bestaat nog steeds. Op basis van de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant en de jurisprudentie van de Afdeling valt wel een nuancering aan te brengen: wie opkomt voor zijn concurrentiebelang kan zich naar verwachting toch op de eis van de financiële uitvoerbaarheid beroepen wanneer hij in de onmiddellijke nabijheid van het plangebied is gevestigd[187] of wanneer zijn belang bijvoorbeeld (mede) besloten ligt in het voorkomen van leegstand.[188] Ook de hierboven al genoemde correctie-Widdershoven kan hier soelaas bieden: schending van de eis van financiële uitvoerbaarheid kan bijdragen tot het oordeel dat het vertrouwensbeginsel of gelijkheidsbeginsel is geschonden, mits aan de eisen die voor deze beginselen gelden is voldaan.[189]

Als de benadering van de rechtbank Midden-Nederland in de Nederlandse jurisprudentie zou worden overgenomen, lijkt me dit vanuit het doelmatigheidsbeginsel niet problematisch. Willen concurrenten de bij een bestemmingsplan vermeend betrokken staatssteun aan de orde stellen, dan kunnen zij immers een directere route bewandelen door het aanvechten van het subsidiebesluit of de overeenkomst waarin de steun volgens hen ligt besloten.[190] Bezien vanuit de ruimtelijke ordening brengt een dergelijke benadering echter wel de nodige risico's met zich. Wanneer namelijk in de procedure over het subsidiebesluit of de overeenkomst wordt geoordeeld dat de steun moet worden teruggevorderd, kan die terugvordering ertoe leiden dat het plan niet kan worden uitgevoerd, terwijl deze nadelige gevolgen in de bestuursrechtelijke procedure tegen het plan mogelijk niet zijn betrokken omdat het relativiteitsvereiste daaraan in de weg stond. In hoeverre dit een probleem is, moet naar Nederlands recht worden beoordeeld. Wel staat het Unierecht eraan in de weg dat in de procedure over het subsidiebesluit of de overeenkomst rekening wordt gehouden met de verstrekkende gevolgen die de terugvordering van de steun zal hebben voor de uitvoerbaarheid van het daaraan verbonden bestemmingsplan.[191]

186 Rb Oost-Brabant 19 februari 2016, ECLI:NL:RBBOBR:2016:586 (*Kom Zuid Rosmalen*), r.o. 4.3 en 4.6; ABRvS 6 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:943 (*Blauwestadhoeve B.V.*), r.o. 5.1-2.

187 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:732, r.o. 16.1.

188 Rb Oost-Brabant 19 februari 2016, ECLI:NL:RBBOBR:2016:586 (*Kom Zuid Rosmalen*), r.o. 4.6 en 2.5. Vgl. ABRvS 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:106: de (ruimtelijke) eis van een goed ondernemersklimaat besloten kan liggen in een eis op grond van het omgevingsrecht, zoals art. 2.12 lid 1, onder a, onder 2, Wabo.

189 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:732, r.o. 18.1.

190 Zie hierover nader in hoofdstuk 7 § 7.3.6.

191 HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*), r.o. 28 met verwijzing naar HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 53. Vgl. in hoofdstuk 7 § 7.4.5.

4.5.5 Concessiehouders: staatssteun in de aanbestedingscontext

Een andere bijzondere situatie doet zich voor in de gevallen waarin het staatssteunrecht wordt ingeroepen in de context van vervoersconcessies. In zulke zaken wordt in wezen betoogd dat de concessieverlening op een onjuiste manier tot stand is gekomen. Het betrokken bestuursorgaan zou er namelijk aan zijn voorbijgegaan dat de onderneming met het winnende bod uit andere bron staatssteun heeft ontvangen. Deze context is belangrijk: opgekomen wordt niet tegen de vermeend steunverlenende handeling zelf, maar tegen een als gevolg daarvan vermeend oneerlijke concessieverlening. Net als in de sfeer van de ruimtelijke ordening is het relevante beoordelingskader dus niet artikel 108 lid 3 VWEU maar een andere norm – in dit geval ontleend aan het aanbestedingsrecht. Het gaat weliswaar maar om twee (nagenoeg gelijkluidende) uitspraken,[192] maar zij zijn hier toch het bespreken waard omdat zij verdere inzichten bieden in de eisen die worden gesteld aan justitiabelen wanneer zij het staatssteunrecht inroepen, zelfs al doen zij dat ter invulling van een andere norm.

In de betrokken zaken voeren verzoeksters bij de voorzieningenrechter van het CBb aan dat de aan een andere partij gegunde concessie onrechtmatig, want onder meer met schending van de staatssteunregels, tot stand is gekomen. Het blijkt echter dat verzoeksters zich zelf niet op de aanbesteding van de concessie hebben ingeschreven. Dat komt hen duur te staan, want de voorzieningenrechter oordeelt in lijn met haar vaste jurisprudentie dat een onderneming in een dergelijke situatie geen daadwerkelijke concurrent van de concessiehouder is.[193] Zodoende ontbreekt het belang in de zin van artikel 1:2 Awb. Aan dit oordeel doet niet af dat een van de verzoeksters tot aan de gunning zelf de houder van de concessie was. Evenmin acht de rechter het doorslaggevend dat de civiele rechter in een vergelijkbaar geschil het ex artikel 3:303 BW vereiste belang wél aannam: het belang in de zin van artikel 1:2 Awb en het belang in de zin van artikel 3:303 BW hebben immers niet dezelfde reikwijdte.[194]

---

192 Vzr. CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG1736 (*Openbaar Vervoer Zuidoost Fryslân 2008-2016*); Vzr. CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG1734 (*Bus Streek overig*). Ook de uitspraak Vzr. CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7753 (*Connexion Openbaar Vervoer*) ziet op staatssteun en vervoersconcessies, maar daar betoogt verzoekster zonder succes dat de concessieverlening *zelf* staatssteun behelst.

193 Vgl. Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 595; J. Wieland, 'Noot bij CBb CBb (2015-12-28) (Verlenging ov-concessie), *AB* 2016, 131, aant. 4; Wieland 2013b, par. 4.4, met verwijzing naar C.J. Wolswinkel, 'Noot bij CBb (2010-04-28) (Schaarse vergunningen. Vergunningverlening op volgorde van binnenkomst), *AB* 2010, 186.

194 Verwezen wordt naar Vzr. Rb Groningen 25 januari 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BC2790, r.o. 5.1. Zie echter het in dezelfde zaak voor de burgerlijke rechter aangespannen kort geding, waarin de betrokken onderneming opnieuw nul op het rekest kreeg: Vzr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva Openbaar Vervoer*). Zie nader in dit hoofdstuk § 4.6.6.

Ook het betoog dat de concessie alleen met schending van de aanbestedings- en staatssteunregels tot stand kon komen overtuigt de rechter niet. Sprake is namelijk enkel van een 'op een vermoeden van verzoeksters berustende' stelling dat sprake is van staatssteun. Dat is volgens de voorzieningenrechter 'te speculatief om te kunnen gelden als een voldoende concreet en objectief bepaald belang.'[195] Dit is een belangrijk punt, want het wekt het vermoeden dat een justitiabele een concessieverlening onder omstandigheden wél kan aantasten wanneer hij het bestaan van staatssteun nader kan onderbouwen. Dat zou ook terecht zijn. Uit de betrokken uitspraken blijkt namelijk dat verzoeksters zich niet op de concessie hebben ingeschreven omdat het hen op bedrijfseconomische gronden niet verantwoord leek. Als inderdaad staatssteun is verleend, is het goed denkbaar dat juist daardoor verzoeksters niet en hun concurrent wel in staat waren om op de concessie in te schrijven.[196] Als dat zo is, valt moeilijk te verantwoorden dat de toegang tot de bestuursrechter vanwege het ontbreken van rechtstreeks belang is afgesloten.[197]

Zoals gezegd kan de vraag worden gesteld hoe problematisch een andere benadering vanuit het perspectief van het staatssteunrecht zou zijn, nu het doorgaans mogelijk zal zijn om de steunverlening zelf – en niet (alleen) de gevolgen daarvan voor een concessieverlening – aan te vechten. De voorzieningenrechter ziet om een andere reden op dit punt geen belemmering. 'De weg naar de rechterlijke toetsing [is] op zich immers niet afgesloten,'[198] aldus de voorzieningenrechter, nu op grond van de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling nog steeds de civiele rechter kan worden geadieerd. Wel zal de civiele rechter op zijn beurt moeten beoordelen of de betrokken onderneming voldoende belang bij haar vordering heeft.

4.5.6 Onteigende personen bij de bestuursrechter: relativiteit

Alleen al op grond van de hierboven beschreven jurisprudentie in de sfeer van de ruimtelijke ordening mag duidelijk zijn dat beroepen op het staatssteunrecht soms uit onverwachte hoek komen. Zij zijn zeker niet beperkt tot beroepen van concurrenten en heffingbetalers – zoals men dat op grond van de

195 Vzr. CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG1736 (*Openbaar Vervoer Zuidoost Fryslân 2008-2016*), r.o. 6.5.

196 Voor deze lezing valt steun te vinden in de op het beroep bij de bestuursrechter volgende procedure bij de civiele rechter: Vzr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva Openbaar Vervoer*), r.o. 3.2.

197 In algemenere zin is door Pijnacker Hordijk e.a. 2009, p. 596, betoogd dat het CBb alleen tot niet-ontvankelijkheid had mogen concluderen als de aanbestedende dienst desgewenst zonder nieuwe aanbestedingsprocedure dezelfde concessiehouder zou hebben mogen inschakelen.

198 Vzr. CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG1736 (*Openbaar Vervoer Zuidoost Fryslân 2008-2016*), r.o. 6.6.

jurisprudentie van het Hof van Justitie wellicht zou verwachten. Een ander mooi voorbeeld biedt de uitzonderlijke en spraakmakende zaak over de onteigening van de effecten en vermogensbestanddelen van SNS Reaal en SNS Bank.[199] Door de onteigening heeft een groot aantal natuurlijke en rechtspersonen zijn in SNS geïnvesteerde geld zien verdampen. In een spoedprocedure heeft de Afdeling zich in eerste en enige aanleg moeten uitlaten over de talrijke beroepen tegen de genomen onteigeningsbesluiten. Een van de vele aangevoerde argumenten is dat de onteigening leidt tot onrechtmatige, want niet door de Commissie goedgekeurde, staatssteun.

De Afdeling overweegt dat het belang van een beroep op de standstillbepaling volgens het Hof van Justitie kan liggen in het ongedaan maken van de door de onrechtmatige steunverlening teweeggebrachte concurrentievervalsing en in het verkrijgen van de terugbetaling van een heffing. Daaronder vallen niet de belangen van de onteigende appellanten. Zij kunnen daarom geen beroep doen op de standstillbepaling, aldus de Afdeling, want artikel 108 lid 3 VWEU strekt 'kennelijk niet tot bescherming van de belangen van houders van effecten die zijn uitgegeven door of met medewerking van een onderneming waaraan staatssteun is verleend of van verstrekkers van leningen aan een dergelijke onderneming.'[200] Daarmee strandt deze grond van de appellanten.

Wat kan uit deze uitspraak worden afgeleid? Ten eerste valt nauwelijks te ontkennen dat het relativiteitsvereiste in deze procedure een welkome ontsnappingsroute moet zijn geweest. De procedure lag gevoelig, moest binnen een extreem korte periode (minder dan een maand) worden afgerond en was ook al zonder de toepassing van het ingewikkelde staatssteunrecht inhoudelijk complex. De idee van het belangvereiste als 'schietstoel' in uitzonderlijk moeilijke situaties[201] vindt ook hier bevestiging. Ten tweede valt in deze onteigeningskwestie een interessante parallel te trekken met de arresten van de Hoge Raad over de onteigening van percelen land. Daar heeft de Hoge Raad zonder veel poespas geoordeeld dat de staatssteunregels niet strekken tot de bescherming van de private eigendom, en de vorderingen op grond van het civiele relativiteitsvereiste afgewezen.[202]

Echter, ten derde, de toepassing artikel 8:69a Awb op deze manier is zowel in het licht van het bestuursprocesrecht als in het licht van het Unierecht verre van evident. Op grond van het *SWNB*-arrest van het Hof van Justitie, dat duidelijk voor meerder uitleg vatbaar is,[203] en zonder prejudiciële vragen te stellen, constateert de Afdeling dat de standstillbepaling in een situatie als

199 ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265 (*SNS Reaal*), *JOR* 2013, 140, m.nt. B.P.M. van Ravels en E.P.M. Joosen, aant, 20; *AB* 2013, 146, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, aant. 15. Dit is ook de eerste uitspraak waarin artikel 8:69a Awb in het bestuursrecht wordt toegepast.

200 ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265 (*SNS Reaal*), r.o. 11.1, met verwijzing naar HvJ 13 januari 2005, nr. C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), r.o. 19.

201 Zie in dit hoofdstuk § 4.5.1.1 en 4.5.6.

202 Zie hierna § 4.6.5.

203 Zie in dit hoofdstuk § 4.3.2.

deze *kennelijk* niet strekt tot bescherming van de belangen van effectenhouders. Uitgaande van de Nota van Toelichting bij de crisis- en herstelwet, die ook relevant is bij de interpretatie van artikel 8:69a Awb, hadden de appellanten hier het voordeel van de twijfel moeten krijgen en had het relativiteitsvereiste niet aan de vernietiging van de bestreden besluiten in de weg mogen staan.[204] Ook op grond van het Unierecht had de Afdeling niet met een beroep op het relativiteitsvereiste (en dus door het beschermingsbereik van de opschortingsplicht nader te definiëren) de bestreden besluiten in stand mogen laten zonder op grond van artikel 267 VWEU prejudiciële vragen te stellen. Daarmee illustreert de *SNS*-zaak namelijk mooi dat artikel 8:69a Awb bij een getrouwe toepassing van de kennelijkheidseis een tandeloze tijger is zodra het beschermingsbereik van een Europese regel onduidelijk is.[205]

Dat gezegd hebbende: de omstandigheden in de zaak *SNS* waren uitzonderlijk. Dat de Afdeling in een spoedprocedure als de *SNS*-zaak geen prejudiciële vragen heeft gesteld, was nagenoeg onvermijdelijk; het was binnen die tijd niet realistisch om een prejudiciële vraag af te wachten.[206] Het relativiteitsvereiste is daarnaast sindsdien niet meer op artikel 108 lid 3 VWEU toegepast,[207] zodat de betekenis van de *SNS*-uitspraak kan worden beperkt tot de zeer bijzondere omstandigheden van het geval.

4.5.7 Spoedeisend belang bij een bestuursrechtelijke voorlopige voorziening

Wie in kort geding een voorlopige voorziening verzoekt, moet niet alleen belang hebben bij die procedure, maar ook een spoedeisend belang. Dat is logisch: de rechter dient in een veel kortere periode tot een beslissing te komen in een snellere – en dus met minder waarborgen – omklede periode. Voor zaken zonder haast hoeft de rechter zich deze moeite niet te getroosten.

---

204 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 7, p. 45 (*NV*).

205 Zie hiervoor § 4.3.2.

206 Zelfs de versnelde procedure en de spoedprocedure voor het HvJ zouden geen uitkomst bieden, vanwege respectievelijk de toch nog lange termijn en de materie. Zie artikel 105 en 108 van de Regelementen van orde en reglementen voor de procesvoering, *PbEU* 2012 L 265/1. Vgl. A.J. Metselaar en J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Noot bij ABRvS (2012-07-11) (Schaarse subsidie. Loting. Rechtsherstel. Staatssteun)', *AB* 2013, 64.

207 Dat gold voor die tijd ook al voor de toepassing van art. 1.9 Chw in het ruimtelijkeordeningsrecht. De Poorter en Van Ettekoven 2013, p. 119, wijzen er wel op dat de Afdeling het relativiteitsvereiste in de *SNS*-zaak en zaken op grond van de Chw verschillend toepast. Waar in ruimtelijkeordeningszaken een congruentiebenadering wordt toegepast, waarbij wordt onderzocht of de beroepsgronden met het aangevoerde belang congrueren, gaat de Afdeling volgens de auteurs in de *SNS*-zaak uit van het beschermingsbereik van de ingeroepen rechtsregels. Zie wel de bespreking zojuist in § 4.5.5.

Het komt zo nu en dan voor dat voor de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter een beroep op het staatssteunrecht wordt gedaan,[208] en in een enkel geval komt dan ook de noodzaak van een spoedeisend belang expliciet aan de orde. De voorzieningenrechter van het CBb heeft in een – verrassend diepgaande uitspraak – geoordeeld dat verzoekster niet aannemelijk heeft gemaakt 'dat haar ondernemersbelang vordert dat het bestreden besluit onverwijld buiten werking wordt gesteld.' Voor een voorlopige voorziening is slechts nog aanleiding, aldus de voorzieningenrechter, 'indien ook zonder diepgaand onderzoek naar de relevante feiten en/of het recht ernstig dient te worden getwijfeld of het bestreden besluit de toetsing van de rechtmatigheid daarvan kan weerstaan.'[209] In deze zaak betekent dit dat het belang van de eisende partij wordt geacht te ontbreken wanneer niet voldoende duidelijk is dat het besluit waartegen een voorlopige voorziening wordt gevraagd, leidt tot het verlenen van onrechtmatige staatssteun. Kortom: de vraag hoe aannemelijk het is dat sprake is van onrechtmatige staatssteun kan al relevant zijn bij de toegang tot de rechter.

Het verdient overigens opmerking, hoewel dit in de bestudeerde jurisprudentie niet expliciet aan de orde komt, dat in zaken met een puur geldelijk belang, zoals subsidiezaken, niet snel het bestaan van een spoedeisend belang zal worden aangenomen. Het uitgangspunt is dat voor een geldelijk belang geen onmiddellijke voorziening is vereist omdat eventuele fouten nog altijd achteraf door terugbetaling kunnen worden gerepareerd. De voorzieningenrechter dient het restitutierisico in zijn belangenafweging te betrekken.[210] Mogelijk verklaart dit waarom bestuursrechtelijke voorzieningenprocedures in staatssteungeschillen veel minder vaak lijken voor te komen dan procedures voor de civiele kortgedingrechter.[211]

4.5.8 Tussenconclusie

Belangvereisten vervullen van oudsher een prominente rol in het Nederlands bestuursrecht. Het zou dan ook kunnen worden verwacht, en dit wordt in de bestudeerde jurisprudentie bevestigd, dat zulke vereisten ook in staatssteun-

---

208 Naast de hierna te noemen uitspraak valt te wijzen op Vz ABRvS 21 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5609 (*Enecogen*); Vzr. CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG1736 (*Openbaar Vervoer Zuidoost Fryslân 2008-2016*); Vzr. CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG1734 (*Bus Streek Overig*), en op een handvol uitspraken in de sfeer van de ruimtelijke ordening. Zie bijlage I.

209 Vzr. CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7753 (*Connexxion*), r.o. 6.4.

210 Van den Aardweg 2010, par. 3.2. Borman 2013 (*T&C Awb, Titel 8.3 Voorlopige voorziening)*, art. 8:81 Awb, aant. 2e.

211 Zie hierna § 4.6.7. In hoofdstuk 5, § 5.5.3.5 wordt ook gewezen op de mogelijkheid dat de behandeling van de bodemzaak naar voren wordt geschoven zodat voor een voorlopige voorzieningenprocedure geen noodzaak meer bestaat.

geschillen regelmatig en op uiteenlopende manieren in beeld komen. Belangrijker nog voor dit hoofdstuk: in die jurisprudentie vallen invloeden uit zowel het Nederlandse als het Unierecht – en soms een interessante mengvorm van de twee – te herkennen.

Voorop kan worden gesteld dat de invloed van het Unierecht op de toepassing van belangvereisten in bestuursrechtelijke staatssteungeschillen doorgaans beperkt is, of in ieder geval niet expliciet uit de jurisprudentie blijkt. Zo komt het maar weinig voor dat het gelijkwaardigheidsbeginsel, effectiviteitsbeginsel of het beginsel van effectieve rechtsbescherming in een uitspraak worden genoemd. Bij de vraag of een justitiabele bij zijn beroep belang heeft, vindt doorgaans 'gewoon' een beoordeling naar Nederlands bestuursprocesrecht plaats. Te denken valt bijvoorbeeld aan de – in de Nederlandse rechtspraak al redelijk goed uitgekristalliseerde – vraag of een justitiabele concurrentiebelang heeft, maar ook aan de vraag of de geadresseerde van een besluit zoals een heffingbetaler toegang tot de rechter heeft.

Dat de bestuursrechter nationale belangvereisten toepast zonder zich expliciet van de Unierechtelijke context van het geschil rekenschap te geven, kán tot gevolg hebben dat aan het belang van partijen uit Unierechtelijk perspectief te strenge eisen worden gesteld. Doorgaans is dit niet het geval en bestaan het Nederlands en Unierecht op dit vlak vredig naast elkaar. Zo bestond tot vrij recent het beeld dat artikel 1:2 Awb in de praktijk niet in de weg stond aan een beroep op het staatssteunrecht door een concurrent. Evenmin bestaan spanningen wanneer justitiabelen opkomen tegen een aan henzelf gericht heffingsbesluit. Wanneer de overheid zich op de standstillbepaling beroept, hoeft van de toepassing van belangvereisten doorgaans ook weinig te worden gevreesd – hoewel de mogelijkheid van een dergelijk beroep indirect wel kan worden ingeperkt door het specialiteitsbeginsel en de beoordeling of het staatssteunrecht inderdaad tot het bestreden besluit verplicht.

Het is overigens op zijn minst in theorie mogelijk dat de toepassing van Nederlandse belangvereisten aan justitiabelen in staatssteungeschillen juist méér bescherming verleent dan naar Europees recht nodig lijkt te zijn. Zo komt het regelmatig voor dat justitiabelen hun belang ontlenen aan hun hoedanigheid als geadresseerde van een bestreden besluit, en dus zelfs toegang hebben tot de bestuursrechter wanneer zij aan het staatssteunrecht geen rechten ontlenen. Dit betekent echter niet dat zij vervolgens probleemloos het staatssteunrecht kunnen inroepen, zo blijkt uit de jurisprudentie. De vraag naar het bestaan van een concurrentiebelang kan bijvoorbeeld alsnog aan de orde komen bij de toepassing van het relativiteitsvereiste, maar daarvan bestaan nog geen voorbeelden. Wel oordeelt de bestuursrechter in veel gevallen eenvoudigweg en terecht dat het bestreden besluit niet wordt vernietigd omdat met een beroep op het staatssteunrecht niet het door de appellant beoogde resultaat kan worden bereikt. Waar de Nederlandse toepassing van een belangvereiste ruimer is dan het Unierecht eist, kan dit waar nodig dus nog op een later punt

– bij de in hoofdstuk 7 centraal staande vraag welk gevolg aan een beroep kan worden verbonden – worden gecompenseerd.

Het wordt ingewikkelder wanneer de bestuursrechter wel aanleiding ziet om het Unierecht expliciet bij de beoordeling van het vereiste belang te betrekken. Een belangrijk voorbeeld is de uitspraak in de zaak *Thuiszorgservice*. In deze zaak deed het CBb weliswaar stevige uitspraken over het vereiste beschermingsniveau bij onrechtmatige staatssteun. Gevolg daarvan was echter dat de eisende partij paradoxaal genoeg met lege handen bleef staan omdat een 'Europese' invulling van het procesbelang betekende dat zijn beroep niet-ontvankelijk was. Ook bij de invulling van het – nog maar zelden toegepaste – relativiteitsvereiste moet logischerwijs het beschermingsbereik van de standstillbepaling worden betrokken. Voorlopig lijkt het er echter op dat de Afdeling binnen deze context uitgaat van een zeer beperkt beschermingsbereik van de standstillbepaling. Het beeld ontstaat dat het Unierecht, als al, eerder wordt gebruikt om de toegang tot de bestuursrechter in te dammen dan om deze uit te breiden.

Helemaal ingewikkeld bleek het in het geval dat de bestuursrechter niet het Unierecht gebruikte om regels van nationaal procesrecht in te kleuren, maar andersom. In de belangrijke uitspraak in de zaak *Vogelaarwijken* is het beroep op de staatssteunregels vanwege het ontbreken van een concurrentiebelang niet-ontvankelijk verklaard. Aan deze uitspraak is belangrijk dat de Afdeling het Nederlands begrip concurrentiebelang eenmalig lijkt te hebben aangescherpt. Belangrijker nog is dat de Afdeling in deze zaak met een klaarblijkelijke cirkelredenering oordeelde dat wie naar Nederlands recht geen concurrentiebelang heeft, buiten het beschermingsbereik van de standstillbepaling valt. Hiermee heeft de Afdeling met een nationaalrechtelijke benadering ten onrechte het Unierecht buiten de deur gehouden.

Bij deze uitspraken, waarin niet alleen de Nederlandse maar in meer of mindere mate ook de Europese context van het geschil expliciet een rol speelde, ontstaat het vermoeden dat de bestuursrechter, om het voorzichtig uit te drukken, niet altijd op zoek is naar mogelijkheden om de bescherming op grond van de staatssteunregels uit te breiden. Sterker uitgedrukt: de verleiding lijkt te bestaan om in sommige gevallen belangvereisten te gebruiken als een soort 'schietstoel' om een inhoudelijke bespreking van het staatssteunargument te ontwijken. Dat is overigens niet helemaal onbegrijpelijk: er bestaan aanwijzingen dat het staatssteunrecht regelmatig 'oneigenlijk' wordt aangevoerd, terwijl de inhoudelijke beoordeling van staatssteunargumenten van de rechter behoorlijk wat kan vragen. Het ligt voor de hand dat in deze gevallen de complexiteit en de (politieke) gevoeligheid van de zaak een rol heeft gespeeld. Ook de betrokkenheid van de Commissie lijkt een factor te kunnen zijn bij het gebruiken van een belangvereiste als schietstoel. Het zou een pragmatische, hoewel in het licht van de taakverdeling tussen de Nederlandse rechter en de Commissie onjuiste, aanpak zijn als de bestuursrechter een inhoudelijke beoordeling in zo'n geval aan de daartoe beter toegeruste Commissie zou

overlaten.[212] Concrete aanknopingspunten voor deze mogelijke verklaringen biedt de rechtspraak overigens niet.

Staatssteunargumenten kunnen ten slotte ook worden aangevoerd in zaken waarin de vermeend steunverlenende handeling maar zijdelings relevant is voor het bestreden besluit. Te denken valt dan aan besluiten in de sfeer van de ruimtelijke ordening en vervoersconcessies. Dat het staatssteunrecht ook in procedures over andere normen relevant kan zijn, is onder meer belangrijk omdat dit het hierboven geschetste beeld, dat de neiging kan bestaan om staatssteungeschillen buiten de deur te houden, relativeert. Voorop staat in dit soort geschillen dat een mogelijk strenge toepassing van belangvereisten niet problematisch hoeft te zijn in het licht van het Unierecht, nu in een andere procedure nog tegen die handeling kan worden opgekomen. Dat neemt niet weg dat de bestuursrechter in deze gevallen aan het staatssteunrecht wel enige invloed toekent. Zo wordt de vraag of sprake is van staatssteun in het ruimtelijkeordeningsrecht ingekapseld in de vraag of de financiële uitvoerbaarheid van het bestreden besluit gewaarborgd is. In de sfeer van vervoersconcessies blijkt dat het ontbreken van belang bij het bestreden concessiebesluit onder omstandigheden kan worden gerepareerd wanneer aannemelijk is dat het concessiebesluit niet zonder schending van de staatssteunregels tot stand had kunnen komen. Op dit punt valt te concluderen dat de bestuursrechter meer ruimte lijkt te bieden voor het staatssteunrecht dan wellicht strikt noodzakelijk is. Echter, de uitspraken waarin deze ruimte wordt geboden liggen alweer even in het verleden. Zij antedateren de inmiddels strengere benadering van de Afdeling en het College in zaken zoals *Vogelaarwijken*, *Thuiszorgservice* en *SNS*. Met name in het ruimtelijkeordeningsrecht worden steeds meer drempels voor een beroep op de staatssteunregels opgeworpen – inmiddels zelfs een keer via het relativiteitsvereiste. Het is daarom de vraag hoe actueel deze relativering nog is.

4.6 Toepassing van belangvereisten door de Nederlandse burgerlijke rechter

Bij de burgerlijke rechter worden ook regelmatig op een vermeende schending van de staatssteunregels gestoelde vorderingen ingediend of verweren gevoerd. De burgerlijke (rest)rechter kent zoals gezegd veel minder strenge toegangseisen dan de bestuursrechter. Het zou dus kunnen worden verwacht dat de vraag naar het belang van een justitiabele veel minder vaak (expliciet) aan de orde komt. Toch speelt bij de burgerlijke rechter wel degelijk ook de vraag wie zich met welk doel op de staatssteunregels mag beroepen. Ook hier

212 Te denken valt wellicht ook aan een in ander verband door De Moor-van Vugt 2015, p. 606 genoemde reden, namelijk dat het oordeel dat sprake is van onrechtmatige staatssteun vergaande en in de ogen van de bestuursrechter onwenselijke gevolgen kan hebben.

worden die regels door verschillende justitiabelen in uiteenlopende situaties ingeroepen en kan de rechter belangvereisten gebruiken om hen de toegang tot de rechterlijke beoordeling te ontzeggen. Hierna wordt geschetst hoe en wanneer de burgerlijke rechter dergelijke belangvereisten toepast. Daarbij wordt als eerste ingegaan op de traditionele situatie waarin bescherming wordt gezocht tegen de vermeend onrechtmatige steunverlening waarmee een concurrent zou worden begunstigd.

4.6.1 Concurrenten bij de burgerlijke rechter

Concurrenten van vermeende steunontvangers kunnen een civiele procedure starten om op te komen tegen vermeend onrechtmatige staatssteun. Er bestaat geen ontvankelijkheidseis vergelijkbaar met artikel 1:2 Awb, waarbij een concurrentiebelang moet worden aangetoond. Het is wel goed denkbaar dat de vraag of een concurrentiebelang aanwezig is relevant wordt bij de toepassing van het civielrechtelijk relativiteitsvereiste. Dat relativiteitsvereiste komt in de bestudeerde jurisprudentie van de burgerlijke rechter, althans voor zover deze ziet op concurrenten, echter niet expliciet aan de orde. Wel wordt in kort geding van tijd tot tijd gedebatteerd over het bestaan van een voldoende belang bij de vordering, in de zin van artikel 3:303 BW.[213] De richting van dat debat doet sterk denken aan het relativiteitsvereiste. Daarbij wordt de vraag gesteld naar de 'kring van belanghebbenden',[214] dus het beschermingsbereik, van de standstillbepaling.

4.6.1.1 De kring van belanghebbenden

Onder de kring van belanghebbenden vallen in ieder geval concurrenten van steunontvangers, aldus de burgerlijke voorzieningenrechters.[215] Dat komt

213 Zie: Vzr. Rb 's-Gravenhage 27 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0018 (*Veolia Transport*); HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900 (*AVR-Afvalverwerking*); Vzr. Rb Utrecht 4 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP6990 (*Huidekoper*); Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*); Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*); Vzr. Rb 's-Gravenhage 8 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK8654 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*); Vzr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*); Vzr. Rb Arnhem 4 februari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH1923 (*Stichting Vilente*); Vzr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG5000 (*Arriva*); Vzr. Rb Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9229 (*UPC Nederland*).

214 Deze term wordt gebruikt in Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*), r.o. 4.2.

215 Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*), r.o. 15; Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*). Impliciet ook: Vzr. Rb Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9229 (*UPC Nederland*), r.o. 10.

overeen met de Europese rechtspraak terzake. Maar wanneer is iemand concurrent? Daarover zijn in de bestudeerde periode nauwelijks uitspraken gedaan, behalve dan door de voorzieningenrechter van de rechtbank Maastricht in een procedure die is aangespannen door het Academisch Ziekenhuis Maastricht (AZM).[216] De voorzieningenrechter overweegt daar dat, gezien het Unierechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming, moet worden uitgegaan van een 'ruime kring van belanghebbenden'. Desondanks constateert de voorzieningenrechter dat AZM als eisende partij heeft nagelaten zijn concurrentiebelangen nader te benoemen of in te kleuren en zijn stelling dat AZM concurrentieschade leidt niet cijfermatig of anderszins heeft onderbouwd. Dat is opvallend, nu het voldoende belang in beginsel niet hoeft te worden gesteld of bewezen. Het gebrek aan onderbouwing blijkt dan ook geen breekpunt: de voorzieningenrechter neemt als vaststaand aan dat de verschillende betrokken ziekenhuizen met elkaar concurreren, en concludeert dat 'onvoldoende reden' bestaat 'om te oordelen dat AZM wegens gebrek aan belang niet-ontvankelijk is in zijn vordering'.[217] Nu de voorzieningenrechter het beginsel van effectieve rechtsbescherming expliciet heeft genoemd, is het denkbaar dat ook dit beginsel bij die beslissing enige rol heeft gespeeld.

Aan deze uitspraak valt op dat wat we op basis van de bestudeerde civielrechtelijke jurisprudentie weten over het begrip 'concurrent' een stuk minder uitgekristalliseerd is dan binnen het bestuursrecht.[218] De betekenis van de uitspraak van de Maastrichtse voorzieningenrechter is waarschijnlijk beperkt. Weliswaar eist de voorzieningenrechter in theorie dat een concurrent onderbouwt wat zijn concurrentiebelangen zijn en dat hij concurrentieschade dreigt te leiden, maar op basis van een enkele uitspraak in kort geding vallen nog geen algemene conclusies te trekken. Daarnaast bestaan er sterke aanwijzingen dat de uitspraak sterk feitelijk is gekleurd. De Maastrichtse voorzieningenrechter verwijt de eisende partij namelijk met name dat hij zelf aanspraak wil maken op ondersteuning van overheidswege en dus niet primair handelt vanuit zijn concurrentiebelang.[219] De overweging dat AZM zijn belang had moeten onderbouwen komt waarschijnlijk daaruit voort. Wat valt uit de uitspraak wel af te leiden? Enerzijds kan worden gesteld dat wanneer aan een beroep op het staatssteunrecht *duidelijk* geen concurrentiebelang ten grondslag ligt, dat beroep kan afketsen op artikel 3:303 BW. Anderzijds kan worden geconstateerd dat de burgerlijke rechter, anders dan de bestuursrechter, nog

216 Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*).

217 Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*), r.o. 4.8. Naar huidig recht zou het gebrek aan belang overigens niet moeten leiden tot niet-ontvankelijkheid maar tot de verwerping van het beroep.

218 In zijn algemeenheid geldt dat het belanghebbendebegrip, dat eigen is aan het bestuursrecht, veel sterker is uitgekristalliseerd dan de vergelijkbare eis in het burgerlijk recht. Wiggers-Rust 2011, p. 118 en 120.

219 Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*), r.o. 4.5 en 4.8.

niet heeft geoordeeld dat een eisende partij niet kwalificeert als concurrent en dus voldoende belang mist.

Het is goed denkbaar dat de vraag naar het bestaan van een concurrentiebelang (pas) op een later moment in de procedure op scherp gesteld wordt, bij de beoordeling van causaliteit in de context van mogelijke schadevergoeding. Wanneer een schending van de staatssteunregels is vastgesteld, zou bijvoorbeeld kunnen worden geoordeeld dat niet aannemelijk is dat de door de eisende partij geleden schade door die schending is veroorzaakt omdat tussen de gedupeerde en de steunontvanger geen concurrentieverhouding bestaat.[220] Nu het gedupeerden van vermeende staatssteun nog niet is gelukt om voor de burgerlijke rechter een schending van de staatssteunregels aan te tonen, bestaan van zulke redeneringen geen voorbeelden in de Nederlandse jurisprudentie.[221]

> Als hiervan wel sprake zou zijn, zou dat nog wel de interessante situatie met zich kunnen brengen dat een partij die concurrentiebelang mist weliswaar geen schadevergoeding kan vorderen (vanwege de ontbrekende causaliteit) maar wel bijvoorbeeld de nietigheid van de vermeend steunverlenende overeenkomst kan inroepen en zo kan proberen om de terugvordering van de steun te bewerkstelligen.

4.6.1.2 Procesbelang en beoogde rechtsgevolgen in zaken voor de burgerlijke rechter

Net als in het bestuursrecht komt het voor dat een partij zoals een concurrent bij de burgerlijke rechter een beroep doet op de standstillbepaling, maar daaraan meer of andere consequenties wil verbinden dan door het Hof van Justitie zijn voorzien. Zoals in § 4.5.1.4 hierboven is benoemd, heeft de bestuursrechter in dergelijke gevallen geoordeeld dat het bestreden besluit niet voor vernietiging in aanmerking komt omdat met een beroep op het staatssteunrecht niet het door de appellant beoogde resultaat kan worden bereikt, en in één enkel geval zelfs dat het vereiste procesbelang ontbreekt. Ook de Hoge Raad acht het relevant welk resultaat met de ingestelde vordering kan worden bereikt. Aan de orde is een situatie waarin de onderneming P1 naast haar overige vorderingen verzoekt om een verklaring voor recht dat een tussen haar concurrent en de gemeente Maastricht gesloten overeenkomst onrechtmatig was wegens strijd met de staatssteunregels.[222] De Hoge Raad stelt voorop dat de nationale rechter maatregelen moet treffen om de mededingingssituatie van vóór de steunverlening te herstellen, en oordeelt:

---

220 Achter het bestuursrechtelijke vereiste van een rechtstreeks belang ligt een causaliteitseis besloten. Schlössels 2004, p. 50. In het privaatrecht is het causaliteitsvereiste in de praktijk ook wel toegepast om de beschermingsomvang van een norm uit te breiden. Wiggers-Rust 2011, p. 97, met verwijzing naar HR 24 mei 1935, *NJ* 1935, p. 1197.

221 Zie in hoofdstuk 5 § 5.5.1.

222 HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*); Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*).

> 'een enkele verklaring voor recht dat (verder) uitvoering van de overeenkomst in verband met staatssteun onrechtmatig is jegens P1 (dus zonder een daaraan gekoppeld gebod of verbod dat strekt tot herstel van de mededingingssituatie zoals juist bedoeld) [kan] in dit verband niet […] worden aangemerkt als een passende maatregel die leidt tot een herstel van de mededingingssituatie van voor de uitkering van de desbetreffende staatssteun.'[223]

De Hoge Raad lijkt, net als het CBb in de zaak *Thuiszorgservice*, zijn oordeel te baseren op een uitleg van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Dat neemt niet weg dat de uitspraak, op zijn minst in theorie,[224] ook zo goed past in het Nederlands burgerlijk recht. A-G Keus merkt terecht op dat artikel 3:303 BW in beginsel in de weg staat aan het toewijzen van een vordering tot een enkele verklaring voor recht dat een overeenkomst onrechtmatig is.[225]

Het is nog de vraag hoe het arrest van de Hoge Raad in de *P1*-zaak zich verhoudt tot het Unierecht. De gevolgen daarvan zijn weliswaar tot nu toe beperkt, nu P1 haar vordering tot een verklaring voor recht wél had gekoppeld aan een gebod of verbod dat strekt tot herstel van de mededingingssituatie.[226] Het volgt echter niet evident uit de Europese rechtspraak dat een losstaande vordering tot een verklaring voor recht moet worden verworpen omdat die vordering onvoldoende strekt tot herstel van de mededingingssituatie.[227] Het is niet ondenkbaar dat een dergelijke vordering wel dient tot de bescherming van de concurrentiepositie van de justitiabele. Net als het CBb gaat de Hoge Raad hier wellicht uit van een te strenge uitleg van de met een beroep op de staatssteunregels te bereiken doelen. Veel maakt dat in dit geval echter niet uit; artikel 3:303 BW staat immers aan een dergelijke losstaande vordering in de weg en het valt moeilijk te beargumenteren dat de toepassing daarvan een beroep op de standstillbepaling in strijd met het effectiviteitsbeginsel praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maakt.

De problematiek van met de procedure beoogde rechtsgevolgen doet zich overigens niet alleen voor wanneer een concurrent van de vermeende steunontvanger zich op de standstillbepaling beroept. Te wijzen valt ook op een geschil waarin de koper van een lap grond op de koop wilde terugkomen door

---

223 HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*), r.o. 4.6.2. Vgl. eerder Rb Assen 30 mei 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW7185 (*Apotheek X*), r.o. 4.8.

224 Vgl. Groeneveld-Tijssens 2015, p. 42.

225 Conclusie van A-G Keus in HR 18 januari 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY0543, ov. 2.83. Wezenlijk is wel dat de Hoge Raad sindsdien heeft geoordeeld dat de aanwezigheid van een belang moet worden aangenomen 'indien een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid bestaat voor schade', althans 'als de mogelijkheid van schade aannemelijk is'. HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, r.o. 4.1.2. Dit kan relevant zijn in staatssteungeschillen, nu daar met enige regelmaat (ook) schadevergoeding wordt gevorderd. Zie in hoofdstuk 7 § 7.4.7.

226 Dat deze vorderingen niet zijn toegewezen, ligt eraan dat een schending van de opschortingsplicht onvoldoende aannemelijk kon worden gemaakt.

227 Zie nader in dit hoofdstuk § 4.5.1.4.

te betogen dat de verkoper de grond in strijd met het staatssteunrecht had verkregen.[228] De rechtbank Noord-Nederland heeft in deze zaak geoordeeld dat artikel 108 lid 3 VWEU voor een dergelijke benadering niet is bedoeld. Dit oordeel bouwt voort op de door de Hoge Raad in de *P1*-zaak ingezette lijn. Op deze zaak wordt in hoofdstuk 7 uitgebreider ingegaan.[229]

4.6.2 Heffingbetalers bij de burgerlijke rechter

Net als in het belasting- en bestuursrecht geldt dat heffingbetalers in beginsel de burgerlijke (rest)rechter kunnen adiëren, en daarbij in beginsel niet tegen belangvereisten aanlopen. In de bestudeerde rechtspraak van de burgerlijke rechter bestaat van die situatie één voorbeeld.[230] Gevorderd werd de buitenwerkinstelling van een – in een niet-appellabele wet in formele zin opgenomen – vliegbelasting. Het valt moeilijk in te zien waarom eiseressen bij deze vordering geen belang zouden hebben. Eventuele belangvereisten komen dan ook niet aan de orde en er wordt meteen overgegaan tot de inhoudelijke beoordeling van de zaak.

4.6.3 De overheid bij de burgerlijke rechter

Het komt wél vaker voor dat de vermeend steunverlenende overheid zich voor de civiele rechter op de standstillbepaling beroept. In het burgerlijk recht geldt over het algemeen, net als in het bestuurs- en belastingrecht, dat de overheid *als verweerder* geen apart belang hoeft te stellen bij een beroep op de staatssteunregels. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan een verweer tegen de vordering tot nakoming van een overeenkomst waarin volgens de overheid staatssteun besloten ligt.[231] Uniek voor het burgerlijk recht is dat de overheid ook zelf een rechterlijke procedure kan starten tegen een vermeende begunstigde, of anders een reconventionele vordering kan indienen.[232] Dan kunnen wel rechtstreeks eisen worden gesteld aan het belang van de overheid als eisende partij.[233]

---

228 Rb Noord-Nederland 4 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2790 (*Accolade/Ludinga*).

229 Zie hoofdstuk 7, § 7.4.6.

230 Zie de procedure die heeft geleid tot HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*Maastricht Aachen Airport*). Er zijn geen zuiver civiele geschillen in heffingszaken die hebben geleid tot een gepubliceerde rechterlijke uitspraak.

231 Een belangrijk voorbeeld biedt de zaak *Residex*: Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6904 (*Residex*); Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6981 (*Residex*); HR 28 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4082 (*Residex*).

232 Overigens is in het bestuursrecht wel hoger beroep door de overheid mogelijk.

233 Ook de overheid is dan gebonden aan de eis dat een burgerlijk recht of een schuldvordering aan de orde wordt gesteld. Daarnaast moet acht worden geslagen op de bijzondere positie van de overheid in het privaatrecht. Zie voor een overzicht Damen e.a. 2013a, p. 588 e.v.

Erg problematisch is dat niet. De burgerlijke rechter lijkt ervan uit te gaan dat de vermeend steunverlenende overheid zich in beginsel op de staatssteunregels mag beroepen. In een zaak over een vermeend steunverlenende grondtransactie is bijvoorbeeld aangevoerd dat de zich op het staatssteunrecht beroepende gemeente misbruik van recht zou maken door de staatssteunregels op opportunistische wijze te gebruiken voor een ander doel dan waarvoor zij zijn bedoeld.[234] De rechtbank in deze zaak is met dit betoog niet mee gegaan. 'In beginsel', aldus de rechtbank, 'staat het een overheid vrij om staatssteun terug te vorderen van de ontvanger daarvan.'[235] Van misbruik van recht was om die reden naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen sprake. Een vergelijkbaar uitgangspunt valt te herkennen in het oordeel van het gerechtshof 's-Gravenhage, dat een overheid de nietigheid van een door haar gesloten vermeend steunverlenende overeenkomst kan inroepen zelfs als dit betekent dat zij zich hiermee op haar eigen onrechtmatige handelen (de schending van de standstillbepaling) beroept.[236]

In één geval is aan de zich op het staatssteunrecht beroepende overheid in een civiele procedure wel daadwerkelijk een belangvereiste tegengeworpen. Het gaat om de zaak *Zeeland Seaports*, waarin een overheidslichaam via de rechter een voorlopig deskundigenonderzoek wilde afdwingen.[237]

> Overheidslichaam Zeeland Seaports verzoekt om een voorlopig deskundigenonderzoek (artikel 202 Rv). Met dat onderzoek wil Zeeland Seaports achterhalen of bij een inmiddels verlopen overeenkomst met Martens Havenontvangst onrechtmatige staatssteun is verleend. Bij het sluiten van de overeenkomst meende Zeeland Seaports dat geen sprake was van staatssteun omdat aan de *Altmark*-criteria was voldaan.[238] Echter, vanwege nieuwe informatie wil het zich er achteraf van vergewissen of er gedurende de looptijd van de overeenkomst niet alsnog overcompensatie heeft plaatsgevonden.

Volgens de rechtbank Middelburg mist overheidslichaam Zeeland Seaports bij het verzoek om een voorlopig deskundigenonderzoek voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW. Het Unierecht zou er namelijk niet toe verplichten om tijdens en zelfs na een overeenkomst te blijven controleren of deze nog

234 Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*), r.o. 4.12.
235 Idem, r.o. 5.8.
236 Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6981 (*Residex*). Dit oordeel kwam vooral voort uit de strekking van de nietigheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW, aangezien deze jegens eenieder geldt en, zo het gerechtshof, dus ook door de overheid kan worden ingeroepen. Zie hierover nader in hoofdstuk 7, § 7.4.1.2.
237 Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*). Zie ook: Rb Rotterdam 4 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270 (*Fleuren Compost*); Rb 's-Gravenhage 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB1424 (*NEA*), waar de Staat vordert dat de rechtbank een arbitraal vonnis vernietigt.
238 HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark*). Zie over de Altmark-criteria nader in hoofdstuk 2 § 2.3.1.2.

steeds voldoet aan de Altmark-criteria. Hierdoor, en gelet op de betrokken belangen van Martens, acht de rechtbank het 'verstrekkende' verzoek tot het bevelen van een deskundigenonderzoek niet gerechtvaardigd.[239] De implicatie van deze uitspraak is dan ook dat het voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW kan blijken te ontbreken wanneer de overheid een bepaald gevolg in het leven wil roepen terwijl het staatssteunrecht daartoe geen specifieke verplichting oplegt.[240]

De redenering van de rechtbank Middelburg in deze zaak is op zich logisch, hoewel de uitwerking ervan vrij streng is wanneer men bedenkt dat het voldoende belang doorgaans wordt verondersteld. Wanneer voor een bepaalde handeling – in dit geval het instellen van een deskundigenonderzoek – geen juridische noodzaak bestaat, is het niet evident dat een vordering met die strekking wordt toegewezen. Of de redenering daarnaast ook materieelrechtelijk klopt, is nog maar de vraag. Het is bij mijn weten zeker geen uitgemaakte zaak dat er geen juridische noodzaak bestaat om de verenigbaarheid met de Altmark-criteria lopende een overeenkomst te controleren. Daar komt bij dat de rechtbank, door te oordelen dat het vereiste belang ontbreekt omdat het staatssteunrecht niet tot het instellen van de betrokken vordering zou verplichten, in feite de reikwijdte van de verplichtingen van de overheid op grond van de standstillbepaling definieert. De rechtbank had er daarom goed aan gedaan om prejudiciële vragen te stellen over het 'verplichtingenbereik' van de standstillbepaling voor de overheid.

4.6.4 Andere partijen die door vermeende steunverlening worden geraakt

Hierboven is al gezegd dat in de staatssteunrechtelijke rechtspraak van de burgerlijke rechter discussie bestaat over de kring van belanghebbenden van de standstillbepaling.[241] Die discussie strekt zich ook uit tot de vraag wanneer justitiabelen zonder concurrentiebelang die geen overheid of heffingbetaler zijn, het staatssteunrecht kunnen inroepen. Van belang is hier vooral het aan het begin van dit hoofdstuk al geschetste geschil in kort geding rond de Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg, die in Leiden een pand heeft gekraakt.[242] De gemeente Leiden, die het pand inmiddels heeft verkocht aan een projectontwikkelaar, vordert in kort geding dat de Stichting het pand

239 Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*), r.o. 4.12.

240 Daarmee bedoel ik geen reconventionele vorderingen zoals bijvoorbeeld in Rb Overijssel 12 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1474 (*Coöperatieve Rabobank*), r.o. 4.2.2. Zie voor een interessante bestuursrechtelijke parallel, buiten de context van het procesbelang, in dit hoofdstuk § 4.5.3.

241 Zie in dit hoofdstuk § 4.6.1.1.

242 Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*); Vzr. Rb 's-Gravenhage 8 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK8654 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*).

ontruimt. De Stichting meent dat de verkoop van het pand in strijd met de staatssteunregels heeft plaatsgevonden en vordert in reconventie een verbod om verdere uitvoering te geven aan de koopovereenkomst.[243] Interessant wordt het wanneer de gemeente aanvoert dat aan de Stichting geen beroep op de standstillbepaling toekomt; dat zou namelijk zijn voorbehouden aan concurrenten en heffingbetalers. Volgens de voorzieningenrechter in eerste aanleg is dat een te beperkte opvatting. Aan de Stichting komt wel degelijk een beroep op de standstillbepaling toe,

> 'gegeven de omstandigheid dat op grond van de Koopovereenkomst de Vrijplaats ontruimd en gerenoveerd zal worden, met alle gevolgen voor Koppenhinksteeg van dien, terwijl deze overeenkomst het resultaat is van een verkoopprocedure waaraan Koppenhinksteeg heeft deelgenomen en waartegen zij in deze procedure bezwaren naar voren brengt'.[244]

Dit oordeel suggereert dat ook partijen die geen concurrenten zijn en niet aan een heffing zijn onderworpen onder omstandigheden een beroep kunnen doen op artikel 108 lid 3 VWEU, mits zij wel op een andere manier significant door de vermeende staatssteun worden geraakt. Dat zou zelfs gelden wanneer de procedure niet is gericht tegen de vermeend steunverlenende handeling zelf maar, zoals in dit geval, een handeling die daarop voortborduurt.

Het oordeel in eerste aanleg vindt in hoger beroep echter geen bevestiging. Het hof laat de impliciete vraag hoe ver het beschermingsbereik van de standstillbepaling reikt namelijk in het midden en oordeelt dat aan de Stichting in ieder geval voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW toekomt omdat zij heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure op grond waarvan het gekraakte pand is verkocht.[245] Kortom: de Stichting wordt als concurrent aangemerkt en het wordt niet duidelijk of artikel 3:303 BW ruimte biedt voor vorderingen door anderen dan concurrenten en heffingbetalers. De implicatie van deze – toegegeven: uitzonderlijke – zaak is dat justitiabelen voor de burgerlijke rechter net als voor de bestuursrechter hun belang kunnen ontlenen aan een andere omstandigheid dan dat zij door de vermeend onrechtmatige steun rechtstreeks worden geraakt. Of het bestaan van een voldoende belang, anders dan voor de bestuursrechter, ook daadwerkelijk had kunnen leiden tot de toewijzing van de vordering van de Stichting is niet zeker. De vordering

243 Het ligt voor de hand dat de rechter in beginsel alleen aanleiding zal zien voor een inhoudelijke beoordeling van een staatssteunargument wanneer daarop een (reconventionele) vordering is gebaseerd. Vgl. een ander ontruimingsgeschil: Vzr. Rb 's-Gravenhage 12 oktober 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB5509 (*Taskforce Woningbouw*), r.o. 4.3.

244 Vzr. Rb 's-Gravenhage 8 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK8654 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*), r.o. 5.6.

245 Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*), r.o. 15.

is uiteindelijk afgewezen omdat het bestaan van onrechtmatige staatssteun onvoldoende aannemelijk is gemaakt.

Een andere stichting die zich op de staatssteunregels heeft beroepen is de Stichting Behoud Polders Graafstroom.[246] Deze stichting concurreerde niet met de vermeend steunontvanger, maar zet zich in voor, onder meer, het voorkomen van de vestiging van een gascompressorstation in het Groene Hart. Zulke belangenverenigingen kunnen hun belang in het burgerlijk recht ontlenen aan artikel 3:303a BW.[247] Dat de stichting een milieubelang behartigt, blijkt in de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Dordrecht niet in de weg te staan aan een beroep op de rechtstreekse werking van de standstillbepaling.

4.6.5 Onteigende personen bij de burgerlijke rechter

In de casus over de Leidse Koppenhinksteeg werd het staatssteunrecht ingezet om een ophanden zijnde ontruiming te beletten. Het is ook denkbaar dat een justitiabele de onteigening van zijn grond wil tegenhouden door voor de burgerlijke rechter aan te voeren dat de percelen later tegen niet-marktconforme prijzen, en dus in strijd met het staatssteunrecht, zullen worden uitgegeven. Daarmee, aldus deze redenering, bestaat de kans dat de staatssteun wordt teruggevorderd (en het met de onteigening beoogde project dus geen doorgang kan vinden). Parallellen voor een dergelijke redenering vindt men ook in het bestuursrecht. Te denken valt dan aan geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening, waar de mogelijke terugvordering van staatssteun aan de financiële uitvoerbaarheid van een RO-besluit in de weg kan staan.[248] Te denken valt beter nog aan de onteigening van de vermogensbestanddelen van SNS, naar aanleiding waarvan de Afdeling oordeelde dat het staatssteunrecht niet strekt tot bescherming van de belangen van de onteigende effectenhouders.[249]

Met dat laatste oordeel heeft de Afdeling misschien inspiratie ontleend aan een aantal arresten van de Hoge Raad inzake de onteigening van percelen grond. Al in 2006 oordeelde de Hoge Raad dat het staatssteunrecht 'niet [strekt] tot bescherming van de private eigendom, maar tot bevordering van een eerlijke mededinging op de gemeenschappelijke markt.' De mogelijkheid dat sprake is van onrechtmatige staatssteun 'is in het onteigeningsgeding derhalve op zichzelf niet van belang en kan niet afdoen aan de rechtsgeldigheid van

246 Vzr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*).
247 Vgl. Adriaanse 2006, p. 284-5.
248 Zie in dit hoofdstuk § 4.5.4.
249 Zie in dit hoofdstuk § 4.5.6.

het onteigeningsbesluit.'[250] Een beroep op de standstillbepaling heeft in een onteigeningsgeschil dus geen plaats.

Dit zijn opvallende uitspraken omdat de Hoge Raad hier, zonder verwijzing naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie en zonder het stellen van prejudiciële vragen, in een paar zinnen het beschermingsbereik van de opschortingsplicht inperkt. Ook de verhouding tot het effectiviteitsbeginsel, het gelijkwaardigheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming komt niet aan de orde. Gezien de enorme toestroom van staatssteunargumenten in bestuursrechtelijke RO-zaken heeft de Hoge Raad de Nederlandse burgerlijke rechter met dit oordeel mogelijk veel werk bespaard. Daar komt bij dat de onteigende personen eventueel nog wel de steunverlenende handeling zelf kunnen aanvechten. Of dit hun veel zal opleveren, is natuurlijk nog maar de vraag. Het kwaad – de onteigening – is dan immers al geschied.

4.6.6 De abnormaal lage inschrijving: staatssteun in de aanbestedingscontext

Het komt regelmatig voor dat eisende partijen, zeker in het civielrechtelijk kort geding, aan hun vordering zowel een schending van het aanbestedingsrecht als van het staatssteunrecht ten grondslag leggen.[251] Ook dan kan aan de orde komen of de justitiabele bij zijn vordering voldoende belang heeft in de zin van artikel 3:303 BW. In het hierboven in § 4.6.4 genoemde geschil over de Koppenhinksteeg had de Stichting voldoende belang op grond van zijn status als inschrijver op een aanbesteding. De aanbestedingsrechtelijke Rechtsbeschermingsrichtlijn eist ook dat zulke inschrijvers toegang hebben tot een beroepsprocedure, in ieder geval om hun rechten op grond van het aanbestedingsrecht te verwezenlijken.[252] Dat een inschrijver op een aanbesteding toegang moet hebben tot een beroepsprocedure betekent niet per definitie dat hij voldoende belang heeft bij een daaraan verwante vordering op grond van het *staatssteunrecht*. Andersom geldt hetzelfde: een partij die geen beroep kan doen op de aanbestedingsregels omdat haar inschrijving ongeldig blijkt,

250 HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9441 (*Onteigening*), r.o. 3.2.5. Vgl. HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6641 met betrekking tot het Besluit luchtkwaliteit. Ook: HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4934 (*EWF*). Zie in een iets andere context ook de bespreking van het Koninklijk Besluit *Sluis*, De Roos 2013. Zie voor de onteigeningsprocedure in dit soort gevallen de artikelen 17, 18, 78 en 80 Onteigeningswet.

251 Bijv.: Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSH:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*); Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*). Ook in kort geding, bijv.: Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWF*); Vzr. Rb Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451 (*P1 Holding*).

252 Art. 1(3) Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, *PbEU* 1989 *L* 395/33, zoals gewijzigd door Richtlijn 2007/66 (rechtsbeschermingsrichtlijn).

wordt daardoor niet belemmerd in de mogelijkheid om een (ontvankelijk) beroep te doen op de standstillbepaling.[253]

In een aantal gevallen waarin het staatssteunrecht in een aanbestedingsrechtelijke context aan de orde komt, gaat het erom dat een aanbesteding door aan de winnaar verleende onrechtmatige staatssteun zou zijn 'besmet'. Zonder die al ontvangen steun, zo luidt dan het argument, had de winnaar nooit zo'n goed bod kunnen doen en was de betrokken opdracht niet aan hem gegund. Vergelijkbare geschillen bestaan ook in het bestuursrecht, met name op het gebied van vervoersconcessies.[254] Ook nu geldt dat de vordering niet ziet op aantasting van de vermeend steunverlenende handeling, maar op een daaraan gerelateerde handeling: de gunning. Toetsingskader is in zulke gevallen niet de standstillbepaling maar het aanbestedingsrecht.[255]

Het is interessant dat, net als in het bestuursrecht, de mogelijkheid lijkt te bestaan dat een schending van het staatssteunrecht tot gevolg kan hebben dat een in eerste instantie bij het aanbestedingsgeschil ontbrekend belang alsnog wordt aangenomen. Dit volgt uit de zaak *Arriva*, het vervolg op een bestuursrechtelijke procedure waarin het beroep niet-ontvankelijk werd verklaard.[256] In de zaak *Arriva* komen eiseressen op tegen de gunning van een opdracht waarop zij zich niet hadden ingeschreven. Verweerders menen dat die niet-inschrijving betekent dat het voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW ontbreekt. De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam oordeelt dat in een dergelijk geval de aanbestedingsprocedure eiseressen inderdaad in beginsel niet aangaat. Echter, aldus de voorzieningenrechter, de enkele niet-inschrijving betekent nog niet dat het belang in de zin van artikel 3:303 BW ontbreekt. Dit belang kan alsnog aanwezig worden geacht wanneer de aanbestedende dienst inschrijvingen in aanmerking heeft genomen 'die evident slechts met flagrante schending van [de opschortingsplicht] genomen hebben kunnen worden'.[257] Die situatie doet zich volgens de rechtbank niet voor en daarmee worden de vorderingen afgewezen.

De uitspraak van de Rotterdamse voorzieningenrechter verdient aandacht omdat blijkt dat de aanwezigheid van onrechtmatige staatssteun, net als in het bestuursrecht, onder omstandigheden kan leiden tot het bestaan van belang in een andere procedure. Dit is een vergelijkbare benadering als gevolgd door

253 Vzr. Rb Zutphen 22 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW6294 (*Quarosand Zorgontwikkeling*).
254 Zie in dit hoofdstuk § 4.5.5.
255 Op grond van art. 2.116 lid 6 van de in juli 2016 gewijzigde Aanbestedingswet 2012 (oud: artikel 56 Bao) moet een aanbestedende dienst een abnormaal lage inschrijving die door onrechtmatige staatssteun mogelijk is gemaakt, onder omstandigheden afwijzen.
256 Vzr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva*). Zie: Vzr. CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:BG1736 (*Openbaar Vervoer Zuidoost Fryslân 2008-2016*); Vzr. CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG1734 (*Bus Streek Overig*), en nader in dit hoofdstuk § 4.5.5.
257 Vzr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva*), r.o. 5.4.

de voorzieningenrechter van het CBb, hoewel in het ene geval artikel 3:303 BW en in het andere geval artikel 1:2 Awb aan de orde was. Daarbij hanteert de burgerlijke rechter (althans: in deze uitspraak) wel een op het oog strengere toetsingsmaatstaf: er moet sprake zijn van een evidente en flagrante schending van de staatssteunregels. Nu het doel van deze procedure niet ligt in het terugdraaien van de vermeende staatssteun maar in het waarborgen van de integriteit van de aanbestedingsprocedure, bestaat vanuit staatssteunrechtelijk opzicht tegen de verzwaarde toetsingsmaatstaf geen bezwaar.

> Een andere parallel ziet men in de bestuursrechtelijke rechtspraak in de sfeer van de ruimtelijke ordening. Ook daar staat een andere dan de vermeend steunverlenende handeling centraal, hoewel anders dan hierboven niet een belangvereiste aan de orde is. De Afdeling stelt in zijn meer recente jurisprudentie in ruimtelijkeordeningszaken de eis dat het bestuursorgaan op voorhand in redelijkheid had moeten voorzien dat een bestemmingsplan zonder staatssteun niet binnen de planperiode zou kunnen worden uitgevoerd.[258]

4.6.7 Spoedeisend belang in kort geding: de burgerlijke rechter

Wie de burgerlijke rechter in kort geding wil adiëren zal daarvoor naast overige belangvereisten een spoedeisend belang moeten aantonen (artikel 254 lid 1 Rv). Het komt regelmatig voor dat staatssteungeschillen in civielrechtelijk kort geding aan de orde komen.[259] Dat kan er aan liggen dat een beroep op de staatssteunregels in veel gevallen wordt gekoppeld aan een aanbestedingsgeschil, waarbij zowel op het aanbestedings- als op het staatssteunrecht een beroep wordt gedaan. Op grond van de zogenaamde *Alcatel*-rechtspraak moet een vordering gebaseerd op het aanbestedingsrecht binnen een bepaalde termijn worden ingesteld, en zo ligt een geregeld gebruik van de kortgedingprocedure voor de hand.[260]

Wanneer zowel op grond van het staatssteun- als het aanbestedingsrecht vorderingen worden ingediend, ligt het spoedeisend belang meestal besloten in de mogelijkheid dat de justitiabele alsnog kan meedingen naar het verkrijgen van de betrokken opdracht.[261] Het remediëren van de mogelijke mededin-

---

258 ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077 (*Bestemmingsplan Centrum Haaren*), r.o. 3.18.3.7.

259 Dit geldt voor meer dan de helft van de geschillen waarin wordt betoogd dat aan een concurrent een voordeel zou zijn toebedeeld. Zie bijlage I.

260 HvJ EU 28 oktober 1999, nr. C-81/98 (*Alcatel*); HvJ EU 12 februari 2004, nr. C-230/03 (*Grossmann*). Zie ook art. 2 bis Richtlijn 89/665, zoals gewijzigd door Richtlijn 2007/66 (rechtsbeschermingsrichtlijn).

261 Vzr. Rb 's-Gravenhage 24 september 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BF4232 (*De Raad Bouw*), r.o. 3.2; Vzr. Rb Alkmaar 3 december 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BL4512 (*Kringloopbedrijf Goedwerk Alkmaar*), r.o. 4.3. Ook de verhuurder die zijn huurders dreigt kwijt te raken aan de gemeente, die gunstigere huurvoorwaarden biedt, heeft een spoedeisend belang. Vzr.

gingsvervalsing door het terugvorderen of opschorten van de vermeend onrechtmatige staatssteun wordt in die context niet genoemd. Het is overigens niet waarschijnlijk dat de *terugvordering* van staatssteun een spoedeisend belang met zich brengt, nu net als in het bestuursrecht niet gemakkelijk het spoedeisend belang bij een geldvordering wordt aangenomen.[262]

Voor de beoordeling van een spoedeisend belang is in de bestudeerde jurisprudentie relevant of er op dat moment omstandigheden zijn die het treffen van een voorlopige voorziening rechtvaardigen,[263] of, anders verwoord, of van de eisende partij kan worden gevergd dat de uitkomst van een eventuele bodemprocedure wordt afgewacht.[264] Het spoedeisend belang kan uit de aard van de ingestelde vorderingen worden afgeleid. Dat was bijvoorbeeld het geval in een zaak waarin werd gevorderd dat verweerster zou worden verboden om uitvoeringsmaatregelen te treffen voor de bouw van een met vermeend onrechtmatige staatssteun gefinancierd gascompressorstation – althans totdat de Europese Commissie de verenigbaarheid daarvan heeft onderzocht.[265] Uitspraken van de burgerlijke rechter waarin geen spoedeisend belang is aangenomen, zijn mij niet bekend.

4.6.8 Tussenconclusie

Het zou kunnen worden verwacht dat de relevantie van belangvereisten in staatssteungeschillen voor de burgerlijke (rest)rechter veel beperkter is dan voor de bestuursrechter. Die verwachting wordt in de bestudeerde jurisprudentie tot op zekere hoogte ook bevestigd, met slechts een aantal opvallende uitzonderingen. Toch blijkt de vraag wie zich voor de burgerlijke rechter op de standstillbepaling kan beroepen wel degelijk relevant. Daarbij vervult met name het in artikel 3:303 BW neergelegde vereiste van een voldoende belang een belangrijke rol. Dat dit vereiste nog vrij regelmatig in de civiele staatssteunrechtelijke jurisprudentie opduikt, valt op omdat het niet is bedoeld om al te grote drempels op te werpen; behoudens uitzonderingen wordt het voldoende belang in beginsel geacht aanwezig te zijn.

Rb Utrecht 4 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP6990 (*Huidekoper*), r.o. 4.3; Vzr. Rb Limburg 26 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8299 (*Petronella*), r.o. 3.1 en 4.1.

262 Tjong Tjin Tai 2014 (*Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*), artikel 254 Rv, aant. 17.2.

263 Vzr. Rb Utrecht 4 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP6990 (*Huidekoper*), r.o. 4.2. Vgl. Vzr. Rb Alkmaar 3 december 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BL4512 (*Kringloopbedrijf Goedwerk Alkmaar*), r.o. 4.3.

264 Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*), r.o. 4.11. Vgl. Hendrikse 2011, p. 315; Asser/Van Schaick (Procesrecht), aant. 220.

265 Vzr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*), r.o. 4.2. Vgl. Vzr. Rb Limburg 26 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8299 (*Petronella*), r.o. 3.1 en 4.1.

Op grond van artikel 3:303 BW is zodoende een discussie gevoerd over de 'kring van belanghebbenden' van het staatssteunrecht. Daaronder vallen volgens de burgerlijke rechters in ieder geval concurrenten van steunontvangers, zoals ook volgt uit de Europese jurisprudentie. Anders dan in het bestuursrecht is in deze context echter nog nauwelijks uitgekristalliseerd wie als concurrent moet worden aangemerkt. Een wél relevant aanknopingspunt is dat de justitiabele die zich op een aanbesteding heeft ingeschreven, geacht wordt concurrent te zijn van de partij aan wie de betrokken opdracht is gegund. In andere gevallen is onduidelijk hoe kan worden vastgesteld of een justitiabele concurrentiebelang heeft. Er is dan ook nog niet geoordeeld dat het benodigde concurrentiebelang ontbreekt, hoewel één rechter in ieder geval in theorie de mogelijkheid heeft opengelaten. Drempels zoals opgeworpen door de recente jurisprudentie van de Afdeling kent de huidige civielrechtelijke staatssteunrechtspraak dus niet. Dat kan liggen aan de terughoudende toets op basis van artikel 3:303 BW, en mogelijk ook aan de invloed van het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming. Daarnaast is het denkbaar dat de vraag of sprake is van een concurrentiebelang een grotere rol speelt bij de later in de procedure relevante vraag naar het causaal verband tussen de geleden schade en de vermeende schending van de staatssteunregels.

Hoewel niet snel wordt aangenomen dat een concurrentiebelang ontbreekt, blijkt het wel degelijk relevant welk gevolg met een ingestelde vordering wordt beoogd. Dit is overigens een onderwerp dat ook in hoofdstuk 7 van groot belang is. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat op het staatssteunrecht gestoelde vorderingen moeten kunnen leiden tot een herstel van de mededingingssituatie. Het valt op dat de Hoge Raad tot dit oordeel komt op basis van een uitleg van het Unierecht, terwijl de toepassing van het Nederlands burgerlijk recht tot hetzelfde gevolg zou hebben geleid. Dit doet denken aan de uitspraak van het CBb in de zaak *Thuiszorgservice* en laat zien dat de burgerlijke rechter onder omstandigheden bereid is om op basis van Europese rechtspraak een principiële uitspraak te doen.

Het is verder vermeldenswaardig dat een lagere burgerlijke rechter in één geval heeft gesuggereerd dat justitiabelen zich op de opschortingsplicht mogen beroepen wanneer zij weliswaar geen duidelijk concurrentiebelang hebben maar op een andere manier significant door een schending van de staatssteunregels zijn geraakt. Een dergelijk ruime benadering volgt niet zonder meer uit de Europese jurisprudentie. Hoe dan ook is deze discussie in hoger beroep wijselijk in het midden gelaten. Een principiële uitspraak met deze strekking zou een grote toestroom van zaken tot gevolg kunnen hebben die tot een nadere afbakening van het begrip voldoende belang in staatssteungeschillen zou noodzaken. Andere niet-concurrenten moeten zich bij de burgerlijke rechter ook niet te rijk rekenen. Zo zijn de vorderingen van een aantal onteigende grondbezitters afgeketst op het – verder niet (met verwijzing naar Europese jurisprudentie) gemotiveerde – oordeel dat de standstillbepaling niet strekt tot bescherming van de private eigendom.

Heffingbetalers ontlenen op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie in ieder geval wel bescherming aan de standstillbepaling. Hoewel zij in verband met de Nederlandse rechtsmachtverdeling zelden bij de burgerlijke rechter terecht komen, lopen zij in het enkele geval dat dit wel gebeurt, niet tegen belangvereisten aan. Vanwege haar processuele positie worden evenmin belangvereisten gesteld aan de overheid wanneer deze optreedt als verweerder in een staatssteungeschil. Echter: de overheid kan voor de burgerlijke rechter ook zelf als eiser optreden. De burgerlijke rechter heeft tot nu toe geen belemmering gezien voor de mogelijkheid van de overheid om zich in rechte op de staatssteunregels te beroepen, zelfs in het geval de wederpartij aanvoerde dat dit beroep opportunistisch zou zijn. Wel lijkt het relevant te zijn of het Unierecht daadwerkelijk tot de door de overheid gevorderde handeling verplicht. Zo wordt (althans: in één uitspraak) als spiegel van het beschermingsbereik van de standstillbepaling ook diens 'verplichtingenbereik' gedefinieerd. Vanuit de systematiek van het toegepaste artikel 3:303 BW is dat logisch, maar een prejudiciële vraag was op zijn plek geweest om ervan verzekerd te kunnen zijn dat de definitie van het verplichtingenbereik in dit geval ook de juiste was.

Net als in het bestuursrecht komt het ten slotte voor dat het staatssteunrecht relevant blijkt in een geschil waarin een andere norm centraal staat, bijvoorbeeld uit het aanbestedingsrecht. Of het noodzakelijke belang ontbreekt hangt dan af van de aanbestedingsrechtelijke context. Wel kan een dergelijk belang alsnog ontstaan wanneer de aanbesteding evident slechts met flagrante schending van de staatssteunregels tot stand had kunnen komen. Zo kan het staatssteunrecht in uitzonderlijke omstandigheden van invloed zijn op het bestaan van een voldoende belang in een niet-staatssteunrechtelijk geschil.

4.7 SLOTBESCHOUWING

In dit hoofdstuk is in kaart gebracht in hoeverre de Nederlandse rechter eisen stelt aan het belang van partijen die zich in rechte op een schending van de staatssteunregels beroepen, en hoe zijn optreden wordt beïnvloed door enerzijds de nationale en anderzijds de Europese context waarin hij opereert. Wanneer een rechter oordeelt dat het een partij aan het vereiste belang ontbreekt, kan dit tot gevolg hebben dat hij niet meer aan een inhoudelijke toets van de aangevoerde argumenten toekomt, of dat het door partijen gevraagde rechtsgevolg niet kan intreden. Dat kan problematisch zijn wanneer de toepassing van een belangvereiste in de weg staat aan de taak van de rechter om aan een schending van de standstillbepaling alle nodige gevolgen te verbinden, zoals voorzien door het Hof van Justitie. Een rigide toepassing van belangvereisten kan ertoe leiden dat mogelijke schendingen van de staatssteunregels niet tegen het licht worden gehouden, en in een aantal bestudeerde zaken is dat waarschijnlijk het geval geweest. Tegelijkertijd biedt de toepassing van

een belangvereiste ook mogelijkheden om oneigenlijke staatssteunberoepen buiten de deur te houden, die zijn gericht op een ander gevolg dan herstel van de mededingingssituatie. Ook daarvan biedt de bestudeerde jurisprudentie voorbeelden.

Verwacht kan worden dat de Nederlandse rechter een middenweg zoekt tussen deze twee uitersten (het rigide toepassen van belangvereisten aan de ene kant en een *actio popularis* aan de andere kant). Daarover bestaat nog geen eenduidig beeld. De Nederlandse rechter lijkt soms nog zoekende naar de betekenis van belangvereisten in de context van staatssteungeschillen. De *precieze* weg die wordt bewandeld hangt af van de bevoegde rechter (bestuursrechter, burgerlijke rechter of belastingrechter) en het door hem toegepaste procesrecht, maar misschien nog wel meer van de vraag wie een beroep doet op de staatssteunregels en met welk oogmerk. Rechters hebben binnen de grenzen van het nationale en het Europese recht immers enige ruimte om rekening te houden met bijzondere omstandigheden van het geval of bepaalde gepercipieerde trends, bijvoorbeeld een toename van 'oneigenlijke' beroepen op het staatssteunrecht.

Het in de verschillende rechtsgebieden toepasselijke nationale procesrecht vormt uiteraard een belangrijke basis voor de beantwoording van de vraag welke eisen de Nederlandse rechter aan het belang van partijen in staatssteungeschillen stelt. De belangrijkste conclusies over de inhoud van dat procesrecht zijn samengevat in § 4.2.5. Er bestaan verschillende soorten belangvereisten, die in de drie bestudeerde rechtsgebieden een grotere of kleinere rol innemen. Het gaat dan om het belang in relatie tot de bestreden handeling, in relatie tot de ingeroepen norm en in relatie tot de gevolgen van de gang tot de rechter. Deze eisen zijn in principe strenger in het bestuurs- en belastingrecht dan in het civiele recht. Wie de in het bestuurs- en belastingrecht gestelde vereisten niet kan vervullen, kan op grond van de Nederlandse rechtsmachtverdeling onder omstandigheden nog een procedure voeren bij de burgerlijke rechter, die dan fungeert als 'restrechter'.

Het nationale procesrecht moet in staatssteungeschillen worden toegepast binnen de grenzen van het Unierecht. De belangrijkste conclusies daarover zijn samengevat in § 4.3.4. Dat Unierecht verbiedt niet categorisch de toepassing van een belangvereiste. Leidend is de nationale procedurele autonomie, zoals in deze context vooral ingeperkt door het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Om te bepalen of buiten de door het Unierecht gestelde grenzen wordt getreden, moet worden nagegaan wie wordt beschermd door de standstillbepaling. Daarover bestaat nog geen volledige duidelijkheid. Wel kan worden geconcludeerd dat het beschermingsbereik van de opschortingsplicht zich op zijn minst uitstrekt tot concurrenten van steunontvangers en justitiabelen die een heffing moeten betalen waarmee onrechtmatige staatssteun wordt gefinancierd.

Tegen deze achtergrond kunnen de belangrijkste lijnen worden geschetst naar aanleiding van het onderzoek naar de toepassing van belangvereisten

door de Nederlandse burgerlijke, bestuurs- en belastingrechter in staatssteunzaken. Dat leidt tot de volgende constateringen.

Veel verschillende partijen beroepen zich met uiteenlopende doelen op het staatssteunrecht.
Deze constatering volgde ook al uit hoofdstuk 3, maar is voor dit hoofdstuk van groot belang. Uit de in het kader van dit onderzoek gevoerde gesprekken komt naar voren dat veel partijen met voorliefde een beroep op het Unierecht en de daarvan deel uitmakende staatssteunregels doen – ook wanneer niet evident is dat de staatssteunregels zijn bedoeld om in die gevallen bescherming te bieden. Aangezien eisen kunnen worden gesteld aan het belang in relatie tot de bestreden handeling, in relatie tot de ingeroepen norm en in relatie tot de beoogde gevolgen, maakt het voor de benadering van de rechter in grote mate uit *wie* een beroep doet op de staatssteunregels en met welk *oogmerk*. Niet alleen concurrenten van steunontvangers en heffingbetalers, maar ook steunverlenende overheidsorganen, belangenverenigingen, omwonenden en onteigende landbezitters of effectenhouders, zelfs politieke partijen beroepen zich op de staatssteunregels. Zij kunnen hun beroep (vooral) richten op de ongedaanmaking van de door de vermeende schending van de staatssteunregels veroorzaakte mededingingsvervalsing, of (vooral) op de verbetering van hun eigen rechts- of concurrentiepositie of een ander doel, zoals het stopzetten van een ongewenst bouwproject. In het tweede geval ligt oneigenlijk gebruik van de staatssteunregels op de loer. Deze uiteenlopende partijen en doelen zijn niet alleen relevant voor de vraag hoe de nationale belangvereisten toepassing vinden, maar ook voor de vraag in hoeverre bescherming op grond van de staatssteunregels geboden is.

Voor de vraag wie een beroep op de staatssteunregels kan doen, kunnen hele andere factoren van belang zijn dan die door het Hof van Justitie bedoeld zijn.
Dat geldt vooral wanneer een beroep op de staatssteunregels dient tot invulling van een andere norm, zoals het aanbestedingsrecht of de financiële uitvoerbaarheid van een besluit in de sfeer van de ruimtelijke ordening. Het gaat dan eigenlijk om een indirect beroep op de staatssteunregels. In dat geval ligt het voor de hand dat de voor die andere norm relevante belangvereisten worden toegepast. Zo kan het voorkomen dat juist een concurrent, die bij uitstek aan de opschortingsplicht bescherming kan ontlenen, er door het bestuursrechtelijk relativiteitsvereiste van wordt weerhouden om zich te beroepen op een vermeende schending van de staatssteunregels.

Het is echter ook mogelijk dat degene die zich direct op de standstillbepaling wil beroepen, zijn belang voor de Nederlandse rechter ontleent aan een andere hoedanigheid dan die van concurrent. Te denken valt dan met name aan de geadresseerde van een besluit dat in wezen de tegenhanger is van het vermeend steunverlenend besluit. Volgens de regels van Nederlands bestuursprocesrecht heeft een dergelijke geadresseerde in beginsel belang in de zin

van artikel 1:2 Awb, onafhankelijk van de vraag of hij aan het Unierecht rechten ontleent. Veel profijt zal hij daar niet van hebben: de Nederlandse bestuursrechter zal namelijk alsnog niet overgaan tot vernietiging van het bestreden besluit in situaties die niet door het staatssteunrecht worden beschermd. Een ander mooi voorbeeld biedt de casus van de Leidse Koppenhinksteeg. Het benodigde voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW volgde uiteindelijk uit de hoedanigheid van de Stichting als inschrijver op een aanbesteding, los van de vraag of de Stichting aan het staatssteunrecht rechten kon ontlenen.

Over het precieze beschermingsbereik van de standstillbepaling bestaat nog onduidelijkheid. Dat leidt tot een beperkte uitleg van dat beschermingsbereik.
Gezien de uiteenlopende manieren waarop het staatssteunrecht in de Nederlandse praktijk wordt ingeroepen, zou het nuttig zijn als over het beschermingsbereik van de standstillbepaling meer duidelijkheid bestond dan nu het geval is. Er lijkt onder Nederlandse rechters – terecht – consensus te bestaan dat een beroep op de staatssteunregels in ieder geval toekomt aan concurrenten van vermeende steunontvangers en betalers van heffingen waarmee de vermeende steunmaatregel wordt gefinancierd. Het is echter enerzijds onduidelijk hoe moet worden bepaald of een justitiabele is geraakt door concurrentievervalsing als gevolg van de steunmaatregel, en anderzijds of (en zo ja: welke) andere justitiabelen aan de opschortingsplicht bescherming kunnen ontlenen.

Bij twijfel lijken de rechters in het tweede geval uit te gaan van een beperkt beschermingsbereik van de standstillbepaling, waarbij andere justitiabelen dan concurrenten en heffingbetalers weinig kans maken om hun staatssteunargumenten naar voren te brengen. Dat blijkt met name uit de onteigeningsjurisprudentie van de Afdeling en van de Hoge Raad, waarin zonder veel omhaal – en zonder prejudiciële vragen te stellen – wordt geconcludeerd dat de staatssteunregels niet strekken tot bescherming van de onteigende justitiabelen. Dat wordt uitgegaan van een beperkt beschermingsbereik is overigens nog niet zo vreemd. Als aan andere justitiabelen dan concurrenten en heffingbetalers ruimte wordt geboden om een beroep op de staatssteunregels te doen, kan dit leiden tot een stortvloed aan zaken die noodzaken tot een nadere afbakening van het beschermingsbereik van de opschortingsplicht en die in veel gevallen niet primair de ongedaanmaking van mededingingsvervalsing op het oog hebben. Met de stortvloed van zaken in de sfeer van de ruimtelijke ordening in het achterhoofd is het denkbaar dat de Nederlandse rechter het hek stevig op de dam wil houden.

Bij de toepassing van belangvereisten in staatssteungeschillen speelt het Unierecht maar een beperkte rol; doorgaans wordt 'gewoon' Nederlands recht toegepast.
Lenaerts en Corthout schreven in 2006:

> 'There is a fundamental difference between the national procedural autonomy to provide adequate remedies, which may indeed result in differences in *enforcement* of EU law and the prior question whether a certain EU norm can be *invoked* before the national judge. The former is a matter of subsidiarity usually left to the Member States and rightly so. The latter should be a matter of EU law, applying equally across all the Member States, thus giving everyone as much or as little chance to rely on EU law using whatever procedural format the Member State provides for it.'[266]

Het mag duidelijk zijn dat de ambitie dat in alle lidstaten dezelfde ruimte bestaat om het Unierecht in te roepen in het geval van het staatssteunrecht wordt ingeperkt door de onduidelijkheid over het precieze beschermingsbereik van de standstillbepaling. Daar komt bij dat de Nederlandse rechter de toepassing van belangvereisten maar in beperkte mate als een '*matter of EU law*' lijkt te zien. Doorgaans is de invulling van belangvereisten in staatssteunzaken een kwestie van Nederlands recht. Een mooi voorbeeld biedt de invulling van de vraag of sprake is van een concurrentiebelang, waarbij in geen enkel geval een aan het Europees recht ontleende definitie van het begrip 'concurrent' wordt gebruikt. In een enkel geval wordt wel ingegaan op het gelijkwaardigheidsbeginsel, effectiviteitsbeginsel en/of het beginsel van effectieve rechtsbescherming, vaak om te constateren dat deze door de toepassing van het Nederlands recht niet in het gedrang komen. Het is natuurlijk wel mogelijk dat deze beginselen achter de schermen een zekere rol spelen bij de manier waarop de Nederlandse belangvereisten op de omstandigheden van het specifieke geval worden toegepast. Slechts in sommige gevallen wordt bij de toepassing van belangvereisten verwezen naar het relevante Unierecht.

Het Unierecht werkt ook door in het Nederlands recht via het relativiteitsvereiste en, tot op bepaalde hoogte, de eis van een voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW. Deze vereisten halen als nationale norm zelf vragen van Europees recht 'binnen'. Zij vragen immers om een beoordeling van de strekking van de ingeroepen norm, en dus om een oordeel over de reikwijdte van de in artikel 108 lid 3 VWEU neergelegde opschortingsplicht.

Wanneer bij de toepassing van een belangvereiste wordt verwezen naar het Unierecht, gebeurt dat eerder om de inroepbaarheid van de staatssteunregels in te dammen dan andersom.

Zo heeft de belastingkamer van de Hoge Raad in 2002 prejudiciële vragen gesteld over de mogelijkheid van heffingbetalers om zich op de opschortingsplicht te beroepen. Te wijzen valt ook op de uitspraak van het CBb in de zaak *Thuiszorgservice*, waarin het begrip procesbelang werd uitgelegd in het licht van de taak van de nationale rechter in staatssteungeschillen. Het valt op dat de rechters hier gebruik maken van het Unierecht om grenzen te stellen aan

266 Lenaerts & Corthaut 2006, p. 309.

de mogelijkheid om het staatssteunrecht in te roepen en niet om een ruimere inroepbaarheid van de staatssteunregels te bewerkstelligen. Dat geldt ook voor het arrest van de Hoge Raad in de civiele zaak *P1*, waarin hetzelfde resultaat overigens 'gewoon' door toepassing van het burgerlijk procesrecht had kunnen worden bereikt. Dit laat enerzijds zien dat de behoefte wordt gevoeld om grenzen te stellen aan de mogelijkheid om de standstillbepaling in te roepen, en anderzijds dat de Nederlandse rechter – terecht – uitgaat van een niet onbeperkte reikwijdte van artikel 108 lid 3 VWEU. Dit neemt niet weg dat bij de specifieke uitleg van het Unierecht in de zaken *P1* en *Thuiszorgservice* wel vraagtekens kunnen worden gezet.

De Nederlandse rechters staan meerdere manieren tot hun beschikking om te zorgen dat niet ongelimiteerd een beroep op de standstillbepaling wordt gedaan.
Zowel uit de bestuursrechtelijke als uit de civielrechtelijke jurisprudentie blijkt dat de Nederlandse rechter diverse manieren toepast om grenzen te stellen aan de mogelijkheid om met succes het staatssteunrecht in te roepen. Het valt te betogen dat daarvoor in het bestuursrecht met zijn strenge toegangseisen de meeste instrumenten bestaan. Met name artikel 1:2 Awb speelt daarbij een belangrijke rol. Ook de burgerlijke rechter onderzoekt blijkens zijn jurisprudentie regelmatig mogelijkheden om 'oneigenlijke' beroepen op de staatssteunregels in te dammen. Daarbij komt een verrassend prominente rol toe aan artikel 3:303 BW. Dat is opvallend omdat de daarin neergelegde eis van een voldoende belang doorgaans maar een beperkte betekenis heeft; het vereiste belang wordt in beginsel verondersteld. Hoewel de meeste vorderingen de toets van artikel 3:303 BW doorstaan, is de implicatie dat de burgerlijke rechter zeker bereid en in staat is om oneigenlijke beroepen op de staatssteunregels te weren.

Beperkingen aan de inroepbaarheid van de standstillbepaling worden niet alleen via belangvereisten gesteld. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan het aanscherpen van een materiële toets waardoor een beroep op de staatssteunregels minder aantrekkelijk wordt. Zowel in het bestuursrecht als in het burgerlijk recht worden daarnaast, zonder expliciet op belangvereisten in te gaan, beroepen dan wel vorderingen verworpen op de grond dat de toewijzing daarvan niet kan leiden tot het door de eisende partij beoogde resultaat. Waar de overheid als eisende partij in een civiele procedure aan belangvereisten moet voldoen, kunnen vergelijkbare eisen worden gesteld in het bestuursrecht, maar dan bij de bevoegdheid om het in de procedure bestreden besluit te nemen of bijvoorbeeld het specialiteitsbeginsel. Dit is belangrijk, omdat het betekent dat in het kader van dit hoofdstuk tussen de rechtsgebieden gesignaleerde verschillen bij de toepassing van belangvereisten in veel gevallen kunnen worden gerelativeerd.

Concurrenten van vermeende steunontvangers hebben ten onrechte geen toegang tot de belastingrechter.
Zulke concurrenten zullen zich in plaats daarvan moeten wenden tot de burgerlijke rechter als restrechter. De reden daarvoor ligt besloten in het wettelijk systeem: artikel 26a AWR beperkt de procesbevoegdheid voor de belastingrechter. Buiten het belastingrecht geldt deze belemmering niet. Bij de bestuursrechter en burgerlijke rechter kunnen concurrenten van steunontvangers bij gebrek aan een bepaling als artikel 26a AWR wel terecht. Dat zij zich niet voor de belastingrechter op de staatssteunregels kunnen beroepen, levert spanning op met het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Het valt namelijk sterk te betwijfelen dat de burgerlijke rechter als restrechter in staat is om dit gat op te vullen. Van de openstaande rechtsgang bij de burgerlijke rechter maken concurrenten van vermeende steunontvangers althans nauwelijks gebruik. De implicatie hiervan is dat de rechtsbescherming van concurrenten van steunontvangers in het belastingrecht te wensen overlaat. Een wijziging van artikel 26a AWR ligt dan ook voor de hand.

Óf een partij concurrent is van een vermeende steunontvanger wordt in het bestuursrecht en in het burgerlijk recht op verschillende manieren vastgesteld.
Bij die vraag wordt niet aangesloten bij enige aan het Unierecht ontleende definitie. De Nederlandse rechters sluiten daarentegen aan bij het geldende nationale procesrecht, wat leidt tot verschillende benaderingen door de burgerlijke en de bestuursrechter. Dat de vraag wie concurrent is afhangt van een nationale definitie, levert spanning op met het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van de effectieve rechtsbescherming, nu de vraag wie de bescherming van de staatssteunregels kan inroepen uiteindelijk moet worden beantwoord door het Hof van Justitie of de Europese wetgever.

De plaats van artikel 1:2 Awb binnen het bestuursrecht brengt met zich dat de manier waarop wordt bepaald of een justitiabele concurrentiebelang heeft in het bestuursrecht veel duidelijker is uitgekristalliseerd dan in het burgerlijk recht. Anders dan de burgerlijke rechter heeft de bestuursrechter dan ook in twee recente gevallen aan eisende partijen de toegang tot de rechter ontzegd wegens het ontbreken van belang in de zin van artikel 1:2 Awb. Er gelden twee belangrijke nuanceringen: ten eerste volgen de andere bestuursrechters de Afdeling (nog) niet in haar strengere toepassing van het belanghebbendebegrip. Ten tweede is het goed mogelijk dat de vraag of sprake is van een concurrentiebelang in civiele zaken wel een belangrijke rol gaat spelen bij de causaliteitsvraag in de context van schadevergoeding.

Nationale belangvereisten kunnen in bijzonder moeilijke situaties worden gebruikt als 'schietstoel' om ingewikkelde en politiek gevoelige staatssteungeschillen uit de weg te kunnen gaan.
Aanwijzingen voor deze conclusie zijn vooral te vinden in de jurisprudentie van de bestuursrechter. Te wijzen valt dan op uitspraken zoals *Vogelaarwijken*, SNS en *Thuiszorgservice*. Deze zaken hebben met elkaar gemeen dat sprake was van complexe materie in een gevoelige zaak, waarin de Europese Commissie op enige manier een rol speelde en dus mogelijk nog voor het niet-optreden van de Nederlandse rechter kon compenseren. Het valt in zulke gevallen te begrijpen dat de verleiding bestaat om met behulp van belangvereisten een inhoudelijk oordeel achterwege te kunnen laten. Dit beantwoordt echter niet aan de taak van de nationale rechter om aan schendingen van de staatssteunregels alle nodige gevolgen te verbinden. Wanneer justitiabelen die rechten aan de standstillbepaling kunnen ontlenen in zulke gevallen geen toegang hebben tot de rechterlijke beoordeling, komt dit dan ook in strijd met het Unierecht.

De burgerlijke rechter heeft minder ruimte dan de bestuursrechter om de toegang tot de rechterlijke beoordeling te versperren.
In de jurisprudentie van de burgerlijke rechter valt een vergelijkbare 'schietstoel-benadering' niet te herkennen. Daarvoor zijn verschillende redenen denkbaar. Het ligt voor de hand dat de burgerlijke rechter op grond van het burgerlijk recht en zijn functie als restrechter minder gewend of geneigd is om de toegang tot de rechterlijke beoordeling te versperren dan de bestuursrechter. Daarbij zal een rol spelen dat de burgerlijke rechter geen 'vangnet' heeft zoals dat voor de bestuursrechter wel geldt. Degene wiens beroep in een bestuursrechtelijke procedure niet-ontvankelijk wordt verklaard, kan zich in beginsel alsnog tot de burgerlijke rechter wenden. Iets vergelijkbaars geldt niet voor degene wiens vordering voor de burgerlijke rechter wordt verworpen of niet-ontvankelijk wordt verklaard.

Dat laatste is ook vanuit Europees perspectief van belang: de toepassing van een belangvereiste door de bestuursrechter maakt het in principe nog niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk om door de Europese rechtsorde verleende rechten uit te oefenen. In een aantal gevallen heeft de bestuursrechter dan ook geoordeeld dat het effectiviteitsbeginsel ondanks een niet-ontvankelijkverklaring ongeschonden bleef omdat de justitiabele zich nog steeds tot de burgerlijke rechter kan wenden. Het valt dan ook te betogen dat het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming op de burgerlijke rechter zwaarder wegen dan op de bestuursrechter.

Helemaal zwart-wit is het beeld ook weer niet. Zoals gezegd staan de Nederlandse rechters meerdere manieren tot hun beschikking om te zorgen dat niet ongelimiteerd een beroep op de standstillbepaling wordt gedaan. Ook de burgerlijke rechter lijkt in een enkel geval in de verleiding te komen om op een mogelijke schending van de standstillbepaling niet al te diep in te gaan.

Dit blijkt dan echter op andere manieren, zoals bijvoorbeeld in een geval waarin met een bijzondere toepassing van de rechtsfiguur partiële nietigheid de inhoudelijke beoordeling van de gestelde staatssteun buiten bespreking kon blijven.[267]

De vraag wie zich voor de Nederlandse rechters op de staatssteunregels mag beroepen blijft belangrijk. Vanwege de diversiteit aan geschillen en de nog bestaande onduidelijkheid over het beschermingsbereik van artikel 108 lid 3 VWEU blijft het zoeken naar een juiste balans. Een ruime toegang tot de rechterlijke beoordeling kan bijdragen aan het waarborgen van de objectieve naleving van de staatssteunregels. Een dergelijke benadering blijkt echter slecht in het Nederlands recht te passen en wordt door de Nederlandse rechters niet gevolgd. Een te beperkte toegang tot de rechterlijke beoordeling kan echter tot gevolg hebben dat partijen die aan de opschortingsplicht rechten ontlenen, deze rechten niet voor de rechter kunnen waarmaken. Van dit risico dienen justitiabelen, maar ook rechters en advocaten zich bewust te zijn.

De vraag naar de toepassing van belangvereisten door de Nederlandse rechter heeft ten slotte ook mogelijk invloed op de andere vragen die in dit onderzoek naar voren komen. Zo kan worden gesteld dat, hoe beperkter de Nederlandse rechter zijn taak om de naleving van de standstillbepaling te waarborgen opvat, hoe zwaarder de last op de Europese Commissie komt te rusten om de handhaving van de staatssteunregels te waarborgen. Daarnaast kan de mate waarin het voor justitiabelen mogelijk is om de staatssteunregels in te roepen uitwerking hebben op de manier waarop de rechter vervolgens beoordeelt of sprake is van staatssteun en welke gevolgen daaraan kunnen of zullen worden verbonden. Die onderwerpen worden nader uitgewerkt in de hoofdstukken 5 en 7.

267 Zie in hoofdstuk 7 § 7.4.3.1.

5 Inhoudelijke beoordeling: kwalificatie van staatssteun

5.1 Inleiding

> Met de opkomst van de elektrische auto zijn steeds meer elektrische laadpunten langs de wegen nodig. De Staat probeert de exploitatie van zulke laadpunten te stimuleren door in ieder geval in de beginjaren geen vergoeding voor die exploitatie te vragen. Bij veel exploitanten van tankstations is dit een schop tegen het zere been. Voor het exploiteren van een tankstation wordt namelijk wél een forse vergoeding gevraagd. Daar staat tegenover dat de Staat de concurrentiepositie van deze exploitanten beschermt door langs de rijkswegen een maximum aantal tankstations toe te staan. Dat betekent echter niet, beslist de Staat, dat zij ook het alleenrecht hebben om elektrische snellaadpalen te exploiteren. Die taak kan ook door andere partijen worden uitgevoerd. Volgens de tankstationhouders zouden de plannen van de Staat leiden tot het verlenen van onrechtmatige staatssteun aan de ondernemingen die snellaadpalen exploiteren. Zij hoeven namelijk geen vergoeding te betalen, terwijl de exploitanten van de tankstations naar eigen mening in hun concurrentiepositie worden aangetast doordat zij langs de rijkswegen nieuwe partijen naast zich moeten dulden.[1]

De bovenstaande casus is een voorbeeld van een staatssteungeschil zoals zich dat bij de Nederlandse rechter kan voordoen. Hier is dat de burgerlijke rechter, maar vergelijkbare cases komen ook bij de bestuursrechter voor. Een partij voert in een procedure aan dat een bepaalde handeling neerkomt of zal neerkomen op ongeoorloofde staatssteun. Als de rechter haar hierin gelijk geeft en oordeelt dat deze steun ten onrechte niet is aangemeld, zal hij daaraan de nodige consequenties moeten verbinden. Voor de nationale rechter ligt hier in het kader van de handhaving van het Europese staatssteunrecht dan ook een belangrijke taak. Hij moet beoordelen of bepaalde feiten zich hebben voorgedaan en of zij kwalificeren als staatssteun. Die beoordeling is van wezenlijk belang, want de in dit onderzoek bestudeerde standstillbepaling komt alleen aan bod als daadwerkelijk staatssteun is of zal worden verstrekt. Een maatregel die niet neerkomt op staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU kan per slot van rekening niet de opschortingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU schenden.

---

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

Er zijn al vele handboeken en artikelen gewijd aan de vraag wanneer een maatregel kwalificeert als staatssteun.[2] Ook in hoofdstuk 2 van dit onderzoek wordt daarop ingegaan. De vraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord is echter een andere, namelijk hoe de Nederlandse rechter beoordeelt of staatssteun aan de orde is (of, in het bestuursrechtelijk geval: hoe de Nederlandse rechter het bestuurlijk oordeel over het al dan niet bestaan van staatssteun beoordeelt). Wie moet aantonen dat staatssteun is of zal worden verleend? Welke feiten moet hij daarvoor aandragen? Welke onderzoeksbevoegdheden kan de rechter zelf aanwenden en doet hij dat ook? Kan hij een partij tegemoetkomen, door aan een ander een informatieverplichting op te leggen of door ambtshalve te toetsen? Laat de rechter zich gemakkelijk van het bestaan van staatssteun overtuigen? Aan deze vragen is in de staatssteunrechtelijke literatuur nog relatief weinig aandacht besteed.[3] Toch zijn zij essentieel in de gevallen waarin in een nationale procedure een oordeel moet worden geveld over een gestelde schending van de standstillbepaling. Dat geldt ook in het voorbeeld van de elektrische snellaadpalen. Hoe de rechter vaststelt of een maatregel kwalificeert als staatssteun kan voor de exploitanten van de tankstations het verschil zijn tussen gelijk hebben en gelijk krijgen. Het kan ook de keuze beïnvloeden of en hoe zij zullen procederen. Als partijen vrij weinig moeite hoeven doen om het bestaan van staatssteun aan te tonen, kan bijvoorbeeld worden verwacht dat zij eerder in rechte met succes een beroep op de staatssteunregels doen dan wanneer zij zich bijvoorbeeld geconfronteerd zouden zien met een hoge bewijsvoeringslast, of weinig mogelijkheden hebben om het nodige bewijs te vergaren.

De vraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord is daarom: welke rol speelt de rechter bij de beoordeling of een bepaalde maatregel kwalificeert als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU en hoe wordt deze rol beïnvloed door de enerzijds nationale en anderzijds Europese juridische context waarin hij opereert? Dat is één van de vier kernthema's waarmee de centrale vraagstelling van dit onderzoek, naar de rol van de Nederlandse rechter bij de handhaving van het Europese staatssteunrecht en mogelijke verschillen tussen de betrokken rechters, wordt uitgediept. De kwalificatie van steun neemt daarmee een belangrijke plek in naast de vraag wie zich in Nederlandse procedures op het staatssteunrecht mag beroepen (hoofdstuk 4), de verhouding van de Nederlandse rechter tot de andere 'handhaver', de Europese Commissie (hoofdstuk 6), en de gevolgen van een beroep op de standstillbepaling (hoofdstuk 7).

2 Zie voornamelijk, maar niet alleen, Quigley 2015; Biondi 2013; Bacon 2013; Hancher, Ottervanger en Slot 2012.

3 Wel op deelonderwerpen. Zie bijvoorbeeld: Schuurmans 2007, p. 121 e.v.; Jacobs en Den Ouden 2005; Adriaanse 2006, p. 194 e.v.; Widdershoven 2005.

5.1.1 Factoren van invloed op de kwalificatie door de rechter

Zoals ook uit de andere hoofdstukken van dit onderzoek blijkt, wordt de rol van de rechter – ook bij de kwalificatie van steun – door vele factoren beïnvloed. Om zijn rol goed te kunnen duiden is het dus belangrijk om deze factoren stevig op het netvlies te hebben. Ten eerste werkt de rechter binnen bepaalde juridische kaders. De Nederlandse rechter is bij de handhaving van het staatssteunrecht voor een belangrijk deel aangewezen op zijn nationale recht. Daarom zijn voor de wijze van kwalificatie van gestelde steunmaatregelen om te beginnen de geschreven en ongeschreven Nederlandse regels over feitenvaststelling en kwalificatie van belang. Deze kunnen op de verschillende rechtsgebieden van elkaar verschillen. De handhaving van het staatssteunrecht is echter geen zuiver nationale aangelegenheid. De standstillbepaling is immers een Europese norm. Dat heeft tot gevolg dat het EU-recht aan deze nationale regels bepaalde eisen stelt. Deze nationale regels en Europese eisen kleuren het juridische speelveld waarin de Nederlandse rechter in staatssteungeschillen werkt. Op deze juridische kaders wordt verderop in dit hoofdstuk nog uitgebreid ingegaan.

Voor de rol van de rechter bij de kwalificatie van staatssteun zijn ook andere factoren van belang. In het kader van dit hoofdstuk moet vooral worden genoemd dat juridische en feitelijke aspecten bij een onderwerp als de kwalificatie van staatssteun vaak zullen samenlopen. Aan de ene kant is relevant of bepaalde feiten zich hebben voorgedaan. Aan de andere kant is relevant of deze feiten kwalificeren als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.

> Terugkomend op het voorbeeld over de tankstations moeten aan de ene kant grotendeels juridische vragen worden gesteld: als geen vergoeding wordt gevraagd terwijl dit naar 'normale' marktomstandigheden wel zou moeten gebeuren, kwalificeert dit dan als een voordeel en komt dat voordeel uit boven de de-minimis grens? Voordat aan deze juridische vragen kan worden toegekomen, is aan de andere kant doorgaans de feitelijke situatie van belang. Zo moet onder meer worden beoordeeld of exploitanten van snellaadpalen inderdaad geen vergoeding hoeven te betalen, en of van hen onder normale marktomstandigheden wel een vergoeding zou worden gevraagd.

De beoordeling door de rechter wordt daarom ook beïnvloed door de vraag welke feiten hem ter beschikking staan. Gedeeltelijk is dat natuurlijk een juridische kwestie. Bij de vraag welke feiten de rechter ter beschikking staan is het namelijk relevant of partijen de feiten dienen aan te leveren of dat de rechter zelf op onderzoek kan gaan, en welke juridische mogelijkheden partijen hebben om aan bepaalde informatie te komen, zoals het gebruik van de Wet openbaarheid van bestuur. Dit neemt de feitelijke dimensie echter niet volledig weg; sommige feiten zullen nu eenmaal gemakkelijker aan het licht komen of te duiden zijn dan andere. Op dezelfde manier is de rechter in zekere mate

afhankelijk van de procesopstelling van de partijen, niet alleen voor de vraag of überhaupt een procedure wordt gestart, maar ook voor de vraag welke informatie aan het licht komt en in welke mate bepaalde stellingen worden toegelicht en onderbouwd.

Deze kaders zijn van belang om de rol van de Nederlandse rechter bij de kwalificatie van steunmaatregelen goed te kunnen duiden. Er zijn ongetwijfeld meer factoren die deze rol kunnen beïnvloeden. Zo ligt het in de rede dat, met name bij een ingewikkelde beoordeling die in staatssteungeschillen vaak nodig is,[4] de rol van de rechter mede afhangt van 'logistieke' elementen, zoals de in een procedure beschikbare tijd en expertise. Hiervan zal waar relevant in dit hoofdstuk nog melding worden gemaakt.

5.1.2 Afbakening van dit hoofdstuk

In dit hoofdstuk wordt de aandacht gericht op de rol van de Nederlandse rechter bij de beoordeling of in een concreet geval sprake is van staatssteun. Die vraagstelling brengt een bepaalde afbakening met zich. Het gaat in ieder geval de omvang van dit onderzoek te buiten om in individuele gevallen te onderzoeken of een rechter terecht of ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat van staatssteun wel of geen sprake is. Er is ook een afbakening aangebracht met betrekking tot de soorten uitspraken die in dit hoofdstuk worden bestudeerd. De kern van dit onderzoek wordt gevormd door de uitspraken van de Nederlandse rechter in de periode 1 november 2005 tot 1 november 2015 waarin het begrip staatssteun voorkomt. In dit hoofdstuk gaat specifiek de aandacht uit naar uitspraken waarin op enige wijze het bestaan van staatssteun in het concrete geval ter discussie wordt gesteld. Daarmee blijven uitspraken waarin het staatssteunrecht indirect aan de orde komt buiten beschouwing. Hoewel hierin wel ter discussie kan worden gesteld of een bepaalde situatie binnen de reikwijdte valt van in het Nederlands recht overgenomen staatssteunregelgeving,[5] komt in zulke zaken niet expliciet aan bod of een bepaalde maatregel als staatssteun kwalificeert.

De focus op de kwalificatie van staatssteun betekent ook dat niet aan de orde komt of de betrokken maatregel had of zou moeten worden aangemeld en zo ja, of deze is aangemeld. Zoals uit hoofdstuk 2 blijkt, moeten deze vragen wel worden beantwoord om te kunnen vaststellen of sprake is van een (toekomstige) schending van de standstillbepaling.[6] De vraag of een maatregel moe(s)t worden aangemeld, is in theorie in nationale procedures zelfs een zeer

4 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.4.

5 Zie bijv. CBb 1 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:176 (*Mestdroogsysteem*). Daarin was aan de orde de toepassing van in Verordening 1875/2006 opgenomen staatssteunvoorschriften, waarnaar de toelichting bij een bijlage bij een subsidieregeling verwees.

6 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.3.

belangrijke. Het valt te verwachten dat met name de toepasselijkheid van de AGGV in toenemende mate belangrijk wordt, ook in nationale procedures.[7] In dit hoofdstuk blijft dit onderwerp nog buiten beschouwing. In de bestudeerde jurisprudentie is namelijk vooralsnog het belangrijkste twistpunt of staatssteun is of zal worden verstrekt. Het bestaan van een aanmeldingsplicht, waaraan overigens de vraag of sprake is van staatssteun vooraf gaat, is in de Nederlandse rechtspraak tot nu toe (nog) weinig expliciet aan bod gekomen.[8]

Om dezelfde reden wordt in dit hoofdstuk niet ingegaan op de uitspraken waarin wel het staatssteunrecht wordt ingeroepen, maar aan een inhoudelijke beoordeling niet (meer) wordt toegekomen. Uit hoofdstuk 4 bleek al dat het bestaan van een belangvereiste eraan in de weg kan staan dat de rechter beoordeelt of van staatssteun sprake is. Ook bijvoorbeeld wanneer tegen het bestreden besluit niet meer met een beroep op het staatssteunrecht kan worden opgekomen of waarin de verkeerde rechtsingang is gekozen,[9] komt de kwalificatie van staatssteun niet meer aan de orde. Hetzelfde geldt voor geschillen waarin de Commissie al heeft geoordeeld dat sprake is van staatssteun en deze heeft goedgekeurd of een terugvorderingsbesluit heeft genomen. In beide gevallen staat dan immers al vast dat sprake is van steun.[10]

De zojuist genoemde afbakeningen zijn een logisch gevolg van de vraag die in dit hoofdstuk centraal wordt gesteld. Om te zorgen dat het onderwerp niet uit zijn kleren groeit, is een nadere afbakening gemaakt. Ten eerste gaat dit hoofdstuk niet expliciet in op de feitenvaststelling door de rechter in gevallen waarin over hetzelfde geschil al een procedure bij de Europese Commissie loopt maar de Commissie nog geen eindoordeel heeft geveld. Doorgaans moet in zulke gevallen wel degelijk een discussie worden gevoerd over het al dan niet bestaan van staatssteun. In dat soort gevallen is het (al dan niet mogelijke of voorlopige) oordeel van de Commissie doorgaans uitermate relevant voor de rechterlijke feitenvaststelling en zou dit onderwerp dus zeker ook in dit hoofdstuk passen. Het onderwerp is echter voldoende interessant en op zichzelf staand om daarop apart in hoofdstuk 6 in te gaan.

Ten tweede wordt in dit hoofdstuk geen aandacht besteed aan procedures over heffingen en procedures in de sfeer van de ruimtelijke ordening.[11] Hoewel in beide soorten geschillen het al dan niet bestaan van staatssteun aan de orde kan komen, maakt deze beoordeling deel uit van een ruimere toets.

---

7 Zie in hoofdstuk 2 § 2.4.3.

8 Vgl. Adriaanse 2013, p. 529. Hij wijst in dat kader op de uitspraken Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*); ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*); ABRvS 17 december 2003, ECLI:NLRVS: 2003:AO0234 (*Martiniplaza*).

9 Zie in hoofdstuk 4 § 4.1.1.

10 De volgende vragen, of de bestreden steunmaatregel conform de goedkeuring is uitgevoerd en hoe terugvorderingsbesluiten van de Commissie in het Nederlands recht worden nageleefd, komen aan de orde in respectievelijk hoofdstuk 6 en hoofdstuk 7.

11 Zie nader in hoofdstuk 3, § 3.3.4, 3.4.4, 3.4.5 en 3.5.2.

In de geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening is niet alleen relevant of sprake is van staatssteun, maar ook (en veel meer) of het eventuele bestaan van staatssteun aan de financiële uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan in de weg staat. Vaak komt het bestaan van staatssteun in de uitspraak niet eens meer aan de orde.[12] Voor het aantasten van een heffingsmaatregel is niet alleen van belang of de daaraan gekoppelde maatregel staatssteun oplevert, maar ook of tussen de heffing en de steun een integraal bestemmingsverband bestaat. Hoewel deze toetsen in theorie los van elkaar staan, valt niet uit te sluiten dat de beoordeling over het bestaan van staatssteun op een andere wijze plaatsvindt wanneer er 'toch' geen integraal bestemmingsverband kon worden gevonden. Deze procedures worden dan ook buiten beschouwing gelaten.

Met name de keuze om procedures over heffingen buiten beeld te laten heeft tot gevolg dat de beoordeling door de belastingrechter in dit hoofdstuk verder niet aan de orde komt. Zulke zaken zijn in het belastingrecht überhaupt erg schaars, onder meer omdat binnen het belastingrecht slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal zijn voldaan aan het vereiste dat sprake is van een dwingend bestemmingsverband.[13]

5.1.3 Terminologie: geen woord Frans

Voordat wordt besproken welke regels naar Nederlands recht gelden wanneer de burgerlijke of algemene bestuursrechter desgevraagd beoordeelt of in een concreet geval sprake is van staatssteun, moet een belangrijke opmerking worden geplaatst. Net als in andere delen van dit onderzoek is het een grote uitdaging dat de begrippen die worden gebruikt afhankelijk van het rechtsgebied een geheel eigen betekenis en lading kunnen hebben. Het bewijsrecht is op zichzelf al gecompliceerd. Daar komt bij dat het civiele en bestuursrechtelijke bewijsrecht, hoewel zij gelijkenissen vertonen, ook op wezenlijke punten van elkaar verschillen. Zo heeft bijvoorbeeld de stelplicht – een fundamenteel onderdeel van het civiele bewijsrecht – in het bestuursrecht een andere betekenis, voor zover deze plicht daar überhaupt bestaat.[14] In de context van het EU-recht kunnen bepaalde begrippen weer een andere lading hebben. Daarom wordt in dit hoofdstuk noodgedwongen gewerkt met meer generieke termen.

Zoals gezegd kan een onderscheid worden gemaakt tussen feitenvaststelling en kwalificatie. Daarmee wordt respectievelijk bedoeld het constateren van

12 Zie bijv. Rb Den Haag 12 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10589 (*Kolenbelasting*), r.o. 20. Voor twee opvallende uitzonderingen buiten de bestudeerde periode, zie Rb Rotterdam 10 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4329 (*Watersportgebied Rotterdam*); Rb Oost-Brabant 19 februari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:586 (*Kom Zuid Rosmalen*), m.n. r.o. 4.9.

13 Zie in hoofdstuk 3 § 3.5.6.

14 Schuurmans 2005, p. 65-6.

de feiten (wat is er gebeurd?) en de subsumptie daarvan onder een rechtsregel (vallen de feiten onder een in de wet of in een rechtsregel gehanteerd begrip?).[15] Beide stappen, die niet altijd helder van elkaar gescheiden kunnen worden,[16] zijn nodig om te kunnen beoordelen of in een concreet geval staatssteun is verleend. Met het in dit hoofdstuk gebruikte begrip 'kwalificatievraagstukken' wordt in brede zin gedoeld op de vraagstukken die betrekking hebben op het hele proces van feitenvergaring tot het oordeel van de rechter over het al dan niet bestaan van, in dit geval, staatssteun. Met 'bewijzen' wordt in dit hoofdstuk gedoeld op alle activiteiten die de procespartijen ten behoeve van deze kwalificatievraagstukken uitvoeren, dus het verzamelen en aanvoeren van zowel (blote) feiten als (juridische) argumenten.[17] Het kan uitmaken wie deze feiten en argumenten moet aanvoeren ('bewijslastverdeling'),[18] en hoe overtuigend hij daarin moet zijn ('bewijsmaatstaf')[19]. In de literatuur worden op basis van de rechtspraak verschillende begrippen gehanteerd om aan te geven hoe overtuigend bewijs moet zijn.[20] In dit hoofdstuk wordt regelmatig het begrip 'aannemelijk maken' (of soms: 'aantonen') gebruikt. In dit hoofdstuk wordt daarmee niet een specifieke bewijsmaatstaf bedoeld.

5.1.4 Opbouw van dit hoofdstuk

Hoe is dit hoofdstuk opgebouwd? In § 5.2 wordt een beeld geschetst van het soort geschil waarin de rechter zich over het bestaan van staatssteun moet uitlaten en welke voorwaarden van het steunbegrip daarbij de meeste stof doen opwaaien. Het doel daarvan is iets meer inzicht te geven in waar de in dit hoofdstuk besproken procedures eigenlijk over gaan. Daarna wordt toegewerkt naar de concrete beantwoording van de hoofdvraag. Eerst worden de juridische kaders getekend waarbinnen de rechter zijn taak uitoefent. In § 5.3 wordt weergegeven welke regels naar nationaal recht voor de feitenvast-

15 Vgl. Asser/Asser 2013 (3), aant. 31.
16 Idem.
17 Bewijs heeft volgens Asser niet per definitie betrekking op blote feiten maar kan ook zijn gericht op rechten, rechtsverhoudingen en rechtstoestanden. Asser/Asser 2013 (3), aant. 34. Anders: Gerbrandy 2009, p. 85.
18 In de context van het burgerlijk recht bedoel ik daarmee dus ook de, in beginsel met de bewijslastverdeling samenvallende, stellastverdeling of stelplichtverdeling. Zie over deze terminologie Snijders 2015, p. 2665.
19 Schlössels 2009a, p. 22 heeft het over 'bewijsstandaard'. Hiermee bedoelt hij de mate van zekerheid waarmee feiten moeten vaststaan om ze in recht voor 'bewezen' te houden.
20 Thoe Schwarzenberg 2011, p. 12, wijst erop dat in de wet en de rechtspraak de term 'aannemelijk maken' in plaats van 'bewijzen' wordt gebruikt om een lichtere vorm van bewijs aan te duiden. Schuurmans 2005, p. 21, wijst erop dat een discussie of in het bestuursrecht sprake is van 'aantonen', 'aannemelijk maken' of 'voldoende aannemelijk maken' relatief is omdat de bewijsmaatstaf sterk afhangt van de concrete omstandigheden van het geval.

stelling en kwalificatie door de verschillende Nederlandse rechters gelden. In § 5.4 komt dan aan de orde welke eisen daaraan naar Europees recht worden verbonden. Gegeven deze kaders wordt in § 5.5 op basis van jurisprudentieonderzoek uiteengezet welke rol de Nederlandse rechter vervult bij de beoordeling of in een concreet geval sprake is van staatssteun. Deze analyse van de onderzochte jurisprudentie vormt in dit hoofdstuk het zwaartepunt. Binnen deze paragraaf wordt voor de jurisprudentie van de burgerlijke rechter en de jurisprudentie van de bestuursrechter telkens onderscheiden tussen twee soorten procedures: in het ene geval betoogt een partij dat zijn concurrent ten onrechte staatssteun heeft of zal ontvangen, in het andere geval doet de overheid zelf een beroep op het staatssteunrecht om verleende steun terug te draaien of om te voorkomen dat onrechtmatige staatssteun zal worden verleend. Daarbij wordt apart aandacht besteed aan geschillen in kort geding en voorlopige voorzieningen. In § 5.6 wordt apart ingegaan op de vraag waarom zo weinig staatssteunberoepen voor de Nederlandse rechter slagen. Dit hoofdstuk sluit af met slotbeschouwingen waarin een antwoord op de gestelde hoofdvraag kan worden gegeven (§ 5.7).

5.2 Een kort overzicht: soorten geschillen waarin staatssteun moet worden gekwalificeerd

Zoals gezegd is de feitelijke achtergrond van een geschil vaak erg belangrijk bij de rechterlijke beoordeling of sprake is van staatssteun. Voor een goed begrip van de thema's die in dit hoofdstuk aan de orde komen is het daarom zinvol om kort te schetsen in wat voor cases over het bestaan van staatssteun wordt gediscussieerd en welke elementen van het begrip staatssteun dan vooral aan de orde komen.

Voor de burgerlijke rechter spelen vooral beroepen van ondernemingen die menen dat hun concurrenten bepaalde diensten uitvoeren tegen niet-marktconforme voorwaarden. Vaak gaat het om de exploitatie van parkeergarages of het inzamelen dan wel verwerken van afval.[21] Ook over de marktconformiteit van andere transacties, zoals grondverkoop of verhuur, wordt geprocedeerd.[22]

21 Bijv.: HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*); Rb 's-Gravenhage 16 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6720 (*Parkeer Management Nederland*); Vzr. Rb Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451 (*P1 Holding*); Hof 's-Hertogenbosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281 (*Shanks Nederland*); Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR0389 (*Sita Recycling*); Vzr. Rb Alkmaar 3 december 2009, ECLI:NL:RBALK: 2009:BL4512 (*Kringloopbedrijf Goedwerk Alkmaar*). Ook bijv.: Hof Amsterdam 18 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6508 (*UPC Nederland*).

22 Bijv.: Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2032 (*EWF*); Rb Middelburg 14 januari 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BH9867 (*Beursgebouw Vlissingen*); Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Koppenhinksteeg*). Vgl. Vzr. Rb Maastricht

In andere zaken stellen partijen dat zij, anders dan de vermeende begunstigden, ten onrechte van een bepaald voordeel zijn uitgesloten of bepaalde kosten moeten dragen.[23] Met name in het civiele kort geding wordt daarnaast een belangrijke plaats ingenomen door geschillen over de verdeling van rechten of aanspraken. In zulke uitspraken is het argument op basis van de staatssteunregels eigenlijk een afgeleide van, of ondergeschikt aan, het betoog dat de aanbestedingsregels zijn geschonden. Te denken valt aan de stelling dat een onderneming door de onterechte uitbreiding van een eerder gegunde opdracht zou worden gesponsord om de markt te betreden, en daarmee staatssteun zou ontvangen.[24] Nog indirecter is bijvoorbeeld het betoog dat de aanbesteding zo is vormgegeven dat alleen bedrijven zich kunnen inschrijven die staatssteun ontvangen.[25]

In het overgrote deel van de privaatrechtelijke zaken struikelt degene die zich op het staatssteunrecht beroept over het criterium van het bestaan van een voordeel: niet kan worden aangetoond dat de aangevochten maatregel niet-marktconform is.[26] Daarbij wordt steeds vaker ook uitdrukkelijk het beginsel van de private marktinvesteerder toegepast.[27] In sommige gevallen strandt een beroep op de ontbrekende invloed van een maatregel op het handelsverkeer (of op de mededinging).[28] Vooral de burgerlijke rechter lijkt

---

3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*). Een ander voorbeeld: Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*).

23 Bijv.: Rb Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY5837 (*Eigen Veerdienst Terschelling*); Rb 's-Gravenhage 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK6917 (*Commissariaat voor de Media*); HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*Maastricht Aachen Airport*).

24 Vzr. Rb 's-Gravenhage 18 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB5302 (*E-functionaliteit*). Ook bijv.: Vzr. Rb Amsterdam 21 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9050 (*CBS Outdoor*).

25 Bijv.: Vzr. Rb 's-Gravenhage 27 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0018 (*Veolia Transport*). Vgl. bijv.: Vzr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva*). Uit art. 2.116 lid 2 sub e Aanbestedingswet 2012 volgt dat een aanbestedende dienst een inschrijving die abnormaal laag lijkt, kan afwijzen wanneer blijkt dat de inschrijver staatssteun heeft ontvangen. Vgl. Ølykke 2011. Zie over dit soort geschillen ook hoofdstuk 4, § 4.5.5.

26 Bij wijze van voorbeeld: HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*); Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.7-4.1; Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*); Rb Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3569 (*P1 Holding*); Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWF*); Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*); Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*).

27 Bijv.: Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*), r.o. 5.16; Vzr. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*), r.o. 3.6.3.

28 Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8434 (*Apotheek Amerongen-Elst*); Rb Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451 (*P1 Holding*); Rb Alkmaar 3 december 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BL4512 (*Kringloopbedrijf Goedwerk Alkmaar*); Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*). Vgl. in Oostenrijk en Spanje: Rumersdorfer 2011, p. 191; Muñoz de Juan en Panero Rivas 2010, p. 19.

dit criterium vrij strikt toe te passen, strikter dan wellicht nodig is – zeker totdat de Commissie in april 2015 haar beleid heeft gewijzigd.[29] Verder wordt sporadisch geoordeeld dat de selectiviteit ontbreekt,[30] dat geen sprake is van een onderneming[31] of dat de vereiste staatsmiddelen ontbreken.[32] Het komt in de civiele rechtspraak ten slotte voor, hoewel veel minder vaak dan voor de bestuursrechter, dat op basis van de uitspraak moeilijk valt in te schatten welk van de criteria van artikel 107 lid 1 VWEU voor de beoordeling van de rechter de doorslag heeft gegeven.[33]

Een belangrijke categorie zaken in het bestuursrecht gaat over de vraag of de vermeende begunstigde voldoende betaalt voor het recht om bepaalde activiteiten uit te voeren of van bepaalde faciliteiten gebruik te maken.[34] Vergelijkbaar zijn uitspraken over de mededingingsvervalsing die zou worden veroorzaakt doordat een andere onderneming het (uitsluitend) recht heeft gekregen om, al dan niet tegen een vergoeding, een vermeend lucratieve activiteit uit te voeren.[35] Deze zaken vallen tot op zekere hoogte te vergelijken met de privaatrechtelijke geschillen over de verdeling van rechten en aanspraken. Te denken valt ook aan het argument dat een subsidie- of kortingsregeling zo zou zijn opgesteld dat deze leidt tot een oneerlijke verdeling en dus tot onrechtmatige staatssteun.[36] Er zijn opvallend weinig zaken waarin de kwalificatie van een subsidie als staatssteun aan de orde komt.[37] Gebeurt dat wel, dan is het doorgaans de overheid die het staatssteunrecht inroept. Slechts in een enkel geval speelt een zaak waarin een onderneming de door een andere onderneming ontvangen subsidie aanvecht, hoewel de bestuursrechter dan

29 Zie de kritiek van Steyger 2014, p. 74. Over de wijziging van het beleid van de Commissie, zie in hoofdstuk 2 § 2.3.4.2. Vgl. Beeston, De Meij en Geilmann 2016, p. 65.

30 Rb Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY5837 (*Eigen Veerdienst Terschelling*), r.o. 17.3; HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*Maastricht Aachen Airport*). Op zeer twijfelachtige wijze: Vzr. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*), r.o. 3.6.5.

31 Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*) (ten onrechte).

32 Vzr. Rb Zeeland-West-Brabant 27 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4421 (*Beelen Groep*); Vzr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*).

33 Rb Middelburg 14 januari 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BH9867 (*Beursgebouw Vlissingen*).

34 Bijv.: CBb 30 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:31 (*Broadcast Newco Two*); ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2816 (*FBTO Zorgverzekeringen*); CBb 19 oktober 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB6760 (*Radlon Media Limited*).

35 Bijv.: ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:NU9933 (*Open Universiteit Nederland*); ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847 (*NPO*); Rb 's-Gravenhage 26 september 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BB2397 (*Wet op de kansspelen*).

36 Bijv.: ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7375 (*Stichting Thuiszorg West-Brabant*); Vz ABRvS 21 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5609 (*Enecogen*).

37 Bijv. ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378 (*Edufax*); CBb 13 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6991 (*Thuiszorg Service Nederland*).

(frappant genoeg) om procedurele redenen niet aan een inhoudelijke beoordeling van het geschil toekomt.[38]

In bestuursrechtelijke zaken is het niet altijd gemakkelijk aan te geven welke elementen van staatssteun de belangrijkste rol spelen. Zoals in de volgende paragrafen nog zal blijken, wordt in veel gevallen niet geëxpliciteerd aan welke criteria van het begrip 'staatssteun' uiteindelijk wel of niet is voldaan.[39] Wanneer dit wel duidelijk wordt, oordeelt de bestuursrechter in de meeste gevallen dat geen sprake is van een voordeel. Een verschil in toezichtskosten zou herleidbaar zijn tot een objectief verschil in de verrichte werkzaamheden,[40] of de vermeende steun zou voldoen aan de *Altmark*-criteria.[41] Soms wordt 'gewoon' geconstateerd dat van een voordeel geen sprake is.[42] Het bestaan van een voordeel lijkt het belangrijkste criterium waarop een staatssteunberoep voor de bestuursrechter kan 'sneuvelen'. Daarnaast wordt het vaakst getwist over de mogelijke invloed van een maatregel op het interstatelijk handelsverkeer[43] en het al dan niet betrokken zijn van staatsmiddelen.[44] In een enkel geval heeft de bestuursrechter ook geoordeeld dat geen sprake is van een onderneming in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU[45] of dat de bestreden maatregel niet selectief is.[46]

---

38 Ook kan worden gedacht aan het wijzigen van een bestemming (waardoor een onderneming bepaalde winstgevende activiteiten mag gaan uitvoeren die eerder niet mogelijk waren) of het niet handhavend optreden door de gemeente. Bijv. Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*), r.o. 4.9.

39 In sommige gevallen volstaat de rechter met de opmerking dat het beroep op het staatssteunrecht op geen enkele wijze is onderbouwd: ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7375 (*Stichting Thuiszorg West-Brabant*), r.o. 2.1; ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8962 (*Adaptive and Mobile*), r.o. 7. In andere gevallen vindt wel een inhoudelijke toets plaats, maar valt moeilijk te beoordelen welke elementen van de toetsing aan art. 107 lid 1 VWEU de doorslag geven: CBb 4 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP7546 (*VEMW*). Zie voor overige voorbeelden: Vz ABRvS 21 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5609 (*Enecogen*); CBb 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaart Ziekenhuis*); Vzr. CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG1736 (*Openbaar Vervoer Zuidoost Fryslân 2008-2016*); Rb Rotterdam 9 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AW2324 (*Radlon Media Limited*). Vgl. in Spanje: Muñoz de Juan en Panero Rivas 2010, p. 18.

40 CBb 19 oktober 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB6760 (*Radlon Media Limited*). Vgl. Rb Rotterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6273 (*VCR*); Rb Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1202 (*Tele2*).

41 Vzr. CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7753 (*Connexxion*).

42 Bijv.: ABRvS 20 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1335 (*Enecal*).

43 Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De* Stolp); Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*); Rb Rotterdam 12 maart 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA5115 (*VCR*). Voor een voorbeeld waar de overheid een beroep deed op het staatssteunrecht: ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*).

44 CBb 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7946 (*Zondagopenstelling Albert Heijn*); Rb 's-Gravenhage 26 september 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BB2397 (*Wet op de Kansspelen*). Vgl. in Oostenrijk: Haslinger 2012, p. 7.

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

46 ABRvS 20 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1335 (*Enecal*).

5.3 Procedurele inkadering van kwalificatievraagstukken naar Nederlands recht

Wie moet naar Nederlands recht aantonen dat feiten zich op een bepaalde manier hebben voorgedaan, hoe kan hij dat doen en wat gebeurt er als dit hem niet lukt? Op deze vragen wordt hieronder ingegaan in de context van het burgerlijk recht en het bestuursrecht.[47] Het gaat noodzakelijkerwijs om een korte weergave; voor een completer beeld wordt verwezen naar de relevante literatuur.[48]

5.3.1 De rol van de burgerlijke rechter bij feitenvaststelling en kwalificatie: algemeen

Het fundamentele uitgangspunt in de procedure voor de burgerlijke rechter is de partijautonomie.[49] Daartegenover staat zijn evenknie, de lijdelijkheid van de rechter. Dit betekent dat de partijen bepalen waar het geschil voor de rechter over gaat en dat de rechter zich daaraan behoudens bepaalde uitzonderingen moet houden. Wel kan de burgerlijke rechter de feitelijke stellingen van partijen tot op zekere hoogte met enige welwillendheid interpreteren of, bijvoorbeeld tijdens de comparitie, actief aan partijen nadere toelichting en informatie vragen.[50] Zo lijdelijk hoeft de burgerlijke rechter dus niet te zijn, hoewel moet worden voorkomen dat hij 'meeprocedeert'.[51] De rechter dient vervolgens te beoordelen of de door de partijen aangevoerde feiten kunnen leiden tot toewijzing van de vordering en, voor zover deze feiten ook moeten worden bewezen, of hij voldoende overtuigd is dat de te bewijzen feiten waar zijn.[52]

5.3.2 De grenzen van de civiele rechtsstrijd

Bij de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter hoort dat zijn rol bij de feitenvaststelling en kwalificatie voor een belangrijk deel wordt ingeperkt door de

47 Bedoeld wordt wederom het 'gewone' bestuursrecht, dus niet het belastingrecht.
48 Onder meer: Asser/Asser 2013(3); thoe Schwartzenberg 2011; Asser, Nijboer en Schuurmans 2010; Schlössels e.a. 2009; Schuurmans 2005.
49 Van Mierlo 2016 (T&C Rv, art. 24), aant. 1; Asser/Asser 2013 (3), aant. 91.
50 Van Mierlo 2016 (T&C Rv, art. 24), aant. 3b; Zippro 2009, p. 658. Zippro verwijst naar Bos 1999, p. 138, die opmerkt dat 'in de praktijk het algemene beeld van de actieve rechter op zoek naar de materiële waarheid is ontstaan'. Vgl. Schuurmans 2009, p. 181: 'Met die ervaring rijker is de lijdelijke rol van de rechter in het civiele proces vervangen door zijn regierol'.
51 Hierover in meer detail: Ancery 2012, p. 22-5.
52 Asser/Asser 2013 (3), aant. 246 en aant. 264.

rechtsstrijd zoals die door partijen wordt begrensd (artikel 24 Rv). De partijen bepalen waarover wordt gestreden (de feitelijke grondslag van het geschil, ook wel de rechtsfeiten), voeren daarbij de feiten aan die hun betoog ondersteunen (de gewone feiten) en geven aan welke regels daarop volgens hen van toepassing zijn (de rechtsgronden).[53] In het burgerlijk recht geldt dat de rechter zich *in beginsel* moet houden aan de door partijen gedefinieerde feitelijke grondslag van het geschil,[54] dat hij de gewone feiten *niet* aanvult (artikel 149 Rv) en dat hij de rechtsgronden ambtshalve aanvult (artikel 25 Rv).[55]

> Wanneer de burgerlijke rechter de rechtsgronden aanvult, neemt hij, wanneer een partij op grond van bepaalde feiten en argumenten een rechtsregel inroept terwijl daarop een andere rechtsregel (ook) van toepassing is, ook deze rechtsregel tot uitgangspunt ('u beroept zich op artikel 107 VWEU maar de door u aangevoerde feiten en argumenten zien duidelijk op een schending van artikel 108 lid 3 VWEU').[56] Bij aanvulling van de rechtsfeiten (de feitelijke grondslag) wordt het geschil opgerekt: 'u beroept zich op het aanbestedingsrecht en voert daarvoor relevante feiten en argumenten aan, maar op basis van de door u geschetste omstandigheden vraag ik mij ook af of de standstillbepaling wel in acht is genomen'. Als de rechter gewone feiten zou aanvullen, zou hij zijn beslissing baseren op andere feiten dan die door de partijen naar voren zijn gebracht (anders dan feiten van algemene bekendheid, daarop mag de rechter zijn oordeel wel baseren). Bijvoorbeeld: 'u beroept zich op een schending van het staatssteunrecht maar heeft over het mogelijke interstatelijke effect weinig aangevoerd. Toevallig weet ik dat veel buitenlandse bedrijven zich op de markt van inzameling van GFT-afval willen begeven'.

De rechter mag (en moet zelfs) wel buiten de grenzen van de rechtsstrijd van de partijen treden en dus de rechtsfeiten aanvullen wanneer sprake is van voorschriften van openbare orde.[57] Daarbij valt te denken aan bepaalde procesrechtelijke regels, maar ook aan regels die een belangrijk algemeen belang dienen.[58] Het op deze manier aanvullen van de rechtsfeiten mag niet het gevolg hebben dat de rechter zelf speurwerk gaat verrichten om mogelijk voor het geschil relevante feiten boven tafel te krijgen, en dus de gewone feiten aan te vullen.[59] Deze beperking valt te relativeren. Het verbod om feiten aan

---

53 Voor dit onderscheid sluit ik aan bij De Bock 2011, p. 117.

54 De Bock 2011, p. 117 verwijst bij wijze van voorbeeld naar HR 24 juni 2005, *NJ* 2006, 46; HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 158; HR 31 maart 2006, *NJ* 2006, 233. Zij pleit overigens voor een soepelere omgang met het verbod op het aanvullen van rechtsfeiten, zolang daaruit geen verassingsbeslissing voortvloeit (p. 122).

55 Het verschil tussen rechtsgronden, rechtsfeiten en gewone feiten is ontleend aan De Bock 2011, p. 117 e.v.

56 Van Mierlo 2016 (T&C Rv, art. 25), aant. 1 en 2.

57 Idem, aant. 2b; Asser/Van Schaick 2011 (Procesrecht II), aant. 99.

58 Snijders 2008, onder 'Ambtshalve aanvulling van feitelijke gronden'. Ancery 2012, p. 25 met verwijzingen. Brugman 2010, p. 170-3, met verwijzingen.

59 Snijders 2008, onder 'Ambtshalve aanvulling van feitelijke gronden'.

te vullen (artikel 149 Rv) staat er in de praktijk niet aan in de weg dat de rechter, bijvoorbeeld tijdens de comparitie aan de partijen vragen stelt (zie artikel 22 Rv) die ertoe kunnen leiden dat een partij zelf meer feiten aandraagt.[60] Sterker nog: in de privaatrechtelijke literatuur is bepleit om met dit verbod soepeler om te gaan.[61]

5.3.3 Feitenvaststelling in het burgerlijk recht

Wil de burgerlijke rechter een vordering kunnen toekennen of afwijzen, dan moet hij op de hoogte worden gebracht van de relevante feiten. De kern van het civiele bewijsrecht wordt gevormd door artikel 149 lid 1 Rv: de burgerlijke rechter baseert zijn oordeel op feiten die zijn komen vast te staan. Dat zijn bijvoorbeeld feiten of omstandigheden van algemene bekendheid, algemene ervaringsregels en feiten die de rechter zelf gedurende het geding heeft waargenomen. Vaker zal het partijdebat echter bepalen op welke feiten de burgerlijke rechter zijn oordeel kan baseren. Met de herziening van het burgerlijk procesrecht in de wet KEI[62] is het overigens de bedoeling dat vroegtijdig contact met de rechter plaatsvindt, zodat partijen al vroeg hun standpunten mondeling kunnen toelichten en eventueel getuigen of deskundigen kunnen worden gehoord of een schikking kan worden beproefd.[63]

Binnen het partijdebat geldt het volgende. De partij op wie de stelplicht rust, moet alle feiten stellen die benodigd zijn voor het intreden van het door haar beoogde rechtsgevolg.[64] Deze feiten kunnen vervolgens op twee manieren komen vast te staan. Ten eerste kunnen zij door de andere partij worden erkend, niet worden betwist of onvoldoende worden betwist.[65] Ten tweede kunnen zij wel voldoende zijn betwist maar vervolgens worden bewezen.[66] De stelplicht en zo nodig ook de bewijslast rusten in beginsel op degene die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten of rechten (artikel 150 Rv). Vaak is dat de eisende partij, maar zeker niet altijd. Wanneer de wederpartij zich bijvoorbeeld beroept op een bevrijdend verweer – dat wil

60 De Bock 2011, p. 111; Snijders 2008, onder 'Ambtshalve aanvulling van feitelijke gronden'.
61 De Bock 2011, p. 112; Asser e.a. 2006, m.n. p. 49 e.v.
62 Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 2 (*Voorstel van Wet*).
63 Memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 1. De Memorie van Toelichting benadrukt (op p. 7) dat het wetsvoorstel geen verandering brengt in het uitgangspunt dat partijen de omvang van het geding bepalen.
64 Beenders 2012 (*T&C Rv*), art. 149, aant. 2.
65 Stein/Rueb 2011, p. 139.
66 Idem. Beenders 2012 (*T&C Rv*), art. 149, aant. 2; thoe Schwartzenberg 2011, p. 33 en Van den Brink 2008.

zeggen: een grond aanvoert waarom de vordering ondanks de rechtscheppende feiten niet kan worden toegewezen – dient zij daartoe zelf voldoende te stellen en te bewijzen.[67] De partij op wie de stelplicht rust, draagt ook het bewijsrisico wanneer de feiten niet komen vast te staan.

Wie stelt dat onrechtmatige staatssteun is verleend, moet deze stelling in voldoende mate concretiseren. Het valt niet eenduidig aan te geven wanneer dat het geval is. Wanneer een stelling door de wederpartij gemotiveerd wordt betwist, zal de eiser zijn stelling namelijk nader moeten toelichten om het risico te voorkomen dat de door de wederpartij naar voren gebrachte feiten komen vast te staan.[68] Het is daarom zeer goed mogelijk dat helemaal niet wordt toegekomen aan de bewijslevering, omdat de rechter constateert dat de ene partij naar aanleiding van de betwisting van de ander onvoldoende aan zijn stelplicht heeft voldaan of dat de andere partij de stellingen in het licht van het partijdebat onvoldoende heeft betwist.[69] Dat vrij gemakkelijk wordt aangenomen dat partijen niet aan de stelplicht hebben voldaan en voor bewijslevering dus geen plaats meer bestaat, is in de literatuur wel bekritiseerd: 'Er wordt veel beweerd maar niet half zoveel uitgezocht. De kracht van argumenten, overreding, overtuiging spelen een grotere rol dan het onderzoek naar de feiten.'[70]

De burgerlijke rechter heeft een paar mogelijkheden om aan de partij met de stelplicht en bewijslast tegemoet te komen. In wezen kan de burgerlijke rechter daarmee (net als de bestuursrechter) een soort 'ongelijkheidscompensatie' verlenen en een oplossing bieden in gevallen waarin het voor partijen bijzonder moeilijk is om aan de nodige feitelijke informatie te komen.[71] De rechter kan

---

67 Stein/Rueb 2011, p. 145. Stein/Rueb geeft het voorbeeld van een teruggevorderde geldlening. De eiser dient te stellen en bewijzen dat sprake is van een nog niet betaalde geldlening. Dat wordt niet anders wanneer de verweerder betwist dat hij van de eiser geld heeft geleend. Hij betwist dan namelijk het rechtscheppende feit (een 'nee, want-verweer'). Wanneer de verweerder daarentegen betoogt dat de lening is kwijtgescholden, dus tegenover de stellingen van eiser een ander rechtsfeit inbrengt, draagt hij daarvoor zelf de stelplicht en bewijslast (een 'ja, maar-verweer'). Zie ook Van den Brink 2008, p. 95: het voeren van een zelfstandig verweer brengt een eigen stelplicht met zich.

68 Beenders 2012 (*T&C Rv*), art. 149, aant. 2; Stein/Rueb 2011, p. 110; thoe Schwartzenberg 2011, p. 31.

69 Dit gebeurt zelfs regelmatig. Van den Brink 2008, p. 94; Ashmann 2010, p. 9.

70 Asser/Asser 2013 (3), punt. 71.

71 Thoe Schwartzenberg 2011, p. 77 e.v.; De Bock 2011, p. 227-232; Asser 2010, p. 57. Vgl. in de context van het staatssteunrecht Adriaanse 2006, p. 309. De Bock 2011, p. 227 verklaart de tegemoetkomingen in het civiel bewijsrecht vanuit het belang van waarheidsvinding. Zij concludeert op p. 232 'dat regels van bewijslastverdeling geen vast gegeven zijn, waarop de rechter "blind" kan varen. Het belang van waarheidsvinding kan vergen dat de regels worden bijgebogen. […] Dit vergt een actieve opstelling van de rechter, omdat zij moet nagaan of sprake is van een zodanige bewijsnood bij een partij, dat daardoor geen recht kan worden gedaan aan de materiële rechtspositie van die partij, terwijl de wederpartij wél over de relevante bewijsmiddelen beschikt'.

de bewijslast omkeren of verlichten.[72] Van omkering kan sprake zijn wanneer uit (de strekking van) een bijzondere regel of uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit (artikel 150 Rv). In dat geval landt de bewijslast en dus ook het bewijsrisico op de wederpartij.[73] Van deze mogelijkheid mag de rechter alleen terughoudend gebruik maken.[74] Bij het verlichten van de bewijslast krijgt degene op wie de bewijslast rust een steuntje in de rug, maar blijft het bewijsrisico wel op zijn schouders liggen. Een manier om de bewijslast te verlichten is de verzwaarde stelplicht (ook wel: verzwaarde motiveringsplicht). Daarmee wordt bedoeld dat de wederpartij haar betwisting zodanig moet onderbouwen dat de partij op wie de bewijslast rust voldoende aanknopingspunten heeft om haar stellingen te onderbouwen.[75] Deze laatste moet dan wel eerst hebben voldaan aan de eigen stelplicht. Een andere manier om het bewijs te verlichten is het gebruik van zogenaamde bewijsvermoedens. Daarbij wordt de juistheid van een bepaald feit op voorhand vermoed, maar verschuift het bewijsrisico niet.[76] Het is dan aan de wederpartij om overtuigend tegenbewijs te leveren.[77]

In kort geding gelden de hierboven beschreven regels over stelplicht en bewijslast vanwege de nodige snelheid van de procedure niet zonder meer.[78] Uitgangspunt is dat de eiser zijn stellingen aannemelijk moet maken, waarbij als toetsingsmaatstaf geldt de waarschijnlijke uitkomst van de (al dan niet hypothetische) bodemprocedure.[79] Of daarbij moet worden uitgegaan van een hoge of juist van een lagere bewijsmaatstaf dan in bodemzaken valt niet in zijn algemeenheid te zeggen.[80] In sommige gevallen moet de voorzieningenrechter bij zijn beoordeling daarnaast terughoudendheid betrachten. Dat geldt onder meer wanneer een rechtsvraag in geschil is waarop het antwoord niet evident is.[81] Ook bij geldvorderingen – die juist in het staatssteunrecht veel kunnen voorkomen – dient de rechter zich terughoudend op te stellen, met name bij de vraag of sprake is van een spoedeisend belang.[82] Een geldsom kan immers ook nog op een later moment worden betaald en verschilt daarmee van situa-

72 Met deze terminologie sluit ik mij aan bij thoe Schwarzenberg 2011, p. 77.
73 Stein/Rueb 2011, p. 148.
74 HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99, r.o. 4.3.2.
75 Thoe Schwartzenberg 2011, p. 93. Zie ook, binnen de context van het reguliere mededingingsrecht, Tzankova, Plomp en Raats 2013, p. 183.
76 Stein/Rueb 2011, p. 149.
77 Of de rechter is uitgegaan van een bewijsvermoeden, valt over het algemeen af te leiden uit het vonnis over de bewijslastverdeling. Stein/Rueb 2011, p. 151.
78 Stein/Rueb 2011, p. 140; Asser/Van Schaick (Procesrecht), aant. 224.
79 Stein/Rueb 2011, p. 280, met verwijzing naar HR 21 april 1995, *NJ* 1996, 462; Asser/Van Schaick (Procesrecht), aant. 224.
80 De Bock 2011, p. 205.
81 Asser/Van Schaick (Procesrecht), aant. 225.
82 Hendrikse 2011, p. 317-8, met verwijzing naar HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5519, r.o. 3.2. Vgl. Asser/Van Schaick (Procesrecht), aant. 230. Zie ook in hoofdstuk 4 § 4.6.7.

ties die veel moeilijker kunnen worden teruggedraaid. Die terughoudendheid wordt in de rechtspraak overigens niet consequent toegepast.[83]

5.3.4 Toegang tot informatie naar burgerlijk recht

Om het bestaan van staatssteun te kunnen aantonen, moet de partij op wie de stelplicht rust natuurlijk kunnen beschikken over de relevante informatie. Partijen in het civiele proces hebben over en weer een aantal informatieverplichtingen, de precieze inhoud waarvan wordt beïnvloed door verschillende ontwikkelingen.[84] Op grond van de artikelen 21 en 22 Rv moeten partijen de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aanvoeren en kan de rechter hen verplichten om bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen.[85] Partijen kunnen deze bescheiden met een beroep op artikel 843a Rv ook zelf opvragen. Het moet gaan om bepaalde bescheiden 'aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn'. Daarbij kan het ook gaan om een rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad.[86] Dat betekent dat een partij ook bescheiden kan opvragen die betrekking hebben op een tussen de overheid en een vermeend steunontvanger gesloten overeenkomst waarbij hij zelf geen partij is, wanneer die overeenkomst vanwege een schending van de opschortingsplicht jegens hem onrechtmatig is. Wanneer een concurrent de overheid aanspreekt vanwege een gestelde schending van de opschortingsplicht, is het de vraag of de nodige bescheiden ook bij de vermeende begunstigde kunnen worden opgevraagd. De meest recente ontwikkelingen wijzen wel die kant op, maar zekerheid bestaat er nog niet.[87] Het is ook om die reden[88] zinvol om de vermeende begunstigde bij het geschil te betrekken.

---

83 Hendrikse 2011, p. 317, met verwijzing naar de conclusie van A-G Bakels bij HR 14 april 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA5519.

84 Zie over deze ontwikkelingen: brief aan de Minister van 21 februari 2014, *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 079, nr. 6.

85 Partijen kunnen dit weigeren als daarvoor gewichtige redenen bestaan.

86 Zie thoe Schwartzenberg 2011, p. 48.

87 In de literatuur wordt van een dergelijke mogelijkheid wel uitgegaan, hoewel de Hoge Raad deze in twee (oudere) arresten heeft afgewezen. Ekelmans 2013 (Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering), aant. 8.1, met verwijzingen. Zie ook het Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken van de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, brief van 14 juli 2008, p. 7-8. Aanhangige wetgeving voorziet wel in de mogelijkheid om informatie bij derden op te vragen: *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 3 (*MvT*), p. 1. In één van de bestudeerde staatssteungeschillen heeft een justitiabele op grond van art. 843a Rv informatie bij de vermeende begunstigde opgevraagd ter onderbouwing van de stelling dat deze door het aanvaarden van staatssteun jegens haar onrechtmatig zou hebben gehandeld. Rb Limburg 9 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10461 (*Stichting Laurentius en Petronella*). Zie ook in dit hoofdstuk § 5.5.1.1.

88 Zie voor andere redenen ook hoofdstuk 7, § 7.2.4.

Het kan nodig zijn om al voorafgaand aan een procedure gebruik te maken van mogelijkheden om informatie te verzamelen. Naast de zojuist genoemde exhibitieplicht valt dan vooral te denken aan het voorlopig getuigenverhoor (art. 186 e.v. Rv) en het voorlopig deskundigenbericht (art. 202 e.v. Rv). Als een partij meent dat bepaalde noodzakelijke gegevens bij een bestuursorgaan berusten, kan zij ook op grond van de Wob een verzoek om informatie indienen. Dat verzoek kan door het bestuursorgaan enkel op grond van de in artikel 10 en 11 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) opgenomen gronden worden geweigerd. Dat kan ook betekenen dat bepaalde (voor de onderbouwing van een staatssteun argument wezenlijke) feitelijke en financiële gegevens worden weggelakt.[89] Ook gedurende het proces bestaan er mogelijkheden om de noodzakelijke feiten op tafel te krijgen. Met name kunnen getuigenverklaringen worden afgelegd en kan deskundigenbewijs worden gevraagd (art. 165 e.v. Rv resp. art. 194 e.v. Rv). Partijen kunnen daarnaast worden verplicht tot de openlegging van de boeken, bescheiden en geschriften die zij ingevolge de wet moeten houden, maken of bewaren (art. 162 Rv). De burgerlijke rechter kan deze verplichtingen ambtshalve of op verzoek opleggen. Met de herziening van het burgerlijk procesrecht in de hierboven al genoemde wet KEI moet het eerder mogelijk worden om tijdens een mondelinge behandeling getuigen en deskundigen te horen, waarbij aan de burgerlijke rechter een grotere regierol toekomt dan voorheen.[90]

In mededingingszaken is opgemerkt dat het bijzonder lastig is om voorafgaand aan de procedure aan de juiste informatie te komen. Het is voor de benadeelde derde vaak moeilijk te weten welke bepaalde bescheiden moeten worden opgevraagd, wie voor een eventueel getuigenverhoor moet worden opgeroepen of wat de deskundige precies zou moeten onderzoeken. Daar komt bij dat het op deze manier verzamelen van informatie aanzienlijke kosten met zich brengt die, als al, maar gedeeltelijk worden vergoed.[91] In hoeverre deze problemen zich ook in staatssteungeschillen zullen voordoen, is nog niet duidelijk. Het zal wel uitmaken dat de wederpartij in de meeste procedures de overheid is, die op grond van de Wob uit eigen beweging en op aanvraag verplicht is om bepaalde informatie te verstrekken. Dit betekent overigens ook dat justitiabelen in sommige gevallen geen gebruik kunnen maken van artikel 843a Rv, omdat zij een Wob-verzoek hadden moeten indienen.[92]

---

89 Bijv. in Rb Limburg 9 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10461 (*Stichting Laurentius en Petronella*).

90 Memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, nr. 3, p. 7.

91 Zippro 2009, p. 576-7.

92 Daarvoor bestaan een paar voorbeelden in de bestudeerde jurisprudentie. Rb Groningen 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8211 (*Montagne II*). De vordering tot inzage in ten behoeve van een bepaald project uitgevoerde studies moet worden aangemerkt als een verzoek in de zin van de Wob en had dus volgens de in die wet voorgeschreven procedures

5.3.5 De rol van de bestuursrechter bij feitenvaststelling en kwalificatie: algemeen

De rol van de bestuursrechter bij de feitenvaststelling en kwalificatie is een andere dan die van de burgerlijke rechter. Voordat de bestuursrechter aan bod komt, is doorgaans al een besluit genomen en is de juistheid van dat besluit in bezwaar aan de orde gekomen. Dat betekent dat de eerste 'feitenvaststeller' in het bestuursrecht doorgaans niet de rechter is, maar het bestuur.[93] Over de relevante feiten en de kwalificatie daarvan heeft dus al meermaals een debat kunnen plaatsvinden. Wanneer de rechter eenmaal aan bod komt, is zijn rol op papier een vrij actieve. Volgens de Awb-wetgever, in het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw, paste het bij uitstek bij de aard van het bestuursprocesrecht dat de rechter actief op zoek zou gaan naar de materiële waarheid.[94] Hij zou daarnaast de in vergelijking met de overheid 'zwakkere' burger bij wijze van ongelijkheidscompensatie een helpende hand kunnen bieden. In de praktijk moet de rol van de bestuursrechter als 'materiële waarheidsvinder' echter behoorlijk worden gerelativeerd.[95] De partijen voor de bestuursrechter hebben wel degelijk een belangrijke taak om de relevante feiten te presenteren, en lopen daarbij de nodige bewijsrisico's. De verwachting is dan ook dat het bestuursrecht zich steeds meer ontwikkelt tot een partijenproces waarin de rechter niet zozeer op zoek gaat naar de materiële waarheid maar wel de partijen begeleidt bij het aannemelijk maken van hun standpunten.[96] Specifiek ten aanzien van de idee van ongelijkheidscompensatie kan daarnaast de vraag worden gesteld in hoeverre daarvoor in staatssteungeschillen ruimte bestaat. De eiser is immers over het algemeen niet een zwakke burger, maar een marktpartij die van de marktomstandigheden goed op de hoogte zal zijn en zich kan laten bijstaan door gespecialiseerde advocaten.

> Wanneer het bestuur beoordelingsruimte heeft bij de kwalificatie van bepaalde feiten, is de rol van de bestuursrechter ook op papier een stuk minder actief dan zojuist geschetst. In dat geval toetst de bestuursrechter marginaal, dus of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen.[97] Bij de vraag of sprake is van staatssteun heeft het bestuur echter geen enkele beoordelingsvrijheid.[98] De rechter moet hier dan ook vol toetsen.

---

moeten worden ingediend. De vordering is niet-ontvankelijk. Vgl. Rb 's-Gravenhage 16 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6720 (*Parkeer Management Nederland*).

93 Schuurmans 2010, p. 68 en 72.

94 PG Awb II, p. 173.

95 Schlössels 2010, p. 476; Schlössels 2009b, p. 36-39, met verwijzingen; Schuurmans 2005, p. 45 en p. 226, met verwijzingen.

96 Schuurmans en Verburg 2012, p. 125.

97 Vgl. ABRvS 9 mei 1996, *AB* 1997, 93. Zie ook de reeks annotaties van Damen, o.m. L.J.A. Damen, 'Annotatie bij ABRvS (2012-02-22)(Marginale toetsing)', *AB* 2012, 318.

98 Deze valt niet af te leiden uit de artt. 107 of 108 VWEU en is ook overigens in de Europese jurisprudentie niet aangenomen.

5.3.6 De omvang van het bestuursrechtelijk geding

In het bestuursprocesrecht bepalen, net als in het burgerlijk procesrecht, de partijen de omvang van het geding,[99] maar daarbij geldt wel dat een geschil voor de bestuursrechter betrekking moet hebben op een besluit – meestal de beslissing op bezwaar – dat ter vernietiging voorligt. De rechter baseert zijn uitspraak over het op die manier begrensde geschil op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting (artikel 8:69 lid 1 Awb). De eisende partij is als eerste aan zet om aan te geven welke feitelijke en juridische stellingen zij aan haar 'vordering' (gehele of gedeeltelijke vernietiging van het besluit) ten grondslag wil leggen en eventueel tegen welk deel van het besluit de procedure is gericht.[100] Ook hier wordt de feitelijke grondslag van het geschil dus in ieder geval tot op zekere hoogte door de partijen bepaald.[101]

Op grond van het tweede lid van artikel 8:69 Awb is de bestuursrechter net als de burgerlijke rechter verplicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Het gaat dan enkel om de juridische vormgeving van de bezwaren die door de justitiabele(n) tegen een besluit zijn ingebracht.[102] Daarnaast is hij op grond van het derde lid bevoegd om ambtshalve de gewone feiten aan te vullen. Deze bevoegdheid om door te vragen is een uitwerking van de voor het bestuursrecht kenmerkende ongelijkheidscompensatie en zal vooral aan de orde zijn wanneer van een partij in mindere mate kan worden verwacht dat zij bepaalde feiten presenteert.[103] De rechter kan dan bijvoorbeeld bij de partijen inlichtingen inwinnen (artikel 8:45 Awb), getuigen oproepen (artikel 8:46 Awb), deskundigen benoemen (artikel 8:47 Awb) of een onderzoek ter plaatse instellen (artikel 8:50 Awb). Het gaat echter uitdrukkelijk om een *bevoegdheid*; in beginsel moeten partijen in de bestuursrechtelijke procedure zelf de feitelijke gegevens aanleveren die voor de beoordeling en beslissing door de rechter relevant zijn.[104] De bestuursrechter maakt van deze bevoegd-

99 NB. waar in het burgerlijk recht meestal wordt gesproken over de omvang of de grenzen van de rechtsstrijd (bijv. Ancery 2012), is in het bestuursprocesrecht het begrip omvang van het geding gangbaarder (bijv. Brugman 2010).

100 Zie de uitvoerige bespreking door Brugman 2010, p. 53-63.

101 Vgl. Brugman 2010, p. 54.

102 CBb 17 mei 2005, *JB* 2005/241, m.nt. L.J.M. Timmermans, r.o. 5.5.4.

103 PG Awb II, p. 464. Voor een mooi voorbeeld: CRvB 27 juni 2012, ECLI:NL:CRVB:2013:770. De burgerlijke rechter heeft deze bevoegdheid juist niet. Zie Ancery 2012, p. 40. Gerelativeerd door De Bock 2011, p. 114.

104 Vgl. CRvB 8 april 2011, *AB* 2012/214, m.nt. A.T. Marseille, r.o. 4.4. De bestuursrechter lijkt van de mogelijkheid om ambtshalve onderzoek te doen dan ook weinig gebruik te maken. Schlössels 2009a, p. 113; Schuurmans 2005, p. 235.

heid dan ook zelden gebruik.[105] Dat heeft er voor een deel mee te maken dat nog onenigheid bestaat over de vraag of het zorgvuldig onderzoeken van de feiten vooral een taak is van de rechter of van het bestuur, en of dat anders wordt in complexe zaken zoals staatssteungeschillen.[106] Artikel 8:69 lid 3 Awb dwingt er hoe dan ook niet toe dat de bestuursrechter het hele feitenonderzoek van een belanghebbende overneemt, al is het maar omdat het vaststellen van complexe feitenconstructies het vermogen van de bestuursrechter te boven gaat.[107] De mogelijkheid om feiten aan te vullen geeft de rechter evenmin de bevoegdheid om het betrokken bestuursorgaan in wezen te helpen het bestreden besluit te onderbouwen.[108]

Van de ambtshalve aanvulling wordt in het bestuursprocesrecht de ambtshalve toetsing onderscheiden. De bestuursrechter moet voorschriften van openbare orde ook buiten de omvang van het geding ambtshalve toetsen. De voorschriften van openbare orde krijgen hier wel een andere, beperktere, invulling dan in het burgerlijk procesrecht. Het gaat om regels van procedurele aard die de hoofdstructuur van het bestuurs(proces)recht raken: de bevoegdheid van de rechter, de bevoegdheid van het bestuursorgaan om het besluit te nemen en de ontvankelijkheden.[109] Overigens: in het burgerlijk procesrecht wordt de toepassing van voorschriften van openbare orde buiten de grenzen van de rechtsstrijd (de omvang van het geding) niet aangeduid met de term 'toetsing'; er is 'gewoon' sprake van een bijzondere variant van ambtshalve aanvulling. Om verwarring te voorkomen wordt hierna voor de ambtshalve toepassing van regels buiten de grenzen van de rechtsstrijd wel van ambtshalve toetsing gesproken.

5.3.7 Feitenvaststelling in het bestuursrecht

Anders dan het civiele recht kent het bestuursrecht geen vast omlijnd geschreven bewijsrecht.[110] Toch bestaan er wel degelijk regels over hoe de relevante

105 A.T. Marseille, 'Noot bij CRvB (2011-04-08)(Bewijslast. Feitenonderzoek door de rechter)', *AB* 2012, 214, aant. 4. Dat geldt zeker sinds de nieuwe zaaksbehandeling. Ook (en kritisch): Schlössels 2009a, p. 110 en 112-4.

106 Schuurmans 2007, p. 117-8 (met verwijzingen); A.T. Marseille, 'Noot bij CRvB (2011-04-08)(Bewijslast. Feitenonderzoek door de rechter)', *AB* 2012, 214, aant. 4; Verburg 2010, p. 272-3. Vgl. Adriaanse 2006, p. 197; Jacobs en Den Ouden 2005, p. 7-8.

107 Verburg 2010, p. 271. De rechter kan op basis van art. 8:69 lid 3 Awb bijvoorbeeld geen feiten aan zijn uitspraak ten gronde leggen waarover partijen zich niet hebben kunnen uitlaten, en het uitgangspunt blijft dat partijen voor hun vorderingen zelf de relevante feiten aanvoeren. MvT, *Parl. Gesch. Awb II*, p. 463; CRvB 8 april 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ0845, r.o. 4.4.

108 Schlössels 2009a, p. 113.

109 PG Awb II, p. 464; Damen e.a. 2012b, p. 255. Zie ook CBb 17 mei 2005, *JB* 2005, 282, m.nt. Timmermans.

110 Schuurmans 2005, p. 4, met betrekking tot de bewijslastverdeling.

feiten in rechte komen vast te staan. Een bestuursorgaan stelt door middel van een besluit eenzijdig en bindend een rechtsverhouding vast. Artikel 3:2 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart over de relevante feiten en de af te wegen belangen – waaronder ook de relevante belangen van derden. Het bestuursorgaan is dus de eerste die bindend de feiten vaststelt en is daarbij verantwoordelijk voor een zorgvuldige voorbereiding. Pas nadat het besluit is genomen en (meestal) in bezwaar opnieuw aan het bestuursorgaan is voorgelegd, waarbij over de feitenvaststelling en de kwalificatie al een debat heeft kunnen plaatsvinden, komt de bestuursrechter in beeld. Voor de feitenvaststelling door de rechter en het belang van diens motivering is deze context van groot belang.[111] Lange tijd heeft de bestuursrechter in de regel getoetst of het bestuursorgaan in zijn besluit de feiten rechtmatig heeft vastgesteld. Daarbij stelde hij in de praktijk, vooral in feitelijk complexe zaken, niet snel zijn oordeel in de plaats van dat van het bestuursorgaan, maar toetste hij eerder aan de hand van de formele beginselen van behoorlijk bestuur of de bestuurlijke feitenvaststelling overeind kon blijven.[112] Hij gaf dan zelf geen eindoordeel over de feiten. Door de toenemende nadruk op finale geschillenbeslechting komt deze benadering onder druk te staan.[113]

Voor de beoordeling van de rechtmatigheid van een besluit is het van belang wie moet bewijzen dat bepaalde feiten zich hebben voorgedaan en wie het risico draagt wanneer deze feiten niet komen vast te staan (samen vormen deze elementen de bewijslast).[114] Voor dit onderzoek zijn drie situaties vooral relevant.

1. Wanneer een bestuursorgaan ambtshalve een besluit neemt, draagt het op basis van artikel 3:2 Awb in beginsel zelf de bewijslast.
2. Bij een besluit op aanvraag rust de bewijslast in beginsel op de aanvrager (artikel 4:2, lid 2, Awb). Deze last kan verschuiven naar het bestuursorgaan, bijvoorbeeld wanneer deze de afwijzing van de aanvraag baseert op een wettelijke weigeringsgrond of een ongeschreven zelfstandige norm. De zorgvuldigheidsverplichting ex artikel 3:2 Awb blijft voor het bestuursorgaan gewoon gelden wanneer de bewijslast primair bij de aanvrager ligt.
3. Een derde-belanghebbende die opkomt tegen een aan een ander geadresseerd besluit moet een begin van bewijs leveren voor zijn stelling dat het besluit niet

111 Ashmann 2015, p. 943-944.
112 Verburg 2010, p. 271: het nalopen van de bestuurlijke feitenvaststelling is bij complexe feiten 'niet zo zeer een principiële keuze, maar meer een noodzaak'. Schuurmans 2007, p. 115.
113 Vgl. Van Male 2007.
114 Met 'bewijslast' wordt, met Schuurmans, bedoeld dat de partij het bewijs moet leveren (bewijsvoeringslast) en het nadeel lijdt wanneer de nodige feiten niet komen vast te staan (bewijsrisico). Schuurmans 2005, p. 22-3. Zie ook Verburg 2010, p. 263. Het is mogelijk dat de bewijsvoeringslast en het bewijsrisico op verschillende partijen liggen.

(volledig) in stand kan blijven. Slaagt hij daarin, komt de bewijslast te liggen bij het bestuursorgaan.[115]

Slaagt de ene partij erin om haar stelling met voldoende feiten te onderbouwen, is de tegenpartij aan zet voor het leveren van tegenbewijs. Net als in het burgerlijk recht is het voor de partijen in die situaties niet altijd duidelijk wie 'aan de beurt' is om te bewijzen.[116] Op grond van de wet of de redelijkheid en billijkheid kan daarnaast een andere verdeling van de bewijslast ontstaan.[117] De bestuursrechter kan verder werken met bewijsvermoedens en het omkeren van de bewijslast.[118] Hiermee kan – in bijzondere gevallen – worden voorzien in oplossingen wanneer het voor partijen bijzonder moeilijk is om aan de nodige feitelijke informatie te komen.[119] De bestuursrechter schept hierover in zijn uitspraak en ter zitting vaak weinig duidelijkheid, hoewel door de nieuwe zaaksbehandeling wordt verwacht dat de bestuursrechter de partijen vroeger en duidelijker informatie geeft over de bewijsomvang, de bewijslastverdeling en de 'bewijstussenstand'.[120]

5.3.8 Toegang tot informatie in het bestuursrecht

Ook in het bestuursrecht is een belangrijke vraag of partijen kunnen achterhalen – en vervolgens aantonen – of bepaalde feiten zich hebben voorgedaan. Een eerste aanknopingspunt zal daarbij worden gevormd door het bestreden besluit, dat immers voldoende moet worden gemotiveerd op basis van een zorgvuldige voorbereiding. Vervolgens kan de rechter bij de feitenvergaring, op grond van artikel 8:69 lid 3 Awb ook ambtshalve, een actieve rol spelen. De Awb biedt een aantal mogelijkheden om de rechter en de partijen van de nodige informatie te voorzien. Wanneer een belanghebbende zijn beroepschrift heeft ingediend, moeten bestuursorganen op grond van artikel 8:42 Awb de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de bestuursrechter zenden. Te denken valt dan onder meer aan adviezen en onderzoeksrapporten ten behoeve van de voorbereiding van het besluit.[121] Op grond van artikel 8:29 Awb kan het bestuursorgaan in geval van gewichtige redenen het geven van inlichtingen of overleggen van stukken weigeren of de bestuursrechter mededelen dat

115 Schuurmans 2005, p. 146, 155 en 193-8.
116 *AB* 2012, 214, m.nt. A.T. Marseille. Bestuursrechters bieden daarbij overigens steeds meer een helpende hand.
117 In meer detail: Schuurmans 2005, p. 75-80.
118 Schlössels 2009a, p. 19-21.
119 Idem, p. 21; Schuurmans 2005, p. 124-5.
120 Schuurmans en Verburg 2012, p. 126. Met 'bewijstussenstand' bedoelen zij dat de rechter een voorlopig oordeel geeft over wat partijen tot op dat moment aan bewijs hebben ingebracht. Daaruit kunnen zij afleiden of zij nog nader bewijs moeten overleggen. Zie ook Schlössels 2009a, p. 107.
121 Borman 2013 (T&C Algemene wet bestuursrecht), artikel 8:42 Awb, aant. 2b.

uitsluitend hij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen of stukken. Artikel 8:45 lid 1 Awb geeft de bestuursrechter de bevoegdheid om partijen en anderen te verzoeken schriftelijk inlichtingen te geven en onder hen berustende stukken te overleggen.[122] De bestuursrechter kan ook partijen horen (artikel 8:44 Awb), getuigen oproepen en deskundigen benoemen voor het instellen van een onderzoek (artikel 8:46 en 8:47 Awb). Hieraan zijn doorgaans wel kosten verbonden.

Voor partijen die tegen een besluit willen procederen is het vaak belangrijk om al vóór de procedure bij de rechter de nodige informatie in te winnen. Voor dergelijk onderzoek bestaat minder tijd dan in het burgerlijk recht, want tegen het betwiste besluit moet doorgaans binnen zes weken bezwaar worden gemaakt (artikel 6:7 Awb). Informatie die bij een bestuursorgaan ligt, kan buiten de context van artikel 8:42 Awb alleen via een Wob-verzoek worden opgevraagd.[123] Dat verzoek kan door het bestuursorgaan enkel op grond van de in artikel 10 en 11 van de Wob opgenomen gronden worden geweigerd. Het risico bestaat in staatssteunzaken vooral dat de openbaarmaking (gedeeltelijk) wordt geweigerd op grond van de aanwezigheid van bedrijfs- en fabricagegegevens die door de vermeende begunstigde vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld (zie artikel 10 lid 1 sub c Wob).[124] Worden zulke gegevens weggelakt, dan heeft de partij die zich op de standstillbepaling beroept veel minder – en mogelijk te weinig – aanknopingspunten om zijn beroep aannemelijk te maken. De Wob maakt het niet mogelijk om informatie op te vragen bij de begunstigden van een vermeende steunmaatregel. Daarvoor bestaan ook geen alternatieven.

5.3.9 Tussenconclusie

Het civiele bewijsrecht en het bestuursrechtelijk bewijsrecht in brede zin vertonen onderling een aantal fundamentele verschillen. De burgerlijke rechter heeft traditioneel een lijdelijke rol, waarbij de partijen verantwoordelijk zijn voor het bepalen van de omvang van de rechtsstrijd. Buiten de rechtsstrijd vult de burgerlijke rechter wel ambtshalve de feitelijke grondslag van het geschil aan wanneer sprake is van voorschriften van openbare orde. De burgerlijke rechter mag niet de feiten aanvullen, het aanleveren van de feiten is zuiver een taak van de partijen. In beginsel moet de partij die bepaalde rechtsgevolgen in het leven wil roepen de daarvoor relevante feiten en argumenten aanleveren.

---

122 Partijen zijn verplicht aan dit verzoek gevolg te geven (art. 8:28 Awb) en mogen enkel weigeren wanneer daarvoor gewichtige redenen bestaan (art. 8:29 Awb).

123 HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 825, m.nt. J.B.M. Vranken; ABRvS 4 december 2002, ECLI:NL:RVS: 2002:AF1476, r.o. 2.2. Borman 2013 (T&C Algemene wet bestuursrecht), commentaar op artikel 8:42 Awb, aant. 8.

124 Te denken valt ook aan de facultatieve weigeringsgronden in art. 10 lid 2 sub b en sub g Wob.

Doet hij dit niet of komen de feiten onvoldoende vast te staan (al dan niet door betwisting van de wederpartij), dan draagt hij daarvoor het bewijsrisico. De burgerlijke rechter kan de partij met de stelplicht onder omstandigheden tegemoetkomen door het omdraaien of verlichten van de bewijslast. De partijen in een civiele procedure hebben daarnaast over en weer bepaalde informatieverplichtingen die door de rechter kunnen worden afgedwongen.

In het bestuursrecht is de rol van de rechter op zijn minst op papier een actievere. De gedachte was oorspronkelijk dat hij op zoek zou gaan naar de materiële waarheid en ongelijkheidscompensatie kon bieden voor de zwakkere partij (niet het bestuursorgaan). De bestuursrechtelijke procedure heeft betrekking op een besluit waartegen doorgaans al bezwaar is gemaakt. Dat betekent dat de omvang van het geding voor een deel al door het besluit is beperkt en dat de relevante feiten voor het eerst door het bestuur en dus niet door de rechter zijn vastgesteld. Ook de bestuursrechter is echter tot op zekere hoogte gebonden aan de door de belanghebbende aangevoerde gronden waarom het bestreden besluit onjuist is. Hij is wel verplicht om ambtshalve de grondslag van het geschil aan te vullen (ambtshalve te toetsen) in het geval van voorschriften van openbare orde, die in het bestuursrecht een beperktere invulling krijgen dan in het burgerlijk recht. De bestuursrechter is wel bevoegd de feiten aan te vullen en zelf feitenonderzoek te doen. In beginsel hangt de verdeling van de bewijslast er echter vooral vanaf wat voor soort besluit (ambtshalve of op aanvraag, dan wel geadresseerd aan een ander) aan de orde is. Daarbij geldt dat de bewijslast op een derde die tegen een besluit opkomt op zijn minst in theorie minder zwaar rust dan op zijn evenknie in een civiele procedure. Ook de bestuursrechter kan de bewijslast omkeren of verlichten. Voorafgaand aan de procedure kan de belanghebbende op grond van de Wob informatie opvragen. Dat geldt overigens ook voor partijen die in een civiele procedure tegen de overheid procederen.

Het verschil tussen de feitenvaststelling in een civiele of bestuursrechtelijke procedure moet niet zwaar worden overdreven. De bouwstenen verschillen, maar de daaruit opgetrokken bouwwerken vertonen beslist ook gelijkenissen. De traditioneel lijdelijke burgerlijke rechter is, binnen bepaalde grenzen, wel degelijk in staat om ter zitting ten behoeve van de feitenvaststelling door te vragen. De oorspronkelijk meer op materiële waarheidsvinding en ongelijkheidscompensatie gerichte bestuursrechtelijke procedure ontwikkelt zich daarentegen veel meer tot een partijenproces. Daarnaast geldt dat belangrijke redenen waarom het bestuursrechtelijke bewijsrecht afwijkt van het civiele bewijsrecht, zoals de expertise van bestuursorganen op specifieke terreinen, de mogelijkheid voor bestuursorganen om zelf (politieke) afwegingen te maken en de mogelijkheid om zonder rechtshulp een bestuursrechtelijke procedure in te leiden[125] in de context van het staatssteunrecht veel minder spelen dan,

125 Vgl. Schuurmans 2009, p. 178-9 en 182.

om maar wat te noemen, in het vreemdelingenrecht.[126] Hoewel het bewijsrecht in het bestuursrecht en in het burgerlijk recht verschillend DNA heeft, is het daarom belangrijk te beseffen dat het voor de mate waarin deze verschillen zich manifesteren ook relevant is wat voor soort geschil aan de rechter wordt voorgelegd.

5.4 Europese eisen aan het Nederlands recht bij kwalificatievraagstukken

Zoals in hoofdstuk 2 al is beschreven, heeft de Nederlandse rechter de taak om de standstillbepaling te handhaven. Daartoe moet hij zo nodig vaststellen of een maatregel kwalificeert als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU (en zo ja, of deze had moeten worden aangemeld en of deze is aangemeld).[127] Wanneer sprake is van staatssteun, is grotendeels in de Europese jurisprudentie uitgewerkt. Daarnaast heeft de Europese Commissie door middel van *soft law* een aantal handvatten gegeven om te kunnen beoordelen of bepaalde maatregelen kwalificeren als staatssteun.[128] Biedt de beschikbare jurisprudentie of *soft law* te weinig houvast, dan kan de rechter vragen voorleggen aan de Europese Commissie en is hij bevoegd (en soms verplicht) om aan het Hof van Justitie prejudiciële vragen voor te leggen. Het spreekt voor zich dat onduidelijkheid over de precieze invulling van het begrip staatssteun de rechter kan belemmeren in zijn taak om staatssteun te kwalificeren.[129]

Dat de rechter moet vaststellen of sprake is van staatssteun en daarbij hulp kan krijgen, zegt nog niets over de manier waarop hij dat moet doen. Over de wijze waarop de nationale rechter vaststelt of in een concrete casus sprake is van (onrechtmatige) staatssteun, zijn op EU-niveau geen regels vastgesteld.[130] Daarom is het nationale bewijsrecht bepalend, binnen de grenzen

126 Schuurmans 2009, p. 184 waarschuwt dan ook voor een te uniform procesrecht 'voor een rechtsgebied dat zich uitstrekt van punitief besluit tot begunstigende beschikking'.

127 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 34; HvJ EU 18 juli 2013, nr. C-6/12 (*P Oy*), r.o. 38; HvJ EU 18 juli 2007, nr. C-119/05 (*Lucchini*), r.o. 50; HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike&Weinlig*), r.o. 14.

128 Zie dan met name de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016, *C* 262/1. Deze lijkt ook al te zijn toegepast in Rb Den Haag ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*), r.o. 4.4. Opvallend omdat ten tijde van de uitspraak nog geen definitieve versie van de Mededeling beschikbaar was, en omdat de rechtbank niet expliciteert of de door haar genoemde criteria inderdaad aan de (ontwerp)mededeling zijn ontleend.

129 Vgl. Parret 2015, p. 50.

130 Op sommige terreinen van EU-recht worden wel regels gesteld over de bewijsregels die in nationale procedures moeten worden gehanteerd. In het mededingingsrecht bijvoorbeeld rust de bewijslast op degene die stelt dat een inbreuk is gepleegd op art. 101, lid 1 of art. 102 VWEU. Art. 2 Verordening 1/2003 (mededingingsverordening). Deze verordening doet blijkens de preambule (vijfde considerans) geen afbreuk aan de nationale voorschriften

van het effectiviteits- en het gelijkwaardigheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming.[131] In de volgende paragrafen wordt onderzocht waar deze grenzen liggen: kunnen uit de rechtspraak van het Hof aanknopingspunten worden afgeleid om te bepalen wanneer nationale regels van bewijsrecht in strijd komen met het effectiviteits- en gelijkwaardigheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming? Met andere woorden: welke eisen stelt het EU-recht aan het Nederlandse recht bij de kwalificatie van staatssteun?

Het gelijkwaardigheidsbeginsel kan aan de orde komen wanneer het in geschillen met een Europeesrechtelijke component rechtens of in de praktijk moeilijker is om aan te tonen dat bepaalde feiten zich hebben voorgedaan die moeten leiden tot een bepaald rechtsgevolg. Of dat het geval is, hangt af van het nationale recht. Daarover kan in abstracto dus weinig worden gezegd. Voor het effectiviteitsbeginsel geldt dat de uitoefening van de door de Europese rechtsorde verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mag worden gemaakt. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer een partij die zich op het staatssteunrecht beroept moet bewijzen dat sprake is van onrechtmatige staatssteun terwijl het voor hem onmogelijk of uiterst moeilijk is om dat bewijs te leveren – bijvoorbeeld omdat de bewijslast betrekking heeft op gegevens waarover hij niet kan beschikken. In een dergelijk geval moet de nationale rechter volgens de rechtspraak van het Hof gebruik maken van alle procedurele middelen die hem door het nationale recht ter beschikking worden gesteld, waaronder het bevelen van de overlegging van stukken door één van de partijen of door een derde. Dat blijkt uit de uitspraak in de zaak *Laboratoires Boiron*.[132]

5.4.1 Laboratoires Boiron: bewijslastverdeling en toegang tot informatie

De zojuist genoemde uitspraak is een belangrijke. Het is namelijk geen geheim dat het in de praktijk zeer moeilijk kan zijn om aan te tonen dat een bepaalde maatregel kwalificeert als staatssteun, onder andere omdat het lastig kan zijn om aan de nodige feitelijke gegevens te komen.[133] Daarmee kan de handhaving van het staatssteunrecht op de tocht komen te staan.[134] Als de gebrek-

over de bewijsstandaard of de wijze van feitenvaststelling. Zie bijv. ook Richtlijn 2006/54 (gelijke behandeling mannen en vrouwen).

131 Zie daarover in meer detail hoofdstuk 2, § 2.6.1.4.

132 HvJ EU 7 september 2006, nr. C-526/04 (*Laboratoires Boiron*), r.o. 55.

133 Jaeger 2014; Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 5. Ook: Conclusie A-G Tizzano 30 maart 2006, nr. C-526/04 (*Laboratoires Boiron*), punt 70. Het probleem van informatieasymmetrie is ook in de context van het algemene mededingingsrecht aan de orde gesteld. Bijv. Cauffman 2015, p. 127 e.v.; Zippro 2009, p. 453 e.v.

134 Vgl. Kellerbauer 2014 in de context van het kartelrecht.

kige toegang tot informatie in combinatie met de verdeling van de bewijslast ertoe leidt dat het uiterst moeilijk of nagenoeg onmogelijk is om het bestaan van staatssteun aan te tonen, dient de nationale rechter dus in te grijpen met de mogelijkheden die het nationale procesrecht hem biedt.

Wat houdt dat ingrijpen in? Mok heeft op basis van de uitspraak van het Hof geopperd dat de rechter in een civiele procedure onder omstandigheden moet overgaan tot een andere verdeling van de bewijslast.[135] Steyger houdt het erop dat de rechter verplicht is het bewijs te (helpen) bemachtigen.[136] Uiteindelijk hangt de manier waarop de rechter bij informatie-asymmetrie in staatssteunzaken moet optreden af van de omstandigheden van het geval en, specifieker, van het daarop toepasselijke procesrecht. De toepassing van dat procesrecht moet ervoor zorgen dat de informatie-asymmetrie die aan een succesvol beroep op het staatssteunrecht in de weg staat, wordt gecompenseerd. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de mogelijkheden om hulp te bieden bij het verzamelen van de nodige informatie (zie § 5.3.4 en § 5.3.8). Het is ook mogelijk om een oplossing te vinden in het *verlichten* van de bewijslast.[137] Onder omstandigheden is het denkbaar dat de rechter ervoor kiest om een andere verdeling van de bewijslast toe te passen. Het is echter belangrijk te benadrukken dat het EU-recht als zodanig niet tot zo'n andere verdeling dwingt.[138] Daarvan zal slechts sprake zijn wanneer het nationale recht daarvoor zelf ruimte biedt.

135 M.R. Mok, 'Noot bij HvJEU (2006-09-07)(Staatssteun. Heffing op rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen)', *NJ* 2006, 280. Hij ziet ook mogelijkheden voor een omkering van de bewijslast of een 'zachte omkering van de bewijslast', 'waarbij de rechter de stellingen van de zwakste partij, op wie de bewijslast rust voorshands bewezen acht, behoudens tegenbewijs door de sterkste partij.'

136 E. Steyger, 'Noot bij HvJEU (2006-09-07)(Verplichting uit eigen hoofde nationale rechter tot opvragen bewijs bij schending EG-recht)', *AB* 2006, 355.

137 Krans 2010, p. 64 geeft terecht aan dat dit begrip voor meerder uitleg vatbaar is. Zie echter ook thoe Schwarzenberg 2011, p. 91 e.v. 'Bij verlichten van het bewijsrisico kan de partij die volgens de hoofdregel het bewijsrisico draagt, profiteren van hetzij een verzwaarde motiveringsplicht die wordt opgelegd aan de wederpartij hetzij een vermoeden (een wettelijk, feitelijk, processueel of jurisprudentieel vermoeden) waartegen de wederpartij tegenbewijs kan leveren.' In de context van het mededingingsrecht zijn in de privaatrechtelijke literatuur bijvoorbeeld de verzwaarde stelplicht en het rechterlijk vermoeden genoemd. Krans 2010, p. 63-4. Voor een volle omkering van de bewijslast, waarbij het bewijsrisico meeschuift, zou echter geen plaats zijn.

138 Vgl. Gerbrandy 2009, p. 89. De Europese jurisprudentie wijst er niet op dat het Hof van Justitie zich snel in regels van nationaal bewijsrecht mengt. Dat is wel het geval in situaties waarin de voor bewijs benodigde informatie vanwege de aard van de rechtsverhouding niet in het bezit is (of op een andere manier in het bezit kan komen) van de partij met de bewijslast. HvJ EU 7 september 2006, nr. C-526/04 (*Laboratoires Boiron*); HvJ EU 17 oktober 1989, nr. 109/88 (*Denfoss*). De bewijslast wordt in gelijkebehandelingszaken na een begin

De rechter moet dus van geval tot geval beoordelen welke procedurele middelen geschikt zijn om deze asymmetrie te compenseren of op te heffen. Daarbij kan het nodig zijn om deze middelen ruimer uit te leggen dan gebruikelijk.[139] Het is echter wel van belang dat het Hof het in de uitspraak *Laboratoires Boiron* heeft over alle procedurele middelen 'die de rechter door het nationale recht ter beschikking worden gesteld'. Er bestaat dus geen aanleiding om aan te nemen dat het EU recht zou verplichten tot maatregelen die de kaders van het nationale procesrecht te buiten zouden gaan.

Het verdient opmerking dat, zoals in hoofdstuk 2 is opgemerkt,[140] met name met de nieuwe AGGV voor de lidstaten bepaalde transparantieverplichtingen in het leven zijn geroepen. Deze zien vooral op maatregelen die volgens de lidstaten wel staatssteun opleveren maar van aanmelding zijn vrijgesteld. Voor de vraag óf een maatregel staatssteun oplevert bieden dergelijke transparantieverplichtingen weinig uitkomst. Jaeger heeft naar aanleiding van de staatssteunmodernisering opgemerkt dat met de modernisering meer transparantie moet ontstaan, wat vanuit een handhavingsperspectief kan worden toegejuicht, maar dat alsnog weinig hulp wordt geboden in situaties waarin een lidstaat staatssteun niet herkent of hoopt dat deze niet onder de aandacht van de Commissie komt.[141]

5.4.2 Europese eisen aan de toetsingsmaatstaf en -intensiteit

Een volgende belangrijke vraag is of het Europese recht eisen stelt aan de door de rechter te hanteren toetsingsmaatstaf. Moet de rechter al maatregelen treffen bij gerede twijfel dat sprake is van staatssteun? Moet hij, integendeel, eisen dat onomstotelijk vaststaat dat een bestreden maatregel kwalificeert als staats-

---

van bewijs omgedraaid wanneer de (verwerende) werkgever een volstrekt ondoorzichtig beloningssysteem hanteert. Ook wanneer de bewijslast onevenredig zwaar is omdat van één van de partijen een negatief bewijs wordt gevraagd (bijvoorbeeld dat een betaalde heffing *niet* aan derden is doorberekend), kan het EU-recht rechterlijk ingrijpen verlangen. HvJ EU 2 oktober 2003, nr. C-174/01 (*Weber's Wine World*), r.o. 111. Een onderneming die terugbetaling vorderde van een onverschuldigd betaalde heffing moest naar Oostenrijks recht aantonen dat de heffing niet aan derden was doorberekend. Dit zou het uiterst moeilijk of nagenoeg onmogelijk maken om terugbetaling van onverschuldigd betaalde heffingen te verkrijgen. Voor andere voorbeelden, zie Jans, Prechal en Widdershoven 2011, p. 301-307. Zie ook HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-138/09 (*Todaro Nuziatina*), r.o. 54.

139 Dit valt af te leiden uit HvJ EU 10 april 1984, nr. 14/83 (*Von Colson en Kamann*), r.o. 26.

140 Zie in hoofdstuk 2 § 2.5.1.

141 Jaeger 2014, p. 336.

steun? Of is het iets daartussenin?[142] Voor de eerste opvatting valt in de literatuur steun te vinden. Als het bestaan van twijfel in het voordeel van de steunverlener en -ontvanger zou worden uitgelegd, zou dit namelijk afbreuk doen aan de daadwerkelijke handhaving van de standstillbepaling.[143] Ook de tegenovergestelde visie is in de literatuur verdedigd. De nationale rechter zou pas terugvordering mogen gelasten wanneer de bestreden maatregel duidelijk binnen de steundefinitie valt, of toch op zijn minst wanneer over het steunkarakter van die maatregel '*reasonable certainty*' bestaat.[144] Het Hof lijkt deze laatste visie in de uitspraak *CELF II* te hebben bevestigd:

> 'Een verplichting om vrijwaringsmaatregelen[145] op te leggen bestaat slechts indien aan de voorwaarden die dergelijke maatregelen rechtvaardigen is voldaan, namelijk dat vaststaat dat de maatregel als staatsteun kan worden gekwalificeerd, de steunmaatregel op het punt staat te worden uitgevoerd of is uitgevoerd, en geen buitengewone omstandigheden zijn geconstateerd die zich tegen een terugvordering verzetten. Indien niet aan deze voorwaarden is voldaan, moet de nationale rechter het verzoek afwijzen.'[146]

Wat moet uit deze woorden van het Hof worden afgeleid? De geciteerde overweging, en met name de laatste zin, lijkt te betekenen dat de rechter in staatssteunzaken over de kwalificatie van een bestreden maatregel niet alleen zekerheid mag eisen, maar dat ook *moet* doen voordat hij vrijwaringsmaatregelen treft zoals de terugvordering van steun.[147] Dit impliceert in ieder geval dat de nationale rechter (toch) niet al bij twijfel over het staatssteunkarakter van een bestreden maatregel definitieve maatregelen moet treffen.

Toch gaat het wel erg ver om uit de bewoordingen van het Hof af te leiden dat elke mogelijke twijfel over het staatssteunkarakter van een maatregel aan de opschorting of terugvordering daarvan in de weg staat. De rechter, en zeker de kortgedingrechter, handelt per slot van rekening niet in absolute zekerheden en daarvan zal het Hof van Justitie zich bewust zijn. De vraag of sprake is

142 Als dit een multiple-choice tentamen was, zou ik in geval van twijfel de laatste optie aanraden.

143 Vgl. Ottervanger 2006, p. 67 en Luja 2012, p. 765.

144 Van Cleynenbreugel 2015, p. 192; Winter 2004, p. 478.

145 Met vrijwaringsmaatregelen doelt het Hof hier onder meer op de terugvordering van de onrechtmatig verleende steun met rente, hoewel ook de opschorting van steun of het storten van de steun op een geblokkeerde bankrekening daaronder kan vallen. HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 37.

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

147 Vgl. Vajda en Stuart 2010, p. 633. Steun hiervoor valt ook te vinden in de andere taalversies van de uitspraak, waarin de eis wordt gesteld dat '…there is no doubt regarding the classification as State aid'; '… die Qualifizierung als staatliche Beihilfe nicht zweifelhaft ist'; 'la qualification d'aide d'État ne fait pas de doute'.

van staatssteun valt daarbij in concrete gevallen nog niet zo gemakkelijk te beantwoorden, zoals al aan de orde kwam in hoofdstuk 2.[148] Van enige mate van twijfel kan dus al snel sprake zijn. Als het voor steunverlenende overheden (of de steunontvanger) voldoende is om over het bestaan van staatssteun enige twijfel te zaaien om zich aan vrijwaringsmaatregelen te onttrekken, dan zou van de nuttige werking van de standstillbepaling dus weinig overblijven. Daar komt bij dat de in *CELF II* geïmpliceerde toetsingsmaatstaf, zoals Giraud opmerkt, op gespannen voet staat met artikel 267 VWEU. Op grond van deze bepaling kunnen (en soms moeten) nationale rechters in geval van twijfel over de uitleg van de Verdragen (en dus ook de kwalificatie van staatssteun) per slot van rekening prejudiciële vragen stellen.[149] Een dergelijke zware toetsingsmaatstaf staat daarnaast in contrast met de hierboven besproken in *Laboratoires Boiron* neergelegde regel dat de rechter, wanneer het uiterst moeilijk of nagenoeg onmogelijk is om het bestaan van staatssteun aan te tonen, moet ingrijpen met de mogelijkheden die het nationale procesrecht hem biedt.[150]

Belangrijker nog wellicht is de omstandigheid dat de bewoordingen in *CELF II* in de jurisprudentie van het Hof sindsdien nauwelijks – bij mijn weten één keer – zijn herhaald.[151] Het Hof van Justitie wijst doorgaans, recenter nog in de zaak *Deutsche Lufthansa*, in neutralere zin naar de taak van de nationale rechter om het begrip steun uit te leggen en toe te passen.[152] Volgens deze jurisprudentie dienen de nationale rechters zich 'eerst uit te spreken over de vraag of de betrokken maatregelen staatssteun vormen.'[153] De eis dat het bestaan van staatssteun vaststaat komt in deze jurisprudentie niet terug, hoewel het Hof daartoe zeker wel de kans zou hebben gehad.

In het hiernavolgende wordt om deze reden aangenomen dat niet elke mogelijkheid dat sprake is van onrechtmatige staatssteun tot een terugvorderingsverplichting leidt, maar dat het evenmin zo is dat het bestaan van staatssteun onomstotelijk vast moet staan. Aannemelijker is dat voor de te hanteren toetsingsmaatstaf moet worden aangesloten bij het nationale recht, binnen de grenzen van het effectiviteits- en gelijkwaardigheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

148 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.4.
149 Giraud 2010, p. 674.
150 Zie hierboven in § 5.4.1.
151 GvEA EU 3 maart 2015, nr. T-251/13 (*Gemeente Nijmegen/Commissie*), r.o. 45.
152 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 34; HvJ EU 29 november 2004, nr. C-345/03 (*Commissie/België*), r.o. 31; HvJ EU 30 november 1993, nr. C-189/91 (*Kirsammer-Hack)*, r.o. 49; HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike&Weinlig*), r.o. 14.
153 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 35.

5.4.3 Zelfstandige of indirecte feitenvaststelling in het bestuursrecht

Specifiek in het kader van het bestuursrecht is het relevant of de bestuursrechter in geschillen met een Europeesrechtelijke component mag volstaan met een beoordeling of het bestuur het besluit zorgvuldig heeft voorbereid, of dat hij de juistheid van het besluit door middel van een nieuwe en volledige beoordeling moet toetsen. Op basis van de zaak *Upjohn*[154] is in de Nederlandse literatuur voorzichtig geconcludeerd dat een 'indirecte' beoordeling over de band van de formele beginselen van bestuur ook in geschillen met een Europese achtergrond is toegestaan.[155] Dit zou echter anders zijn voor staatssteungeschillen. Volgens Jacobs en Den Ouden betekent een toets aan de beginselen van behoorlijk bestuur namelijk ten onrechte dat de rechter er niet aan toekomt om aan de onrechtmatigheid van de steun de nodige gevolgen te verbinden.[156] Een dergelijke toets zou met andere woorden te halfslachtig zijn, terwijl het Europese staatssteunrecht een rechter vraagt die doorbijt.

Widdershoven heeft deze conclusies onderschreven, maar genuanceerd. Een toetsing aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur zou mogelijk zijn, maar mag er niet aan in de weg staan dat de rechter aan het bestaan van staatssteun de nodige gevolgen verbindt. Het is namelijk onder omstandigheden denkbaar dat een bestuursrechter een steunbesluit op grond van schending van de formele beginselen van behoorlijk bestuur vernietigt en toch ten aanzien van de betrokken onrechtmatige staatssteun de door het Hof vereiste maatregelen neemt.[157] Kortom: een toetsing aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur zou niet in alle gevallen betekenen dat de rechter niet kan doorbijten. Deze conclusies vallen te onderschrijven, maar met een verdere nuancering waarop nader wordt ingegaan in § 5.5.3.4.

5.4.4 Feitenvaststelling in kort geding uit Europees perspectief

Sommige procedures zijn geschikter dan andere om uitsluitsel te krijgen over de vraag of sprake is van staatssteun. Het kort geding, waarin snelheid van de procedure een wezenlijke rol speelt, is daarvoor minder geschikt. Uit

154 HvJ EU 21 januari 1999, nr. C-120/97 (*Upjohn*).

155 Schuurmans 2007, p. 121-2, met verwijzingen.

156 Jacobs en Den Ouden 2005, p. 7-8. Ook: Adriaanse 2006, p. 194-5; R. Ortlep, 'Noot bij ABRvS (2013-05-01)(Toetsing, Eisen EU-recht aan rechterlijke toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling)', *AB* 2013, 345, aant. 2.

157 Widdershoven 2005, p. 50-4. Het gaat dan om het geval waarin geen bezwaarprocedure is gevoerd en naast vernietiging van het bestreden besluit dus geen herroeping van het primaire besluit noodzakelijk is. Daarnaast gaat het om het geval waarin de bestuursrechter, naast vernietiging van het bestreden besluit, op grond van art. 8:72 lid 5 Awb bij wijze van voorlopige voorziening de werking van het primaire besluit opschort. Dat zou uitkomst kunnen bieden wanneer de bestreden steun nog niet is uitgekeerd.

Europees perspectief hoeft dat niet problematisch te zijn. In het kader van het civiele kort geding heeft het Hof in 2010 in een aanbestedingszaak geoordeeld dat met het beginsel van effectieve rechtsbescherming niet in strijd is

> 'een stelsel waarin voor het op korte termijn verkrijgen van een rechterlijke beslissing slechts een procedure beschikbaar is die erdoor wordt gekenmerkt dat zij is gericht op een snelle ordemaatregel, er geen recht is op uitwisseling van conclusies door advocaten, er in de regel geen ander bewijs is dan door geschrift [en] de wettelijke bewijsregels niet van toepassing zijn.'[158]

Er kan van worden uitgegaan dat deze conclusie zich niet beperkt tot het aanbestedingsrecht.[159] Over het Nederlands bestuursrechtelijk 'kort geding' heeft het Hof zich bij mijn weten nog niet uitgelaten, maar het is op basis van de uitspraak van het Hof waarschijnlijk dat deze hier ook analoog kan worden toegepast. Dat zal al helemaal gelden nu op grond van de connexiteitseis in het bestuursrecht ook een bodemzaak aanhangig is gemaakt en in dat kader dus nog ruimte bestaat voor een uitgebreidere behandeling van het geschil.

5.4.5 Ambtshalve toetsing van EU-staatssteunrecht

Verplicht het Unierecht de nationale rechter om ook aan het staatssteunrecht te toetsen wanneer geen van de partijen zich daarop heeft beroepen? Een bevestigend antwoord kan betekenen dat de rechter over het bestaan van staatssteun moet oordelen onafhankelijk van de door partijen naar voren gebrachte feiten en argumenten – en kan diep ingrijpen in de nationaalrechtelijke taakverdeling tussen de rechter en de procespartijen.[160] Uit het arrest *Van Schijndel* volgt dat een verplichting tot ambtshalve toetsing van EU-recht op drie manieren kan ontstaan.[161] Ten eerste moet de rechter, als hij naar nationaal recht verplicht is om ambtshalve aan een interne regel van dwingende aard te toetsen, dit ook doen bij dwingende regels van Unierecht.[162] Dat geldt

158 HvJ EU 9 december 2010, nr. C-568/08 (*Combinatie Spijker*), *dictum*.

159 Meijer 2011, p. 109.

160 Van een bevestigend antwoord moet juist om die reden niet te snel worden uitgegaan: Brugman 2010, p. 217; Engström 2008, p. 81. Toch is in het verleden wel aangenomen dat de nationale rechter de standstillbepaling desnoods ambtshalve moet toepassen. Adriaanse 2006, p. 192; conclusie van A-G Geelhoed van 4 maart 2004 in de zaak C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*) en in de zaak C-174/02 (*Pape*), ov. 51. Die bevinding is in het licht van de meer recente jurisprudentie van het Hof niet meer zonder meer gerechtvaardigd.

161 HvJ EU 14 december 1995, nr. C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*), r.o. 13-22. Vgl. HvJ EU 14 december 1995, nr. C-312/93 (*Peterbroeck*), r.o. 14. Deze driedeling wordt ook expliciet gebruikt door Engström 2008, p. 75-6.

162 Dit volgt uit het gelijkwaardigheidsbeginsel.

ten tweede ook wanneer de rechter daartoe niet verplicht, maar bevoegd is.[163] Tot slot kan het doeltreffendheidsbeginsel een verplichting tot ambtshalve toetsing creëren zelfs wanneer het nationale recht voor een dergelijke toets geen ruimte biedt. In dat laatste geval moet de rechter volgens de procedurele *rule of reason* een afweging maken tussen het belang van de doorwerking van het EU-recht en het belang van de nationale procedureregels die ambtshalve toepassing onmogelijk maken. Deze toets zal in beginsel (pas) in het voordeel van ambtshalve toepassing uitvallen wanneer een rechthebbende (bijvoorbeeld door een strenge fatale termijn) anders geen enkele mogelijkheid zou hebben om een regel van EU-recht in te roepen.[164] Hierbij is terughoudendheid op zijn plaats.[165]

Wat betekent dit in de Nederlandse context? Voor een antwoord op die vraag moet worden onderscheiden tussen het aanvullen van rechtsgronden, het aanvullen van de feitelijke grondslag van het geschil en het aanvullen van feiten. Zowel in het bestuursrecht als in het privaatrecht geldt een verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen.[166] Die verplichting zal zich dus ook uitstrekken tot gronden gebaseerd op EU-recht. Te denken valt dan vooral aan de situatie dat een eiser zich ten onrechte beroept op artikel 107 lid 1 VWEU in plaats van het rechtstreeks werkende artikel 108 lid 3 VWEU. Anders dan in bijvoorbeeld Frankrijk het geval was levert dit in Nederland overigens geen problemen op.[167]

Interessanter is de vraag of de Nederlandse rechter aan het staatssteunrecht kan (of moet) toetsen wanneer het in het geheel niet is ingeroepen maar de feiten daartoe wel aanleiding geven. Het antwoord op deze vraag is voor het bestuursrecht betrekkelijk makkelijk. Zoals gezegd beperkt de verplichting tot ambtshalve toetsing zich in het bestuursrecht tot voorschriften van openbare orde die niet met het staatssteunrecht vergelijkbaar zijn.[168] Op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel hoeft het staatssteunrecht dus niet ambtshalve te worden getoetst. In 2005 heeft het CBb de prejudiciële vraag gesteld of het doelmatigheidsbeginsel de Nederlandse bestuursrechter desondanks verplicht om materiële Unierechtelijke regels ambtshalve te toetsen.[169] Het Hof heeft,

163 Dit volgt uit het gelijkwaardigheidsbeginsel in combinatie met het loyaliteitsvereiste. Zie ook Jans, Prechal en Widdershoven 2011, p. 47. Deze regel wordt wel aangeduid als 'nationale bevoegdheid = Europese verplichting' (bijv. Van den Brink 2012, p. 131) of de 'mogen-is-moeten-regel' (bijv. Ancery 2012, p. 80).

164 HvJ EU 14 december 1995, nr. C-312/93 (*Peterbroeck*); Brugman 2010, p. 86-8; Van de Griend 2007, p. 54. Vgl. Recenter: HvJ EU 3 oktober 2013, nr. C-32/12 (*Duarte*), r.o. 34-41, instemmend becommentarieerd door Hartkamp 2015.

165 Brugman 2010, p. 217; Engström 2008, p. 81; Eliantonio 2008, p. 111.

166 Zie in dit hoofdstuk § 5.3.2 en § 5.3.6.

167 In Frankrijk zijn wel staatssteunberoepen gestrand op het inroepen van het verkeerde artikel. Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 6; Chérot 2009, p. 177.

168 Zie in dit hoofdstuk § 5.3.6.

169 CBb 17 mei 2005, *JB* 2005, 241, m.nt. Timmermans, *AB* 2005, 282 m.nt. Veen, *JIN* 2005, 366 m.nt. Timmermans.

in het licht van de beperkte plaats van ambtshalve toetsing in het Nederlandse bestuursrecht, in het arrest *Van der Weerd* ontkennend geantwoord.[170] Hiervan mag in het bestuursrecht dus worden uitgegaan.[171]

In het burgerlijk recht ligt het iets gecompliceerder. Ook hier geldt dat het EU-recht de burgerlijke rechter niet zonder meer verplicht om buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden.[172] Complicerend is echter dat – sterker dan in het bestuursrecht – de vraag kan worden gesteld of het staatssteunrecht van openbare orde is in de zin van artikel 25 Rv.[173] Voorop kan worden gesteld dat het Hof zich hierover nog niet direct of indirect heeft uitgelaten.[174] Dat deed het Hof bijvoorbeeld wel ten aanzien van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten,[175] waarover het Hof heeft geoordeeld dat de bescherming van de zwakkere en mogelijk onwetende consument ambtshalve toetsing kan verlangen.[176]

Of de door een schending van de staatssteunregels gedupeerde derde op dit punt met consumenten gelijk gesteld kan worden, valt te betwijfelen. Wel kan mogelijk een relevante parallel worden getrokken met artikel 101 VWEU,

---

170 HvJ EU 7 juni 2007, nr. C-220/05 t/m C-225/05 (*Van der Weerd*). Met Gerbrandy en Verhoeven zie ik in het arrest T-mobile geen aanleiding om op dit punt tot een andere conclusie te komen. A. Gerbrandy en M.J.M. Verhoeven, 'Noot bij HvJ EU (2009-06-04)(Bewijsvermoeden bij art. 81 EG onderdeel van materieel begrip)', *AB* 2009, 273, aant. 5-6.

171 Zie ook CBb 19 december 2008, ECLI:NL:CBB:BH2627, r.o. 3.2. De Afdeling was, zonder prejudiciële vragen te stellen, al van deze lezing uitgegaan. ABRvS 2 maart 2004, *AB* 2004, 152, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Recent nog: ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:86 (*Omgevingsvergunning Haaksbergen*), r.o. 81; ABRvS 6 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2014:BZ3338, r.o. 4. In de literatuur is nog wel de vraag gesteld of de jurisprudentie van het Hof in consumentenzaken, waarin de bescherming van de zwakkere partij een belangrijke rol speelt, zou kunnen betekenen dat de bestuursrechter bij wijze van ongelijkheidscompensatie ook tot ambtshalve toetsing verplicht zou zijn. Die vraag is echter ontkennend beantwoord. Engström 2008, p. 81-4. Keus 2011, p. 147, merkt op dat het Hof zelf ook niet ambtshalve toetst aan regels van materieel EU-recht.

172 HvJ EU 14 december 1995, nr. C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*), r.o. 22.

173 Vgl. Ancery 2012, p. 166; Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6548, r.o. 2.13.3 en prejudiciële vraag Va.

174 Vooruitlopend op de volgende paragrafen kan worden opgemerkt dat de rechtbank Rotterdam in eerste aanleg in de zaak *Residex* wel uitging van de plicht om het staatssteunrecht ambtshalve te toetsen. Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6904 (*Residex*), r.o. 5.10.

175 Richtlijn 93/13/EEG (richtlijn oneerlijke bedingen) (m.n. art. 6).

176 De eerste drie – en meest aangehaalde – zaken zijn: HvJ EU 27 juni 2000, nr. C-240/98 t/m C-244/98 (*Océano*); HvJ EU 21 november 2002, nr. C-473/00 (*Codifis*); HvJ EU 26 oktober 2006, nr. C-168/05 (*Mostaza Claro*). Deze arresten gaan uit van de gedachte van bescherming van de consument; zonder ambtshalve toetsing zou hij door onwetendheid of om andere redenen waarschijnlijk geen bescherming kunnen krijgen van de bepalingen die juist expliciet zijn bescherming willen waarborgen. Ancery 2012, p. 110 ziet hierin een belangrijke invloed van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. De Hoge Raad legt de jurisprudentie van het Hof (m.i. terecht) zo uit dat de ambtshalve toetsing in de context van de bescherming van consumenten voortvloeit uit het effectiviteitsbeginsel. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236. Anders: Snijders 2014, p. 116.

dat ziet op verboden kartelafspraken. Over de verplichting om ook deze bepaling al dan niet ambtshalve toe te passen heeft in de literatuur een uitgebreide discussie plaatsgevonden, die nog niet tot consensus heeft geleid. In deze discussie komt een belangrijke rol toe aan de arresten *Manfredi* en *T-mobile*. Het Hof heeft daar in een *obiter dictum* geoordeeld dat artikel 101 VWEU moet worden gezien als 'een voor de vervulling van de taken van de [EU] onontbeerlijke bepaling van openbare orde, die door de nationale rechter ambtshalve moet worden toegepast'.[177] Uit deze uitspraken wordt aan de ene kant logischerwijs afgeleid dat artikel 101 VWEU (ook) naar Nederlands recht van openbare orde is en, belangrijker in deze context, ambtshalve moet worden toegepast.[178]

Die opvatting wordt echter aan de andere kant op goede gronden bestreden.[179] Bij de huidige stand van het recht lijkt mij dit terecht; er moet niet te snel van worden uitgegaan dat het Hof aan dit *obiter dictum* – de vraag naar ambtshalve toetsing was in de zaak *T-mobile* juist niet aan de orde – zonder verdere onderbouwing – zoals dat ten aanzien van het consumentenrecht wél het geval was – dergelijke principiële consequenties heeft willen verbinden. Zoals gezegd past hier terughoudendheid. Daar komt bij dat het Hof van Justitie naar aanleiding van een prejudiciële vraag van het hof Amsterdam de mogelijkheid heeft gehad om zich over de status van artikel 101 VWEU expliciet uit te laten, en daarvan geen gebruik heeft gemaakt.[180] Dit gezegd hebbende: ook als wel komt vast te staan dat artikel 101 VWEU door de nationale rechter ambtshalve moet worden toegepast, is het nog niet zeker of de parallel tussen artikel 101 VWEU en artikel 108 lid 3 VWEU gerechtvaardigd is en dus ook dat dit laatste artikel waar nodig buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou moeten worden toegepast.[181]

---

177 HvJ EU 4 juni 2009, nr. C-8/08 (*T-mobile*), r.o. 49, met verwijzing naar HvJ EU 1 juni 1999, nr. C-126/97 (*Eco Swiss*), r.o. 36 en 39; HvJ EU 13 juli 2006, nrs. C-295/04-298/04 (*Manfredi*), r.o. 31 en 39.

178 Onder andere: Asser/Hartkamp 2015 (3-I), aant. 127; Hartkamp 2014, p. 417-8; Hartkamp 2013, p. 13-7; Ancery 2012, p. 168; Van Mierlo 2016 (T&C Rv, art. 25), aant. 2b; Van Aerde 2009, p. 141.

179 Onder andere: Snijders 2014, m.n. p. 106; Zippro 2009, p. 272; A. Gerbrandy en M.J.M. Verhoeven, 'Noot bij HvJ EU (2009-06-04)(Bewijsvermoeden bij art. 81 EG onderdeel van materieel begrip)', *AB* 2009, 273, aant. 5-6; Snijders 2008. In ieder geval kan worden betoogd dat over de betekenis van de arresten nog weinig duidelijkheid bestaat. Vgl. Keus 2011, p. 154; M.R. Mok, 'Noot bij HvJ EU (2009-06-04)(Begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging)', *NJ* 2009, 432, aant. 3.

180 Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6548, vraag Va; HvJ EU 7 november 2013, nr. C-518/11 (*UPC Nederland BV*), r.o. 64. Dat is anders in het hierboven al genoemde consumentenrecht, waar wél duidelijk is geoordeeld en onderbouwd dat een noodzaak tot ambtshalve toetsing bestaat. Zie bijv. HvJ EU 4 oktober 2007, nr. C-429/05 (*Rampion*), r.o. 61 met verwijzingen.

181 Op basis van de door Ancery geschetste elementen zou ik menen van wel, hoewel de door hem gesignaleerde eis dat de bepaling rechtstreekse gevolgen teweeg brengt in de betrekking tussen partijen in het geval van het staatssteunrecht niet kan worden vertaald naar de eis

> Hartkamp heeft op grond van artikel 25 Rv verdedigd dat de verplichting tot ambtshalve toepassing ook zou moeten gelden voor wetsbepalingen die niet van openbare orde zijn, maar wel leiden tot absolute nietigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen.[182] Dit zou dan ook kunnen gelden voor de nietigheid op grond van artikel 108 lid 3 VWEU.[183] Zoals hij zelf aangeeft, is deze opvatting in Nederland geen heersende leer.[184] Het gaat de reikwijdte van dit al omvangrijke onderzoek te buiten om op deze interessante discussie verder in te gaan. Wel kan worden opgemerkt dat deze discussie mooi demonstreert hoe de mate waarin het Unierecht in de nationale rechtsorde doorwerkt afhankelijk kan zijn van de strekking en interpretatie van het nationale recht, nog los van de daaraan door het Unierecht te stellen eisen.

De volgende belangrijke vraag is of de rechter in staatssteunzaken een actievere rol kan vervullen door dóór te vragen naar elementen waarover te weinig is gesteld of door ambtshalve de feiten aan te vullen. Ook hier leveren het bestuursrecht en het privaatrecht verschillende antwoorden op. De burgerlijke rechter is op grond van artikel 149 Rv op zijn minst in theorie niet bevoegd om ambtshalve feiten aan te vullen. Het gerechtshof Amsterdam heeft daarom ook de prejudiciële vraag gesteld, mocht het zo zijn dat de rechter artikel 101 VWEU ambtshalve buiten de rechtsstrijd zou moeten toepassen, hij hiertoe ook verplicht is indien deze toepassing (mogelijk) leidt tot aanvulling van de feiten in de zin van artikel 149 Rv.[185] Ook hier is het Hof niet aan beantwoording van de vraag toegekomen.[186] Dat neemt zoals gezegd niet weg dat de burgerlijke rechter wel degelijk actiever kan – en binnen de grenzen van zijn bevoegdheden eventueel ook moet – doorvragen om partijen de gelegenheid te geven om de relevante feiten boven tafel te krijgen.

De bestuursrechter is op grond van artikel 8:69 lid 3 Awb wel bevoegd om ambtshalve de feiten aan te vullen. Dat betekent volgens mij niet dat uit de 'bevoegdheid is verplichting'-leer uit het *Van der Weerd*-arrest voor de bestuursrechter een verplichting voortvloeit om ten behoeve van de kwalificatie van een steunmaatregel zelf het feitenonderzoek te verrichten. Zoals in § 5.3.6 is beschreven gaat dat de strekking van artikel 8:69 lid 3 Awb te buiten. Dat

---

dat sprake is van directe horizontale werking. Ancery 2012, p. 177. Mamut en Paterno 2009, p. 348, benaderen de vraag naar de ambtshalve toepassing van de standstillbepaling vanuit de vraag of deze bepaling de bescherming van concurrenten tot doel heeft (dan is ambtshalve toepassing niet op zijn plaats), of juist de *effet utile* van de aanmeldingsplicht (dan zou wel ambtshalve moeten worden getoetst).

182 Hartkamp 2013, p. 140; Asser/Hartkamp 2015 (3-I), aant. 128.

183 Hartkamp 2014, p. 418. Over de nietigheid van steunverlenende handelingen, zie nader in hoofdstuk 7 § 7.2.5.2.

184 Asser/Hartkamp 2015 (3-I), aant. 128.

185 Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6548, r.o. 2.14.

186 HvJ EU 7 november 2013, nr. C-518/11 (*UPC Nederland*), r.o. 64: gezien de beantwoording van de overige door het hof gestelde vragen hoefde aan de beantwoording van deze vraag niet meer te worden toegekomen.

neemt niet weg dat de toepassing van de bevoegdheden onder artikel 8:69 lid 3 Awb nodig kan zijn wanneer het er om gaat, een gebrek aan informatie bij een zich op het staatssteunrecht beroepende derde te compenseren.[187]

Een laatste opmerking geldt de – buiten de reikwijdte van dit hoofdstuk vallende – eventuele verplichting van de belastingrechter om ambtshalve aan het staatssteunrecht te toetsen. Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde kwam, kunnen schendingen van de staatssteunregels in fiscale zaken namelijk gemakkelijk buiten beeld blijven omdat het justitiabelen daarbij doorgaans aan een prikkel of het vereiste belang zal ontbreken.[188] Er zijn dan ook stemmen opgegaan dat het Unierecht de belastingrechter onder omstandigheden tot ambtshalve toetsing van de staatssteunregels verplicht. Zo heeft A-G Wattel uit de *FNCE*-uitspraak van het Hof van Justitie afgeleid 'dat de nationale rechter zonodig van ambtswege onderzoekt of sprake is van niet-aangemelde steun'.[189] Dit uitgangspunt lijkt ook te zijn omarmd door de Hoge Raad, hoewel deze in de rechtspraak van het Hof geen verplichting leest om in cassatie nieuw feitenonderzoek te doen, 'hetgeen aan de Hoge Raad naar regels van nationaal recht niet is toegestaan.' Hoe ver de verplichting om de rechtstreeks werkende staatsteunregels ambtshalve toe te passen volgens de Hoge Raad dan wel reikt, wordt uit deze jurisprudentie dan ook nauwelijks duidelijk.[190] Ook Luja heeft betoogd dat de opschortingsplicht, als bepaling van openbare orde, vermoedelijk ambtshalve zou moeten worden toegepast. In de verplichting van de nationale rechter om de nuttige werking van de standstillbepaling te beschermen ziet hij zelfs aanleiding om op dit punt de lijn die in het *Van der Weerd*-arrest uiteen is gezet in staatssteunzaken te verlaten. Op zijn minst, aldus Luja, ligt het voor de hand dat over het al dan niet bestaan van een dergelijke verplichting een prejudiciële vraag wordt gesteld.[191]

Het verdient opmerking dat enkele rechters uit andere EU-lidstaten ambtshalve een prejudiciële vraag hebben gesteld over de toepassing van de staatssteunregels op een bij hen aanhangig geschil.[192] Op één uitzondering na heeft het Hof

187 Zie in dit hoofdstuk § 5.4.1. Dat past ook goed in het bestuursprocesrecht; de bevoegdheid op grond van art. 8:69 lid 3 Awb kan immers zoals gezegd worden toegepast om ongelijkheid tussen de partijen te compenseren. MvA II, *Parl. Gesch. Awb II*, p. 464.

188 Zie in hoofdstuk 3, § 3.5.6.

189 Conclusie van A-G Wattel 22 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2206 (*X/Staatssecretaris van Financiën*), ov. 8.10, met verwijzing naar HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 11-4. Mij is niet geheel duidelijk hoe die gevolgtrekking uit deze uitspraak volgt.

190 HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7849 (*Precariobelasting*), r.o. 4.2; HR 17 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1841, r.o. 3.15-3.16. Kritisch: Luja 2014, p. 101, die opmerkt dat de Hoge Raad ook had kunnen (en waarschijnlijk moeten) kiezen om de zaak op grond van art. 29e lid 2 AWR naar het gerechtshof te verwijzen, zonder dat partijen daarmee tekort zou zijn gedaan.

191 Luja 2014, p. 101-3.

192 HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-66/14 (*Finanzamt Linz*), r.o. 20-4; HvJ EU 18 juli 2013, nr. C-6/12 (*P Oy*); HvJ EU 8 september 2011, nrs. C-78/08 t/m C-80/08 (*Paint Graphos*); HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*).

deze vragen ontvankelijk geacht en beantwoord.[193] Dat betekent echter zeker niet dat het Hof impliciet uitgaat van een verplichting tot ambtshalve toetsing van de staatssteunregels. Nog los van de vraag of de mogelijkheid of plicht tot ambtshalve toetsing niet al voortvloeide uit het relevante nationale recht, is het namelijk niet de taak van het Hof om te toetsen of de verwijzingsbeschikking in overeenstemming is met de nationale regels over de rechterlijke organisatie en de procesgang.[194] Het Hof heeft ook overigens niet de kans aangegrepen om zich in deze uitspraken over de wenselijkheid van of een verplichting tot ambtshalve toetsing van het staatssteunrecht uit te laten.

5.4.6 Europese eisen wanneer de overheid zich op de standstillbepaling beroept

De hierboven beschreven Europese eisen aan het nationale procesrecht zijn door het Hof van Justitie vooral ontwikkeld in de context van gevallen waarin justitiabelen zich tot de rechter wenden om aan het Europese recht (in dit geval: de standstillbepaling) daadwerkelijk bescherming te ontlenen. Inmiddels is het duidelijk dat deze eisen ook gelden wanneer het gaat om het effectueren van verplichtingen die uit het Europese recht voortvloeien.[195] Dat is belangrijk, want in de Nederlandse staatssteunrechtelijke jurisprudentie komt het regelmatig voor dat de overheid als normadressaat een beroep doet op de standstillbepaling.

Op het moment dat de nationale rechter in een dergelijk geschil wil beoordelen of sprake is van staatssteun, rust op hem onverkort de verplichting om de nuttige werking van de standstillbepaling te eerbiedigen.[196] Hoewel de hierboven beschreven eisen zijn geschreven in de context waarin een derde de bescherming van de standstillbepaling inroept, ligt het daarom voor de hand dat zij ook van toepassing zijn wanneer de overheid zich op het staatssteunrecht beroept. Aangezien ook de overheid zich op het staatssteunrecht mag beroepen,[197] is er geen reden om aan te nemen dat de rol van de rechter bij de beoordeling of sprake is van staatssteun uit Europees perspectief zou verschillen afhankelijk van wie dat aanvoert.

---

193 De niet-ontvankelijkheid werd uitgesproken in HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-66/14 (*Finanzamt Linz*), r.o. 20-4. Het bleek relevant of de partijen in het geschil bij de beantwoording van de (amtbshalve gestelde) vraag baat kunnen hebben.

194 HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*), r.o. 19, met verwijzingen.

195 Van den Brink 2012, p. 120; Geursen 2009, p. 135; HvJ EU 5 maart 1980, zaak 265/78 (*Ferwerda*), r.o. 10; HvJ EU 21 september 1983, gevoegde zaken 205/82-215/82 (*Deutsche Milchkontor*), r.o. 19; HvJ EU 19 september 2002, zaak C-336/00 (*Huber*), r.o. 55.

196 Zie in hoofdstuk 2, § 2.6.1.1.

197 Zie in hoofdstuk 4 § 4.3.3.

5.4.7 Tussenconclusie

Een van de belangrijkste taken van de nationale rechter in staatssteunzaken is het kwalificeren van een bestreden maatregel om te beoordelen of sprake is van onrechtmatige staatssteun.[198] De vraag hoe de rechter dat moet doen, hangt grotendeels af van zijn eigen procesrecht. Of een geschil zich afspeelt voor de bestuursrechter of voor de burgerlijke rechter, en in kort geding of in een bodemzaak, is dus cruciaal. Althans, tot op zekere hoogte, want de rechter is natuurlijk wel gebonden aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Het hangt van de concrete omstandigheden van het geval af wanneer het nationale procesrecht moet wijken, maar een paar hoofdregels kunnen al worden gedestilleerd. Het is in ieder geval duidelijk dat de Nederlandse rechter binnen de grenzen van zijn procesrecht een helpende hand moet bieden wanneer degene die het bewijs moet leveren daartoe buiten zijn schuld niet in staat is. Hoe de rechter dit kan doen, hangt af van de mogelijkheden die het procesrecht hem biedt.

Het is ook duidelijk dat de rechter niet al bij twijfel over mogelijke staatssteun maatregelen moet treffen zoals de terugvordering of opschorting van de vermeende steun. Het moet daadwerkelijk vaststaan dat sprake is van staatssteun. Wanneer dat het geval is en wie ervoor verantwoordelijk is dat dit komt vast te staan, is weer een kwestie van nationaal recht, natuurlijk binnen de grenzen van het gelijkwaardigheids- en effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat kan ertoe leiden dat de beoordeling of sprake is van staatssteun bijvoorbeeld in kort geding minder diepgaand is dan in een bodemprocedure. Het Hof lijkt daartegen geen principiële bezwaren te hebben. Het is wel de vraag of het Hof een benadering toestaat zoals die in het bestuursrecht wel wordt toegepast, waarbij in sommige gevallen niet wordt onderzocht of een Unierechtelijke norm is geschonden, maar wordt volstaan met het oordeel dat een besluit onzorgvuldig is voorbereid of onvoldoende is gemotiveerd. Op die vraag wordt later in dit hoofdstuk nog in meer detail ingegaan. Een andere vraag is of de rechter de standstillbepaling ook ambtshalve moet toepassen. In het geval van het bestuursrecht mag worden aangenomen dat dit niet het geval is. Voor wat betreft het burgerlijk recht is het echter zeker nog denkbaar dat, bijvoorbeeld naar aanleiding van een prejudiciële vraag, toch blijkt dat de standstillbepaling zo wezenlijk is dat daaraan zelfs moet worden getoetst wanneer geen van de partijen zich erop heeft beroepen.

Het bovenstaande geldt in ieder geval voor de in de jurisprudentie van het Hof best uitgewerkte situatie dat een derde bij de rechter de bescherming van de standstillbepaling inroept. Wanneer het de overheid zelf is die zich op het staatssteunrecht beroept, geldt eveneens de nationale procedurele

198 Hoe belangrijk deze taak is, blijkt ook uit HvJ EU 13 juni 2006, nr. C-173/03 (*Traghetti del Mediterraneo*), r.o. 37-40.

autonomie met haar grenzen op basis van het gelijkwaardigheidsbeginsel, het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. In het concrete geval kan dit vanwege het toepasselijke nationale recht, de processuele en feitelijke positie van de overheid tot andere resultaten leiden.

5.5 KWALIFICATIE VAN STAATSSTEUN IN DE NEDERLANDSE JURISPRUDENTIE

Met deze achtergrondschets kan worden toegekomen aan de voor dit hoofdstuk belangrijkste vraag, namelijk hoe de Nederlandse rechter beoordeelt of in een specifieke casus sprake is van (onrechtmatige) staatssteun. Eerst wordt ingegaan op de burgerlijke rechter (§ 5.5.1 en 5.5.2) en vervolgens op de bestuursrechter (§ 5.5.3 en 5.5.4).

5.5.1 Burgerlijke rechter: een derde beroept zich op het staatssteunrecht

Het meest voorkomende staatssteungeschil in bodemzaken voor de burgerlijke rechter betreft zaken waarin de overheid wordt verweten het staatssteunrecht te hebben geschonden door aan een ander een voordeel toe te kennen.[199] Degene die zich op het staatssteunrecht beroept, de gedupeerde derde, zal dan bijvoorbeeld vorderen dat de vermeende steun wordt teruggedraaid of stopgezet, of dat de vermeend steunverlenende overheid wordt veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding. Op grond van artikel 150 Rv draagt deze partij voor de gestelde feiten of rechten in beginsel ook de bewijslast.

5.5.1.1 Feitenvaststelling door de burgerlijke rechter

Op basis van de bestudeerde jurisprudentie van de burgerlijke rechter kunnen twee constateringen voorop worden gesteld. Ten eerste bevestigt deze jurisprudentie dat een derde die zich op het staatssteunrecht wil beroepen, de stelplicht en zo nodig ook de bewijslast draagt met betrekking tot elk van de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU.[200] Die benadering wordt overigens niet in

199 Zie bijlage I.

200 Expliciet in: Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675 (*Sita Nederland*), r.o. 4.27; Rb Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3569 (*P1 Holding*), r.o. 4.14; Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2032 (*EWF*); Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2009:BF7031 (*P1 Holding*), r.o. 3.7.1 en 3.7.3. Ook: Rb Amsterdam 9 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591 (*MuzyQ*), r.o. 4.13; Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012 BY1110 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.7.

alle EU-lidstaten gekozen.[201] Ook het Hof van Justitie wil de stelplicht in sommige gevallen, bijvoorbeeld wanneer aan het beginsel van de private marktinvesteerder zou zijn voldaan, wel eens op de overheid zelf leggen – hoewel de parallel niet helemaal zuiver opgaat omdat de wederpartij in zulke gevallen niet een derde is maar de Europese Commissie.[202]

Ten tweede hebben de door de eisende concurrenten aangevoerde stellingen en eventuele bewijsmiddelen de rechters in geen van de ruim zestig bestudeerde gevallen van het bestaan van onrechtmatige staatssteun overtuigd. De vorderingen worden in deze procedures doorgaans afgewezen omdat zij niet toewijsbaar zijn, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat de zich op het staatssteunrecht beroepende derde niet aan haar stelplicht heeft voldaan.[203] Een dergelijk oordeel valt in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter ook regelmatig buiten staatssteungeschillen te zien.[204] De afwijzing van de vordering in de bestudeerde uitspraken kan eraan liggen dat de stellingen niet worden onderbouwd, dat zij onvoldoende worden onderbouwd om de vorderingen te dragen, of dat zij niet leiden tot de kwalificatie staatssteun.[205]

Een mooi voorbeeld voor alle drie de situaties biedt de zaak *Shanks*.[206] Shanks stelt dat vermeend steunontvanger Attero voor het verwerken van GFT-afval hogere dan marktconforme tarieven ontvangt en heeft ontvangen. Concreet voert Shanks aan dat Attero met een tarief van €55 per ton GFT-afval ligt boven het markttarief van €30 tot €35 per ton dat volgens een rapport van de ACM[207] op dat moment geldt. Deze onderbouwing acht de rechtbank onvoldoende. Eerst constateert de rechter dat Shanks buiten het benoemen dat Attero eerder een nog hoger tarief heeft gehanteerd, niets heeft aangevoerd over het al dan niet marktconform zijn van deze eerdere tarieven in enige periode in het verleden. Die periode kan dus buiten beschouwing blijven. Vervolgens overweegt de rechtbank dat het tarief van Attero een all-inclusive tarief is, inclusief op- en overslag. De op- en overslag middelt de rechter naar aanleiding van de stellingen van Shanks op €10. Aangezien

201 De hoogste Oostenrijkse burgerlijke rechter heeft bijvoorbeeld geoordeeld dat, wanneer een overheidsorgaan grond verkoopt en daarvoor een taxatie heeft laten uitvoeren door de eigen werknemers, dat overheidsorgaan bewijs moet aanleveren voor hun onafhankelijkheid. Rumersdorfer 2011, p. 191. De 'Nederlandse' benadering laat zich ook in andere rechtsgebieden zoals het mededingingsrecht zien. Lierop en Pijnacker Hordijk 2007, p. 68.

202 HvJ EU 5 juni 2012, nr. C-124/10 P *(Commissie/EDF)*, r.o. 104.

203 Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.14 en, explicieter, r.o. 4.5. Vgl. Van den Brink 2008, p. 91. Zie ook Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*), r.o. 3.7.3: P1 heeft haar stelling 'onvoldoende onderbouwd', zodat de stelling zal worden gepasseerd 'zonder dat P1 tot bewijslevering hoeft te worden toegelaten'. Vgl. in het reguliere mededingingsrecht: Braeken en Eijberts 2015, p. 58.

204 Ashmann 2010, p. 9. Kritisch daarover: Asser 2012, p. 107.

205 Vgl. algemeen in het burgerlijk procesrecht: Asser/Van Schaick 2011 (Procesrecht), aant. 94. Beenders 2012 (T&C Rv), art. 149, aant. 2b.

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

207 De Autoriteit Consument en Markt. Destijds: de Nederlandse Mededingingsautoriteit, NMa.

> Attero haar (inclusieve) tarief vanaf juni 2012 heeft verlaagd naar € 45, concludeert de rechtbank dat het niet-inclusieve tarief van € 35 vanaf dat moment binnen de bandbreedte van de ACM valt. Over blijft de periode waarin Attero het tarief van € 55 per ton hanteerde. Daarover oordeelt de rechtbank dat Shanks onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld dat de vergelijking met het 'normale' markttarief daadwerkelijk betrekking had op vergelijkbare diensten die voor dit tarief worden verricht. Daarbij denkt de rechtbank bijvoorbeeld aan eisen op het gebied van duurzaamheid en milieubelasting.

Het komt met andere woorden voor dat een eiser over bepaalde elementen van het begrip staatssteun niets heeft gesteld of zich heeft beperkt tot een blote stelling zonder onderbouwing.[208] Van eisers in staatssteunzaken mag volgens de burgerlijke rechter meer worden verwacht: 'Het had op de weg van [eisers] gelegen – die immers al sedert 2005 de vuilnisinzameling in de gemeente Leeuwarden en FM NW onder het vergrootglas leggen – om met concrete voorbeelden aan te geven op welke punten FM NW in de fout zou gaan'.[209] Daartegenover staan zaken waar de rechter *inhoudelijk* beoordeelt of de gestelde feiten de conclusie rechtvaardigen dat sprake is van staatssteun. Te denken valt aan de situatie dat de rechter zelf gaat 'rekenen' of de in een procedure betwiste vergoeding inderdaad zoals gesteld hoger is dan de marktprijs, en concludeert dat dit niet het geval is. In dat geval zijn de stellingen van een eiser niet per se onvoldoende concreet, maar leiden zij niet tot de kwalificatie staatssteun.[210] Tot slot komt het voor dat een eiser zijn stellingen weliswaar in enige mate heeft onderbouwd, maar onvoldoende om zijn vorderingen te dragen. Te denken valt aan de mogelijkheid dat een onderneming weliswaar aannemelijk heeft gemaakt dat haar concurrent voor bepaalde diensten een bedrag boven de marktprijs ontvangt, maar niet kan aantonen dat deze marktprijs daadwerkelijk betrekking heeft op diensten die vergelijkbaar zijn met de door de concurrent uitgevoerde diensten.[211]

---

208 Rb Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5878 (*Stichting Energy Claim*), r.o. 4.18; Rb Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY5837 (*Eigen Veerdienst Terschelling*), r.o. 17.3. Vgl. Rb Amsterdam 9 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591 (*MuzyQ*), r.o. 4.13; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675 (*Sita Nederland*), r.o. 4.31; Rb Assen 30 mei 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW7185 (*Apotheek X*), r.o. 4.9; Rb Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3569 (*P1 Holding*), r.o. 4.17; Rb Middelburg 14 januari 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BH9867 (*Beursgebouw Vlissingen*).

209 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675 (*Sita Nederland*), r.o. 4.32.

210 Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.11. Zie ook: Rb Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY5837 (*Eigen Veerdienst Terschelling*), r.o. 17.3 en 17.4; Rb 's-Gravenhage 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN4777, r.o. 4.22. Vgl. Hof 's-Gravenhage 5 juni 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6256 (*Orange Nederland*), r.o. 11.

211 Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.12. Vgl. Rb Assen 30 mei 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW7185 (*Apotheek X*), r.o. 4.9; Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*), r.o. 4.49.

Met name uit de laatste categorie zaken valt af te leiden welke eisen de burgerlijke rechter stelt aan de 'concreetheid' van de stellingen van de partij die zich op een schending van het staatssteunrecht beroept. Het blijkt dat een eiser er niet mee kan volstaan, te stellen dat andere marktpartijen of hijzelf vergelijkbare diensten tegen een lagere prijs aanbieden dan de vermeende steunontvanger in rekening brengt. Om de rechter ervan te overtuigen dat de door de vermeende steunontvanger ontvangen vergoeding niet-marktconform is, dient een specifieke vergelijking te worden gemaakt tussen de concreet geleverde diensten en de context waarbinnen zij zijn geleverd.[212]

> Makkelijk lijkt dat niet te zijn. Het verdient opmerking dat de rechtbank Limburg in een na de bestudeerde periode gepubliceerde uitspraak een vordering heeft afgewezen die strekte tot het op grond van artikel 843a Rv veroordelen van een onderneming tot het verstrekken van bepaalde stukken. In deze stukken zou informatie besloten liggen over tussen de onderneming en de gemeente Heerlen gemaakte vermeend steunverlenende afspraken. Eiseressen in deze zaak hadden die informatie al via een Wob-verzoek opgevraagd, maar daarbij waren bepaalde delen 'van feitelijke en financiële aard' weggelakt. De rechtbank heeft geoordeeld dat het eiseressen bij de vordering aan belang ontbrak. Zij zouden onvoldoende hebben gesteld en onderbouwd dat de weggelakte gegevens nodig zijn voor het leveren van het bewijs van onrechtmatige staatssteun en/of enige onrechtmatige daad. Evenmin zou blijken dat de informatie nodig is voor het bepalen van de marktwaarde. Ten slotte zouden eiseressen niet in bewijsnood verkeren, 'omdat ook gemeenteambtenaren zouden kunnen verklaren omtrent de (betekenis van) de weggelakte bedragen' – dit ondanks de omstandigheid dat eiseressen hadden gesteld dat de informatie juist nodig was voor het effectief kunnen horen van deze ambtenaren. Het is niet wijs om uit een enkele uitspraak als deze al te vergaande conclusies te verbinden. In ieder geval wijst deze uitspraak niet op een overmatige bereidheid om justitiabelen in de gelegenheid te stellen om toegang te krijgen tot de – volgens hen voor een onderbouwing van een staatssteunargument noodzakelijke – specifieke informatie.[213]

In deze zaak, waarin Sita Nederland aangaf dat in een andere, 'vergelijkbare', gemeente tegen een veel lagere prijs afval werd ingezameld, had de eiser volgens de rechtbank moeten ingaan op het inzamelgebied, het inzamelsysteem, de bebouwing en de infrastructuur binnen de andere gemeente. Vgl. hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675 (*Sita Nederland*), r.o. 4.29; Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2032 (*EWF*), onder ad (4).

212 In één uitspraak, waarin weliswaar niet het bestaan van staatssteun wordt aangenomen omdat een interstatelijk effect zou ontbreken, neemt de rechter wél aan dat van een niet-marktconform voordeel sprake is, terwijl bij gebrek aan concrete gegevens 'niet een precieze vergelijking' kan worden gemaakt tussen de marktconforme lening en de lening die een onderneming daadwerkelijk heeft gekregen. Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*), r.o. 4.17.

213 Rb Limburg 9 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10461 (*Stichting Laurentius en Petronella*), r.o. 4.10-4.11.

Ondanks het lage slagingspercentage van staatssteunberoepen ontstaat uit de bestudeerde jurisprudentie het beeld dat de burgerlijke rechter de aangevoerde stellingen, betwistingen en de onderbouwing daarvan over het algemeen uitvoerig bespreekt.[214] Daaruit kan worden afgeleid dat concurrenten hun staatssteunargumenten over de band genomen vrij uitgebreid onderbouwen en dat deze stellingen tegelijkertijd vrij uitvoerig worden betwist – hoewel dit nog niet hoeft te betekenen dat de argumenten ook voldoende zijn uitgewerkt om telkens aan de stelplicht te voldoen.[215] Anders zou ook de rechter op grond van artikel 24 Rv met een veel kortere motivering kunnen (en moeten) volstaan. Dit wijst er ook op dat de burgerlijke rechter in staatssteunzaken zijn taak om naar aanleiding van de vorderingen tot een inhoudelijk en afgewogen oordeel te komen (artikel 23 Rv) serieus opvat. Dat dit voor de appellant niet tot succes leidt, is een tweede. Het is een logisch gevolg van artikel 24 Rv dat partijen hun stellingen moeten onderbouwen en niet zomaar kunnen volstaan met een blote stelling of een plausibel begin van een onderbouwing.[216]

Terzijde: als het in zaken waarin expliciet een beroep op het staatssteunrecht wordt gedaan al moeilijk is om te bepalen of de betrokken maatregel als staatssteun kwalificeert, zou men zich kunnen afvragen welke toegevoegde waarde de hierboven genoemde mogelijkheid tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden zou hebben, dus in gevallen waarin de partijen niet expliciet zelf de standstillbepaling betrekken.[217] Voorbeelden van ambtshalve toetsing aan de standstillbepaling biedt de bestudeerde jurisprudentie in ieder geval niet.[218]

5.5.1.2 Verzwaarde stelplicht?

In het reguliere mededingingsrecht kan voor partijen een zware stelplicht gelden. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een partij stelt dat misbruik wordt gemaakt van een economische machtspositie. Hij zal dan onder meer moeten aangeven wat de relevante markt is, hoe die is afgebakend en wat de daarop ingenomen posities zijn – een stelplicht die ook door de burgerlijke rechter als zwaar wordt aangemerkt.[219] In staatssteungeschillen daarentegen geeft de burgerlijke rechter er geen blijk van de daar gehanteerde stelplicht als zwaar te ervaren. Wel zijn er twee soorten gevallen waarin de burgerlijke rechter uitgaat van een verzwaarde stelplicht van de eiser. In één geval oor-

214 In Zweden: Otken Eriksson 2011a, p. 18-9.
215 Vgl. Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2032 (*EWF*), r.o. 4.49.
216 Vgl. Van Mierlo 2012 (T&C Rv, art. 24), aant. 1.
217 Vgl., in de context van art. 101 VWEU, Hartkamp 2013, p. 136.
218 De rechtbank Limburg lijkt impliciet de noodzaak voor ambtshalve toetsing te hebben afgewezen, zie Rb Limburg 9 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10461 (*Stichting Laurentius en Petronella*), r.o. 4.11.
219 Zie bijv. Hof Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3702 (*Andes*), r.o. 27.

deelt de rechter dat aan de stellingen van degene die zich op het staatssteunrecht beroept hogere eisen kunnen worden gesteld wanneer de Europese Commissie al tot de voorlopige conclusie is gekomen dat de betwiste maatregel geen staatssteun oplevert.[220] Hierop wordt in meer detail ingegaan in hoofdstuk 6.[221]

In een ander geval eist de rechtbank Leeuwarden juist in het licht van de verstrekkendheid van de gevraagde vordering (de afvalinzameling in de gemeente Leeuwarden zou komen stil te liggen) dat 'in hoge mate aannemelijk [is] dat er sprake is van staatssteun'.[222] Deze benadering is vanuit Nederlands perspectief niet vreemd: het is gebruikelijk dat bij ingrijpende maatregelen zware eisen worden gesteld aan het bewijs.[223] De vraag is wel hoe deze benadering zich verhoudt tot het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel. Het is niet onvoorstelbaar dat een benadering als die van de rechtbank Leeuwarden een beroep op de standstillbepaling bijzonder moeilijk of nagenoeg onmogelijk maakt. Zelfs zonder verzwaarde stelplicht is het zoals gezegd al buitengewoon moeilijk om de burgerlijke rechter van het bestaan van staatssteun te overtuigen. Dat maatregelen zoals de terugvordering of opschorting van steun ingrijpend kunnen zijn, is vanuit EU-rechtelijk perspectief in ieder geval onvoldoende reden om op dat punt nog zwaardere eisen te stellen. De jurisprudentie van het Hof is er duidelijk over dat deze maatregelen, als logisch gevolg van de onwettigheid van de steun, moeten worden toegepast en slechts in uitzonderlijke gevallen achterwege mogen blijven.[224]

5.5.1.3 Aanbestedingsrecht en de kwalificatie van staatssteun

In veel civiele bodemzaken – en overigens ook procedures in kort geding – waarin een partij betoogt dat een ander onrechtmatige staatssteun heeft ontvangen, wordt naast het staatssteunrecht ook het aanbestedingsrecht ingeroepen. Het verdient opmerking dat het staatssteun- en aanbestedingsrecht op zijn minst in theorie nauw aan elkaar verwant zijn. Er bestaat een zekere aanname dat overeenkomsten die volgens de juiste aanbestedingsprocedures tot stand zijn gekomen, marktconform zijn.[225] Immers: marktpartijen concurreren met elkaar om het recht om tegen een bepaalde vergoeding een bepaalde activiteit uit te voeren. Het economisch meest gunstige bod vertegenwoordigt dan bij een eerlijke en open aanbesteding de marktprijs en leidt niet tot staatssteun.[226] Een dergelijke redenering ligt onder meer ten grondslag aan de *soft law* rond

220 Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*), r.o. 4.8.
221 Zie specifiek in hoofdstuk 6 § 6.5.2.
222 Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*), r.o. 4.47.
223 Thoe Schwartzenberg 2011, p. 192 en p. 11.
224 Zie nader in hoofdstuk 2, § 2.5.3.
225 Nicolaides 2008, p. 174 en 186; Saanen 2013a, m.n. p. 278.
226 Vgl. Hillger 2003, p. 120.

staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties[227] en aan de regels rondom de diensten van algemeen economisch belang.[228]

Er bestaat echter geen garantie dat een in 'eerlijke' aanbesteding tot stand gekomen overeenkomst is gevrijwaard van staatssteunelementen.[229] Het is bijvoorbeeld mogelijk dat tegenover de overeengekomen activiteit ondanks de aanbesteding een te hoge vergoeding staat.[230] Daarvan kan sprake zijn wanneer de gunningscriteria niet zijn gebaseerd op de laagste prijs, bijvoorbeeld omdat ook bepaalde horizontale doeleinden in de aanbesteding worden meegenomen.[231] Het is ook mogelijk dat wordt gecontracteerd hoewel voor de activiteit bij de overheid geen daadwerkelijke vraag bestond. In dat geval moet de vergoeding die de onderneming daarvoor ontvangt volgens het Hof worden gekwalificeerd als een economisch voordeel dat de begunstigde onderneming onder normale voorwaarden niet zou hebben verkregen.[232] Een overeenkomst die in aanbesteding tot stand kwam, kan dus leiden tot het verstrekken van onrechtmatige staatssteun, maar het is niet erg waarschijnlijk.[233] Het tegenovergestelde geldt niet: er bestaat geen reden om aan te nemen dat een overeenkomst die (ten onrechte) niet volgens de aanbestedingsregels tot stand is gekomen, om die reden ook steunelementen bevat.[234] De marktconformiteit van de overeenkomst kan immers ook op andere manieren

227 Mededeling van de Commissie van 10 juli 1997 betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, *PbEU* 1997, C 209/3 (oud), Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016, C 262/1, randnrs. 89-97.

228 Zie met name HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark*), r.o. 95.

229 Nicolaides en Schoenmaekers 2015; Bartosch 2002, p. 570 ff.; Hillger 2003, p. 120.

230 Temple Lang 2014, p. 448; Karayigit 2009, p. 561; Hillger 2003, p. 111-112; Bartosch 2002, p. 554.

231 Bovis 2005, p. 103; Arrowsmith 2005, p. 1268. Recenter: HvJ EU 24 oktober 2013, gevoegde zaken C-214/12 P, C-215/12 P en C-223/12 P (*Land Burgenland/Commissie*), r.o. 94.

232 HvJ EU 23 maart 2006, nr. C-237/04 (*Enirisorse*), r.o. 30. Over de vraag of naar een activiteit werkelijk vraag bestaat, kan vooral discussie bestaan in het geval van diensten van algemeen economisch belang. Het gaat dan immers om diensten met een publiek belang die door de markt niet of onvoldoende (kunnen) worden aangeboden en die over het algemeen geen tegenprestatie opleveren voor de overheid. De 'tegenprestatie' komt meestal toe aan burgers, of aan meer abstracte concepten zoals een 'schone leefomgeving'. Saanen pleit ervoor dat ook aan de door DAEB's te bereiken doeleinden een economische waarde wordt verbonden. Deze kan volgens haar het beste worden vastgesteld door middel van een aanbestedingsprocedure. Saanen 2013a, p. 239 e.v.. Dit impliceert een verruiming ten opzichte van de *Altmark*-criteria.

233 Ook: Tosics en Gaál 2007, p. 18. Zie impliciet anders: het overzicht 'Onderscheid tussen overeenkomst (na opdracht) en subsidie' op <www.europadecentraal.nl> en Drahmann 2011. Vgl. Werkdocument van 4 oktober 2011 van de diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ('publiek-publieke samenwerking'), SEC (2011) 1169, p. 4.

234 Hillger 2003, p. 120.

zijn gewaarborgd. In een zaak over vermeende staatssteun voor de inzameling van afval is de rechtbank Leeuwarden dan ook op zich terecht niet meegegaan in het betoog dat, wanneer een activiteit ten onrechte niet is aanbesteed, het vermoeden bestaat dat sprake is van staatssteun en de vermeende steunverlener het tegendeel moet bewijzen.[235]

Anders dan in de zojuist genoemde uitspraak wordt in de meeste bestudeerde uitspraken door de partijen of rechters geen rechtstreeks verband gelegd tussen het staatssteunrecht en het aanbestedingsrecht. Beide regels worden parallel ingeroepen: de overeenkomst zou ten onrechte niet zijn aanbesteed én leiden tot onrechtmatige staatssteun. Zij worden ook los van elkaar beoordeeld. In de meeste bestudeerde zaken komt de burgerlijke rechter tot de conclusie dat de overeenkomst terecht niet is aanbesteed. In dat geval is het de vraag of de enkele omstandigheid dat (terecht) geen aanbestedingsprocedure is gevolgd, aanleiding kan geven tot een vermoeden over de marktconformiteit van de bestreden overeenkomst. Zoals gezegd ligt dat niet voor de hand. Ook in kort geding wordt doorgaans tussen het aanbestedings- en staatssteunrecht geen expliciet verband gelegd. Anders dan in de bodemzaken is in een paar gevallen wel vastgesteld dat een opdracht ten onrechte niet is aanbesteed. In deze uitspraken komt het beroep op het staatssteunrecht echter vervolgens niet meer aan de orde omdat toewijzing van de vorderingen op basis van het aanbestedingsrecht al tot de door de eiser gewenste gevolgen leidde.[236]

Hoewel zojuist is aangenomen dat het ten onrechte niet aanbesteden van een overeenkomst niet leidt tot een vermoeden dat de staatssteunregels zijn geschonden, valt daarover ook anders te denken als zou blijken dat het in de praktijk nagenoeg onmogelijk is om het bestaan van een voordeel aan te tonen.[237] In dat geval valt te bepleiten dat het ten onrechte niet volgen van een aanbestedingsprocedure wel leidt tot een vermoeden dat een niet-marktconform voordeel is verstrekt, welk vermoeden door de overheid zou kunnen worden weerlegd. Of dit in de praktijk veel zou veranderen is overigens maar de vraag. In de meeste geschillen waarin het staatssteunrecht en het aanbestedingsrecht worden ingeroepen, blijven beide beroepen zonder succes. Slaagt het beroep op het aanbestedingsrecht toch, dan dekken de gevolgen van het ten onrechte niet volgen van een aanbestedingsprocedure (vernietigbaarheid

235 Rb. Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852, (*Sita Nederland*), r.o. 4.39.

236 Vzr. Rb 's-Gravenhage 24 september 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BF4232 (*De Raad Bouw*); Vzr. Rb 's-Gravenhage 18 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB5302 (*E-functionaliteit*). De toewijzing van de vorderingen op grond van het aanbestedingsrecht leidde al tot het door eiser gewenste resultaat; toewijzing van de vorderingen op grond van het staatssteunargument zou daar niets aan toevoegen.

237 De andere voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU moeten natuurlijk ook worden aangetoond.

van de overeenkomst en schadevergoeding) in zulke zaken in belangrijke mate de aan de schending van het staatssteunrecht te verbinden gevolgen af.[238]

Het verdient ten slotte kort opmerking dat het in sommige procedures voor de burgerlijke rechters concreter draait om de vraag of een aanbestedingsprocedure op de juiste manier is toegepast. Het betoog in zulke zaken is dat de winnaar zijn gunstige bod alleen heeft kunnen uitbrengen doordat hij uit andere bron staatssteun heeft ontvangen.[239] In dit soort gevallen geldt de systematiek van artikel 2.116 lid 2 sub e Aanbestedingswet 2012: een aanbestedende dienst kan een inschrijving die abnormaal laag lijkt afwijzen wanneer blijkt dat de inschrijver staatssteun heeft ontvangen. De rechter toetst dan of de inschrijvingen 'evident slechts met flagrante schending van bedoeld verbod gedaan hebben kunnen worden'.[240] Het zal niet verbazen dat op basis van deze toetsingsmaatstaf nooit wordt aangenomen dat de inschrijving wegens een schending van de standstillbepaling had moeten worden geweigerd. Toch lijkt deze maatstaf me in het licht van het Europese staatssteunrecht geoorloofd. Het geschil gaat namelijk niet om een schending van de standstillbepaling waaraan de nodige consequenties moeten worden verbonden. Het bestaan van staatssteun is slechts zijdelings relevant. In zoverre passen deze geschillen ook niet in dit hoofdstuk en blijven zij verder buiten bespreking.[241]

5.5.1.4 Het kort geding

Ook in kort geding leiden vorderingen op grond van het staatssteunrecht in de bestudeerde civiele jurisprudentie niet tot succes. Het beeld in kort geding wijkt in zoverre af van de bodemprocedures dat de voorzieningenrechter in een belangrijk deel van de uitspraken kort is over de vraag of staatssteun is verleend.[242] Dat valt ook te verwachten bij deze procedures waarin de formele

---

238 De vernietigbaarheid van de overeenkomst volgt uit art. 4:15 Aanbestedingswet 2012. Het recht op schadevergoeding is neergelegd in de relevante Europese aanbestedingsrichtlijnen en vindt in Nederland haar grondslag in, voornamelijk, art. 6:162 BW. *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 446, nr. 3, p. 136. Een aanbestedingsprocedure volgt doorgaans kort op de gunning van de opdracht. Daardoor is de in het staatssteunrecht vereiste terugvordering van steun en rente in de meeste gevallen niet relevant in dit soort gemengde geschillen.

239 Bijv.: Vzr. Rb 's-Gravenhage 27 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0018 (*Veolia Transport*); Vzr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva*).

240 Vzr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva*), r.o. 5.4.

241 Zie nader in hoofdstuk 4, § 4.5.5. Voor een vergelijkbare redenering, zie in hoofdstuk 7 § 7.3.6.

242 Rb Zeeland-West-Brabant 27 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4421 (*Beelen Groep*), r.o. 3.11; Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*); Vzr. Rb 's-Hertogenbosch 28 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9487 (*Shanks Nederland*); Vzr. Rb Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451 (*P1 Holding*); Vzr. Rb Alkmaar 3 december 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BL4512 (*Kringloopbedrijf Goedwerk Alkmaar*), r.o. 4.8. Ook weinig gemotiveerd: Hof Arnhem 26 april 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ3090 (*P1 Holding*), r.o. 4.6.'Evenmin bevat de (voorgenomen) contractuele relatie zoals onder 4.4 weergegeven elementen die de conclusie kunnen dragen dat sprake is van staatssteun.'

regels van burgerlijk bewijsrecht niet gelden en partijen minder tijd hebben om hun standpunt goed voor het voetlicht te brengen of gemotiveerd te onderbouwen. Er bestaan echter ook uitzonderingen. In een zaak over vermeende staatssteun verleend aan medisch en zorgconcern Orbis wordt bijvoorbeeld juist verhoudingsgewijs zeer diepgaand ingegaan op de vraag of sprake is van staatssteun.[243] Ook uit sommige andere uitspraken, ook wanneer zij minder uitgebreid zijn, blijkt dat over het bestaan van onrechtmatige staatssteun een daadwerkelijke inhoudelijke discussie is gevoerd.[244]

In kort geding moet de rechter uitgaan van de kans dat de bodemrechter tot een bepaalde beoordeling zal komen.[245] Verschillende conclusies die hierboven in het kader van bodemprocedures zijn getrokken, gelden dan ook in kort geding. Zo moeten eisers ook in kort geding stelling innemen over alle elementen van artikel 107(1) VWEU en deze aannemelijk maken.[246] Het niet over alle elementen stellen, of alleen bloot stellen zonder nadere onderbouwing, leidt tot afwijzing van de vordering. De stellingen moeten uiteraard in het licht van de gemotiveerde betwisting door de overheid voldoende worden onderbouwd.[247] Net als in bodemzaken is het daarbij ook in kort geding niet voldoende dat wordt aangetoond dat andere ondernemingen voor (gesteld) vergelijkbare activiteiten lagere prijzen rekenen om aan te tonen dat een door de overheid betaalde prijs niet marktconform is. Eisers moeten daarentegen

---

243 Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*). Zie ook zeer uitgebreid: Vzr. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*); Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD7068 (*Barin en MAA*). Bevestigd in HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*MAA*).

244 Vzr. Rb Utrecht 4 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP6990 (*Huidekoper*); Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWF*); Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Koppenhinksteeg*); Vzr. Rb 's-Gravenhage 8 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK8654 (*Koppenhinksteeg*); Vzr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*); Vzr. Rb Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9229 (*UPC Nederland*).

245 Zie in dit hoofdstuk § 5.3.3. Vgl. HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6370 (*AZ*), r.o. 3.4.2; Vzr. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*), r.o. 3.6.1; Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWF*), r.o. 6.24.

246 Zoals uit een klein tiental uitspraken blijkt. Bijv.: Vzr. Rb Alkmaar 3 december 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BL4512 (*Kringloopbedrijf Goedwerk Alkmaar*), r.o. 4.8. Vgl. Vzr. Rb Rotterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3091 (*Connexxion Openbaar Vervoer*), onder ad (h); Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV1367 (*Shanks*), r.o. 4.3.5; Vzr. Rb 's-Gravenhage 12 oktober 2007, ECLI:NL:RBSGR:BB5509 (*Taskforce Woningbouw*), r.o. 4.3; Vzr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva Openbaar Vervoer*), r.o. 5.4, overigens met een verhoogde toetsingsmaatstaf. Ook: Hof Den Haag 9 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4216 (*Snellaadpunten elektrische auto's*), r.o. 6.1-6.2. Argumenten dat de voorzieningenrechter al bij iedere twijfel over mogelijke staatssteun moet optreden, gaan niet op.

247 Vzr. Rb Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451 (*P1 Holding*), r.o. 4.21; Vzr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*), r.o. 4.8; Vzr. Rb Utrecht 4 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP6990 (*Huidekoper*), r.o. 4.7.

inzicht geven in onder meer 'de kostprijzen, de daadwerkelijk te verlenen diensten (waaronder milieubeschermingsmaatregelen) en een gemiddelde prijs op de langere termijn die los staat van een mogelijk recente overcapaciteit op de markt'.[248] Ook hier wordt van de eisers, die als marktdeelnemers immers goed zicht zouden moeten hebben op de concurrentieverhoudingen, verwacht dat zij hun stellingen over vermeende schending van de standstillbepaling vrij nauwgezet en zo nodig met voorbeelden kunnen onderbouwen.[249] Tot slot komt het ook in kort geding geregeld voor dat de voorzieningenrechter op basis van (een deel van) de door de partijen aangeleverde feiten om inhoudelijke redenen tot de slotsom komt dat het bestaan van staatssteun (voorshands) niet aannemelijk is.[250]

Op één punt komt het verschil tussen kort geding en bodemzaak (op de diepgang van de onderbouwing en motivering na) het scherpst naar voren. In kort geding betekent de gemotiveerde betwisting door de overheid voor de eiser namelijk dat de kans op toewijzing van de gevraagde voorlopige voorziening onder omstandigheden buitengewoon klein wordt. Het meest sprekende voorbeeld biedt het kort geding over een vliegbelasting die veel zwaarder zou drukken op kleine luchthavens zoals Maastricht Aachen Airport dan op grotere luchthavens zoals Schiphol. Volgens Maastricht Aachen Airport wordt hiermee aan Schiphol een aanzienlijk voordeel verleend. Na een uitgebreide analyse, zeker voor een kort geding, oordeelt het hof 's-Gravenhage, daarin bevestigd door de Hoge Raad, dat voor een duidelijk antwoord een diepgaande economische analyse nodig is 'die Ryanair niet verschaft en voor het verrichten waarvan in dit kort geding geen plaats is.'[251] Nu een meer gemotiveerde betwisting door de overheid vaak betekent dat ook aan de stellingen van de eiser en de onderbouwing daarvan hogere eisen worden

248 Hof 's-Gravenhage 15 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK6928 (*AVR*), r.o. 6.2. Vergelijk in dezelfde procedure: HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900 (*AVR Afvalverwerking*); Vzr. Rb 's-Gravenhage 25 augustus 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ5981 (*AVR Afvalverwerking*). Onderschreven door M.R. Mok, 'Noot bij HR (2011-11-18)', *NJ* 2012,/111, punt 2. Vgl. Vzr. Rb Rotterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3091 (*Connexxion Openbaar Vervoer*). Op basis hiervan is opgemerkt dat de bewijslast bij staatssteun in de praktijk wel heel zwaar is. Zie de opmerkingen in 'Bewijslast (wederom) erg zwaar bij aantonen ongeoorloofde staatssteun', <http://www.nysingh.nl/smartsite.net?id=4758>. Zie ok Vzr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*); Vzr. Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWF*), r.o. 6.23-6.25.

249 Voor een goed voorbeeld: Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*), r.o. 4.29.

250 Vzr. Rb Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9229 (*UPC*), r.o. 9. Vgl. Vzr. Rb Zutphen 22 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW6294 (*Quarosand Zorgontwikkeling*), r.o. 4.7; Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*), r.o. 4.3.4; Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Koppenhinksteeg*), r.o. 18-20.

251 Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:BD7068 (*BARIN en MAA*), r.o. 3.11. Bevestigd in HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*MAA*), r.o. 4.6.4.

gesteld, terwijl het kort geding voor uitgebreide (economische) analyses geen ruimte biedt, bestaat het gevaar dat het kort geding in complexe zaken geen soelaas zal bieden.[252] Dit neemt niet weg dat de voorzieningenrechter in minder complexe zaken op basis van de over en weer aangevoerde argumenten prima in staat kan zijn om een (voorlopig) oordeel te geven over het al dan niet aanwezig zijn van staatssteun.[253] Daarbij moet ook niet worden vergeten dat eisers in de zaak *Maastricht Aachen Airport* waren gebonden aan een hogere toetsingsmaatstaf omdat zij de buitenwerkingstelling van een bepaling van een wet in formele zin voor ogen hadden.[254]

Ook specifiek voor het kort geding is dat de voorzieningenrechter zich kan beperken tot het geven van een voorlopig oordeel over het bestaan van staatssteun. Een definitief oordeel hoeft alleen in bodemprocedures te worden gegeven. Dit betekent in privaatrechtelijke staatssteunzaken dat de voorzieningenrechter moet beoordelen of een ordemaatregel noodzakelijk is, zonder dat per se duidelijk is geworden of inderdaad sprake is van onrechtmatige staatssteun. Wordt voorlopig geoordeeld dat het bestaan van staatssteun onvoldoende is gemotiveerd, maar het ook niet valt uit te sluiten, ziet de voorzieningenrechter af van het treffen van ordemaatregelen.[255] Dat geldt ook wanneer over de verenigbaarheid met het staatssteunrecht meer twijfel bestaat (het staat niet geheel buiten twijfel dat door een onderneming betaalde prijzen te laag zijn, maar ook niet dat zij wél marktconform zijn).[256] Naar Nederlands recht is dit niet vreemd. Voordat de voorzieningenrechter een (ingrijpende) ordemaatregel treft, mag best duidelijkheid worden verlangd over de noodzaak daarvan en dus van een daadwerkelijke schending van het gestelde recht.[257] Die teneur volgt ook uit de met rechters gevoerde gesprekken. Tot 2005 werd hierover in staatssteunzaken anders gedacht.[258] Tot die tijd werd op basis van de Europese jurisprudentie aangenomen dat de aanmeldingsplicht, en

252 Het is de vraag of dat ook het probleem was in Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*). Zie m.n. r.o. 4.29-4.30. Zie ook: Rb Den Haag 7 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5582 (*Metterwoon*), r.o. 3.15 en 3.16. Ook: Vzr. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*), r.o. 3.6.3. Eiseressen hadden aangeboden om alsnog een taxatierapport in het geding te brengen, maar daaraan gaat de voorzieningenrechter voorbij nu in kort geding geen plaats is voor nadere bewijslevering.

253 Dat is m.i. het geval in Vzr. Rb 's-Gravenhage 8 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK8654 (*Koppenhinksteeg*), r.o. 5.7-5.9.

254 Vgl. R.J.B. Schutgens, 'Noot bij HR (2009-09-04)(EG-recht, Vliegbelasting, Kort geding, Steunmaatregel)', *JB* 2009, 229.

255 Vzr. Rb Rotterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3091 (*Connexxion Openbaar Vervoer*); Vzr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva*).

256 Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWF*). Vgl. Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD7086 (*BARIN en MAA*).

257 In ieder geval moet hij zelf zijn stelling aannemelijk maken, HR 15 januari 1999, *NJ* 1999, 665. Dat is anders dan de hierboven in dit hoofdstuk in § 5.5.1.2 bekritiseerde *verzwaarde* stelplicht.

258 Maar daarna zoals gezegd niet meer. De omslag werd ingeluid door HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6370 (*AZ*), r.o. 3.4.1.

daarmee de standstillbepaling, al gold bij twijfel over het staatssteunkarakter van een maatregel.[259]

Dat de burgerlijke voorzieningenrechter niet al bij twijfel ingrijpt en dat in kort geding weinig ruimte bestaat om over het bestaan van staatssteun duidelijkheid te verschaffen, heeft tot gevolg dat waarschijnlijk alleen in overduidelijke gevallen van staatssteun voorlopige rechtsbescherming kan worden gezocht.[260] Dat is in zoverre problematisch dat de nationale rechter een essentiële rol heeft bij het voorkomen dat staatssteun wordt uitgekeerd.[261] Als daarvoor een bodemprocedure moet worden aangespannen, zal het in veel gevallen al te laat zijn. Die constatering is belangrijk, maar betekent nog niet dat de Nederlandse voorzieningenrechter dus een 'bij twijfel ingrijpen'-beleid moet volgen.[262] Voor de vraag wanneer het bestaan van staatssteun in rechte kan worden aangenomen, geldt zoals gezegd het nationale recht, binnen de perken van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. Hoewel het in kort geding zeker in complexere zaken nagenoeg onmogelijk zal zijn om voorlopige bescherming tegen schending van de standstillbepaling te krijgen, is dat een uitvloeisel van de noodzakelijkerwijs korte procedure in kort geding. In het licht van de procedurele *rule of reason* is het onwaarschijnlijk dat het Hof op dat punt een diepgaandere of 'staatssteungevoeligere' opstelling van de voorzieningenrechter zou eisen.[263] Daarnaast is het goed denkbaar dat het instellen van een kort geding, bijvoorbeeld door de mogelijkheid van een schikking, tot een voor de concurrent wenselijk resultaat kan leiden onafhankelijk van de inhoudelijke beoordeling van de voorzieningenrechter.

5.5.1.5 Tussenconclusie

Wie zich bij de burgerlijke rechter beroept op de standstillbepaling omdat zijn concurrent onrechtmatige staatssteun zou hebben ontvangen, moet aantonen dat sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU en, zo nodig, dat deze ten onrechte niet is aangemeld. Faalt hij daarin, dan wordt zijn vordering afgewezen. In de afgelopen tien jaar is het geen enkele derde gelukt om een schending van de standstillbepaling in dit soort civiele procedures aan te tonen.

---

259 Vzr. Rb Groningen 3 september 2004, ECLI:NL:RBGRO:2004:AQ8920 (*Essent Kabelcom*); Vzr. Rb Alkmaar 5 december 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AF1207 (*AZ*).

260 Bijvoorbeeld wanneer de overheid de maatregel inmiddels ook zelf al heeft aangemeld. Vzr. Rb 's-Gravenhage 17 februari 1995, ECLI:NL:RBSGR:1995:AH5132 (*VEWIN*).

261 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.5.2.

262 Het Unierecht eist dit niet: HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 36. Zie ook in dit hoofdstuk § 5.4.2.

263 Daarvoor valt steun te vinden in de in dit hoofdstuk in § 5.4.4 ook al genoemde uitspraak HvJ EU 9 december 2010, nr. C-568/08 (*Combinatie Spijker*).

Daarvan bestaan in de gepubliceerde jurisprudentie althans geen voorbeelden.[264] Telkens heeft de burgerlijke rechter, met toepassing van het in Nederland geldende civiele bewijsrecht, geoordeeld dat niet aan de stelplicht is voldaan. Aan bewijzen in de betekenis van artikel 152 Rv komt men dan niet meer toe.

In sommige gevallen hebben eisers verzuimd om over alle cumulatieve elementen van het begrip staatssteun (onderbouwd) stelling in te nemen. In zulke gevallen kan de vordering, conform het civiel bewijsrecht, niet worden toegewezen.[265] Soms ligt het probleem juist niet in de diepgang van de onderbouwing, maar leiden de aangevoerde stellingen op zich niet tot de kwalificatie staatssteun. Soms hebben zij hun stellingen wel onderbouwd, maar onvoldoende nauwkeurig. Onderbouwingen in de trant van 'een andere onderneming biedt vergelijkbare diensten aan voor een lagere prijs en dus is de prijs die mijn concurrent ontvangt niet marktconform' overtuigen de burgerlijke rechter in ieder geval niet. Er moet juist aannemelijk worden gemaakt dat de betaalde vergoeding in het licht van de specifiek door die concurrent uitgevoerde diensten te hoog is. Van concurrenten wordt verwacht dat zij daartoe ook in staat zijn. Zij zijn immers zelf marktdeelnemers en zouden (het ontbreken van) de marktconformiteit van een overeenkomst dus goed moeten kunnen inschatten en onderbouwen, zo lijkt de gedachte. Dit past overigens bij de aard van het burgerlijk recht. Degene die zich op een rechtsgevolg beroept moet zelf aantonen dat hij het gelijk aan zijn kant heeft; de burgerlijke rechter doet niet aan materiële waarheidsvinding. In de meeste gevallen lijken de door derden aangevoerde stellingen op basis van het staatssteunrecht (en de betwisting door de overheid) dan ook redelijk uitgebreid te zijn onderbouwd.

Het lijkt erop dat aan de concreetheid van stellingen op grond van het staatssteunrecht in civiele procedures betrekkelijk strenge eisen worden gesteld. Dat gaat overigens niet zo ver dat van partijen expliciet een marktanalyse wordt verlangd zoals dat in het mededingingsrecht gebruikelijk is.[266] In een

264 Daarvóór wel: Vzr. Rb Groningen 3 september 2004, ECLI:NL:RBGRO:2004:AQ8920 (*Essent Kabelcom*); Hof Amsterdam 1 april 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO6912 (*AZ*); vzr. Rb Alkmaar 5 december 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AF1407 (*AZ*); vzr. Rb 's-Gravenhage 17 februari 1995, ECLI:NL:RBSGR:1995:AH5132 (*VEWIN*). Het succes van de vorderingen in die zaken (in kort geding!) lag in twee gevallen aan de overtuiging dat steunmaatregelen al bij twijfel moeten worden aangemeld, in één geval aan de omstandigheid dat de Commissie de formele onderzoeksprocedure van art. 108 lid 2 VWEU had ingeleid en in één geval waarschijnlijk aan het feit dat de Staat de steunmaatregel inmiddels al had aangemeld maar niet op de goedkeuring van de Commissie had gewacht.

265 Dit laat onverlet de mogelijkheid van de rechter om, bijvoorbeeld tijdens de comparitie, over deze elementen vragen te stellen die ertoe zouden kunnen leiden dat de stelling alsnog nader wordt onderbouwd.

266 HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 (*Vreugdenhil/Bloemenveiling*), r.o. 3.7.3. In latere jurisprudentie bevestigd, o.m. in HR 25 oktober 2013, *NJ* 2014, 101 (*Rab/Mantje*), r.o. 3.5.1. Aan de marktanalyse worden volgens vaste jurisprudentie hoge eisen gesteld. Dat kan in de praktijk wel meevallen. Zie Conclusie A-G Keus, *NJ* 2014, 101, ov. 2.29-2.30, door de Hoge Raad

enkel geval heeft de burgerlijke rechter zelfs geoordeeld dat vanwege de ingrijpende gevolgen van een toewijzing van de vordering *in hoge mate* aannemelijk moet zijn dat daadwerkelijk staatssteun wordt verleend. Het is niet waarschijnlijk dat het EU-recht voor een dergelijke benadering ruimte biedt.

Opvallend bij de burgerlijke rechter is daarnaast dat een beroep op het staatssteunrecht vaak wordt gecombineerd met een beroep op het aanbestedingsrecht. Een correct uitgevoerde aanbestedingsprocedure vormt een belangrijke aanwijzing dat geen voordeel is verstrekt maar dat de marktprijs is betaald. Met de aanbestedingsprocedure is de marktconformiteit van een gesteld steunverlenende handeling echter nog niet gegarandeerd. De theoretische band tussen het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht wordt door de burgerlijke rechters nog weinig gelegd. Het lijkt er niet op dat het ten onrechte niet volgen van een aanbestedingsprocedure kan leiden tot een juridisch vermoeden dat een niet-marktconform voordeel is verstrekt. Mocht het zo zijn dat het nagenoeg onmogelijk is om het bestaan van staatssteun in rechte aan te tonen, kan de keuze worden gemaakt om, anders dan nu impliciet in de rechtspraak is aangenomen, aan het ten onrechte niet volgen van de aanbestedingsprocedure het bewijsvermoeden te koppelen dat sprake is van een niet-marktconform voordeel.

Het zojuist geschetste beeld geldt in grote lijnen ook voor uitspraken in kort geding, hoewel zij zoals kan worden verwacht meestal minder uitgebreid worden gemotiveerd. Een belangrijke constatering is wel dat het kort geding voor complexere staatssteungeschillen geen oplossingen biedt, althans niet binnen de rechtszaal.[267] De voorzieningenrechter is ook niet geneigd om de zich op het staatssteunrecht beroepende eiser het voordeel van de twijfel te geven. Dat maakt het kort geding in staatssteunzaken – die juist tot ingewikkelde vragen kunnen leiden – op het eerste gezicht minder zinvol. Dat is in zoverre problematisch dat juist in staatssteunzaken het kort geding belangrijk kan zijn om het ontstaan van concurrentievervalsing te voorkomen en niet pas achteraf te genezen. Dat daarvoor beperkt ruimte bestaat is echter een uitvloeisel van de aard van het kort geding, dat binnen beperkte tijd moet leiden tot het al dan niet treffen van een ordemaatregel. Het Unierecht verzet zich daar niet op voorhand tegen.

---

niet gevolgd. Zie ook Rb Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591 (*MuzyQ*).

267 Natuurlijk kan het instellen van, of dreigen met, een kort geding buiten de rechtszaal om in sommige gevallen wel leiden tot de gewenste resultaten. Dat is in dit onderzoek niet bestudeerd.

5.5.2 Burgerlijke rechter: de overheid beroept zich op het staatssteunrecht

5.5.2.1 De bewijspositie van de overheid in bodemzaken

Zo nu en dan doet ook de overheid voor de burgerlijke rechter een beroep op het staatssteunrecht. Denk dan aan de situatie waarin een eiser nakoming vordert van een overeenkomst, die echter volgens de overheid in strijd met het staatssteunrecht zou zijn en dus niet zou mogen worden nagekomen. Het gaat dan dus (in de meeste gevallen)[268] om een verweer tegen de vordering van een eiser die voor de rechter een gesteld recht wil hardmaken. Het meest sprekende voorbeeld biedt een reeks uitspraken rondom vermeende steunverlening aan kredietverstrekkers Residex en Commerz.[269]

> Aan de orde is een driehoeksverhouding: Residex (lees in de andere zaken: Commerz) heeft krediet verstrekt aan de onderneming Aerospace. Het Gemeentelijk Havenbedrijf, onderdeel van de gemeente Rotterdam, heeft aan Residex een garantie afgegeven voor het volle uitgeleende bedrag. Mocht Aerospace de lening niet (kunnen) terugbetalen, kan Residex het Gemeentelijk Havenbedrijf of de Gemeente Rotterdam voor het overgebleven bedrag aanspreken. Wanneer Aerospace slechts een deel van de lening terugbetaalt, weigert de gemeente echter om de rest van het gegarandeerde bedrag uit te keren. Residex vordert nakoming van de met het Gemeentelijk Havenbedrijf gesloten garantieovereenkomst. De gemeente zou dan moeten worden veroordeeld tot betaling van meer dan € 10 miljoen, vermeerderd met buitengerechtelijke rechtsbijstandkosten, rente en proceskosten. De gemeente verweert zich met als meest verstrekkend betoog dat de garantieovereenkomst wegens strijd met het staatssteunrecht nietig is in de zin van artikel 3:40 lid 2 BW.

Wanneer de overheid zich in een civiele bodemprocedure tegen een vordering tot nakoming verweert met een beroep op de nietigheid van de overeenkomst vanwege onrechtmatige staatssteun, geldt dat zij die stelling zelf voldoende moet onderbouwen. Het gaat immers om een bevrijdend verweer.[270] Uit de

---

268 Een uitzondering is Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*).

269 Binnen de bestudeerde periode heeft de saga rondom Residex en Commerz geleid tot de volgende voor het staatssteun relevante uitspraken van de burgerlijke rechter: Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6902 (*Commerz*); Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6904 (*Residex*); Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6981 (*Residex*); HR 28 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4082 (*Residex*); Hof 's-Gravenhage 1 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP6129 (*Commerz*); HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex*); HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6102 (*Commerz*).

270 Bijv. Rb Overijssel 5 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6281 (*Gemeente Haaksbergen/Rotij*), r.o. 5.3. Zie ook in dit hoofdstuk § 5.3.3.

zojuist genoemde uitspraken in de *Residex*- en *Commerz*-zaken blijkt dat ook daadwerkelijk uitgebreid is gesteld – en door Residex en Commerz is betwist. De overheid, in dit geval de gemeente, heeft voldoende aannemelijk kunnen maken dat de gewraakte overeenkomst niet voldoet aan de voorwaarden uit de Commissiemededeling over staatssteun in de vorm van garanties.[271] 'Hoewel dit nog niet betekent dat in zo'n geval de garantie automatisch als staatssteun dient te worden beschouwd', aldus de rechtbank, is dit 'wel een aanwijzing dat er wél sprake is van steun.'[272] Daarmee lijkt de bal weer te zijn teruggelegd bij Residex en Commerz. Hun impliciete beroep op het beginsel van de private marktinvesteerder (Aerospace zou een soortgelijke lening ook hebben kunnen verkrijgen bij andere geldverstrekkers) wordt verworpen omdat het onvoldoende concreet is onderbouwd in het licht van de door de gemeente in het geding gebrachte stukken. Dezelfde stelling, concreter uitgewerkt, wordt ook in hoger beroep verworpen.

Het valt op dat de bewoordingen van de rechtbank en het hof lijken te duiden op een bewijslast voor Residex en Commerz, hoewel zoals gezegd sprake is van een bevrijdend verweer. Dit kan erop duiden dat de gemeente zelf voldoende heeft aangevoerd om de bal weer bij Residex en Commerz te leggen, die de in beginsel voldoende onderbouwde stellingen van de Gemeente dienen te weerleggen (en dat onvoldoende doen). Het is ook voorstelbaar dat de rechters in deze spraakmakende zaken toch gemakkelijker zijn meegegaan in het verweer van de overheid dan in de gevallen waarin een concurrent zich op het staatssteunrecht beroept. Zo is de rechtbank – zoals onderkend door het hof – in eerste aanleg volledig voorbijgegaan aan het vereiste dat de steun de mededinging vervalst, terwijl op deze voorwaarde voor de civiele rechter nog wel eens een staatssteunberoep sneuvelt.[273] Voor de materiële beoordeling maakt dit in hoger beroep niets uit, maar het lijkt er daardoor toch op dat in ieder geval in eerste aanleg losser met de stelplicht van de gemeente is omgegaan.

Dat beeld wordt echter niet bevestigd in andere bodemzaken waarin de overheid aan een vordering tot nakoming een staatssteunverweer tegenwerpt. De Amsterdamse rechtbank heeft in een andere zaak bijvoorbeeld een beroep op staatssteun van de gemeente Amsterdam, dat overigens de schijn wekt van een bevlieging op het laatste moment, als onvoldoende onderbouwd verworpen. Het had volgens de rechtbank op de weg van de gemeente gelegen om nadere feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit kan worden afgeleid

271 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties, *PbEU* 2008, C 155/08.

272 Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6904 (*Residex*), r.o. 5.5. Identiek: Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6902 (*Commerz*), r.o. 5.5.

273 Hof 's-Gravenhage 1 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP6129 (*Commerz*), r.o. 3.20. Zie in dit hoofdstuk § 5.2.

dat sprake is van verboden staatssteun.[274] Interessant genoeg lijkt de rechtbank Noord-Nederland in een ander geschil juist weinig aandacht te besteden aan de vraag wie wat moet aantonen, maar op basis van de aangeleverde stukken en argumenten op het oog vrij zelfstandig te beoordelen dat, in dit geval, een door de gemeente betaalde koopsom inderdaad als onrechtmatige steunmaatregel moet worden aangemerkt.[275] Dat hoeft niet te betekenen dat de zich op het staatssteunrecht beroepende overheid minder sterk aan haar stelplicht wordt gehouden dan een derde. Het is immers goed mogelijk dat de gemeente, die per slot van rekening net als haar wederpartij vanaf het begin bij de vermeende steunverlening was betrokken, voldoende informatie heeft kunnen aanleveren om een vrij zelfstandige kwalificatie mogelijk te maken, zonder dat de vraag hoeft te worden gesteld wie voor het aanleveren van verdere informatie verantwoordelijk zou zijn geweest.

Harde aanwijzingen dat de burgerlijke rechter gemakkelijker meegaat in het staatssteunberoep van een overheid dan dat van een derde zijn er niet, maar dat neemt niet weg dat het voor de bewijspositie van de zich op het staatssteunrecht beroepende overheid wel degelijk voordelig kan zijn dat zij in de procedure de verwerende partij is. Voordat wordt toegekomen aan het staatssteunverweer moet de eiser namelijk zijn eigen vordering kunnen hardmaken. Als een eiser stelt dat de overheid een betalingsverplichting moet nakomen terwijl deze verplichting niet blijkt te bestaan, hoeft de overheid uiteraard niet aan te tonen dat de gevorderde betaling zou leiden tot onrechtmatige staatssteun.[276] Dat geldt ook wanneer een eiser stelt dat de overheid voor een bepaalde prestatie een resultaatsverplichting heeft, terwijl uiteindelijk blijkt dat het slechts gaat om een inspanningsverplichting.[277] Dit is belangrijk, want zeker in complexe staatssteunzaken zal het succes van een vordering in de praktijk voor een groot deel afhangen van de verdeling van de bewijslast.

---

274 Rb Amsterdam 3 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH1388 (*Westergasfabriek*), r.o. 24. Uitvoeriger onderbouwd, maar ook zonder succes, was de stelling van de gemeente Borne dat een door haar op zich genomen aankoopverplichting nietig was wegens strijd met het Europese staatssteunrecht. Rb Overijssel 12 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1474 (*Rabobank*), r.o. 5.12-5.14. Vgl. Rb Overijssel 5 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6281 (*Gemeente Haaksbergen/Rotij*), r.o. 5.4; Hof Amsterdam 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3167 (*De Pieterman Volendam*), r.o. 3.2.8.

275 Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*), r.o. 5.29.

276 Dat was het geval in Rb Haarlem 2 mei 202, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY6465 (*Distriport*), r.o. 4.11.

277 Hof 's-Gravenhage 20 december 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU9031 (*Electrabel Nederland*), r.o. 6.3. De eiser had moeten aantonen dat de overheid, ook in het licht van de staatssteunregels, te weinig inspanningen heeft geleverd om de prestatie te verrichten. De rechtbank had aangenomen dat sprake was van een resultaatsverplichting en de bewijslast (dat dit resultaat in strijd zou komen met de staatssteunregels) neergelegd bij de verwerende overheid. Rb 's-Gravenhage 28 april 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM2864 (*Electrabel Nederland*).

5.5.2.2 Prejudiciële vragen

De zaken *Residex* en *Commerz* hebben allebei aanleiding gegeven tot het stellen van een prejudiciële vraag. Waar het in *Residex* ging om de gevolgen van de vaststelling dat staatssteun is verleend, kwam in *Commerz* de vraag aan de orde of de garantieverstrekking wel als staatssteun kwalificeert. De discussie in deze zaak heeft zich toegespitst op de vraag of de borgstelling aan de Staat kan worden toegerekend, nu deze onder bijzondere omstandigheden tot stand is gekomen – namelijk door de bestuurder van het Gemeentelijk Havenbedrijf die eigenmachtig is opgetreden en de garantieverlening bewust geheim heeft gehouden. Volgens de Hoge Raad kunnen uit de tot dan toe geldende jurisprudentie over toerekening (met name het arrest *Stardust Marine*) voor de vaststelling van toerekenbaarheid onvoldoende aanknopingspunten worden afgeleid. Daarom heeft de Hoge Raad op aanraden van A-G Keus besloten aan het Hof de prejudiciële vraag voor te leggen of een garantieverlening onder deze omstandigheden aan de Staat moet worden toegerekend.[278] Dit is het enige geval binnen de bestudeerde periode waarin een burgerlijke rechter aanleiding heeft gezien om over de kwalificatie van staatssteun een prejudiciële vraag te stellen. Net als in de situatie waarin een derde zich op het staatssteunrecht beroept, hebben de burgerlijke rechters in de bestudeerde uitspraken geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om over de definitie van staatssteun vragen aan de Commissie te stellen.

5.5.2.3 Toegang tot informatie door de overheid

Het lijkt logisch dat de zich op het staatssteunrecht beroepende overheid zich over de toegang tot de voor zijn stelling noodzakelijke informatie niet druk hoeft te maken. Als vermeende steunverlener zal zij zich immers bewust zijn van de over en weer gemaakte of te maken afspraken. Interviews met rechters bevestigen dat beeld. Dat dit niet automatisch het geval is, bewijst de zaak *Zeeland Seaports*.[279] De publiekrechtelijke rechtspersoon Zeeland Seaports heeft in deze zaak verzocht om een voorlopig deskundigenonderzoek (artikel 202 Rv) om te achterhalen of bij een inmiddels verlopen overeenkomst met Martens Havenontvangst onrechtmatige staatssteun is verleend. Bij nader inzien bestond namelijk aanleiding om te vermoeden dat bij deze overeenkomst overcompensatie heeft plaatsgevonden waardoor deze niet meer zou voldoen aan de *Altmark*-criteria.[280] Echter, vanwege nieuwe informatie wil Zeeland Seaports zich er achteraf van vergewissen of er gedurende de looptijd van de overeenkomst niet alsnog overcompensatie heeft plaatsgevonden. De

278 HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6102 (*Commerz*).
279 Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*).
280 HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark*). Zie over de *Altmark*-criteria hoofdstuk 2 § 2.3.1.2.

burgerlijke rechter heeft het verzoek afgewezen vanwege een gebrek aan belang (zie § 4.6.3). Volgt men de redenering van Zeeland Seaports, dan kan het hierdoor niet inschatten of daadwerkelijk staatssteun is verleend, en of het zinvol is om op basis daarvan verdere actie te ondernemen. Zelfs voor de steunverlenende overheid, met andere woorden, kan het onder omstandigheden nog lastig zijn om te achterhalen of van een schending van de standstillbepaling sprake is.

5.5.2.4 Het kort geding

Ook in kort geding komt het voor dat de overheid zich voor de burgerlijke rechter op het staatssteunrecht beroept. Zij meent dan bijvoorbeeld dat een gesloten intentieovereenkomst bij nader inzien nietig is, of verweert zich tegen een vordering tot dooronderhandelen.[281] Even leek het erop dat de voorzieningenrechter, wellicht geïnspireerd door de *Residex*-zaken, wel heel gemakkelijk met een dergelijk staatssteunverweer meeging.[282] Inmiddels is ook hier echter duidelijk dat de overheid de volledige stelplicht en bewijslast draagt bij de vraag of de gevorderde nakoming of dooronderhandeling zou leiden tot het verlenen van onrechtmatige staatssteun.[283] Wordt aan die stelplicht niet voldaan, dan faalt het verweer. In één geval zal de rechter een beroep op het staatssteun wel zeer terughoudend beoordelen. Dat is het tegen het bestuursrecht aanliggende geval wanneer een algemene regeling ter toetsing voorligt waarbij de overheid een ruime beleidsvrijheid heeft en waarin blijkbaar het staatssteunrecht een rol heeft gespeeld. In een dergelijk geval wordt de regeling marginaal getoetst en zal de voorzieningenrechter de regeling eerder in stand laten.[284]

281 Zie over de door de overheid in staatssteungeschillen in te nemen posities hoofdstuk 7 § 7.4.

282 Vzr. Rb Groningen 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8221 (*Montagne II*), r.o. 4.13. Kritisch besproken door B.J.R. Loijmans, 'Staatssteun als opmaat voor nietigheid?', beschikbaar via <http://www.bootadvocaten.nl>; M.I. Jaarsma, 'Noot bij Vzr. Rb Groningen (2011-06-10)(Montagne II BV)', *Bouwrecht* 2011, 142, aant. 9.

283 Hof Leeuwarden 15 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6167 (*Montagne II*), m.n. r.o. 5 en 13. Instemmend: M.I. Jaarsma, 'noot bij Hof Leeuwarden (2012-06-10)(Art. 107 en 108 lid 3 VWEU; hoger beroep; gebiedsontwikkeling)', *Bouwrecht* 2012, 111, opm. 1. Kritisch: 'Montagne II, Stating the Obvious', beschikbaar via: <http://www.nysingh.nl> (via 'rechtsgebieden' en 'staatstseun'). Opgemerkt wordt dat moeilijk valt in te zien dat aan de laatste twee voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU niet is voldaan. Daar valt tegen in te brengen dat het hof, nu het gaat om een bevrijdend verweer, terecht heeft geoordeeld dat de bewijslast rust op de overheid. Ook: Vzr. Rb Middelburg 7 november 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:BA2471 (*Zeeland Seaports*).

284 Vzr. Rb Rotterdam 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB1401 (*Belangenvereniging ID Rotterdam*), r.o. 4.4.6.

5.5.2.5 Tussenconclusie

De overheid die zich in een civiele procedure tegenover een vermeend begunstigde op de standstillbepaling beroept bevindt zich bewijstechnisch in een gunstige positie. Zij is partij bij de (beoogde) overeenkomst waarmee staatssteun zou worden verleend en heeft daardoor in principe weet van de relevante elementen en omstandigheden die staatssteun kunnen opleveren. Daarnaast is de overheid in dit soort geschillen doorgaans de verweerder in de procedure in eerste aanleg. Het beroep op de standstillbepaling dient dan als verweer tegen de vordering van de vermeend begunstigde om een gesteld recht, zoals het recht op nakoming van de overeenkomst, af te dwingen. Dit betekent dat de eiser eerst aannemelijk moet maken dat de overheid een bepaalde verplichting heeft die zij moet nakomen. Pas dan hoeft de overheid immers aan te tonen dat naleving van die verplichting in strijd zou komen met het staatssteunrecht en dus achterwege moet blijven.

Beide omstandigheden werken in het voordeel van de overheid. Vorderingen van vermeende begunstigden worden dan ook met enige regelmaat afgewezen, hoewel niet altijd doordat een overheid het bestaan van staatssteun aannemelijk heeft weten te maken. Even leek het erop dat de burgerlijke rechter daarbij wel heel gemakkelijk meeging in het betoog van de overheid dat een rechtshandeling staatssteun zou opleveren, zeker in kort geding. Inmiddels wordt echter daadwerkelijk getoetst of de overheid alle elementen van het begrip staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU heeft aangetoond. Dat is terecht, want het gaat om een bevrijdend verweer waarvoor de overheid de stelplicht en bewijslast draagt. In deze categorie zaken valt overigens ook het enige voorbeeld te vinden van een prejudiciële vraag over de toepassing van een van de elementen van het staatssteunbegrip.

Het zou kunnen worden verwacht dat de overheid in een staatssteungeschil ook in zoverre een voordeel heeft dat zij, anders dan de zich op het staatssteunrecht beroepende derde, vrij gemakkelijk toegang heeft tot de relevante informatie. Dat is niet altijd het geval. Te denken valt aan de situatie waarin de overheid zich er achteraf van wil vergewissen of een eerder gesloten overeenkomst bij nader inzien tot overcompensatie heeft geleid. Een vordering om deze informatie via een voorlopig deskundigenbericht te achterhalen is afgewezen.

5.5.3 Bestuursrechter: een derde beroept zich op het staatssteunrecht

5.5.3.1 Feitenvaststelling en de vergewisplicht van de overheid

De kwalificatie van mogelijke staatssteun door de bestuursrechter vindt plaats op basis van andere, het bestuursrecht kenmerkende, regels dan bij de burgerlijke rechter. In het bestuursrecht is de primaire 'feitenvaststeller' per slot van

rekening niet de rechter maar het bestuur. De belangrijkste uitspraak over de feitenvaststelling in staatssteungeschillen voor de bestuursrechter dateert van vóór de in dit onderzoek gekozen periode. Het geschil betreft een subsidie van zo'n € 2 miljoen voor de verbouwing van een terrein bij de Groningse Martinihal.[285] De exploitant van de nabijgelegen Prins Bernhardhoeve, 'hét evenementen centrum van het Noorden', heeft zich tegen deze subsidie verzet met het argument dat daarmee staatssteun zou worden verstrekt.[286] Met betrekking tot de kwalificatie van de subsidie overweegt de Afdeling, kort gezegd, dat niet is uitgesloten dat de subsidieverlening invloed *kan* hebben op het interstatelijk handelsverkeer – en dus kan leiden tot onrechtmatige staatssteun. Nu niet zeker is dat de subsidieverlening staatssteun inhoudt en de bewijslast daarvoor op Martinihal rust,[287] zou de Afdeling kunnen oordelen dat het bestreden besluit in stand moet blijven, dat de exploitant nadere feiten moet aanvoeren, of zelf onderzoek verrichten. In plaats daarvan overweegt de Afdeling:

> 'Gelet hierop had het op de weg van de [subsidieverlener] gelegen om zich er bij de Commissie afdoende van te vergewissen dat de aanmeldingsverplichting van art. [108 lid 3 VWEU] 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. [108 lid 3 VWEU] aan te melden.'[288]

Omdat niet is uitgesloten dat de subsidie in casu als staatssteun kwalificeert en geen contact is opgenomen met de Europese Commissie, is het bestreden besluit volgens de Afdeling niet met de vereiste zorgvuldigheid voorbereid, en dus in strijd met artikel 3:2 Awb. De hiermee gecreëerde 'vergewisplicht' heeft voor de feitenvaststelling door de bestuursrechter twee betekenissen, zoals in de volgende paragrafen aan de orde komt.

5.5.3.2 Concrete toetsing of toetsing aan de formele beginselen van behoorlijk bestuur

Ten eerste betekent de vergewisplicht dat de bestuursrechter in staatssteunzaken niet zelfstandig vaststelt of een bestreden maatregel kwalificeert als staatssteun. Hij beoordeelt eerder of het bestreden besluit is voorbereid met de nodige zorgvuldigheid en voldoende is gemotiveerd. Deze benadering komt overeen met de benadering die in het overige bestuursrecht lange tijd de

285 ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234 (*Martiniplaza*).
286 Het verdient opmerking dat de subsidie in kwestie is verstrekt door een openbaar lichaam aan het college van burgemeester en wethouders van Groningen. Dit is een van de weinige gevallen waar een bestuursorgaan de begunstigde van een vermeende steunmaatregel is.
287 Zie in dit hoofdstuk § 5.3.7.
288 ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234 (*Martiniplaza*), r.o. 2.4.1.

boventoon heeft gevoerd en ook in andere landen kan worden herkend.[289] Deze jurisprudentie houdt in dat de uiteindelijke kwalificatie van een vermeende steunmaatregel niet door de bestuursrechter maar door de vermeend steunverlenende overheid, al dan niet met de hulp van de Europese Commissie, moet plaatsvinden. Een dergelijke indirecte toets is in de staatssteunrechtelijke literatuur bekritiseerd.[290]

Eerder in dit hoofdstuk is al benoemd dat met de groter wordende rol van de finale geschilbeslechting steeds minder ruimte bestaat om de rechterlijke toets te beperken tot de formele beginselen van behoorlijk bestuur. Dat rechtvaardigt de vraag of de vergewisplicht nog steeds leidend is bij de beoordeling van staatssteungeschillen.[291] Dat valt moeilijk te zeggen, want de beste toets daarvoor is of de bestuursrechter bij een succesvol beroep op de staatssteunregels oordeelt dat sprake is van een schending van de formele beginselen van behoorlijk bestuur of van de staatssteunregels – en dergelijke gevallen doen zich net als bij de burgerlijke rechter zelden voor. De jurisprudentie levert op dit punt een gemengd beeld op. Enerzijds valt op te merken dat de bestuursrechter in enkele zaken sinds de *Martinihal*-uitspraak vermeend steunverlenende besluiten heeft vernietigd wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel. Het ging daarbij overigens om gevallen in de sfeer van de ruimtelijke ordening en een geschil waarin de overheid zich op het staatssteunrecht beriep.[292] Uit deze zaken valt af te leiden dat de vergewisplicht in de Nederlandse staatssteunrechtspraak wel degelijk nog wordt toegepast.

Anderzijds: lagere rechters onderzoeken zo nu en dan wél uitdrukkelijk of de bestreden handeling 'in strijd is met enige ander bepaling van nationaal of internationaal recht.'[293] Het belangrijkste voorbeeld vormt de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in de zaak *Veerverbinding Boven Hardinxveld*. De rechtbank oordeelt dat,

---

289 Schuurmans 2007, p. 116. De hoogste Zweedse bestuursrechter heeft geoordeeld dat de bewijslast in het geval van vermeende staatssteun bij de verkoop van grond in sommige gevallen op de gemeente kan overgaan. Deze heeft een zekere verantwoordelijkheid voor het onderzoek van de procedure en moet de omstandigheden kunnen uitleggen waarin een specifiek besluit is genomen. Otken Eriksson 2011b, p. 204.

290 Zie in dit hoofdstuk § 5.4.3. Op deze kritiek wordt hierna in § 5.5.3.4 nader ingegaan.

291 Eerder in dit hoofdstuk § 5.3.7.

292 In een zaak waarin de overheid zich zelf op het staatssteunrecht beriep: ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*). Zie hierna ook § 5.5.4.2. In de context van de ruimtelijke ordening: ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS: 2012:BW7642; ABRvS 14 februari 2012, ECLI:NL:RVS:BV5119; Rb 's-Hertogenbosch 22 april 2011, ECLI:NL:RBSHE: 2011:BQ2331.

293 Rb Rotterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:AY6273 (*VCR*), r.o. 2.4. Vgl. in de context van geschillen over opgelegde heffingen: Rb Utrecht 26 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010: BO5098 (*Vogelaarheffing*), r.o. 2.95.

> 'nu de Vrijstellingsbeschikking noch het DAEB-besluit van toepassing is, verweerder gelet op de constatering dat niet aan alle Altmarkcriteria is voldaan, een melding had moeten doen bij de Commissie en, op grond van het bepaalde in artikel 108, derde lid, van het VWEU de maatregel niet alvast had mogen uitvoeren'.[294]

Deze benadering is qua feitenvaststelling en de daaraan te verbinden gevolgen een stuk doortastender dan de hierboven genoemde rechtspraak.[295] Dat de rechtbank Rotterdam zijn toets in dit geval niet tot de vergewisplicht heeft willen beperken, wordt bevestigd door de omstandigheid dat deze rechtbank heeft gekozen om de Commissie te benaderen voor advies over de staatssteunconformiteit van het bestreden besluit. In de zaak *Martinihal* zag de Afdeling het immers juist als een taak van het betrokken bestuursorgaan om zich er bij de Commissie van te vergewissen dat het besluit zonder schending van de staatssteunregels kon worden genomen.

Ook de Afdeling lijkt niet zonder meer aan de vergewisplicht vast te houden. Dat blijkt onder meer uit een uitspraak uit 2008 waarin werd geoordeeld dat sprake was van staatssteun die was verstrekt in strijd met artikel 108 lid 3 VWEU.[296] In deze uitspraak en ook recenter – in 2013 – heeft de Afdeling besloten om de Commissie te benaderen met vragen over de toepassing van artikel 107 lid 1 VWEU op het gesteld steunverlenend besluit.[297] Dit kan zeker worden gezien als een aanwijzing dat ook de Afdeling zich niet zonder meer tot de in *Martinihal* gehanteerde vergewisplicht zal beperken.[298]

5.5.3.3 De bewijsvoeringslast in de praktijk

Ten tweede impliceert de vergewisplicht, voor zover deze dus nog wordt toegepast, voor het vermeend steunverlenend orgaan een bepaalde verantwoordelijkheid om de staatssteunconformiteit van een besluit te onderzoeken, maar pas vanaf een bepaald moment. De vraag is dan ook wat moet worden aangetoond voordat de vergewisplicht wordt getriggerd. Een concurrent die meent dat een bestuursorgaan zijn vergewisplicht heeft geschonden, moet daarvoor in ieder geval alsnog zelf zijn stelling (dat onrechtmatige staatssteun is verleend) voldoende onderbouwen. Pas wanneer een partij aannemelijk heeft

---

294 Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*), r.o. 11.

295 De rechtbank ziet aanleiding om, teneinde de situatie van vóór de steunverlening te herstellen, het primaire besluit te herroepen.

296 ABRvS 11 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3598 (*Luchtvaartterrein Eelde*), r.o. 2.21.5.10. In de bewoordingen van de Afdeling klinkt nog wel iets van de vergewisplicht door: na te hebben geoordeeld dat sprake is van staatssteun, oordeelt de Afdeling dat verweerders de geconstateerde steun hadden moeten aanmelden, 'dan wel de Commissie moeten benaderen teneinde zekerheid te verkrijgen dat aanmelding volgens de Commissie niet nodig is'.

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

298 Zie over het stellen van vragen aan de Commissie nader hoofdstuk 6, § 6.9.

gemaakt dat op zijn minst een risico van staatssteun bestaat, is de bestuursrechter bereid om een concrete onderzoeksplicht bij het bestuursorgaan neer te leggen.[299] In de praktijk betekent dit dat de bestuursrechter in het gros van de gevallen niet toekomt aan het oordeel of een vermeend steunverlenend besluit conform de eisen van artikel 3:2 Awb is voorbereid. Er wordt namelijk, net als in civiele zaken, nagenoeg nooit met succes onderbouwd dat een maatregel kwalificeert als staatssteun.[300] Dit dus ondanks de in het bestuursrecht geldende hoofdregel dat een derde 'slechts' een begin van bewijs hoeft te leveren en het bestuursorgaan vervolgens instaat voor de deugdelijkheid van het besluit.[301]

Die uitkomst wordt door de bestuursrechter overigens zelden erg uitgebreid gemotiveerd. Regelmatig wordt een betoog dat sprake is van staatssteun met een paar pennenstreken afgedaan. Een goed voorbeeld biedt de rechtbank 's-Gravenhage in een uitspraak uit 2006:

> 'De omstandigheid dat de beperkte kring van vergunninghouders, waaronder de Staatsloterij, inkomsten verwerft die aan niet-vergunninghouders worden onthouden, is een gevolg van het beleid. Dit is echter niet aan te merken als verboden staatssteun in de zin van artikel [107 VWEU], alleen al omdat geen sprake is van bekostiging met staatsmiddelen.'[302]

Hoe en waarom de rechtbank tot deze conclusie komt, wordt niet verder toegelicht. Een vergelijkbaar korte motivering is te vinden in andere bestudeerde uitspraken.[303] In twee gevallen constateert de rechter simpelweg dat een beroep op staatssteun niet kan leiden tot het door de appellant gewenste gevolg en dat het bestreden besluit daarom niet wordt vernietigd.[304] De korte rechterlijke motivering kan eraan liggen dat een appellant zijn standpunten zelf ook zeer summier heeft toegelicht en de rechter daardoor voor zijn beoordeling

---

299 CBb 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaart Ziekenhuis*), r.o. 5.4. Vgl. Rb 's-Gravenhage 26 september 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BB2397 (*Wet op de kansspelen*).

300 Binnen de onderzochte periode is dit op een enkele, hierna nog te bespreken, uitzondering na niet gebeurd. Aan de orde is Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*).

301 Zie hierboven § 5.3.7.

302 Rb 's-Gravenhage 26 september 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BB2397 (*Wet op de Kansspelen*).

303 Bijv. CBb 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaartziekenhuis*), r.o. 5.3; ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Wet op de Kansspelen*), r.o. 2.6; Rb Rotterdam 9 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AW2324 (*Radlon Media Limited*).

304 ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Wet op de Kansspelen*), r.o. 2.6; Rb Rotterdam 9 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AW2324 (*Radlon Media Limited*). Een vergelijkbare redenering leidde in de zaak CBb 13 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6991 (*Thuiszorg Service Nederland*) juist tot de conclusie dat de appellant procesbelang miste.

ook weinig aanknopingspunten biedt.[305] Deze verklaring is ook door verschillende bestuursrechters in de gevoerde interviews aangedragen. Daarnaast zal het een rol spelen dat de bestuursrechter anders dan de burgerlijke rechter niet zozeer één van de partijen gelijk moet geven, maar kan 'volstaan' met een beoordeling of het bestreden besluit in stand kan blijven.[306]

Tot relatief recent ging de bestuursrechter in het geval van een onvoldoende onderbouwde stelling nog wel zelf na of die stelling toch aannemelijk was.[307] Zowel de Afdeling als het College lijken zich inmiddels wezenlijk lijdelijker op te stellen. Zij beperken zich er in de uitspraak toe, vast te stellen dat de concurrent zijn stelling dat sprake zou zijn van staatssteun, niet nader of onvoldoende heeft onderbouwd.[308] Deze verandering past binnen de geschetste ontwikkelingen binnen het bestuursprocesrecht, dat zich beweegt in de richting van een partijenproces met een meer lijdelijke en 'geschillenoplossende' rechter.[309]

Ook wanneer zij uitvoeriger zijn gemotiveerd, wordt in de bestudeerde uitspraken zelden helder en herkenbaar getoetst aan de voorwaarden van artikel 107(1) VWEU zoals deze in hoofdstuk 2 zijn besproken. In twee uitspraken komt de rechter bijvoorbeeld tot de, vanuit het staatssteunrecht redelijk vage, overweging dat de bestreden maatregel 'naar haar aard' geen staatssteun oplevert.[310] In een andere uitspraak oordeelt het CBb na een opsomming van verschillende omstandigheden dat geen sprake is van staatssteun, zonder dat

305 Vgl. ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7375 (*Stichting Thuiszorg West-Brabant*), r.o. 2.1. ('… en de stichting op geen enkele wijze heeft onderbouwd of anderszins aannemelijk heeft gemaakt dat deze [door de minister uitgevoerde] toets onjuist is geweest'); ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8962 (*Adaptive and Mobile*), r.o. 7; CBb 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7946 (*Zondagopenstelling Albert Heijn*), r.o. 6.6. In Zweden heeft de hoogste bestuursrechter geoordeeld dat een belanghebbende niet kan volstaan met het aanvoeren van algemene kritische observaties in relatie tot de verkoopprijs om een besluit wegens strijd met de standstillbepaling te vernietigen. Otken Eriksson 2011b, p. 203-4.

306 Zie bijv. Rb Rotterdam 2 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7917 (*Frequentievergunningen*), r.o. 9.16. Deze uitleg is in de gevoerde interviews bevestigd. De bestuursrechter moet, in de woorden van één van de geïnterviewde bestuursrechters, knopen doorhakken – en die beslissing uiteraard ook motiveren.

307 ABRvS 20 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1335 (*Enecal*), r.o. 2.12.3; CBb 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaartziekenhuis*), r.o. 5.4. Vergelijk ook Rb Rotterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6273 (*VCR*), r.o. 2.4.

308 ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7375 (*Stichting Thuiszorg West-Brabant*); ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8962 (*Adaptive and Mobile*), r.o. 7; CBb 6 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7946 (*Zondagopenstelling Albert Heijn*), r.o. 6.6. Zie echter ook eerder: CBb 20 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN5472 (*Regeling Retributies*). Zie ook ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012;BY7375 (*Stichting Thuiszorg West-Brabant*), r.o. 2.1.

309 Zie Bots 2009, p. 31-2.

310 CBb 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3017 (*Slotervaartziekenhuis*), r.o. 5.3; Rb Rotterdam 12 maart 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA5115 (*VCR*), r.o. 2. In de eerste uitspraak valt dit te verklaren door de omstandigheid dat de appellant zijn standpunt niet nader heeft onderbouwd. Het is dan niet onbegrijpelijk dat de rechter beziet of de aard van de maatregel aanleiding geeft om een risico van staatssteun aan te nemen.

het verband tussen de relevant geachte omstandigheden en de staatssteunregels verder inzichtelijk wordt gemaakt.[311] De redenering van het CBb doet nog het meest denken aan een impliciet beroep op een dienst van algemeen economisch belang. Het blijft echter in het midden wat voor het CBb juridisch gezien de doorslag heeft gegeven. Voor een meerderheid van de bestudeerde uitspraken geldt dus dat zij zeer summier gemotiveerd zijn of onduidelijk blijven over de vraag waarom precies van staatssteun geen sprake zou zijn. Het bestaan van staatssteun wordt in zulke gevallen wel terecht vol getoetst: bij het begrip staatssteun, dat door het Hof van Justitie wordt uitgelegd, bestaat immers geen beoordelings- of beleidsvrijheid.[312]

Dit algemene beeld neemt niet weg dat de rechter met enige regelmaat wel gestructureerd toelicht waarom naar zijn oordeel geen sprake is van staatssteun of het bestaan van staatssteun onvoldoende aannemelijk is gemaakt.[313] Een mooi voorbeeld hoe gericht de bestuursrechter op de kwalificatie van een mogelijke steunmaatregel in kan gaan, biedt de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Open Universiteit*.[314]

> De Open Universiteit heeft van de minister van OCW toestemming gekregen voor het verzorgen van de deeltijdse bachelor opleiding HBO-rechten. Tegen deze toestemming hebben concurrenten LOI en NTI zonder succes bezwaar en beroep ingesteld. De partijen blijken specifiek van mening te verschillen over de vraag of de Open Universiteit, door onderwijsdiensten aan te bieden, een economische activiteit verricht en dus als onderneming is aan te merken. De Afdeling heeft na het sluiten van het onderzoek ter zitting het onderzoek heropend en daarbij aan partijen over dit onderwerp een aantal nadere vragen voorgelegd. Gelet op dit interpretatieverschil heeft de Afdeling aan de Commissie de vraag voorgelegd of de Open Universiteit in deze omstandigheden kwalificeert als een onderneming. Nadat partijen op het antwoord hebben kunnen reageren, doet de Afdeling einduitspraak en komt tot de conclusie dat geen sprake is van een onderneming en dat dus ook de staatssteunregels niet aan de orde zijn.

---

311 CBb 4 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP7546 (*VEMW*), r.o. 2.5. Terzijde valt overigens op dat het CBb verder niet ingaat op de brief die TenneT in 2002 aan de toezichthouder heeft gestuurd met de mededeling dat de Europese Commissie heeft aangegeven dat de 'garantstelling' niet hoefde te worden aangemeld. Vgl. hoofdstuk 6 § 6.5.2.

312 Voor enige verwarring zorgt CBb 19 oktober 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB6760 (*Radlon Media Limited*), r.o. 2.7.2. In deze uitspraak lijkt het alsof het College tenminste deels op basis van een marginale toets tot de conclusie komt dat geen sprake is van staatssteun. Daar staat tegenover dat een enigszins gemêleerde toetsing plaatsvindt. Vgl. Rb Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1202 (*Tele2*).

313 Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*); ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*Open Universiteit*); ABRvS 20 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1335 (*Enecal*); Rb Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1202 (*Tele2*); CBb 19 oktober 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB6760 (*Radlon Media Limited*); Rb Rotterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6283 (*VCR*).

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

De beroepen op het staatssteunrecht worden ook na een dergelijke uitgebreide motivering doorgaans ongegrond verklaard. In één geval is een eiser er wel in geslaagd om aannemelijk te maken dat sprake is van staatssteun.[315] Interessant aan deze zaak is dat het bestuursorgaan in het bestreden besluit zelf al aangeeft dat sprake is van staatssteun. Deze zou echter zijn vrijgesteld van aanmelding, waardoor de steun niet onrechtmatig is.[316] Wanneer de Commissie naar aanleiding van een vraag van de rechtbank aangeeft dat in dit specifieke geval geen vrijstelling geldt, wordt het voor het bestuursorgaan dus een stuk moeilijker om nog met succes te betwisten dat van staatssteun sprake is. Er wordt nog wel een poging gewaagd. Volgens het bestuursorgaan zou (bij nader inzien) geen sprake zijn van beïnvloeding van het interstatelijk handelsverkeer. Het weerspreekt echter niet het betoog van de eiser, dat ook buitenlandse ondernemingen de gesteunde activiteiten willen uitvoeren. Ook het argument dat wel is voldaan aan de Altmark-criteria sneuvelt voor de rechtbank. Het deskundigenrapport waarop het bestuursorgaan zijn beslissingen had gebaseerd, concludeerde namelijk al dat niet aan alle Altmark-criteria was voldaan. Gevolg van dit alles is dat het bestreden besluit wordt vernietigd en het primaire besluit wordt herroepen – de vergewisplicht van de overheid was hier blijkbaar niet meer nodig.

De uitgebreidere motivering van de rechter, en zeker de gegrondverklaring van het beroep, is eerder een regel die de uitzondering bevestigt. Het algemene beeld dat ontstaat is toch dat het staatssteunrecht, hoewel het betrekkelijk vaak wordt ingeroepen, in bestuursrechtelijke procedures nog geen comfortabel thuis heeft gevonden. Partijen moeten van goeden huize komen om de in *Martinihal* bedoelde vergewisplicht te activeren of de rechter te overtuigen dat een besluit in strijd met de opschortingsplicht is genomen. Interviews met bestuursrechters bevestigen het beeld dat zulke partijen zelden het voordeel van de twijfel zullen krijgen omdat wordt aangenomen dat zij prima in staat (zouden moeten) zijn om het bestaan van staatssteun aan te tonen. Als écht sprake is van staatssteun, zo lijkt de gedachte, zal het dossier daarvoor wel voldoende aanknopingspunten bieden en, interessanter nog, zal de Commissie ook al op enige manier zijn betrokken (zie daarvoor het volgende hoofdstuk). Deze ideeën vertalen zich naar de bestudeerde jurisprudentie: het komt maar hoogst zelden voor dat een besluit wordt vernietigd omdat iemand voor de bestuursrechter heeft aangevoerd dat het in strijd komt met het Europese staatssteunrecht.

315 Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*).

316 Dit op grond van Commissiebeschikking 2005/842 (DAEB-beschikking). Inmiddels vervangen door Commissiebesluit 2012/21 (DAEB-besluit).

5.5.3.4 De vergewisplicht: kritiek en mogelijkheden

In § 5.3.7 is beschreven dat de rechterlijke toets over de band van de algemene beginselen van bestuursrecht goed past in het bestuursrechtelijke systeem, met name van vóór de toenemende druk om te finaliseren. Toch is de door de Afdeling in de zaak *Martinihal* geïntroduceerde vergewisplicht in staatssteunzaken in de Nederlandse literatuur bekritiseerd.[317] De bestuursrechter zou daarmee niet beantwoorden aan zijn taak om vast te stellen of sprake is van staatssteun en daaraan zo nodig de door het Hof vereiste gevolgen te verbinden. De bestuursrechter stelt daarmee namelijk niet zelfstandig vast of een bestreden maatregel kwalificeert als staatssteun, maar legt de bal als het ware terug bij het vermeend steunverlenend bestuursorgaan. In de zaak *Martinihal* had de Afdeling volgens deze kritiek zelf moeten ingaan op de door de partijen opgeworpen ingewikkelde argumenten over het effect van de subsidie op de interstatelijke handel.

Inmiddels kan deze kritiek wellicht worden genuanceerd; uit de zaak *Open Universiteit* bleek zoals gezegd dat de Afdeling zich niet zonder meer van alle mogelijk ingewikkelde vragen verre houdt. Toch blijft de vraag interessant of het onder alle omstandigheden nodig is dat de bestuursrechter verder gaat dan een vernietiging op basis van de formele beginselen van behoorlijk bestuur en zelfstandig vaststelt of sprake is van onrechtmatige staatssteun. Ik zou denken van niet. Sterker nog: misschien biedt de aanvliegroute via de vergewisplicht zelfs kansen. Natuurlijk moet de rechter in geval van onrechtmatige staatssteun in beginsel bewerkstelligen dat deze wordt teruggevorderd of opgeschort, en kan hij er dus niet mee volstaan om de bal terug te leggen bij het steunverlenende bestuursorgaan.[318] De moeilijkheid zit hem er echter juist daarin dat het lastig blijkt te zijn om boven tafel te krijgen *of* er ook daadwerkelijk sprake is van staatssteun. Als het alternatief in zulke gevallen bestaat uit ongegrondverklaring van het beroep (het bestaan van staatsteun is immers niet komen vast te staan), dan is terugsturen naar het bestuur wellicht beter dan niets.[319]

Met andere woorden: wanneer vaststaat dat sprake is van een schending van artikel 108 lid 3 VWEU mag de bestuursrechter inderdaad niet volstaan met vernietiging van de beslissing op bezwaar vanwege schending van formele

---

317 M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2003-12-17)(Subsidieverlening en de aanmeldingsplicht van art. 88, derde lid EG (staatssteun))', *AB* 2004, 262; Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 141-2.

318 Daarmee sluit ik mij aan bij de analyse van Adriaanse 2006, p. 197; Jacobs en Den Ouden 2005, p. 7-8 en Widdershoven 2005, p. 50-4. Vergelijkbare kritiek is hierboven ook al aan de orde gekomen in dit hoofdstuk in § 5.4.3.

319 Te denken valt ook nog aan de mogelijkheid dat de rechter op grond van art. 8:69 lid 3 Awb zélf het staatssteunkarakter van een maatregel onderzoekt. Zoals hierboven in § 5.3.6 aan de orde kwam, lijkt dit echter geen realistisch alternatief. Zie verder: Sterk 2009, p. 428.

beginselen van behoorlijk bestuur als dit in de weg staat aan de door hem aan de onrechtmatige staatssteun te verbinden gevolgen. Daarvoor bestaat ook naar Nederlands recht gezien de toenemende finaliseringstendens in het bestuursrecht steeds minder ruimte. Als de stukken en aangevoerde argumenten serieuze aanknopingspunten bieden voor het bestaan van staatssteun zonder echter alle twijfel weg te nemen, kan het een goede en in het bestuursprocesrecht passende oplossing zijn om het bestuursorgaan op te dragen zijn huiswerk opnieuw te doen. Dit komt dan in wezen neer op een bewijsvermoeden. Wordt de vergewisplicht getriggerd, dan moet het bestuursorgaan namelijk een nieuw besluit nemen en daarbij motiveren waarom dat wél de standstillbepaling eerbiedigt.

Inmiddels kan de bestuursrechter ook gebruik maken van de bestuurlijke lus (artikel 8:51a Awb). Dit is wellicht een geschikte manier om in het licht van de geuite kritiek Europese kool en Nederlandse geit te sparen. Op grond van artikel 8:51a Awb kan de rechter het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen om gebreken in het bestreden besluit, zoals het onvoldoende onderzoeken of daarmee staatssteun wordt verstrekt, te herstellen.[320] Daarmee kan de rechter de feitenvaststelling bij het bestuursorgaan neerleggen, net als in de zaak *Martinihal*, maar houdt hij wel de regie in eigen handen en kan hij alsnog maatregelen treffen als de reactie van het bestuursorgaan onbevredigend is of te lang op zich laat wachten.

De zojuist geschetste benadering kent echter wel belangrijke beperkingen. Ten eerste biedt de vergewisplicht geen uitkomst wanneer de bestaande twijfel betrekking heeft op een juridisch en niet een feitelijk aspect van het geschil. In dat geval kan (of zelfs moet) de rechter namelijk een (prejudiciële) vraag stellen aan het Hof of aan de Commissie. De vergewisplicht biedt daarnaast geen oplossing voor de situatie waarin de partij die zich op het staatssteunrecht beroept buiten zijn schuld onvoldoende in staat is om de nodige feiten te verzamelen en dus ook geen serieuze aanknopingspunten of een begin van bewijs kan leveren voor het bestaan van onrechtmatige staatssteun. Daarnaast biedt de vergewisplicht voor de procederende derde geen onmiddellijk herstel en bestaat dus de mogelijkheid dat de vermeende steun nog lange tijd onaangetast blijft. Ook de mogelijke toegevoegde waarde van de bestuurlijke lus moet wellicht worden gerelativeerd, nu aanwijzingen bestaan dat van dit instrument niet graag gebruik wordt gemaakt in complexe situaties, waarvan in staatsteungeschillen al vrij snel sprake kan zijn.[321]

---

320 Deze regel vindt op grond van de tweede volzin van art. 8:51a Awb geen toepassing indien belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld. In staatssteungeschillen zou dat de vermeende begunstigde zijn. Het valt echter te betogen dat, nu opschorting en terugvordering de logische gevolgtrekking zijn van de vaststelling dat de steun onrechtmatig is, van onevenredige benadeling geen sprake is.

321 Backes e.a. 2014, par. 2.2.

Het is overigens niet zo dat de vergewisplicht alleen binnen het bestuursrecht denkbaar is. Zo is voor de burgerlijke rechter op grond van artikel 3:296 BW (subsidiair) gevorderd:

'Gedaagden te verbieden verdere uitvoering te geven aan de [bestreden dienstverleningsovereenkomst] totdat is komen vast te staan dat de Europese Commissie op de hoogte is gebracht van de verleende overheidssteun aan Attero en de Commissie heeft kunnen onderzoeken en beoordelen of de steunmatregelen in overeenstemming zijn met de artikelen 107 en 108 van het Werkingsverdrag'.[322]

Hier vordert de eiser in wezen dat aan de overheid wordt opgedragen zich ervan te vergewissen dat de vermeende steun verenigbaar is met de interne markt, door de maatregel aan te melden. Dat is niet helemaal hetzelfde als de *Martinihal*-vergewisplicht, nu deze ook ziet op de voorvraag of sprake is van staatssteun.

5.5.3.5 De voorlopige voorziening

Over de feitenvaststelling en kwalificatie in het bestuursrechtelijk kort geding valt kort te zijn; binnen de onderzochte periode zijn vier uitspraken in kort geding gewezen, waarvan twee toekomen aan de vraag of daadwerkelijk sprake is van staatssteun.[323] Deze uitspraken verschillen ook nog eens aanzienlijk van elkaar. De voorzitter van de Afdeling overweegt in een zaak over het besluit om broeikasgasemissierechten toe te kennen aan Corus Staal dat 'de beoordeling of het hier gaat om staatssteun, als bedoeld in artikel 107 van het VWEU, nader onderzoek vergt waarvoor onderhavige procedure zich niet leent'.[324] De voorzitter acht het hoe dan ook 'niet erg waarschijnlijk dat in de bodemprocedure zal worden geoordeeld dat het bestreden besluit in strijd is met artikel 108, derde lid, van het VWEU'.[325] Daarmee is het dan ook gedaan.[326] Heel anders toetst de voorzieningenrechter van het CBb. Op de vraag of het bestreden concessiebesluit voldoet aan de Altmark-criteria wordt uitgebreid ingegaan. Uiteindelijk komt de rechter tot de conclusie dat onvoldoende grond bestaat voor het oordeel dat de bestreden concessie 'in zodanige en niet

322 Vzr. Rb 's-Hertogenbosch 28 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9487 (*Shanks Nederland*), r.o. 3.1.

323 Vz. ABRvS 21 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5609 (*Enecogen*); vzr. CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7753 (*Connexxion*). In de andere twee uitspraken ontbrak het vereiste belang. Vzr. CBb 28 oktober 2008, *LJN* BG1736 (*Openbaar Vervoer Zuidoost Fryslân 2008-2016*); Vzr. CBb 28 oktober 2008, *LJN* BG1734 (*Bus Streek overig*). Deze uitspraken zijn inhoudelijk gelijkluidend.

324 Vz. ABRvS 21 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5609 (*Enecogen*), r.o. 2.8.

325 Idem.

326 De voorzitter voegt daar nog aan toe dat niet is uitgesloten dat de mededeling van het nationaal toewijzingsplan ex art. 9 lid 3 van Richtlijn 2003/87 mede kan worden beschouwd als een aanmelding in de zin van art. 108(3) VWEU. Dit lijkt mij een verkeerde inschatting.

te herstellen mate in strijd is met de [toepasselijke] voorschriften en rechtsnormen, dat een onverwijlde voorziening geboden is.'[327] De uitgebreide beoordeling door de voorzieningenrechter van het CBb valt des te meer op, nu deze eigenlijk alleen gericht was op de vraag of verzoeksters een spoedeisend belang hadden. Dat is, aldus de voorzieningenrechter, alleen het geval 'indien ook zonder diepgaand onderzoek naar de relevante feiten en/of het recht ernstig dient te worden getwijfeld of het bestreden besluit de toetsing van de rechtmatigheid daarvan kan weerstaan'.[328]

Dat er zo weinig uitspraken in kort geding zijn, ligt er volgens de geïnterviewde rechters waarschijnlijk aan dat staatssteungeschillen gemiddeld genomen te moeilijk zijn voor een kort geding. Als het nog mogelijk is om het vermeende voordeel terug te draaien, is het ook nog maar de vraag of het in het bestuursrechtelijk kort geding vereiste spoedeisend belang bestaat. Deze problematiek valt op te lossen door de bodemzaak naar voren te schuiven. Het verzoek om een voorlopige voorziening wordt dan ingetrokken. Net als in het burgerlijk recht is het ook hier mogelijk dat op het ingestelde kort geding geen uitspraak volgt omdat het geschil al buiten de rechtszaal is opgelost.

5.5.3.6 Tussenconclusie

In het burgerlijk procesrecht geldt zoals gezegd dat de partij die in rechte een bepaald rechtsgevolg in het leven wil roepen, daarvoor de noodzakelijke feiten moet aantonen. Doet hij dat niet, dan wordt zijn vordering afgewezen. In het bestuursrecht liggen traditioneel de verhoudingen anders. Er wordt geprocedeerd naar aanleiding van een besluit waarin de feiten al door het bestuur zijn vastgesteld, hoewel over de juistheid daarvan natuurlijk nog kan worden gestreden. Daarnaast heeft de steunverlenende overheid tegenover zijn 'zwakkere' wederpartij een aantal verplichtingen zoals de zorgvuldige voorbereiding van besluiten.[329] Hoewel de partijen voor de bestuursrechter en de burgerlijke rechter in staatssteunzaken dezelfde kunnen zijn, vertaalt deze andere achtergrond zich ook naar de feitenvaststelling in bestuursrechtelijke procedures over staatssteun.

Op basis van alweer wat oudere jurisprudentie moet worden geconcludeerd dat een derde weliswaar zelf aannemelijk moet maken dat staatssteun aan de orde is, maar dat tegelijkertijd op de overheid ook een vergewisplicht rust op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel. Dat wil zeggen dat de overheid

---

327 Vzr. CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7753 (*Connexxion*), r.o. 6.15. Met name kunnen vraagtekens gesteld worden bij de constatering dat de omstandigheid dat nog niet kan worden vastgesteld of de toe te kennen compensatie hoger zal zijn dan nodig, er niet aan in de weg staat dat aan de criteria van *Altmark* zou zijn voldaan. Vzr. CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7753 (*Connexxion*), r.o. 6.13.

328 Vzr. CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG7753 (*Connexxion*), r.o. 6.4.

329 De algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden overigens ook in procedures voor de burgerlijke rechter. Art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb.

zich er onder omstandigheden van moet vergewissen dat van staatssteun geen sprake is en desnoods contact moet opnemen met de Commissie. In hoeverre deze vergewisplicht nog onverkort wordt toegepast, valt op basis van de bestudeerde jurisprudentie niet eenduidig te zeggen. Hoe dan ook betekent de vergewisplicht van de overheid voor derden geen vrijbrief om het staatssteunrecht in te roepen zonder duidelijke onderbouwing. Voordat de vergewisplicht aan de orde komt, moeten eisers zelf aannemelijk maken dat op zijn minst een risico bestaat dat sprake is van staatssteun. In die zin kan een vergelijking worden gemaakt met de civiele procedures waar de zich op het staatssteunrecht beroepende derde stelplicht en bewijslast draagt.

Daarmee boeken de derden in bestuursrechtelijke procedures weinig succes. Het beeld ontstaat dat in de uitspraken slechts zeer kort, en soms zelfs bijna cryptisch, op staatssteunargumenten wordt ingegaan. Dit kan eraan liggen dat eisers hun argumenten gebrekkig onderbouwen, of dat de complexiteit van de zaak de deskundigheid van de rechters te boven gaat. Dat valt zuiver op basis van de uitspraken niet vast te stellen. Er bestaan echter ook uitzonderingen die de regel bevestigen. Zo nu en dan wordt op het bestaan van staatssteun wel degelijk diepgaand ingegaan. In de zeldzame uitspraken in kort geding bestaat zelfs een extreem contrast tussen de zeer korte beoordeling van de Afdeling en de zeer uitgebreide door het CBb. Door de over het algemeen toch korte motivering valt moeilijk in zijn algemeenheid te zeggen wat van de onderbouwing wordt verwacht van partijen die zich op het staatssteunrecht beroepen. Voor een succesvol beroep op de staatssteunregels moeten zij hoe dan ook van goeden huize komen. Slechts in één uitspraak (van de 42)[330] binnen de bestudeerde periode heeft de bestuursrechter een beroep op het staatssteunrecht gegrond verklaard – en in dat geval had de overheid dat ook al met zoveel woorden toegegeven.

Wanneer de bestuursrechter staatssteungeschillen beoordeelt via de vergewisplicht van de overheid, dus over de band van het zorgvuldigheidsbeginsel (of motiveringsbeginsel), betekent dat uiteindelijk dat hij niet zelf een eindoordeel geeft over de vraag of sprake is van staatssteun. Daarop is kritiek mogelijk en ook geuit. Deze kritiek valt echter op twee manieren te relativeren. Ten eerste is de vergewisplicht nooit meer zo stellig toegepast als in de oorspronkelijke *Martinihal*-uitspraak, en toetst niet elke rechter op deze manier. In een aantal gevallen hebben (met name lagere) rechters wel degelijk rechtstreeks beoordeeld of met het bestreden besluit staatssteun wordt verleend. Dit past ook beter bij de finaliseringstendens in het bestuursrecht, maar luidt nog niet het einde van de vergewisplicht in.[331] Ten tweede is bepleit dat de vergewisplicht weliswaar onwenselijk is wanneer vaststaat dat sprake is van staatssteun, maar dat deze juist kansen biedt in de zeer goed denkbare situatie dat het bestaan van staatssteun niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld.

330 Zie bijlage I.
331 De twee benaderingen spreken elkaar ook niet per se tegen, zie eerder § 5.5.3.4.

5.5.4 Bestuursrechter: de overheid beroept zich op het staatssteunrecht

Ook in het bestuursrecht doet de overheid met enige regelmaat zelf een beroep op de standstillbepaling, overigens telkens in bodemzaken. De uitspraken die voor dit hoofdstuk interessant zijn, hebben telkens betrekking op de weigering om een gevraagd voordeel te verstrekken, zoals een subsidie, nadeelcompensatie of de toestemming om een bepaald project op te starten.[332] Anders dan in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter is dus geen sprake van het ontnemen van een al verleend (of toegezegd) voordeel. Dat betekent niet dat dergelijke situaties zich niet voordoen. Het gaat dan echter om de in hoofdstuk 6 beschreven situaties waarin steun is verleend na door de Commissie te zijn goedgekeurd, maar waarin de overheid bij nader inzien twijfelt of de daadwerkelijk verleende steun wel door het goedkeuringsbesluit wordt gedekt. De vraag naar de kwalificatie van steun komt in zulke zaken niet aan de orde.

5.5.4.1 De bewijslast bij een geweigerd voordeel

De aanvrager van een voordeel zoals een subsidie moet in beginsel aantonen dat hij daarvoor in aanmerking komt.[333] Wat betekent dat voor de bewijslast ten aanzien van de vraag of het gewenste voordeel al dan niet in strijd komt met de standstillbepaling? Het duidelijkste antwoord volgt uit de uitspraken in de zaak *Ridderstee Holiday*.[334]

> De onderneming Ridderstee Holiday heeft bij het college van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland (GS) op basis van een subsidieverordening een subsidie van € 4,5 miljoen gevraagd.[335] De verordening bepaalt in artikel 4 lid 4 dat geen subsidie wordt verleend indien daarmee de de-minimis-limiet wordt overschreden. GS heeft daarom een subsidie toegekend van € 200.000, de relevante de-minimis-limiet. Tegen dit besluit gaat Ridderstee Holiday in bezwaar. De onderneming betoogt uitvoerig, onder meer aan de hand van een deskundigenrapport, dat de gevraagde € 4,5 miljoen geen staatssteun oplevert. De toelichting bij artikel 4 lid 4 vermeldt dat dit artikel niet van toepassing is in geval van subsidieaanvragen waarbij geen sprake

332 Niet alle bestuursrechtelijke uitspraken waarin een bestuursorgaan een beroep doet op het staatssteunrecht, worden in dit hoofdstuk besproken. Zeven hebben betrekking op goedgekeurde steun, zij komen in hoofdstuk 6 aan de orde. In vijf uitspraken komt de rechter niet toe aan enige beoordeling van het staatssteunargument, omdat het beroep al om andere redenen gegrond of ongegrond wordt verklaard, of omdat een in gezag van gewijsde gegane uitspraak dit niet meer toelaat. Ook uitspraken over de terugvordering van steun naar aanleiding van een terugvorderingsbesluit van de Commissie komen hier niet aan de orde: daar staat het steunkarakter van de maatregel al vast. In dit hoofdstuk worden negen uitspraken besproken.

333 Zie in dit hoofdstuk § 5.3.7.

334 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*); Rb 's-Gravenhage 28 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT7119 (*Tijdelijke verordening stimulering Voordelta*).

335 Rb 's-Gravenhage 28 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT7119 (*Tijdelijke verordening stimulering Voordelta*).

is van staatssteun. Artikel 5 lid 3 van de verordening bepaalt dat de aanvrager de relevante informatie moet verstrekken voor de beoordeling van de drempel voor de-minimissteun.

Nu in de aan de zaak *Ridderstee* ten grondslag liggende subsidieverordening de verplichting was opgenomen voor de aanvrager om zelf informatie te verstrekken over relevante staatssteunaspecten, rust op de aanvrager volgens de Afdeling ook de bewijslast dat de subsidie *niet* neerkomt op onrechtmatige staatssteun.[336] In zaken zoals *Ridderstee,* waarin op basis van een subsidieverordening een subsidie is gevraagd, hangt de bewijslast dus af van de inhoud van die verordening.[337] Bij het opstellen van een subsidieverordening is het daarom belangrijk om te beseffen dat hiermee de bewijslastverdeling kan worden beïnvloed.[338]

Een niet in de bestudeerde jurisprudentie beantwoorde vraag is op wie de bewijslast rust wanneer een subsidieverordening over mogelijke staatssteun zwijgt. Mogelijk kan dan in de standstillbepaling zelf een wettelijke weigeringsgrond worden ingelezen, waarmee de bewijslast voor het bestaan van staatssteun ook op de overheid zou liggen. In de Nederlandse jurisprudentie is al aangenomen dat artikel 108 lid 3 VWEU een *terugvorderings*grondslag voor in strijd met de staatssteunregels verstrekte subsidies kan bieden.[339] Het spreekt echter zeker niet voor zich om daaruit ook een wettelijke weigeringsgrond af te leiden met alle gevolgen voor de bewijslastverdeling van dien. Voert deze lezing (naar het oordeel van de Nederlandse bestuursrechter) te ver, dan ligt het alsnog voor de hand om aan te nemen dat, wanneer een justitiabele aan alle voorwaarden van een subsidieverordening voldoet terwijl een bestuursorgaan de subsidie omwille van het staatssteunrecht wil weigeren en de subsidieverordening over staatssteun zwijgt, het bestuursorgaan wordt geacht zich te beroepen op een ongeschreven zelfstandige norm en dus de bewijslast draagt voor het bestaan van staatssteun.[340] Verwacht wordt dat op dit punt duidelijkheid zal komen via een te introduceren wet terugvordering staatssteun.[341] Het is de bedoeling dat daarmee in art. 4:35 Awb een expliciete weigeringsgrondslag wordt opgenomen, waarmee de bewijslast komt te rusten op het bestuursorgaan dat deze grondslag inroept.

336 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*), r.o. 4.1.
337 Vgl. Rb Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726 (*SLG Zuid-Holland*).
338 Uit interviews met rechters blijkt ook een zekere veronderstelling dat als in het kader van een subsidieverordening al over eventuele staatssteunaspecten is nagedacht, de daarop gebaseerde besluiten doorgaans door de beugel kunnen.
339 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*). Zie daarover nader in hoofdstuk 7, § 7.3.1.2.
340 Vgl. Schuurmans 2005, p. 193-6.
341 Beschikbaar via <https://www.internetconsultatie.nl/wetterugvorderingstaatssteun> (laatst geraadpleegd: 15-7-2016).

5.5.4.2 De 'Ridderstee-vergewisplicht'

Wat er daarna in het geval van de zaak *Ridderstee* gebeurt is interessanter. Dat de bewijslast (in dit geval) bij de aanvrager ligt, ontslaat de overheid in het bestuursrecht namelijk niet van zijn verplichtingen op grond van artikel 3:2 Awb om besluiten zorgvuldig voor te bereiden en te motiveren.[342] Een bestuursorgaan kan er dus niet mee volstaan, een gevraagd voordeel op grond van een vermeende schending van de standstillbepaling te weigeren. Dat bleek voor het eerst in de zaak *Ridderstee*, waarin de vermeende begunstigde uitgebreid en aan de hand van gegevens heeft betoogd dat verlening van de subsidie niet tot onrechtmatige staatssteun zou leiden. De gevolgtrekking van de Afdeling is als het ware een spiegelbeeld van de uitspraak *Martinihal*:

> 'Gelet op de rol van de Commissie bij de handhaving van staatssteunregels en de specifieke deskundigheid waarover zij beschikt bij de beoordeling of een overheidsmaatregel als staatssteun kwalificeert, dient het bestuursorgaan in de omstandigheden als hier aan de orde – waarin Ridderstee uitvoerig, aan de hand van gegevens en een deskundigenadvies, heeft uiteengezet waarom volgens haar geen sprake is van staatssteun – uit oogpunt van een zorgvuldige voorbereiding van zijn besluit, in contact te treden met de Commissie en deze om advies te vragen'.[343]

Met andere woorden: wanneer een aanvrager uitgebreid beargumenteert dat een gevraagd voordeel niet leidt tot staatssteun, eist het zorgvuldigheidsbeginsel dat een bestuursorgaan daarover contact opneemt met de Commissie – zelfs al was het door de argumenten niet overtuigd.[344]

Deze redenering is door andere bestuursrechters in meer of mindere mate gevolgd, waaronder de rechtbank Den Haag. Deze heeft, zonder echt in te gaan op de vraag of überhaupt sprake was van onrechtmatige staatssteun, een bestuursorgaan opgedragen contact met de Commissie te zoeken vanwege de omstandigheid dat de mogelijk onrechtmatige staatssteun, indien aangemeld, waarschijnlijk door de Commissie zou zijn goedgekeurd.[345] Het CBb heeft op zijn beurt de weigering om compensatie te verlenen voor de volledige op grond van een visverbod geleden schade vernietigd op grond van het even-

342 Zie in dit hoofdstuk § 5.3.7. Vgl. Rb Maastricht 19 mei 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AX3105 (*Sint Servatius*), 'De motivering van verweerder overtuigt dus niet.'

343 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*), r.o. 5.5.

344 Interessant: de bezwaarschriftencommissie in deze procedure had ook al geadviseerd om de Commissie te benaderen, 'aangezien de door beide partijen ingeschakelde deskundigen op het gebied van staatssteunrecht geen eensluidend oordeel geven'. Rb 's-Gravenhage 28 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT7119 (*Tijdelijke verordening stimulering Voordelta*), r.o. 2.9. Er moet wel een daadwerkelijke discussie over het al dan niet bestaan van staatssteun zijn gevoerd. Dat valt althans indirect af te leiden uit ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2913 (*Stichting Innovatieprojecten OIZ*), r.o. 3.1. Al te vergezochte beroepen leiden voor de overheid niet tot succes: ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1986 (*QliQ*), r.o. 6.

345 Rb Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726 (*SLG Zuid-Holland*), r.o. 4.3.

redigheids- en het gelijkheidsbeginsel. De door het betrokken bestuursorgaan aangevoerde reden voor de beperking van de compensatie, 'namelijk toepassing van een subsidieplafond ten einde te verhinderen dat toepassing van de Regeling als staatssteun zou worden aangemerkt',[346] maakte dit voor het College niet anders.

5.5.4.3 Een Europees kader en een nationale plicht

Wat betekenen deze uitspraken naar Nederlands en naar Europees recht? Het gaat in deze situaties om de weigering van een voordeel aan een mogelijke begunstigde. Het EU-recht stelt daarover in beginsel geen regels. Een mogelijke schending van de standstillbepaling is niet aan de orde en het EU-recht kent geen positieve verplichting om een voordeel toe te kennen.[347] Het is in deze gevallen het Nederlands bestuursrecht dat, op basis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder omstandigheden een dergelijke plicht oplegt. Er kan worden aangenomen dat het EU-recht aan een dergelijke verplichting niet in de weg staat, zolang de opschortingsplicht, waar van toepassing, wordt geëerbiedigd.[348]

De belangrijke vraag is dan wie in dat soort gevallen moet bepalen of het gevraagde voordeel ook conform de staatssteunregels kan worden verleend. De bestuursrechter lijkt deze taak in de zojuist genoemde uitspraken in eerste instantie bij het betrokken bestuursorgaan en in tweede instantie bij de Europese Commissie neer te leggen. Helemaal onbegrijpelijk is dat niet. De Commissie zou daartoe gezien haar expertise veel beter in staat zijn dan de rechter. Daarnaast kan de Commissie zich, anders dan de rechter, zo nodig ook over de verenigbaarheid van een vermeende steunmaatregel uitlaten. Dat is relevant omdat de mogelijkheid om een gevraagd voordeel te verlenen in dit soort situaties niet alleen afhangt van de vraag of sprake is van onrechtmatige staatssteun.[349] De bestuursrechter legt de verantwoordelijkheid voor een zorg-

---

346 CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:30 (*Visserijbedrijf*), r.o. 4.7. In gelijke zin: CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:29 (*Visserijbedrijf*). Zie kritisch: H.C. Lagrouw en M.K.G. Tjepkema, 'Noot bij ABRvS (2014-01-29)(Tegemoetkoming tijdelijk aalvisverbod), *AB* 2014, 177.

347 Een dergelijke verplichting valt niet uit art. 108 lid 3 VWEU af te leiden, en evenmin uit de daarop gebaseerde jurisprudentie van het Hof van Justitie. Vgl. Rb 's-Gravenhage 28 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT7119 (*Tijdelijke Verordening stimulering Voordelta*), r.o. 5.9-5.10.

348 Dit op grond van de voorrang van het EU-recht. Het CBb had dat dan ook moeten expliciteren in de zaken CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:30 (*Visserijbedrijf*) en CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:29 (*Visserijbedrijf*). Anders: Van Herwijnen 2015, p. 225, volgens wie de Ridderstee-vergewisplicht de tussen de nationale rechter en de Commissie bestaande bevoegdheidsverdeling feitelijk doorkruist. Van Herwijnen merkt terecht op dat een verplichting om met de Commissie in contact te treden niet volgt uit de gedragscode van de Commissie (p. 230).

349 Het gaat dan om de situatie waarin nog geen voordeel is verleend maar naar de toekomst toe moet worden beoordeeld of dat kan.

vuldige besluitvorming daarnaast op het bestuursorgaan, dat zo nodig zelf de Commissie moet betrekken in plaats van af te wachten of de vermeende begunstigde naar de rechter stapt om over de toepassing van het staatssteunrecht opheldering te vragen.[350]

Daar staat tegenover dat sterk kan worden betwijfeld dat de Commissie zit te wachten op vragen van bestuursorganen die een voordeel op grond van het staatssteunrecht willen weigeren.[351] Anders dan in de zaak *Martinihal* helpt een dergelijke vraag namelijk niet voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt uitgekeerd. Zij helpt hooguit voorkomen dat overheden zich te gemakkelijk op het staatssteunrecht beroepen – wat vanuit het oogpunt van een zorgvuldige besluitvorming beslist valt toe te juichen.[352] Met de naleving van de standstillbepaling heeft dat echter maar zijdelings te maken. De kans dat de door de bestuursrechter bedoelde vragen aan de Commissie prioriteit krijgen is daardoor klein, terwijl het risico bestaat dat de Commissie zich niet zal laten verleiden tot een concrete uitspraak (waarop de mogelijke begunstigde gerechtvaardigd zou kunnen vertrouwen).[353] Ondertussen zal de belanghebbende op een eindbeslissing op zijn aanvraag moeten wachten en kan, bijvoorbeeld in het geval van een subsidieplafond, ook voor andere aanvragers onzekerheid blijven bestaan over hun rechtspositie. Het is de vraag of dit te rechtvaardigen valt, zeker nu de rechter op zijn minst in theorie volledig in staat moet zijn om (op de verenigbaarheid na) de staatssteunconformiteit van een maatregel te beoordelen.

Op het gebied van de in dit hoofdstuk bestudeerde kwalificatievraagstukken leidt het voorgaande tot op zijn minst één belangrijke conclusie. Waar een overheid zich op het staatssteunrecht beroept, ziet de bestuursrechter blijkbaar geen of slechts een beperkte rol voor zichzelf weggelegd bij de kwalificatie van de vermeende steun in het licht van artikel 107 lid 1 VWEU. Dat lijkt deze rechter het liefst over te laten aan de expert op dat gebied – de Commissie.

> Het ziet ernaar uit dat de Ridderstee-vergewisplicht geen lang leven beschoren is. In de consultatieversie van een in juni 2016 geïntroduceerd wetsvoorstel terugvordering staatssteun is een derde lid toegevoegd aan art. 4:35 Awb. Op grond daarvan wordt een subsidieverlening geweigerd 'indien de verstrekking van

350 De Moor-van Vugt 2015, p. 606 wijst daarnaast op de mogelijkheid dat de keuze van de Afdeling om de zaak niet zelf af te doen mede is ingegeven door de wens van de partijen.

351 Vgl. Saanen 2013b, p. 245. Ook kritisch: Huurnink en Van den Tweel 2014, p. 96.

352 Zo ook J.R. van Angeren, 'Noot bij ABRvS (2013-02-13)(Niet zonder meer aannemelijk dat subsidieverlening staatssteun inhoudt)', *AB* 2014, 290, aant. 7.

353 Een rechterlijk oordeel biedt wat dat betreft veel meer rechtszekerheid, omdat het gezag van gewijsde wordt geëerbiedigd ook al blijkt achteraf dat een door de rechter toegestane steunverlening niet had mogen worden verleend. HvJ EU 22 december 2010, nr. C-507/08 (*Commissie/Slowakije*), *dictum*. Dit is anders wanneer de Commissie al heeft geoordeeld dat sprake is van een met de interne markt onverenigbare steunmaatregel. HvJ EU 18 juli 2007, nr. C-119/05 (*Lucchini SpA*), *dictum*.

subsidie *naar het oordeel van het bestuursorgaan* niet verenigbaar is met het bepaalde in de artikelen 107 en 108 [VWEU]'.[354] Het blijkt uit de memorie van toelichting (p. 8) dat deze bepaling een reactie vormt op de Ridderstee-uitspraak. Het is de bedoeling dat een subsidie ook zonder overleg met de Commissie kan worden geweigerd, althans 'ingeval van evidente strijdigheid met de Europese staatssteunregels'. Daarmee wordt meer recht gedaan aan de door de Commissie opgestelde Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures,[355] waarin de Commissie, aldus de memorie van toelichting (terecht), '(alleen) in het geval van beoogde aanmeldingen van steun aandringt op voorafgaand overleg'. In een eerder wetsvoorstel terugvordering staatssteun in 2008 werd over de wenselijkheid om met de Commissie overleg te voeren nog anders gedacht.[356]

5.5.4.4 De grote afwezige: geschillen over het terugdraaien van al verleende staatssteun

Het valt op dat in de bestudeerde bestuursrechtelijke jurisprudentie geen zaken opduiken waarin over het bestaan van staatssteun is gediscussieerd in het kader van het terugdraaien van vermeend ten onrechte verleende steun (bijvoorbeeld door middel van een terugvorderingsbesluit of zelfs de lagere vaststelling van een subsidie).[357] Er zijn wel gevallen waarin over het terugdraaien van steun is geprocedeerd, maar dan in de in hoofdstuk 6 besproken gevallen waarin al duidelijk is dat sprake is van staatssteun en ter discussie staat of deze binnen het goedkeuringsbesluit van de Europese Commissie valt.[358] Misschien is dat toeval. Het is waarschijnlijker dat de afwezigheid van dit soort zaken in dit hoofdstuk te wijten valt aan de bewijsrechtelijke regels die in het geval van het terugnemen van een voordeel gelden. Wanneer een verleend voordeel (ambtshalve) wordt teruggenomen, liggen bewijsvoeringslast en bewijsrisico op grond van artikel 3:2 Awb in beginsel op het bestuursorgaan dat het voordeel terugneemt.[359] Het terugnemen van een voordeel is daarnaast een ingrijpendere maatregel dan een weigering om een voordeel toe te kennen. Het ligt voor de hand, zoals ook in de gevoerde interviews wordt bevestigd, dat aan de bestuurlijke beoordeling in zulke gevallen veel hogere eisen worden gesteld – mogelijk een belangrijke reden om van dergelijk ingrijpen af te zien.

---

354 Consultatieversie wetsvoorstel terugvordering staatssteun, beschikbaar via <https://www.internetconsultatie.nl/wetterugvorderingstaatssteun> (laatst geraadpleegd: 15-7-2016). Cursivering door AJM.

355 Mededeling van de Commissie van 16 juni 2009 'Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures', *PbEU* 2009, *C* 136/13.

356 Zie daarover in hoofdstuk 8 § 8.2.2.4.

357 Voor de burgerlijke rechter komen zulke zaken wel voor, zie in dit hoofdstuk § 5.5.2.

358 Een mooi voorbeeld van zo'n geschil is ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*). Zie daarover nader in hoofdstuk 6 § 6.7.1 en in hoofdstuk 7 § 7.3.1.2.

359 Schuurmans 2005, p. 87.

5.5.4.5 Tussenconclusie

Verschillende uitspraken van de bestuursrechter gaan over de situatie waarin de overheid zich op de standstillbepaling beroept. Anders dan in civiele zaken gaat het nooit om het terugdraaien van steun maar om het weigeren van een gevraagd voordeel. In zulke gevallen moet de aanvrager aantonen dat hij voor dat voordeel in aanmerking komt. Of hij ook moet aantonen dat toekenning van het voordeel (anders dan het betrokken bestuursorgaan meent) niet tot staatssteun leidt, hangt af van de regelgeving op basis waarvan het voordeel wordt gevraagd.

Ook in geschillen tussen de overheid en de vermeende begunstigde geldt een vergewisplicht voor de overheid. Als een aanvrager op wie de bewijslast rust uitvoerig en aan de hand van documenten heeft betoogd dat toewijzing van zijn aanvraag niet zal leiden tot staatssteun, mag het betrokken bestuursorgaan de aanvraag niet met een beroep op de standstillbepaling afwijzen zonder eerst met de Commissie in contact te treden. Dat volgt uit de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Ridderstee*. Het verdient opmerking dat deze vergewisplicht, anders dan in de uitspraak *Martinihal*, er niet toe leidt dat mogelijk onrechtmatige staatssteun niet wordt uitgekeerd. Het gaat er 'alleen' om dat de overheid een gevraagd voordeel niet te gemakkelijk met een beroep op het staatssteunrecht weigert. Met name het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen zich daartegen verzetten. Het bestaan van de vergewisplicht betekent daarentegen ook hier dat de uiteindelijke vraag of sprake is van staatssteun niet door de bestuursrechter wordt beantwoord, maar door het bestuur (wiens oordeel wel weer door de rechter kan worden gecontroleerd) met hulp van de Commissie. Of de Commissie op dit soort vragen zit te wachten, valt sterk te betwijfelen.

5.6 Mogelijke verklaringen voor een laag slagingspercentage

De meest in het oog springende constatering op basis van het verrichte jurisprudentieonderzoek is dat de rechter nagenoeg nooit tot het oordeel komt dat in een specifiek geval sprake is van staatssteun.[360] Het is de moeite waard om daartegenover bij wijze van afsluiting de besluitenpraktijk van de Commissie te stellen. Het oordeel dat geen sprake is van staatssteun komt namelijk slechts in een kleine minderheid van de door de Commissie gepubliceerde besluiten voor. In het gros van de gevallen kwalificeert een maatregel of regeling wel als staatssteun maar wordt besloten om daartegen geen bezwaar te maken (artikel 4 lid 3 Procedureverordening) of wordt de formele onderzoeksprocedure geopend om over de verenigbaarheid van de staatssteun met

360 Vergelijkbare conclusies gelden ook voor het reguliere mededingingsrecht. Braeken en Eijberts 2015.

de interne markt een eindoordeel te vellen (artikel 4 lid 4 Procedureverordening).[361] Met andere woorden: waar de gepubliceerde jurisprudentie van de Nederlandse rechter slechts zelden het oordeel bevat dat aan de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan, ontstaat op basis van de gepubliceerde besluiten van de Commissie bijna het tegenovergestelde beeld.

Rechtvaardigt dit contrast de gevolgtrekking dat de Nederlandse rechter onvoldoende in staat is, of onvoldoende gebruik maakt van de mogelijkheden naar Nederlands recht, om het staatssteunrecht te handhaven? Die conclusie is verleidelijk, maar voorbarig. Naast het feit dat de Commissie werkt in een ander procedureel kader met eigen onderzoeksbevoegdheden, is het geen gegeven dat de Commissie te maken krijgt met vergelijkbare geschillen als waarover bij de Nederlandse rechter wordt geprocedeerd, en kunnen klachten die geen aanleiding geven tot nader onderzoek over de verenigbaarheid met de staatssteunregels ook zonder besluit worden afgedaan.[362] Sterker nog: bij het voorstel tot wijziging van de Procedureverordening heeft de Commissie gewezen op de ruim 300 klachten die per jaar worden ingediend, waarvan vele niet zijn ingegeven door daadwerkelijke mededingingsbelangen, dan wel onvoldoende gesubstantieerd zouden zijn.[363]

Daarnaast vallen voor het lage 'slagingspercentage' van staatssteunberoepen in de Nederlandse rechtspraak minimaal vijf verschillende verklaringen aan te dragen die er niet per se op neerkomen dat de rechter terughoudender (of: te terughoudend) is bij het kwalificeren van een maatregel als staatssteun.

Een eerste mogelijke verklaring voor het voor de Nederlandse rechtspraak geschetste beeld is dat de in dit onderzoek bestudeerde rechtspraak niet representatief is voor de stand van zaken van de handhaving van het staatssteunrecht op nationaal niveau. Gesprekken met advocaten en rechters bieden voor deze verklaring enige houvast. Het is denkbaar dat een procedure alleen tot een (gepubliceerde) (eind)uitspraak leidt in de gevallen waarin het bestaan van staatssteun niet of onvoldoende aannemelijk kan worden gemaakt. In andere gevallen is het al vóór of tijdens de procedure mogelijk om met de

361 In theorie kan dan alsnog worden geoordeeld dat niet aan de voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU is voldaan, maar dat is bij mijn weten in de praktijk nog niet gebeurd. De bovenstaande conclusies zijn gebaseerd op de website <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>. Daarbij is gefilterd op de periode 12 december 2013 tot en met 12 juni 2014 en de procedure NN, die wordt toegepast in het geval van niet-aangemelde steun (doorgaans naar aanleiding van een klacht van een concurrent). Dit heeft binnen de bestudeerde periode geleid tot 38 besluiten. In drie van deze besluiten is geoordeeld dat geen sprake is van steun (artt. 4 lid 2 en 9 lid 2 Pvo). Vgl. Nicolaides 2014, p. 411.

362 Europese Commissie 16 juni 2009, 'Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures', *PbEU* 2009, *C* 136/13, randnrs. 49-50.

363 Voorstel van de Europese Commissie van 5 december 2012 voor een verordening van de Raad tot wijziging van Verordening nr. 659/1999/EG van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, COM(2012) 725 def., p. 4.

overheid tot een minnelijke schikking te komen, waardoor een (eind)uitspraak achterwege blijft.[364] Specifiek voor het bestuursrecht geldt dat 'terechte' beroepen al tijdens de bezwaarfase kunnen zijn opgelost en een verdere procedure voor de rechter onnodig is. Deze verklaring houdt met andere woorden in dat de 'succesvolle' staatssteunzaken met de gekozen onderzoeksmethode buiten beeld blijven, waardoor het geschetste beeld op basis van de onderzochte jurisprudentie vertekend is. In hoofdstuk 3 is ook al de mogelijkheid genoemd dat gedupeerden van schendingen van de staatssteunregels afzien van het voeren van een procedure om hun goede relatie met de steunverlenende overheid niet op het spel te zetten.[365]

Een tweede mogelijke verklaring is dat in een belangrijk deel van de bestudeerde uitspraken daadwerkelijk geen sprake is van onrechtmatige staatssteun, dan wel dat partijen zonder steekhoudende onderbouwing een beroep op het staatssteunrecht doen onder het motto 'baat het niet dan schaadt het niet'. Daaraan valt zeker te denken wanneer partijen naast de standstillbepaling een hele reeks andere argumenten aanvoeren waarom het door hen gewenste rechtsgevolg zou moeten intreden. Het is zeker niet ondenkbaar, zoals ook in verschillende gesprekken met rechters en advocaten is bevestigd, dat partijen een beroep op de standstillbepaling er met de haren bij slepen zonder heel concreet te (kunnen) maken waar de gestelde staatssteun dan precies in bestaat. Vriendelijker geformuleerd kunnen soms vraagtekens worden gezet bij de inschatting door deze partijen van de relevantie van het staatssteunrecht voor de situatie waartegen zij zich verzetten. Interviews met rechters bevestigen dat het EU recht in het algemeen, als machtig instrument, graag wordt ingeroepen. Dit heeft tot gevolg dat het verleidelijk is om aan te nemen dat een 'echt' staatssteunrechtelijk probleem wel gemakkelijk te herkennen zal zijn, bijvoorbeeld doordat in ieder geval ook de Commissie bij de zaak is betrokken. Het lage slagingspercentage van staatssteunzaken valt binnen deze verklaring dus in ieder geval voor een deel te wijten aan het procesgedrag van de betrokken partijen.

Een derde mogelijke verklaring is dat (in een deel van de geschillen) wel degelijk sprake is van onrechtmatige staatssteun, maar dat de partij die zich daarop beroept dit niet kan aantonen vanwege informatie-asymmetrie.[366]

---

364 Het verdient opmerking dat in een minnelijke schikking, zoals ook uit interviews naar voren is gekomen, de oplossing van het geschil centraal staat. Of die oplossing 'staatssteunconform' is, is een andere vraag.

365 Vgl. hoofdstuk 3, § 3.1.1.

366 Steun hiervoor biedt ook Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 5. De moeilijkheid om bewijs te verkrijgen geldt ook in algemene zin in het burgerlijk recht. Zie de Nederlandse reactie op het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, bijlage bij *Kamerstukken* 2007-2008, 22112, nr. 660, p. 7-8. Ook: Komninos 2008, p. 225-6, binnen de context van het mededingingsrecht: 'Indeed, many actions fail because the plaintiff cannot have access to information held by the defendant or sometimes by third parties […]. He essentially has the unenviable task of proving a competition law infringement in the slightest detail'.

Het is binnen deze verklaring vooral de toegang tot informatie die in staatssteunzaken de boosdoener is. Dat geldt vooral in de situatie waarin een concurrent jegens de overheid een beroep doet op de standstillbepaling. Waar een dergelijke marktdeelnemer in beginsel goed in staat zal zijn om de markt te analyseren en aan te geven wanneer een maatregel marktconform zou zijn, is het niet vanzelfsprekend dat hij de nodige informatie heeft om aan te tonen dat de specifieke door hem bestreden maatregel, waar relevant in het licht van alle tussen de vermeende begunstigde en de overheid gemaakte afspraken, van de normale marktsituatie afwijkt.[367] Dit lijkt vooral in procedures voor de burgerlijke rechter van groot belang.[368] Bevestiging voor deze verklaring kan worden gevonden in de omstandigheid dat het bestaan van staatssteun vaker wordt aangenomen wanneer de overheid een beroep doet op het staatssteunrecht dan wanneer een derde dat doet. Het is namelijk waarschijnlijk dat de overheid, als vermeend steunverlener, meer informatie tot zijn beschikking heeft over de precieze gemaakte afspraken, marktomstandigheden, aanvullende eisen en wat verder nog relevant is voor de vraag of aan een bepaalde onderneming een niet-marktconform voordeel is verstrekt.[369] Tegelijkertijd valt het op dat maar zelden (bestuursrechtelijke) procedures worden gepubliceerd naar aanleiding van Wob-verzoeken in staatssteunzaken.[370] Zulke verzoeken zullen niet altijd nodig zijn, nu de overheid in sommige gevallen de gevraagde informatie ook vrijwillig heeft verstrekt.[371] Als moet worden vastgesteld dat situaties van onrechtmatige staatssteun door de Nederlandse rechter onvoldoende worden herkend vanwege het bestaan van informatie-asymmetrie, kunnen constructies als bewijsvermoedens of een verzwaarde stelplicht uitkomst bieden.[372] Eerder in dit hoofdstuk is betoogd dat de be-

367 Vgl. Conclusie A-G Tizzano 30 maart 2006, bij HvJ EU 7 september 2006, nr. C-526/04 (*Laboratoires Boiron*), ov. 70.

368 Zie hierboven in dit hoofdstuk § 5.5.1. Een aantal bestuursrechters geeft desgevraagd aan in de interviews aan bij de toegang tot informatie in *bestuursrechtelijke* staatssteungeschillen geen probleem te zien. Voor zover hier wel moeilijkheden bestaan, zien zij voor de bestuursrechter in beginsel geen rol om deze asymmetrie op te lossen.

369 Zie echter voor een uitzondering: Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*).

370 ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8796 (*Berkhout is Bòòs!*). Van de weinige procedures gaan de meeste over het opvragen van de communicatie tussen de overheid en de Europese Commissie in het kader van een staatssteunprocedure voor de Commissie. Zie Rb Amsterdam 30 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4769 (*GDF SUEZ*); ABRvS 23 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU6653 (*Openbaarmaking van documenten*); Rb Leeuwarden 12 mei 2000, ECLI:NL:RBLEE:2000:AA5771 (*SCI-affaire*). Zo lang het onderzoek van de Commissie nog loopt, zal zulke informatie doorgaans niet openbaar worden gemaakt: ABRvS 23 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU6653 (*Openbaarmaking van documenten*).

371 Rb 's-Gravenhage 24 september 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BF4232 (*De Raad Bouw*).

372 In het kader van het reguliere mededingingsrecht is een systeem van bewijsvergaring voorgesteld dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zou moeten versoepelen. Dat is neergelegd in Richtlijn 2014/104 (richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht). Tzankova, Plomp en Raats 2013, p. 183, merken op dat dit systeem

stuursrechtelijke vergewisplicht een dergelijke rol kan vervullen. Ook het burgerlijk recht biedt voor zulke constructies tot op bepaalde hoogte ruimte.[373]

Ten vierde is het mogelijk dat (in een deel van de geschillen) wel sprake is van onrechtmatige staatssteun maar dat het, nog onafhankelijk van de beschikbare informatie, te moeilijk is om de Nederlandse rechter daarvan te overtuigen vanwege de complexiteit van het begrip staatssteun.[374] Dat de kwalificatie van een steunmaatregel moeilijk kan zijn, is bekend. Met name de vraag of sprake is van een niet-marktconform voordeel kan om ingewikkelde economische beoordelingen vragen, zeker wanneer geen aanbestedingsprocedure is gevolgd. Natuurlijk is het mogelijk (en soms zelfs verplicht) om bij zulke moeilijkheden een prejudiciële vraag te stellen. Dit biedt echter geen uitkomst wanneer problemen bij de feitenvaststelling vooral feitelijk van aard zijn – terwijl bij het aantonen van staatssteun vaak juist een vergaande feitelijke onderbouwing nodig is.[375] De rechter lijkt de moeilijke staatssteunbeoordelingen in sommige gevallen veel liever door de Europese Commissie te laten uitvoeren.[376] Sterker nog, sommige bestuursrechters hebben in de interviews expliciet aangegeven zichzelf slecht geëquipeerd te achten om het bestaan van staatssteun vast te stellen en de Commissie hiertoe veel beter in staat te achten. Als het probleem inderdaad ligt bij de expertise van de Nederlandse rechter, zou dit pleiten voor een betere staatssteunopleiding voor rechters of zelfs voor gespecialiseerde rechtscolleges.

Ook een (te) zware toetsingsmaatstaf kan, tot slot, aan een succesvol beroep op de staatssteunregels in de weg staan. Een zware toetsingsmaatstaf kan volgen uit het toepasselijke nationale procesrecht. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan het door middel van een besluit terugdraaien van een voordeel – een ingrijpende maatregel die op grond van het bestuursprocesrecht streng wordt getoetst. Van procedures over dit soort besluiten bestaan in de bestudeerde jurisprudentie alleen voorbeelden in gevallen waarin al vaststaat dat sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Aan een discussie of een maatregel kwalificeert als staatssteun willen bestuursorganen zich in zulke gevallen blijkbaar niet wagen. Een zware toetsingsmaatstaf kan daarnaast een goede oplossing zijn wanneer om enige reden een aarzeling bestaat om te concluderen dat de standstillbepaling is of zal worden geschonden. Wellicht dat de gevolgen daarvan te zwaar worden gevonden of te

op zijn minst gedeeltelijk wettelijke verankering behoeft omdat het een rechtspolitieke afwijking van de hoofdstegel van stelplicht en bewijslast inhoudt.

373 Zie eerder in dit hoofdstuk § 5.5.3.4.

374 In de context van grondtransacties: Sterk 2009, p. 429: het 'is, gelet op het feit dat zeer moeilijk is de waarde van grond en gebouwen vast te stellen, aan te raden dat de Afdeling voorzichtig is met het zelfstandig aannemen dat een transactie marktconform is'.

375 Vgl. Chérot 2007, p. 178. Zie daarnaast Parret 2015: 'Maar als op uitkristallisering van de begrippen in Luxemburg wordt gewacht, kunnen we lang blijven wachten'.

376 Bijvoorbeeld via een vergewisplicht.

moeilijk vallen te overzien. Misschien ligt de zaak wel te gevoelig of wordt buiten de rechtszaal aan een andere oplossing gewerkt. Of zulke overwegingen in de bestudeerde jurisprudentie een rol spelen, valt moeilijk vast te stellen.[377] Een andere omstandigheid wijst wel op deze mogelijkheid. Het gaat dan om het opvallende gebrek aan uitspraken waarin de bestuursrechter zich over de kwalificatie van een subsidie als mogelijke staatssteun uitlaat. Juist in dat soort zaken zou het betrekkelijk gemakkelijk moeten zijn om te bepalen of sprake is van staatssteun of niet. Aan een dergelijke beoordeling wordt echter doorgaans niet toegekomen omdat al wordt geoordeeld dat aan een belangvereiste niet is voldaan (zie hoofdstuk 4). Dat juist bij maatregelen die relatief gemakkelijk te kwalificeren zijn niet aan die kwalificatie wordt toegekomen, doet op zijn minst vermoeden dat er impliciete redenen kunnen bestaan om niet tot een schending van de standstillbepaling te concluderen. Ook het hanteren van een betrekkelijk hoge toetsingsmaatstaf kan daarvoor een geëigende manier zijn.

Tussen de complexiteit van de kwalificatie van staatssteun en het bestaan van een zware toetsingsmaatstaf is natuurlijk een wisselwerking denkbaar: als het erg moeilijk is om te beoordelen of sprake is van staatssteun, terwijl de consequenties van die kwalificatie zeer ingrijpend zijn of moeilijk vallen te overzien, is het goed denkbaar (en valt te verdedigen) dat de rechter ervoor waakt te snel van het bestaan van onrechtmatige staatssteun uit te gaan. Op deze problematiek wordt verder ingegaan in hoofdstuk 7.

Voor deze laatste drie verklaringen, de problematische toegang tot informatie, de complexiteit van de kwalificatie en de (te) hoge bewijsstandaard, pleit ook de omstandigheid dat in het ene geval waarin een derde met succes heeft aangevoerd dat een maatregel kwalificeert als staatssteun, de vermeende steunverlener dat al met zoveel woorden had toegegeven. Ook de ervaring in mededingingszaken wijst in deze richting. Het is veelzeggend dat procedures voor de Nederlandse burgerlijke rechter in reguliere mededingingszaken bijna altijd meeliften op een beslissing van een mededingingsautoriteit (de ACM of de Commissie) of 'regulator'.[378] Terzijde kan worden opgemerkt dat in het burgerlijk recht een lichte tendens lijkt te bestaan om gedupeerde concurrenten die tevergeefs het staatssteunrecht inroepen wel enige rechts-

377 Dit zou een verklaring kunnen zijn voor de uitspraak van de Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*). In deze uitspraak is geoordeeld dat geen sprake was van onrechtmatige staatssteun wegens het ontbreken van een interstatelijk effect. De vordering tot terugvordering is zodoende afgewezen. Wel toegewezen is de (in het burgerlijk recht veel gebruikelijkere) vordering tot het verlenen van schadevergoeding, en wel omdat de gemeente een niet-marktconform voordeel zou hebben verstrekt aan een concurrent van eiseres en zo in strijd zou hebben gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel.

378 Zippro 2009, p. 616.

bescherming te bieden over de band van het zorgvuldigheidsbeginsel.[379] Aan de handhaving van de staatssteunregels draagt dit niet bij, maar aan de niet onbelangrijke bescherming van concurrentiebelangen in Nederland wel.

Voor het lage slagingspercentage van staatssteunberoepen bij de Nederlandse bestuurs- en burgerlijke rechter vallen kortom verschillende verklaringen aan te dragen. Waarschijnlijk spelen zij allemaal een rol. Welke verklaringen het zwaarst wegen en hoe zij zich tot elkaar verhouden, valt nauwelijks vast te stellen. Wat zegt dit vervolgens over de rol van de Nederlandse rechter bij de kwalificatie van staatssteun? Die rol is in ieder geval niet wat men zich daarbij op basis van de Europese jurisprudentie en de mededelingen van de Commissie zou voorstellen. Bij de mededeling over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties uit 2009 was de hoop en verwachting van de Commissie dat de nationale rechter een grotere rol zouden spelen met de handhaving van de staatssteunregels en het bieden van rechtsbescherming aan justitiabelen.[380] Men zou dan verwachten dat de rechter toch wat vaker dan nu het geval is een schending van de standstillbepaling 'vangt'. Misschien doet hij dat ook wel, maar blijven deze gevallen in dit onderzoek onzichtbaar omdat zij eindigen in een schikking. Het bestaan van een proceduremogelijkheid bij de nationale rechter kan daarnaast een voorkomende werking hebben. Misschien heeft Nederland (mede om die reden) ook wel weinig staatssteunproblemen. Dat zou mooi zijn.

Dat neemt niet weg dat er nog steeds betrekkelijk veel zaken zijn waarin wél in een staatssteungeschil uitspraak is gewezen. Dat betekent ofwel dat het staatssteunrecht wordt ingeroepen in situaties waar het niet voor is bedoeld. Dat is een onwenselijke situatie, want dit veroorzaakt voor rechters en de betrokken partijen onnodige lasten en kan in het ergste geval betekenen dat *bona fide* staatssteunberoepen minder aandacht krijgen dan zij verdienen. De moraal van 'de jongen die wolf riep'[381] dringt zich op. Het alternatief is niet veel aantrekkelijker: dat houdt namelijk in dat op basis van het huidige Nederlandse procesrecht onvoldoende mogelijkheden bestaan (of worden

379 Rb Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591 (*MuzyQ*); Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*). Het is mogelijk dat de betrokken rechters bij de concrete toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel inspiratie aan het (volgens hen niet van toepassing zijnde) staatssteunrecht hebben ontleend. A.A. al Khatib en T. Barkhuysen, 'Annotatie bij Rb Den Haag (2013-09-11)(Rechtmatigheid financiële garantstelling door gemeente)', *JG* 2013, 68, aant. 11.

380 Mededeling van de Commissie van 9 april 2009 over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties *PbEU* 2009, C 85/1, randnrs. 4-6.

381 Naar de fabel van Aesopus over een zoon die van zijn vader op de geiten moest passen en hem moest roepen als er een wolf kwam om de geiten op te eten. Drie keer sloeg hij loos alarm. Dat had hij niet moeten doen, want toen hij voor de vierde keer 'wolf' riep, luisterde zijn vader niet meer. De jongen en zijn geiten zijn door de wolf opgegeten – wat uiteraard een triester eind is dan dat van de *bona fide* concurrent die zich zonder succes op de standstillbepaling beroept.

gebruikt) om het staatssteunrecht te effectueren. In dat geval komt de last van de handhaving veel zwaarder op de Commissie te liggen. Onder het huidige systeem van 'vergelijkbare maar onderscheiden taken' is dat niet de bedoeling, nog nagelaten dat de Commissie zich blijkens de staatssteunmodernisering vooral op de grote mededingingsverstorende zaken wil richten.

In het vorige hoofdstuk is al opgemerkt dat het onder omstandigheden terecht kan zijn om oneigenlijke staatssteunberoepen via het belangvereiste te weren. In de overige gevallen geldt, zoals op verschillende punten in dit hoofdstuk naar voren is gekomen, dat zowel het burgerlijk recht als het bestuursrecht nog voldoende ruimte bieden om de problemen bij de kwalificatie van staatssteun op te lossen zonder dat (te) diep in het bestaande procesrecht hoeft te worden ingegrepen.[382] Ten overvloede: dat betekent nog niet dat de partijen van hun verantwoordelijkheden bij het aanleveren van de relevante feiten en argumenten worden ontheven. Er bestaat wel voldoende reden om aan te nemen dat deze verantwoordelijkheid op deze partijen zwaar drukt. Het toepasselijke procesrecht kan in zulke gevallen verlichting brengen en moet dat waar nodig ook doen.

5.7 SLOTBESCHOUWING

In dit hoofdstuk is de rol van de Nederlandse rechter bij de private handhaving van het Europese staatssteunrecht onderzocht in relatie tot één van zijn belangrijkste taken, de vaststelling of een bestreden maatregel daadwerkelijk staatssteun inhoudt. Als geen sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, komt immers ook de standstillbepaling niet aan de orde. Voor de vraag of de rechter zal meegaan in een betoog dat een maatregel kwalificeert als staatssteun is het niet alleen relevant wanneer volgens de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU van staatssteun sprake is, maar ook hoe de rechter tot deze beoordeling komt. Op deze laatste vraag richt zich dit hoofdstuk. Het zwaartepunt daarvan wordt gevormd door een analyse van de Nederlandse jurisprudentie waarin op enige manier het bestaan van staatssteun in het concrete geval ter discussie is gesteld. Dit jurisprudentieonderzoek is aangevuld met literatuuronderzoek om de juridische kaders weer te geven waarbinnen de Nederlandse rechter beoordeelt of sprake is van staatssteun, en met interviews met rechters en advocaten.

382 Een andere mogelijkheid zou zijn het Nederlandse recht op een aantal punten aan te passen. Daar wordt overigens, en terecht, voor gewaarschuwd omdat het aanpassen van bewijsrecht op specifieke gebieden zoals het staatssteunrecht kan leiden tot versnippering van het Nederlandse systeem. Zie de Nederlandse reactie op het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, bijlage bij *Kamerstukken* 2007-2008, 22112, nr. 660, p. 2.

Omdat ervoor is gekozen om geschillen over de betaling van een heffing buiten het bereik van dit deel van het onderzoek te houden, concentreert dit hoofdstuk zich op de manier waarop de burgerlijke rechter en de bestuursrechter met zulke kwalificatievraagstukken omgaan. In de kleine handvol uitspraken waarin de belastingrechter daadwerkelijk aan een beoordeling van het staatssteunkarakter van een maatregel is toegekomen, ging het nauwelijks om een serieus staatssteunberoep. Dit heeft zich vertaald in een bijzonder summiere motivering door de belastingrechter. Op basis daarvan valt over de rol van de belastingrechter *bij de kwalificatie* van steunmaatregelen nauwelijks iets te leren.

In aansluiting op de voor dit onderzoek gestelde deelvragen is dit hoofdstuk eerst het raamwerk geschetst waarbinnen de Nederlandse rechter moet vaststellen of al dan niet van staatssteun sprake is. Dat raamwerk bestaat enerzijds uit de regels van Nederlands (proces)recht die voor deze vaststelling de basis leggen, en anderzijds uit de eventuele eisen die het EU-recht daaraan stelt. De belangrijkste conclusies daarvoor zijn getrokken in de paragrafen 5.3.9 en 5.4.7.

Voor het nationale kader geldt dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter in ieder geval in theorie bij kwalificatievraagstukken een andere rol spelen – waaronder in dit hoofdstuk zoals gezegd zowel de vaststelling als de daarop volgende kwalificatie van de feiten worden geschaard. De theorie luidt dat de burgerlijke rechter lijdelijk is en de bal in een civiel geschil bijna volledig bij de procespartijen legt. Hij dient af te gaan op de door partijen gestelde feiten (voor zover zij niet of onvoldoende zijn betwist) en moet zich houden aan de grenzen van de rechtsstrijd zoals door de partijen bepaald. De bestuursrechter zou veel actiever zijn, want op zoek naar de materiële waarheid, en kan dus (bijvoorbeeld ter bescherming van de zwakkere partij die zich zonder procesvertegenwoordiging tegen een machtige overheid moet verweren) ook zelf een deel van het feitenonderzoek op zich nemen. Daarbij is het belangrijk dat de rechter doorgaans niet de eerste is die in een bestuursrechtelijke procedure de feiten vaststelt, maar het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen. De bestuursrechter volstaat er dus soms mee, te overwegen dat het bestuursorgaan die taak onvoldoende heeft vervuld en een nieuw besluit moet nemen – zonder dat hij zelf een eindoordeel geeft over de feiten. In § 5.3.9 is benadrukt dat deze verschillen steeds meer kunnen worden gerelativeerd. Desondanks blijven zij in het DNA van het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht zitten en kunnen zij wel degelijk van invloed zijn op de manier waarop in rechte met kwalificatievraagstukken wordt omgegaan – zij het dan in minder extreme mate dan de zojuist geschetste theorie.

Voor het Europese kader geldt dat de vraag hoe de kwalificatie van een maatregel met het oog op een mogelijke schending van de standstillbepaling wordt overgelaten aan het nationale procesrecht. Daarbij gelden wel de grenzen van het gelijkwaardigheidsbeginsel, het effectiviteitsbeginsel en het beginsel

van effectieve rechtsbescherming. De meest concrete regel die uit het EU-recht op basis van deze beginselen valt te destilleren is in deze context dat de rechter binnen de grenzen van zijn procesrecht een helpende hand moet bieden wanneer de partij die het bewijs moet leveren daartoe buiten haar schuld niet in staat is. Waar het EU-recht invulling geeft aan de materiële voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU, bepaalt het nationale recht wanneer het bestaan van staatssteun in rechte is komen vast te staan. Het is toegestaan dat daarvoor bijvoorbeeld in kort geding een andere maatstaf geldt dan in een bodemprocedure. De rechter hoeft het staatssteunrecht ook niet zonder meer ambtshalve toe te passen, hoewel deze vraag voor wat betreft het burgerlijk recht ook niet met zekerheid ontkennend kan worden beantwoord. Verder is geconcludeerd dat, waar de hierboven geschetste praktijk van de bestuursrechter om de feiten niet in alle gevallen zelf vast te stellen in principe geoorloofd lijkt, hierover specifiek in de context van het staatssteunrecht juist twijfel bestaat. Een bijzondere situatie bestaat wanneer niet een derde, maar de overheid zelf de standstillbepaling inroept. De Europese jurisprudentiële regels over de kwalificatie van staatssteun zijn niet op zulke geschillen toegeschreven. Waarschijnlijk gelden over de band genomen toch dezelfde regels, hoewel er rekening mee moet worden gehouden dat de toepasselijke nationale procesregels, de processuele en de feitelijke positie van de overheid in zulke geschillen vaak zullen afwijken van die van een concurrent die de bescherming van de standstillbepaling inroept.

De zojuist geschetste regels vormen het belangrijkste juridische raamwerk waarbinnen de rechter bij de kwalificatie van steunmaatregelen werkt. Natuurlijk wordt de rol van de rechter bij deze taak ook door andere factoren beïnvloed, zoals bijvoorbeeld de beschikbare tijd en expertise, de procesopstelling van de partijen en de aan het geschil ten grondslag liggende feitencomplexen. Deze factoren moeten natuurlijk worden onderkend, maar zij zijn in dit hoofdstuk niet systematisch onderzocht. Wel kan worden geconstateerd dat beroepen op het staatssteunrecht op basis van verschillende feitencomplexen op verschillende manieren worden ingestoken. Rechters zullen kortom worden geconfronteerd met uiteenlopende dossiers.

Voor zover rechters op basis van deze dossiers toekomen aan een inhoudelijke beoordeling van het begrip staatssteun,[383] is bij wijze van achtergrond kort bezien welke materiële voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU in hun uitspraken vooral van belang zijn. Daarbij valt het op dat niet altijd duidelijk wordt waaraan de rechter in een staatssteungeschil precies toetst. Voor zover dat wel kan worden beoordeeld, lijkt verreweg de meeste aandacht uit te gaan naar de vraag of sprake is van een voordeel, zeker bij de burgerlijke rechter. Dat neemt niet weg dat ook de andere elementen van het begrip staatssteun in de Nederlandse jurisprudentie een belangrijke rol kunnen innemen, zoals met name de vraag naar de beïnvloeding van de interstatelijke handel.

383 Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 4 voor gevallen waarin dit niet het geval is.

Tegen deze feitelijke en juridische achtergrond kan de rol van de rechter bij de kwalificatie van staatssteun verder worden uitgetekend. Het zwaartepunt van dit hoofdstuk lag bij de vraag welke rol de Nederlandse rechter blijkens zijn jurisprudentie vervult bij de beoordeling of in een specifiek geval sprake is van staatssteun. De belangrijkste conclusies daarvoor zijn in § 5.5 opgeschreven. Het meest opvallend is dat een beroep op het staatssteunrecht slechts zeer sporadisch slaagt. De rechter laat zich niet gemakkelijk van het bestaan van staatssteun overtuigen. De wegen naar dat oordeel voor de bestuursrechter en de burgerlijke rechter vertonen onderling verschillen en gelijkenissen. Bij wijze van conclusie worden hierna de belangrijkste verschillen en gelijkenissen naast elkaar gezet. Voor het overige verwijs ik naar de deelconclusies in § 5.5. Het eerste verschil ligt bij de wijze van toetsing van het begrip staatssteun.

De burgerlijke rechter toetst zelf of sprake is van staatssteun, de bestuursrechter niet (altijd).
In het bestuursrecht wordt uitgegaan van een zogenaamde vergwisplicht. Deze houdt in dat een bestuursorgaan wiens besluit kan neerkomen op het verlenen van onrechtmatige staatssteun, onder omstandigheden zelf moet onderzoeken of dit het geval is en daarbij zo nodig de Commissie om advies moet vragen. De burgerlijke rechter stelt daarentegen, afgaande op de stellingen van partijen, zelfstandig vast of in een specifieke situatie sprake is van staatssteun. Dit is in de kern een fundamenteel verschil tussen de aanpak van de beide rechters. Dat verschil sluit aan bij de taakopvatting van deze rechters zoals die in dit hoofdstuk is geschetst. De benadering van de burgerlijke rechter sluit het meest nauw aan bij het door het Hof van Justitie voorgestane model waarin de rechter vaststelt of sprake is van steun en daaraan zo nodig de relevante consequenties verbindt. De burgerlijke rechter gaat overigens niet zo ver – evenmin als de bestuursrechter – om bij de beoordeling of sprake is van staatssteun zelf deskundigenonderzoek te gelasten. Wel kunnen door partijen aangeleverde rapporten zoals bijvoorbeeld taxatierapporten in de beoordeling worden meegenomen.

Bij beide rechters moeten de partijen die zich op het staatssteunrecht beroepen, zelf aantonen dat sprake is van staatssteun.
De zich op het staatssteunrecht beroepende partij moet zowel voor de bestuursrechter als voor de burgerlijke rechter eerst zelf aantonen dat van staatssteun sprake is. Daarbij hoeft zij niet op veel tegemoetkoming van de rechter te rekenen, in de vorm van een feitelijke of juridische verlichting van de bewijslast in het burgerlijk recht of in de vorm van het toepassen van eigen onderzoeksbevoegdheden door de bestuursrechter. Dat beeld komt ook in de gevoerde interviews met rechters terug. Concurrenten van steunontvangers worden zeer goed in staat geacht om het bestaan van staatssteun aan te tonen – zij kennen de markt immers het beste. Dat hiermee nog niet is gegeven dat zulke concurrenten voldoende op de hoogte zijn van de specifiek tussen de overheid en

de vermeende begunstigde gemaakte afspraken, lijkt in de bestudeerde rechtspraak minder relevant.

De in dit hoofdstuk besproken vergewisplicht ontslaat partijen in het bestuursrecht niet van de verplichting om het bestaan van staatssteun zelf aan te tonen. De vergewisplicht leidt er ook niet toe dat in bestuursrechtelijke geschillen vaker of gemakkelijker wordt aangenomen dat het staatssteunrecht in het geding is – althans dat het betrokken bestuursorgaan het mogelijk bestaan van staatssteun onvoldoende heeft onderzocht of gemotiveerd. Daarvoor bestaat wel ruimte, zoals uit het volgende punt blijkt.

In het bestuursrecht wordt in staatssteunzaken in bepaalde gevallen een (soort) bewijsvermoeden toegepast, in het burgerlijk recht niet.

De bestuursrechtelijke vergewisplicht is in de Nederlandse literatuur bekritiseerd omdat deze eraan in de weg zou staan dat de rechter zelf aan een onrechtmatige steunmaatregel de nodige consequenties verbindt. Deze kritiek is op zich terecht, maar gaat eraan voorbij dat juist niet altijd valt vast te stellen of sprake is van een steunmaatregel. Als de vergewisplicht zo wordt begrepen dat het mogelijk is om een staatssteungeschil te beslechten (hoewel niet finaal) zonder dat volledig kan worden vastgesteld of aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan, kan dit juist ook kansen opleveren. Dit zou betekenen dat, wanneer een partij tot op zekere hoogte aannemelijk heeft gemaakt dat een maatregel staatssteun oplevert, het vervolgens aan het bestuursorgaan is om in een nieuw besluit (beter) te motiveren dat geen sprake is van staatssteun – of een inhoudelijk andersluidend en wél staatssteunconform besluit te nemen. Hierin valt een soort bewijsvermoeden te herkennen. In de bestudeerde privaatrechtelijke jurisprudentie bestaan geen voorbeelden van een dergelijke omkering (of verlichting) van de bewijslast. Tot een groot verschil tussen de uitspraken van deze rechters lijkt dit echter niet te leiden, nu in de bestudeerde periode nog niet voldoende is aangevoerd om de vergewisplicht te triggeren.

In het burgerlijk recht bestaat in bepaalde gevallen wel in theorie ruimte voor bewijsvermoedens, maar deze ruimte wordt niet gebruikt. In de geschillen voor de burgerlijke rechter is het namelijk vaak mogelijk om aanbestedingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke problematiek met elkaar in verband te brengen. In dit hoofdstuk is voorgesteld dat een schending van het aanbestedingsrecht zou kunnen leiden tot een vermoeden dat de daarop gesloten overeenkomst niet marktconform is. Dit wordt overigens in de huidige jurisprudentie, en in principe terecht, niet gedaan. Dat verband ligt in het bestuursrecht veel minder voor de hand. Dat ligt niet per definitie aan een andere insteek van staatssteungeschillen: ook in het bestuursrecht wordt vaak geprocedeerd vanwege het vermeend oneerlijk verdelen van rechten of plichten. Geschillen over een vermeend onjuiste aanbesteding worden namelijk, met uitzondering van zaken over concessies, voor de burgerlijke rechter uitgevoch-

ten. Daardoor ligt een bewijsvermoeden naar aanleiding van een schending van het aanbestedingsrecht bij de bestuursrechter veel minder voor de hand.

De burgerlijke rechter motiveert duidelijker dan de bestuursrechter waarom in een concreet geval (geen) sprake is van staatssteun.
Op basis van het verrichte jurisprudentieonderzoek is geconcludeerd dat lang niet altijd duidelijk is waarom de bestuursrechter tot het oordeel komt dat van staatssteun in een specifiek geval geen sprake is. Een beroep op het staatssteunrecht wordt regelmatig in zeer korte of algemene bewoordingen afgedaan. Natuurlijk bestaan er uitzonderingen die de regel bevestigen. Een verklaring zou kunnen zijn dat partijen in zulke procedures zelf over het bestaan van staatssteun weinig aanvoeren en de rechter dus ook weinig aanknopingspunten geven voor een motivering. Op basis van dit onderzoek valt dat niet met zekerheid vast te stellen. De jurisprudentie van de burgerlijke rechter is op dat punt veel uitvoeriger. Daaruit vallen ook aanknopingspunten af te leiden hoe concreet een partij haar stelling dat sprake is van staatssteun moet onderbouwen. Wellicht dat partijen voor de burgerlijke rechter hun stellingen grondiger onderbouwen dan voor de bestuursrechter, zodat een duidelijkere motivering mogelijk is. Tegelijkertijd is het ook denkbaar dat de burgerlijke rechter vanuit zijn lijdelijke rol duidelijker moet motiveren waarom de door de partijen aangevoerde stellingen wel of niet tot toewijzing van het beroep leiden. Aan de rechterlijke procedure is immers niet al een primair besluit en een besluit in primo voorafgegaan waarin de feitenvaststelling al aan de orde kon worden gesteld. Een laatste mogelijke verklaring voor het geconstateerde verschil is natuurlijk dat de bestuursrechter 'gewoon' minder dan de burgerlijke rechter geneigd is om op aangevoerde staatssteunargumenten diepgaand in te gaan.

De bestuursrechter en de burgerlijke rechter toetsen het staatssteunrecht niet ambtshalve
Het jurisprudentieonderzoek heeft geen uitspraken opgeleverd waarin de Nederlandse rechter ambtshalve het bestaan van staatssteun onderzoekt. Of de rechter dit wel zou moeten doen is op basis van de Europese jurisprudentie nog niet duidelijk. In hoofdstuk 3, § 3.5.6 is al opgemerkt dat het met name bij de (in dit hoofdstuk niet onderzochte) belastingrechter, wiens rol nu nog erg beperkt is, zou kunnen uitmaken als deze ambtshalve zou toetsen of de staatssteunregels zijn geëerbiedigd. Voor wat betreft de burgerlijke rechter en de bestuursrechter is op basis van de Europese jurisprudentie zoals gezegd nog niet duidelijk of het staatssteunrecht ambtshalve moet worden getoetst. Bij de burgerlijke rechter is dat nog wel denkbaar, hoewel de interpretaties van de Europese rechtspraak op dat punt uiteenlopen. Zelfs als duidelijk zou zijn dat de burgerlijke rechter ambtshalve moet toetsen, is het echter nog maar de vraag hoeveel verschil dit daadwerkelijk zou maken. Het dossier zou dan voor het bestaan van staatssteun voldoende aanknopingspunten moeten bieden,

zoals ook in verschillende interviews met rechters is bevestigd. Als het, zoals uit het jurisprudentieonderzoek blijkt, al moeilijk is om bij een expliciet beroep op de standstillbepaling het bestaan van staatssteun aannemelijk te maken, is het nog maar zeer de vraag of de rechter (op uitzonderingen na) op basis van een dossier ambtshalve voldoende aanleiding zal zien om op dat punt door te vragen.

De bestuursrechter legt duidelijke plichten op aan de (ten onrechte niet) steunverlenende overheid.
Een bijzondere situatie geldt wanneer niet een derde, maar de overheid zelf een beroep doet op het staatssteunrecht. In het bestuursrecht is het duidelijk dat de verplichting om te beoordelen of sprake is van staatssteun in zulke gevallen in wezen voortvloeit uit het nationale recht en dus niet uit het EU-recht. Dit kan tot spanningen leiden omdat de bestuursrechter niet zelf de knoop doorhakt of sprake is van staatssteun, maar de overheid verplicht om daarover zo nodig contact op te nemen met de Commissie. Dit is geen gelukkige keuze. Deze spanning is in de privaatrechtelijke zaken waarin de overheid zich op het staatssteunrecht beroept veel minder expliciet aanwezig. Hier behandelt de burgerlijke rechter het beroep van de overheid op een vergelijkbare manier als beroepen van derden: hij gaat na of de partij op wie de bewijslast rust in voldoende mate heeft aangetoond dat van staatssteun sprake is.

In de bestudeerde jurisprudentie is maar zelden het bestaan van staatssteun aangetoond. Daarvoor vallen verschillende redenen aan te wijzen.
Het lage slagingspercentage van staatssteungeschillen kan ten eerste worden verklaard door de mogelijkheid dat de in dit onderzoek bestudeerde rechtspraak niet volledig representatief is voor de stand van zaken van de handhaving van het staatssteunrecht op nationaal niveau, waardoor wél succesvolle beroepen op de staatssteunregels grotendeels buiten beeld blijven. Ten tweede is gewezen op de mogelijkheid dat in een belangrijk deel van de bestudeerde uitspraken daadwerkelijk geen sprake is van onrechtmatige staatssteun. Op een vergelijkbare manier is het denkbaar dat partijen zonder steekhoudende onderbouwing een beroep op het staatssteunrecht doen onder het motto 'baat het niet dan schaadt het niet'. Ten derde is gewezen op de mogelijkheid dat justitiabelen het bestaan van onrechtmatige staatssteun niet kunnen aantonen vanwege informatie-asymmetrie. Het is ten vierde denkbaar dat (in een deel van de geschillen) wel sprake is van onrechtmatige staatssteun maar dat het, nog onafhankelijk van de beschikbare informatie, te moeilijk is om de Nederlandse rechter daarvan te overtuigen vanwege de complexiteit van het begrip staatssteun. Ten slotte is het mogelijk dat de Nederlandse rechter om enige reden een (te) zware toetsingsmaatstaf hanteert. Het valt nauwelijks te zeggen welke van deze verklaringen het zwaarst wegen en hoe zij zich tot elkaar verhouden, hoewel waarschijnlijk is dat zij allemaal tot op bepaalde hoogte de in dit hoofdstuk weergegeven onderzoeksresultaten kunnen verklaren.

6 Blik naar buiten: de verhouding tot de Europese Commissie

6.1 Inleiding

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

6.1.1 Afbakening

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

aarvan kan worden verwacht dat zij in de toekomst belangrijker zullen worden, nu nog niet of weinig aandacht krijgen in de jurisprudentie. Te voorspellen valt dat drie punten voor de verhouding tussen de rechter en de Commissie vooral van belang zullen worden. Ten eerste is het aannemelijk, met de afname van het belang van (*ex ante*) goedkeuringsbesluiten, dat de problematiek rond de uitleg van zulke besluiten enigszins zal afnemen en juist meer vragen zullen ontstaan over de juiste uitleg van de toepasselijke vrijstellingsverordeningen.[10] Als uitvloeisel daarvan is het, ten tweede, denkbaar en volgens sommigen ook wenselijk dat de Nederlandse rechter vaker dan nu het geval is aanleiding zal zien om de Commissie te benaderen met vragen over de reikwijdte van zulke vrijstellingen.[11] Ten derde kan de – zo niet juridische dan toch wel feitelijke[12] – verschuiving in de taakverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter tot gevolg hebben dat de Nederlandse rechter zijn rol ten opzichte van die van de Commissie in de toekomst (iets) anders gaat definiëren. Als de Commissie zich duidelijker gaat toeleggen op 'grote' mededingingsvervalsingen, is de situatie denkbaar dat 'kleine' vervalsingen van de mededinging meer tot het domein van de nationale rechter gaan behoren.[13]

6.1.2 Gebruikte begrippen

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

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

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

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

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

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

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

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

6.1.3 Opbouw van dit hoofdstuk

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

14 Zie nader hierna in § 6.2.2 en § 6.2.3.

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

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

6.2 Europese inkadering van de rolverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter

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

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

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

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

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

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

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

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

18 Bartosch 2005, p. 396-7; Jaeger 2008, p. 279; Brandtner, Beranger en Lessenich 2010, p. 24. Zie ook Mededeling van de Commissie van 9 april 2009 over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, *PbEU* 2009, C 85/1, randnrs. 19-23 (hierna: Mededeling 2009).

19 Onder de uitzonderingen vallen ook de meeste hoogste rechters.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

28 Idem, r.o. 38.

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

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

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

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

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

32 Berrisch 2014, p. 253-5.

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

verweren.[34] De – nog onzekere[35] – mogelijkheid om het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure in rechte aan te vechten biedt weinig soelaas, alleen al omdat de nationale rechter de terugvordering al kan hebben bevolen voordat het Gerecht zich (in eerste aanleg) over de geldigheid van het openingsbesluit heeft kunnen uitlaten.

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

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

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

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

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

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

38 O.m. Soltész 2013, p. 643.

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

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

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

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

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

41 Idem, r.o. 38-44.
42 HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*), r.o. 36.
43 Van den Tweel 2015, p. 557.
44 Zie voor de eisen die aan een opschortingsbevel worden gesteld nader in hoofdstuk 2 § 2.5.2.
45 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 43.
46 De tweede interpretatie lijkt te worden gesteund door HvJ EU 11 november 2015, nr. C-505/14 (*Klausner Holz*), r.o. 26. Het is niet duidelijk of het Hof (tweede kamer en zonder conclusie) hiermee een principiële uitspraak heeft willen doen.
47 Vgl. Mededeling 2009, randnr. 61-2. Nicolaides 2014, p. 413. Nicolaides noemt in het geval van opschorting van de procedure wel de mogelijkheid dat de nationale rechter optreedt in het geval van 'clear evidence of eminent and serious damage on competitors.' Storting op een geblokkeerde rekening is voor de begunstigde van de steun een bijzonder ingrijpende maatregel die niet te snel moet worden toegepast. Nicolaides 2014, p. 413; A.J. Metselaar, 'Noot bij HvJEU (2013-11-21)(Staatssteun. de inleiding door de Europese Commissie van de formele onderzoeksprocedure bindt de nationale rechter)', *AB* 2014, 113, aant. 7.

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

Wellicht dat het Hof ook nog aanleiding zal zien om aan te sluiten bij een inmiddels door het Gerecht aangebrachte nuancering. Volgens het Gerecht bestaat namelijk vanaf de inleiding van de formele onderzoeksprocedure geen absolute verplichting om vrijwaringsmaatregelen op te leggen. Een dergelijke verplichting, aldus het Gerecht, 'bestaat immers slechts indien aan de voorwaarden die dergelijke maatregelen rechtvaardigen is voldaan, namelijk dat vaststaat dat de maatregel als staatssteun kan worden gekwalificeerd, de steunmaatregel op het punt staat te worden uitgevoerd of is uitgevoerd, en geen buitengewone omstandigheden zijn geconstateerd die zich tegen een terugvordering verzetten.'[49]

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

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

Wanneer de Commissie in een staatssteunzaak ten aanzien van nieuwe steunmaatregelen[51] een eindbeslissing heeft genomen, staat al geruime tijd vast dat de nationale rechter aan die beslissing is gebonden.[52] Wel kunnen belanghebbenden het Commissiebesluit voor de Europese rechter aanvechten en kan de nationale rechter bij twijfel over de geldigheid van het besluit een prejudiciële vraag stellen.[53] Zoals bekend kan de Commissie besluiten om geen bezwaar te maken (artikel 4 lid 3 Pvo) of een positief, voorwaardelijk of negatief

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

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

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

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

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

53 Artt. 263 resp. 267 VWEU.

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

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

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

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

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

55 Hoofdstuk 2, § 2.6.2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

63 Zoals toegelicht in § 6.1.2.

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

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

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

67 Art. 23 lid 2 Pvo.

68 Zie hierna § 6.8.2.

69 Zo redeneert Quigley 2015, p. 538.

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

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

> Het ten faveure van deze benadering aangevoerde *CIRFS*-arrest[72] maakt dat niet anders. Dat arrest, waarin het Hof oordeelde dat een steunmaatregel waarvoor dienstige maatregelen waren voorgesteld en aanvaard niet had mogen worden uitgevoerd zonder voorafgaande aanmelding bij de Commissie, ziet op een hele specifieke situatie. Het geval wil dat de aanvaarde dienstige maatregelen in die zaak een expliciete clausule bevatten waarin was opgenomen dat voor bepaalde soorten steun aanmelding en voorafgaande goedkeuring is vereist.[73] Dat de betrokken steunmaatregel volgens het Hof in het *CIRFS*-arrest had moeten worden aangemeld, was dus niet een gevolg van de toepassing van het derde lid van artikel 108 VWEU, maar van de dienstige maatregelen zelf. De uitspraak van het Hof ziet zodoende niet logischerwijs op gevallen waarin de dienstige maatregelen geen voorafgaande aanmelding voorschrijven. Sterker nog: uit het *CIRFS*-arrest valt volgens mij juist af te leiden dat niet-naleving van in het kader van bestaande steun voorgestelde dienstige maatregelen niet leidt tot het herleven van de opschortingsplicht.[74]

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

6.2.4 De rol van de Commissie als adviserend orgaan

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

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

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

78 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.6. Dit onderwerp is ook besproken in Metselaar 2015.
79 Zoals ook bevestigd in overweging 19 van de preambule bij Verordening 734/2013 (wijziging Procedureverordening).
80 Mededeling 2009, randnr. 84.
81 Jaarverslag Hof van Justitie van de Europese Unie 2015, p. 92.

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

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

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

82 Wright 2010, p. 756.

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

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

85 Art. 17 lid 1 VEU.

86 Preambule bij de Pvo, randnr. 38.

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

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

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

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

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

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

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

91 Van Herwijnen 2015, p. 231.

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

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

6.2.5 Tussenconclusie

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

---

92 Mededeling 2009, randnr. 93.

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

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

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

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

6.3 De rolverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter uit Nederlandsrechtelijk perspectief

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

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

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

Het is verder denkbaar dat de rechter in staatssteungeschillen enige inspiratie ontleent aan de wél in het Nederlands recht bestaande regelgeving, al ziet deze dan op andere rechtsgebieden. Te denken valt met name aan de artikelen 8:45 Awb, 8:45a Awb,[95] 44a Rv en 67 lid 1 Rv. In deze bepalingen zijn regels opgenomen voor de situatie waarin de rechter *in mededingingsgeschillen* een vraag aan de Commissie wil voorleggen en waarin de Commissie uit eigen beweging opmerkingen wil maken. Belangrijk is dat de genoemde artikelen voorzien in de mogelijkheid voor de partijen om schriftelijk te reageren op de te vragen inlichtingen of het te vragen advies, en om op die inlichtingen of dat advies opnieuw schriftelijk te reageren. Hiermee worden enkele van de hierboven in § 6.2.4 beschreven wezenlijke procedurele waarborgen in het Nederlands recht ingebouwd. In staatssteungeschillen kunnen deze op het mededingingsrecht toegeschreven bepalingen echter hooguit analoog worden toegepast. In de literatuur is daarom gepleit voor een wijziging van artikel 8:45 lid 6 Awb[96] en, in het licht van de *amicus curiae* bevoegdheden van de Commissie, van artikel 44a Rv.[97]

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

95 Vóór de introductie van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht waren dit de artt. 89h en 89i Mw.
96 Adriaanse en Van Angeren 2010, p. 684.
97 Huurnink en Van den Tweel 2014, p. 96.
98 De Poorter 2015, § 6.1.
99 Idem.

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

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

6.4 Hoe formuleert de Nederlandse rechter zijn rol ten opzichte van die van de Commissie?

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

100 *Stb.* 2012, 65.

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

102 Barkhuysen 2007, p. 339, met verwijzingen.

103 Idem.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

110 Zoals hierboven uiteengezet in § 6.2.1.

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

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

113 Idem, r.o. 5.3.

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

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

6.5 De rol van de Nederlandse rechter wanneer de formele onderzoeksprocedure nog niet is ingeleid

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

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

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

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

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

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

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

Met name in het civiel kort geding willen partijen ter onderbouwing van hun betoog dat sprake is van staatssteun nog wel eens aanvoeren dat over de bestreden maatregel een klacht bij de Commissie zal worden ingediend,[116] is ingediend[117] of in behandeling is genomen.[118] Zulke argumenten mogen hen voor de Nederlandse rechter niet baten. De (in de meeste gevallen) burgerlijke rechter ziet daarin doorgaans geen aanleiding om, zoals door de partijen wordt gevraagd, de procedure aan te houden of af te zien van een zelfstandige beoordeling of sprake is van staatssteun.[119] Dit komt overeen met de in de Europese jurisprudentie beschreven zelfstandige rol van de nationale rechter in staatssteunzaken.[120]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

121 Een vergelijking is mogelijk met de zaak Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:20133:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*), hoofdstuk 5, § 5.5.3.2.

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

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

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

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

126 De Commissie kan in theorie ook nog na afronding van de formele onderzoeksprocedure tot de conclusie komen dat een maatregel geen steun vormt. Art. 9 lid 2 Pvo. De Commissie heeft ook opgemerkt dat aan veel klachten een lage prioriteit wordt gegeven, waardoor de doorlooptijden kunnen oplopen. Voorstel van de Europese Commissie van 5 december 2012 voor een verordening van de Raad tot wijziging van Verordening nr. 659/1999/EG van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, COM(2012) 725 def., p. 4.

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

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

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

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

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

6.5.2 Fase 2: De Commissie heeft een voorlopige reactie gegeven

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

128 Idem, r.o. 4.7.
129 Zoals blijkt uit de bespreking eerder in dit hoofdstuk, § 6.2.1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

totdat de Commissie heeft besloten of van aanmeldingsplichtige staatssteun sprake is. Nog verder ging de rechtbank Den Haag, die in een civiel kort geding[142] oordeelde dat uit de reactie van de Commissie 'slechts de conclusie kan worden getrokken dat de Europese Commissie van oordeel is dat er geen sprake is van staatssteun.'[143] Aan dit oordeel heeft de rechtbank de verstrekkende consequentie verbonden dat zij voor zichzelf geen taak meer ziet weggelegd en de ingediende vorderingen afwijst.

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

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

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

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

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

145 Zoals hierboven bepleit in § 6.2.4.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

6.5.4 Tussenconclusie

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

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

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

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

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

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

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

6.6 De rol van de Nederlandse rechter wanneer de formele onderzoeksprocedure is ingeleid

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

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

160 Zie nader hierboven § 6.2.1.

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

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

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

In deze uitspraak, in de zaak *AZ*, was bijzonder dat de Commissie, anders dan in het fiscale geschil, nog geen eindbeslissing had genomen en dus nog openstond tot welk inhoudelijk resultaat de formele onderzoeksprocedure zou leiden. De Hoge Raad heeft het gerechtshof in het belangrijke arrest *AZ* dan ook teruggefloten. Oordelend op basis van de toen geldende jurisprudentie van het Hof van Justitie[163] overwoog de Hoge Raad:

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

165 HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6370 (*AZ*), r.o. 3.4.2. Zie over deze toetsingsmaatstaf uitgebreider in dit hoofdstuk § 6.5.3.
166 Idem. Zie ook de conclusie van A-G Keus in deze zaak, ov. 2.15.
167 Hof Amsterdam 18 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6508 (*UPC Nederland*), r.o. 2.10.
168 Gedoeld wordt op het beginsel van de overheid als marktdeelnemer in een markteconomie, zie nader in hoofdstuk 2 § 2.3.1.1.
169 Hof Amsterdam 18 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6508 (*UPC Nederland*), r.o. 2.11.
170 Zo ook Drijber en Dictus 2014, p. 30.

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

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

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

---

171 Hierboven § 6.2.1.

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

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

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

175 Zie in hoofdstuk 5 § 5.5.1.4.

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

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

6.7 De rol van de Nederlandse rechter wanneer de Commissie een definitief besluit heeft genomen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

182 Zoals betoogd in § 6.2.2.

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

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

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

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

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

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

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

185 Mededeling 2009, randnr. 18.

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

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

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

---

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

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

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

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

6.7.1 Uitleg van goedkeuringsbesluiten door de Nederlandse rechter

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

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

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

---

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

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

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

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

192 Commissieverordening 794/2004 (uitvoering Procedureverordening).
193 Preambule bij Commissieverordening 794/2004 (uitvoering Procedureverordening), randnr. 4.
194 Vgl. HvJ EU 15 oktober 2015, nrs. C-352/14 en C-353/14 (*Gutiérrez*), r.o.28 en r.o. 31-4; HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 38.
195 In de bestudeerde periode van tien jaar acht keer.
196 ABRvS 23 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP5454 (*Agis Zorgverzekeringen NV*). Aan de orde is Beschikking van de Commissie van 3 mei 2005 betreffende steunmaatregelen nr. N 541/2004 en N 542/2004 – Nederland, C(2005)139 fin.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

207 Idem, r.o. 4.2.

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

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

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

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

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

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

6.7.2 Uitspraken over de cumulatie van goedgekeurde steun met andere maatregelen

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

211 Zie over de controlemogelijkheden van de Commissie nader in hoofdstuk 2, § 2.5.1.
212 Wellicht dat bij de beantwoording daarvan aansluiting kan worden gezocht bij Conclusie van A-G Wahl van 17 maart 2016, nr. C-493/14 (*Dilly's Wellnesshotel GmbH*).

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

226 Idem.

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

wat er daadwerkelijk bij de Commissie is aangemeld. Bij die beoordeling kent het CBb veel gewicht toe aan een bijlage bij de Aanwijzingsregeling willekeurige afschrijving milieu-investering 2002.[228] Op basis daarvan concludeert het College dat de Nederlandse Staat bij de aanmelding van de MEP-subsidieregeling heeft overwogen dat samenloop van Vamil en MEP niet mogelijk was. Dit is in de aanmelding van de MEP-subsidieregeling tot uitdrukking gekomen doordat in een tabel achter de aanduiding Vamil driemaal 'n.v.t.' is ingevuld. De Vamilregeling zou dan ook bij de aanmelding en de goedkeuring niet betrokken zijn geweest.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

6.7.3 Zelfstandige rechtmatigheidstoets naast de goedkeuring door de Commissie?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

241 Mededeling 2009, randnr. 16.

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

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

242 Dat bleek uit de uitspraak HvJ EU 14 december 2000, nr. C-344/98 (*Masterfoods*), r.o. 52. Als reactie op de uitspraak van de Afdeling is betoogd dat deze uitspraak analoog in staatssteunzaken kan worden toegepast. S.C.G. Van den Bogaert en A.J. Metselaar, 'Noot bij ABRvS (2011-11-02)(Staatssteun. Vogelaarheffing)', *AB* 2012, 156, p. 980. Inmiddels is dat bevestigd in HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Lufthansa*), r.o. 41.

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

244 Vgl. Kreijger 2012, p. 12.

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

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

247 Conway 2012, p. 155.

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

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

6.7.4 Tussenconclusie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.8 Bijzondere gevallen: situaties van bestaande steun

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

253 Idem, r.o. 2.9.1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.8.2 Goedkeuringsbesluiten over bestaande steun

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

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

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

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

260 Zie hierboven § 6.2.3.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

270 Idem.

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

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

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

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

271 Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:404 (*Metterwoon*).
272 Idem, r.o. 3.4.

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

6.9 Vragen aan de Europese Commissie

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

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

273 Idem.

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

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

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

Commissie op te nemen. Deze problematiek is al uitgebreid besproken in hoofdstuk 5.[277]

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

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

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

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

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

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

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

281 Idem, r.o. 2.21.4.2.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

294 Mededeling 2009, randnr. 83.
295 Bijv. expliciet in: Rb Oost-Brabant 16 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:756 (*Energielaadpunten*), r.o. 20.
296 Rb 's-Gravenhage 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB1424 (*NEA*), r.o. 4.9.

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

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

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

In het tussenarrest in de zaak *Shanks* heeft het hof Shanks opgedragen nadere inlichtingen te verstrekken over de stand van zaken met betrekking tot de bij de Commissie ingediende klacht en overwogen om zo nodig inlichtingen te vragen bij de Commissie zelf. Naar aanleiding van de door Shanks overgelegde correspondentie met de Commissie kan blijkbaar niet in voldoende mate worden afgeleid of, wanneer en met welke uitkomst de Commissie op de ingediende klacht zal reageren. Daarom heeft het hof in de op het tussenarrest volgende uitspraak besloten om aan de Commissie een vraag voor te leggen. Concreet vraagt het hof of tussen de Commissie[298] en de advocaat van Shanks verdere correspondentie is gevoerd, of de klacht inmiddels is ingetrokken en zo nee, of inzake de klacht een beslissing is genomen en hoe deze luidt, dan wel of een beslissing op handen is en op welke termijn deze kan worden verwacht.[299] De zaak wordt naar de rol verwezen.[300]

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

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

298 In het bijzonder: het Directoraat Generaal Concurrentie.

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

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

met het vragen van informatie over de stand van zaken bij de Europese Commissie.[301] Dit past in het beeld dat de Nederlandse rechter het van belang vindt om de mogelijkheid om bij de Commissie advies in te winnen met de nodige procedurele waarborgen te omkleden. Verder valt het op dat het hof bij de beslissing om een vraag aan de Commissie voor te leggen naar de Commissiemededeling uit 2009 over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties verwijst. Dat in het Nederlands (burgerlijk) recht geen expliciete grondslag voor het stellen van vragen aan de Commissie in staatssteungeschillen bestaat, lijkt dus ook hier[302] geen principiële problemen op te leveren. Ten slotte kan de eerder in dit hoofdstuk bereikte conclusie, dat de burgerlijke rechter geneigd is om uit een negatieve voorlopige reactie van de Commissie af te leiden dat van staatssteun (waarschijnlijk) geen sprake is,[303] in het licht van deze uitspraak iets worden genuanceerd. Het hof blijkt hier immers bereid om een vraag aan de Commissie voor te leggen (en daarmee de procedure aanzienlijk te verlengen) terwijl de Commissie voorlopig heeft geconcludeerd dat de bestreden maatregel a priori geen steun oplevert.

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

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

301 Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:540 (*Shanks*), r.o. 7.5.
302 Net als in de hierboven in § 6.9.1 genoemde gevallen.
303 Zie hierboven § 6.5.2.
304 CBb 13 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6991 (*Thuiszorg Service Nederland*).

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

6.9.3 Vragen over de inhoud van een Commissiebesluit

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

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

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

306 In § 6.8.1 en § 6.8.2.

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

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

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

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

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

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

311 Idem, r.o. 5.

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

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

6.10 SLOTBESCHOUWING

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

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

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

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

Hoewel de nationale rechter niet zelf in de beoordeling van de verenigbaarheid van een steunmaatregel mag treden, is het niet realistisch om aan te nemen dat hij zijn taak zou kunnen beperken tot het enkel nagaan 'of aan alle [in het goedkeuringsbesluit] genoemde voorwaarden is voldaan'.
Het gaat dan om geschillen waarin wordt aangevoerd dat een daadwerkelijk uitgevoerde steunmaatregel buiten de goedkeuring van de Commissie valt. Wil de rechter de juistheid van dit betoog beoordelen, dan ontkomt hij er nauwelijks aan om bij een uitleg van het Commissiebesluit op zijn minst indirect uitspraak te doen over de verenigbaarheid van de steunmaatregel. Dat is een exclusieve taak van de Europese Commissie. Van deze problematiek toont de Nederlandse rechter zich bewust, hoewel de precieze benadering in dit soort zaken nog van rechter tot rechter en van geschil tot geschil verschilt. Bij het uitleggen van goedkeuringsbesluiten zoekt de Nederlandse rechter begrijpelijkerwijs een pragmatische middenweg tussen, enerzijds, een restrictieve uitleg van Commissiebesluiten en de noodzaak om de Commissie bij elke twijfel om advies te vragen en, anderzijds, een teleologische benadering waarbij

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

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

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

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

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

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

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

7 Gevolgen van schendingen van het staatssteunrecht

7.1 Inleiding

> Op een terrein in de gemeente Harlingen staat sinds lange tijd de vloerenfabriek van Spaansen Holding. In 2009 komen Spaansen en de gemeente overeen dat de gemeente het terrein zal kopen om er woningen te bouwen. De koopprijs wordt vastgesteld op € 8,5 miljoen, waarvan € 2 miljoen op een later moment zal worden uitgekeerd. Achteraf ontstaat bij de gemeente twijfel over de staatsteunconformiteit van de overeenkomst. Spaansen zou gedurende het proces eigenlijk de prijs hebben gedicteerd en bij het bepalen van die prijs zou zijn uitgegaan van de (hoge) onteigeningswaarde van het terrein, terwijl het onteigeningsrecht helemaal niet van toepassing was. De gemeente weigert daarom desgevraagd de nabetaling van de afgesproken € 2 miljoen. Sterker nog: Spaansen moet volgens de gemeente nog 2,5 ton terugbetalen.[1]

Het is niet gemakkelijk om voor de Nederlandse rechter een schending van de standstillbepaling aan te tonen, zoals al bleek uit hoofdstuk 5 van dit onderzoek. In het hierboven genoemde voorbeeld lukte dat wel. Daarmee is de kous echter nog niet af. Aan een eenmaal geconstateerde schending moeten namelijk vervolgens de nodige gevolgen worden verbonden. In het hierboven genoemde voorbeeld oordeelt de burgerlijke rechter dat de gemeente Harlingen de staatssteunregels heeft geschonden door in een koopovereenkomst met Spaansen Holding een te hoge verkoopprijs af te spreken. Het niet-marktconforme deel mag dus niet worden uitgekeerd, en voor zover het al is uitgekeerd moet de steun aan de gemeente worden terugbetaald. Behoorlijk duidelijk, lijkt het, maar hoe moeten deze gevolgen precies worden ingevuld? Kan bijvoorbeeld worden volstaan met het veroordelen van Spaansen tot terugbetaling van de al ontvangen staatssteun, zoals de gemeente heeft gevorderd? Moet, zoals Spaansen betoogt, de overeenkomst nietig worden verklaard zodat Spaansen in ruil voor de betaalde koopprijs weer eigenaar wordt van het verkochte terrein? Of moet een andere constructie worden gezocht?

Welke gevolgen de nationale rechter aan een schending van de staatssteunregels moet verbinden, volgt voor een belangrijk deel uit de in hoofdstuk 2 besproken rechtspraak van het Hof van Justitie. Het is volgens die rechtspraak de taak van de rechter om aan een (op handen zijnde) schending van de

1 Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:33300 (*Spaansen Holding*).

standstillbepaling de nodige gevolgen te verbinden, zoals de terugvordering van steun of het terugbetalen van daaraan verbonden heffingen. Heeft de Commissie een terugvorderingsbesluit genomen, dan moet de nationale rechter de daadwerkelijke naleving daarvan waarborgen. Inmiddels is in sommige EU-lidstaten wetgeving aangenomen waarmee de door het Hof gestelde eisen in het nationale recht handen en voeten hebben gekregen.[2] Zulke wetgeving ontbreekt in Nederland voorlopig nog, hoewel op dit punt wel ontwikkelingen bestaan.[3] Nu ook concrete Europese regelgeving op dit punt ontbreekt, is de Nederlandse rechter in de meeste gevallen aangewezen op het bestaande bestuursrechtelijke, belastingrechtelijke en civielrechtelijke instrumentarium om aan de door het Unierecht gestelde verplichtingen te voldoen.

Het is echter gebleken dat dit instrumentarium niet naadloos aansluit op de jurisprudentie van het Hof. In 2007 is tegen Nederland zelfs een infractieprocedure gestart omdat de terugvordering van een onrechtmatig verstrekte subsidie en de daarover genoten rente op grond van het Nederlands recht te omslachtig en tijdrovend zou zijn.[4] De noodzaak om het Nederlands recht toe te passen zal van de rechter in sommige gevallen dan ook de nodige creativiteit verlangen en soms aanleiding geven tot nieuwe complexe vraagstukken.

Het is bijzonder interessant om te onderzoeken welke mogelijkheden naar Nederlands recht bestaan om aan een (potentiële) schending van de standstillbepaling de nodige gevolgen te verbinden. Daarover bestaat inmiddels al een vrij uitgebreide literatuur, die echter zeker nog niet alle openstaande vragen beantwoordt.[5] Gezien de complexiteit van de zich steeds verder ontwikkelende Europese rechtspraak, de vele mogelijke contexten waarbinnen staatsteungeschillen kunnen ontstaan en de diverse mogelijke vertaalslagen naar Nederlands recht is dat ook niet zo vreemd. Het doel van dit hoofdstuk is om aan die literatuur een belangrijk perspectief toe te voegen. Niet welke theoretische vertaalslag mogelijk is staat voorop, maar welke gevolgen de Nederlandse rechter blijkens zijn rechtspraak daadwerkelijk bereid is om aan

2 Otken Eriksson 2012a, p. 30-2; Markowicz en Thyri 2010, p. 588.

3 In 2008 is door de regering een wetsvoorstel ingediend om de terugvordering van staatsteun mogelijk te maken. Dit voorstel wordt vervangen door een voorstel uit 2016. Zie hierover nader in hoofdstuk 8, m.n. § 8.2.1. Sommige lagere regelgeving, met name bepaalde subsidieverordeningen en subsidiekaderbesluiten, expliciteert daarnaast de gevolgen die aan een (op handen zijnde) schending van de standstillbepaling moeten verbonden. Zie bijvoorbeeld art. 6, lid 1, van de (inmiddels ingetrokken) Kaderwet LNV-subsidies en art. 7, lid 1, van de Kaderwet SZW-subsidies.

4 Verzoekschrift van de Europese Commissie, ingesteld op 29 augustus 2007, nr. C-401/07 (*Europese Commissie tegen Koninkrijk der Nederlanden*) (inmiddels doorgehaald).

5 Ottervanger 1985; Luja 2000; Van Angeren en Den Ouden 2004; Adriaanse 2005; Jacobs en Den Ouden 2005; Adriaanse 2006; Van Angeren 2006; Ottervanger 2006; Adriaanse 2007; Schutte 2008; Adriaanse en Van Angeren 2010; Geelhoed en Van der Linden 2010; Van de Hel en Schreuder 2010; Adriaanse 2011; Ligteringen 2011; Metselaar en Adriaanse 2011; Van Midden en Nieuwland 2014b.

een (potentiële) schending van de standstillbepaling te verbinden. Welke mogelijkheden gebruikt de rechter in zijn uitspraken om aan een dergelijke schending de nodige gevolgen te verbinden? Hoe terughoudend of doortastend treedt hij op? Welke overwegingen zijn bij zijn optreden van belang?

Dit hoofdstuk dient er dus toe, op grond van het onderzoek naar de zich steeds verder ontwikkelende jurisprudentie van de Nederlandse rechter de bestaande kennis over de vertaalslag van de relevante Europese eisen naar Nederlands recht te verrijken en in perspectief te plaatsen. Tegelijkertijd kan worden ontsloten met welke problematiek de Nederlandse rechter vooral wordt geconfronteerd, waarmee hopelijk meer richting kan worden gegeven aan een debat over de rol van de nationale rechter bij de handhaving van artikel 108 lid 3 VWEU zoals vormgegeven door het Hof van Justitie. De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is daarom: welke gevolgen is de Nederlandse rechter blijkens zijn rechtspraak bereid aan een (potentiële) schending van de standstillbepaling te verbinden en welke verklaringen zijn daarvoor te vinden? De rol van de rechter bij de aan schendingen van de staatssteunregels te verbinden gevolgen – het sluitstuk en hoogtepunt van de handhaving – is het vierde en laatste kernthema op basis waarvan de centrale onderzoeksvraag naar de rol van de rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht wordt beantwoord.[6]

7.1.1 Afbakening en aanpak

De in dit hoofdstuk centraal gestelde vraag spitst zich toe op situaties waarin een (vermeende) schending van de opschortingsplicht aan de orde is. Deze schending kan aan het licht zijn gekomen doordat een overheid of justitiabele met succes in een nationale procedure het bestaan van onrechtmatige staatssteun heeft aangevoerd. Het is echter ook mogelijk dat de schending van de standstillbepaling al blijkt uit een terugvorderingsbesluit van de Europese Commissie. Binnen de reikwijdte van dit hoofdstuk valt daarom ook de situatie waarin de rechter de naleving van een terugvorderingsbesluit moet waarborgen. Tegen die keuze valt in te brengen dat niet alle terugvorderingsbesluiten van de Commissie volgen uit een geconstateerde schending van artikel 108 lid 3 VWEU,[7] terwijl de nationale rechter evengoed de naleving daarvan moet waarborgen. Hoewel die situatie strikt genomen buiten de reikwijdte van dit hoofdstuk valt, wordt zij hierna wel behandeld. De ene gepubliceerde uitspraak waarin deze situatie zich voordoet, geeft namelijk belangrijke inzichten in de manier waarop de Nederlandse rechter handen en voeten geeft aan de voor dit hoofdstuk zo belangrijke verplichting om steun terug te vorderen. Dit is

6 In de hoofdstukken vier tot en met zes kwam al aan de orde wie zich op de standstillbepaling mag beroepen, welke rol de rechter speelt bij de kwalificatie van steun en hoe hij zich verhoudt tot de Europese Commissie.

7 Zie over deze situatie in dit hoofdstuk § 7.4.1.5.

de enige 'uitbreiding' van de in dit hoofdstuk centraal gestelde vraag. Niet aan de orde komen gevallen van bestaande steun, waarop de standstillbepaling immers niet van toepassing is.[8] Ook de uitspraken waarin het staatssteunrecht slechts indirect aan de orde komt en zogenaamde 'overige' uitspraken worden om die reden niet besproken.[9]

Net als in de vorige hoofdstukken in dit onderzoek is een belangrijk deel van de analyse in dit hoofdstuk gebaseerd op een bestudering van de Nederlandse rechtspraak tussen 1 november 2005 en 1 november 2015 waarin het woord 'staatssteun' voorkomt. Om een antwoord op de in dit hoofdstuk centraal gestelde onderzoeksvraag te kunnen formuleren, is op basis van deze jurisprudentie onderzocht in hoeverre (en waarom) de rechter in zijn uitspraken daadwerkelijk consequenties aan een schending van de standstillbepaling verbindt, en of (en waarom) hij er soms ook van afziet om aan een schending van de standstillbepaling gevolgen te verbinden. Daarbij is ook rekening gehouden met situaties waarin de rechter weliswaar geen schending van de opschortingsplicht constateert, maar zich wel uitlaat over eventueel aan een dergelijke schending te verbinden consequenties. Ook is onderzocht, hoewel dit voor een deel buiten de gestelde onderzoeksvraag valt, in hoeverre de rechter zijn bevoegdheden gebruikt om aan de (vermeende) begunstigde van de steun rechtsbescherming te bieden, zowel wanneer een schending van de standstillbepaling is geconstateerd als wanneer dat niet het geval is. Dit is de andere zijde van de medaille: wordt aan de vermeende begunstigde van steun rechtsbescherming verleend in gevallen waarin een schending van de standstillbepaling is geconstateerd of miskend, dan kan dit in de weg staan aan de nuttige werking van de opschortingsplicht.

De belangrijkste conclusies in dit hoofdstuk steunen dus op de analyse van uitspraken waarin de rechter (a) het beroep op schending van de opschortingsplicht honoreert, (b) dat niet doet maar zich wel expliciet uitlaat over de aan een succesvol beroep te verbinden gevolgen en/of (c) rechtsbescherming biedt aan de vermeende begunstigde. Op basis daarvan wordt uiteengezet tot welke beslissing de rechters zijn gekomen, hoe zij hun beslissing motiveren en, waar mogelijk, welke beweegredenen daaraan ten grondslag kunnen liggen.

De vraag in hoeverre de rechter daadwerkelijk consequenties aan een schending van de standstillbepaling verbindt, roept direct de vervolgvraag op in hoeverre deze consequenties overeenkomen met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Wanneer dat niet het geval is, wordt het interessant om te onderzoeken waar dit verschil uit bestaat en hoe het kan worden verklaard. In zulke gevallen is het erg verleidelijk om in te gaan op de vraag wat de rechter dan wel had moeten doen en hoe hij het door het EU-recht verlangde resultaat naar Nederlands recht had kunnen bereiken. Hierdoor komt de blik

8 Zie over bestaande steun wel nader hoofdstuk 2, § 2.4.5 en hoofdstuk 6, § 6.2.3.
9 Zie hoofdstuk 3 voor een overzicht van Nederlandse staatssteunjurisprudentie en afbakening.

echter weer te rusten op de manier waarop de rechter de vertaalslag van Europese eis naar Nederlands recht kan maken. Dat laatste is zoals gezegd niet de insteek van dit hoofdstuk, dat juist inzichtelijk wil maken met welke problematiek de Nederlandse rechter daadwerkelijk te maken krijgt en welke oplossingsrichtingen hij daarvoor zoekt. In de meeste gevallen heb ik daarom omwille van de focus van dit hoofdstuk volstaan met het signaleren van de problematiek en het aandragen van verklaringen voor de rechterlijke beslissing. Soms heb ik ook de verleiding niet kunnen weerstaan om toch aan te geven wat de rechter in een bepaald geval in het licht van het Unierecht naar mijn oordeel had kunnen of moeten doen.

Zoals zal blijken heeft de voor dit hoofdstuk gekozen onderzoeksaanpak als gevolg dat de rechtspraak van de belastingrechter maar beperkt aan de orde komt. Dat ligt niet aan de gekozen afbakening maar aan de resultaten van het jurisprudentieonderzoek; om verschillende redenen[10] wordt over staatssteun voor de belastingrechter maar sporadisch geprocedeerd en levert bestudering van de wel bestaande jurisprudentie voor de in dit hoofdstuk gestelde vraag weinig interessante conclusies op.

7.1.2 Opbouw van dit hoofdstuk

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Eerst wordt voornamelijk op basis van de beschikbare literatuur uiteengezet welke gevolgen volgens het Unierecht aan een schending van de standstillbepaling moeten worden verbonden en hoe deze hun vertaalslag kunnen vinden in het Nederlands recht (§ 7.2). Waar nodig is deze weergave aangevuld naar aanleiding van nieuwe ontwikkelingen in de Nederlandse en Europese regelgeving en rechtspraak. Vervolgens wordt op basis van het verrichte jurisprudentieonderzoek, zoals zojuist toegelicht, geanalyseerd welke gevolgen de belasting- en bestuursrechter (§ 7.3) en de burgerlijke rechter (§ 7.4) aan een al dan niet geslaagd beroep op het staatssteunrecht verbinden en welke overwegingen daarbij voor hen een rol spelen. In § 7.5 komen de in dit hoofdstuk belangrijkste lijnen en conclusies samen in de vorm van een slotbeschouwing.

10 Zie hoofdstuk 3, § 3.5.6.

7.2 Gevolgen van onrechtmatige staatssteun: het Unie- en Nederlandsrechtelijke kader

7.2.1 Gevolgen van onrechtmatige staatssteun volgens Europees recht en de noodzaak voor een nationale vertaalslag

Volgens de vaste overweging van het Hof van Justitie moet de nationale rechter aan een schending van de standstillbepaling

> 'overeenkomstig zijn nationale recht alle consequenties […] verbinden, zowel wat de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de steunmaatregelen betreft, als wat de terugvordering van in strijd met deze bepaling toegekende financiële steun betreft'.[11]

In hoofdstuk 2 is al uitgebreid beschreven aan welke consequenties dan specifiek moet worden gedacht.[12] Te denken valt met name aan het voorkomen dat onrechtmatige steun wordt uitgekeerd, de terugvordering van onrechtmatige steun, de terugbetaling van heffingen waarmee staatssteun is gefinancierd en het toekennen van schadevergoeding. Deze gevolgen zijn toegeschreven op de situatie dat een nationale rechter tot het oordeel komt dat een steunmaatregel onrechtmatig is uitgevoerd, zonder tussenkomst van de Commissie.[13]

De nationale rechter heeft uiteraard ook een belangrijke taak wanneer de Commissie wél heeft opgetreden. In geval van een terugvorderingsbesluit van de Commissie moet de nationale rechter in ieder geval conform de relevante nationaalrechtelijke procedures de onverwijlde terugvordering van de steun inclusief rente bewerkstelligen. Ook dan zal hij zich moeten uitlaten over verzoeken tot schadevergoeding of de terugbetaling van heffingen waarmee de onrechtmatige steun is gefinancierd. Heeft de Commissie besloten dat sprake is van onrechtmatige, maar verenigbare steun, dan is de rechter verplicht om de over de steun genoten rente terug te vorderen, maar mag hij van de terugvordering van het steunbedrag afzien.

Hoe de rechter deze door het EU-recht vereiste gevolgen bereikt is uiteindelijk een kwestie van nationaal recht, natuurlijk binnen de bekende grenzen van het gelijkwaardigheidsbeginsel, het doelmatigheidsbeginsel en het beginsel

---

11 HvJ EU 21 juli 2005, nr. C-71/04 (*Xunta de Galicia*), r.o. 49. Zie in gelijke of vergelijkbare bewoordingen: HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE*), r.o. 11-12; HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*van Calster*), r.o. 53; HvJ EU 15 juli 2004, nr. C-345/02 (*Pearle*), r.o. 31; HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 41.

12 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.5.

13 Zoals in hoofdstuk 6, § 6.2.2 is betoogd, moet de uitvoering van een steunmaategel in strijd met een Commissiebesluit waarbij de maatregel is goedgekeurd, worden geacht onrechtmatig te zijn. Dat geldt niet in het geval dat sprake is van bestaande steun. Zie wel hierna § 7.3.7.

van effectieve rechtsbescherming.[14] Daarbij wordt van de nationale rechter enige vindingrijkheid verwacht.[15] In Nederland ontbreekt zoals gezegd nog wetgeving waarin specifiek de gevolgen van schendingen van de staatssteunregels worden geregeld. Daarom moet worden bekeken welke mogelijkheden het 'reguliere' nationale recht biedt om de bovenstaande gevolgen werkelijkheid te laten worden. In de hierna volgende paragrafen wordt daarom per rechtsgebied uiteengezet welke gevolgen de bestuursrechter, de belastingrechter en de burgerlijke rechter op basis van het Nederlands recht kunnen verbinden aan de constatering dat een bestreden steunmaatregel onrechtmatig is uitgevoerd. Daarvoor wordt eerst in het algemeen geschetst welke uitspraakmogelijkheden hen ter beschikking staan. Hiermee kunnen de kaders worden aangegeven waarbinnen de Nederlandse rechter zich beweegt wanneer hij aan een geslaagd beroep op het staatssteunrecht gevolgen moet verbinden. Vervolgens wordt per rechtsgebied weergegeven hoe deze uitspraakmogelijkheden volgens de bestaande literatuur kunnen of zouden moeten worden toegepast om de door de rechtspraak van het Hof van Justitie verlangde gevolgen van een schending van de opschortingsplicht te bewerkstelligen.

7.2.2 Procedureel kader in het bestuurs- en belastingrecht: een besluit ligt ter vernietiging voor

De belangrijkste uitspraakmogelijkheden voor de Nederlandse bestuursrechter staan in hoofdstuk 8 van de Awb. Deze bepalingen zijn met een aantal uitzonderingen ook van toepassing op de procedure voor de belastingrechter (artikel 27 AWR). De procedure voor de belastingrechter wordt daarom niet afzonderlijk behandeld. Waar relevante verschillen bestaan tussen de procedure voor de bestuursrechter en de procedure van de belastingrechter, wordt dat aangegeven.

Voor de in dit hoofdstuk gestelde vraag welke gevolgen de rechter aan een geslaagd beroep op het staatssteunrecht bereid is te verbinden, is allereerst van belang dat de Awb de bestuursrechter beperkt tot het toetsen van een bestreden besluit en het uitspreken van een beperkt aantal daaraan gekoppelde gevolgen. Dit heeft te maken met de insteek van een bestuursrechtelijke procedure: de kern daarvan, en vervolgens ook van de rechterlijke uitspraak, is

14 Zie daarover nader in hoofdstuk 2 § 2.6.1.4. De idee dat de rechter in ieder geval de terugvordering van de steun moet gelasten en dat de vertaalslag naar het nationale recht eventueel ook later kan volgen (bijv. Köhler 2013, p. 101), is in dat licht dan ook niet juist. Vgl. HvJ EU 11 september 2014, nr. C-527/12 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 39.

15 Vgl. Van den Brink 2015, onder 'Residex'.

een besluit dat ter vernietiging voorligt.[16] Wanneer een belanghebbende met succes betoogt dat het bestreden besluit onrechtmatig is, dan vernietigt de rechter het geheel of gedeeltelijk (artikel 8:72 lid 1 Awb).

De vernietiging van het bestreden besluit is minder opzienbarend dan het op het eerste gezicht lijkt. In de meeste gevallen gaat aan de rechterlijke procedure namelijk een bestuurlijke bezwaarprocedure vooraf (artikel 7:1 Awb). De procedure voor de rechter gaat dan niet over het primaire besluit (bijvoorbeeld een subsidiebesluit), maar over de beslissing op bezwaar (bijvoorbeeld waarbij het bezwaar tegen het subsidiebesluit ongegrond is verklaard).[17] De vernietiging van de beslissing op bezwaar heeft voor het primaire besluit geen rechtstreekse gevolgen, maar betekent 'alleen' dat het bestuursorgaan dat de beslissing heeft genomen opnieuw op het bezwaar moet beslissen, nu met inachtneming van de rechterlijke uitspraak. Dat is niet altijd geheel bevredigend.[18] Daarom is in de loop van de tijd in de bestuursrechtspraak en de Awb steeds meer aandacht ontstaan voor de mogelijkheid om bestuursrechtelijke geschillen al binnen de procedure zo definitief mogelijk te beslechten en te voorkomen dat over de gewraakte besluiten steeds opnieuw moet worden geprocedeerd.[19] Per 1 januari 2013 is de definitieve geschilbeslechting op grond van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht expliciet naar de voorgrond getreden.[20] De nieuwe zaaksbehandeling biedt daarnaast mogelijkheden om het geschil tussen een bestuursorgaan en een belanghebbende op alternatieve manieren te beslechten zonder dat het tot een einduitspraak komt.[21] Aan het uitgangspunt dat de procedure en de uitspraak draaien om de vernietiging van een besluit heeft dit niets veranderd, maar de bestuursrechter kan onder invloed van de nieuwe wetgeving wel veel doortastender optreden.[22]

Voor de definitieve beslechting van het geschil heeft de bestuursrechter verschillende mogelijkheden. Artikel 8:41a Awb bepaalt expliciet dat de bestuursrechter het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief beslecht. Met dat doel onderzoekt de rechter eerst of hij een geconstateerd gebrek met toepassing van artikel 6:22 Awb kan passeren en dus niet tot vernietiging hoeft over te gaan. Komt het wel tot een vernietiging, dan kan de rechter bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde (gedeelte van het) besluit in stand blijven (artikel 8:72 lid 3 sub a Awb). Is dat niet mogelijk, dan kan hij zelf in de zaak voorzien (artikel 8:72 lid 3 sub b Awb). In dat geval treedt zijn uit-

16 Tijdens de VAR-jaarvergadering in 2013 is gediscussieerd over de vraag in hoeverre het nog steeds wenselijk en zinvol is om van dit besluitenmodel uit te gaan. De preadviseurs hebben toen geconcludeerd dat het besluitbegrip niet meer de enige figuur voor de toegang tot de bestuursrechter dient te zijn. Van Ommeren e.a. 2013, m.n. p. 309.

17 In het belastingrecht gaat het om de uitspraak op het bezwaar door de Inspecteur.

18 Zie onder meer de kritiek van Polak 2000; Van der Veer en Marseille 2006.

19 Daarover uitgebreid: Allewijn 2011; Koenraad en Verbeek 2011.

20 *Stb.* 2012, 684.

21 Zie daarover bijv. Aalbers 2011 en Marseille, De Waard en Laskewitz 2015.

22 Schreuder-Vlasblom 2011, p. 776. Zie ook Brugman 2010, p. 104.

spraak in de plaats van het vernietigde (gedeelte van het) besluit. Op deze manier kan de bestuursrechter bijvoorbeeld het primaire besluit herroepen (artikel 7:11 lid 2 Awb). Ten slotte kan de rechter het bestuursorgaan opdragen een nieuw besluit te nemen of een andere handeling te verrichten met inachtneming van zijn uitspraak (artikel 8:72 lid 4 Awb). Voordat de rechter tot deze laatste mogelijkheid overgaat, kan hij in een tussenuitspraak op grond van artikel 8:51a Awb het bestuursorgaan de mogelijkheid bieden om zelf het besluit te herstellen. Het bestuursorgaan hoeft van deze bestuurlijke lus geen gebruik te maken, behalve wanneer een bestuursrechter in hoogste aanleg hem dit opdraagt.[23]

Een belanghebbende kan op grond van artikel 8:81 Awb de rechter verzoeken, een voorlopige voorziening te treffen. Dit is een belangrijke mogelijkheid, nu het instellen van bezwaar of beroep op grond van artikel 6:16 Awb zelf geen schorsende werking heeft. Een voorlopige voorziening kan alleen worden gevraagd wanneer vóór of gelijktijdig met het verzoek om een voorlopige voorziening tegen een besluit bezwaar is gemaakt, administratief beroep is ingesteld of beroep bij de rechtbank is ingesteld (processuele connexiteit).[24] Wanneer een financieel belang aan de orde is, zoals in subsidiezaken vaak het geval zal zijn, is de kans echter groot dat de rechter zal oordelen dat een spoedeisend belang bij de voorziening ontbreekt.[25] Tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter staan in beginsel geen rechtsmiddelen open.[26] De beslissing van de voorlopige voorzieningenrechter bindt de bodemrechter niet.

7.2.3 Gevolgen van onrechtmatige staatssteun: vertaalslag in het bestuurs- en belastingrecht

Tegen deze algemene achtergrond kan worden weergegeven hoe de door het EU-recht verlangde gevolgen van een schending van de opschortingsplicht in het bestuurs- en belastingrecht in theorie gestalte kunnen krijgen. Zoals gezegd is het niet het streven van dit onderzoek om deze theoretische mogelijkheden sluitend uiteen te zetten en wordt hier volstaan met een vrij compacte uiteenzetting. Daarbij wordt aangesloten en waar nodig voortgeborduurd op het proefschrift van Adriaanse uit 2006.[27] Dit is tot nu toe de meest uitvoerige studie naar de bestuurs- en belastingrechtelijke grondslagen om een schending van de standstillbepaling te remediëren. Daarbij verdient wel opmerking dat een aantal belangrijke regelingen zoals de Wet aanpassing bestuursprocesrecht

23 Artt. 8:51b lid 1 en 8:51d Awb.
24 Dat kan een ander zijn dan degene die de procedure aanhangig heeft gemaakt; een derdebelanghebbende kan ook belang hebben bij een voorlopige voorziening. Schreuder-Vlasblom 2011, p. 913 en 917. Ook dient het griffierecht te worden betaald. Art. 8:82 lid 1 Awb.
25 Zie in hoofdstuk 4 § 4.5.7.
26 Schreuder-Vlasblom 2011, p. 931-2.
27 Adriaanse 2006, m.n. hoofdstuk 6.

en de Awb geldschuldentitel op dat moment nog niet in werking was getreden. Op basis van zijn onderzoek moet worden geconstateerd dat bestuursrechters in Nederland beperkt zijn in de rechtsbescherming die zij kunnen bieden in situaties van onrechtmatige staatssteun. Dat geldt met name voor de terugvordering van onrechtmatige steun. Zelfs bij de meest vergaande oprekking van het nationale recht moet na de einduitspraak van een bestuursrechter toch weer actie worden ondernomen in de vorm van aanvullende besluitvorming dan wel daadwerkelijke terugvordering of terugbetaling, aldus Adriaanse.[28] De bestuursrechter is namelijk weliswaar in staat om een bestreden besluit te vernietigen, het bestuursorgaan op te dragen een nieuw besluit te nemen of zelf in de zaak te voorzien. Daarmee is echter nog niet de terugvordering van de onrechtmatige steun bereikt. Daarvoor is een verder terugvorderingsbesluit nodig en eventueel een invorderingsbesluit.[29]

Adriaanse merkt wel op dat het onder omstandigheden denkbaar is dat de bestuursrechter een bestuursorgaan opdraagt om een intrekkings- of terugvorderingsbesluit te nemen of een andere handeling te verrichten waarmee de terugvordering wordt bewerkstelligd. Die mogelijkheid volgt volgens hem uit het vierde lid van artikel 8:72 Awb, zoals het destijds luidde: de bestuursrechter kan het bestuursorgaan opdragen een nieuw besluit te nemen of een andere handeling te verrichten met inachtneming van zijn aanwijzingen. Adriaanse heeft in zijn proefschrift aangegeven dat de toen gebruikelijke nationaalrechtelijke interpretatie van artikel 8:72 lid 4 Awb eraan in de weg stond dat de rechter op grond van die bepaling de daadwerkelijke terugvordering van onrechtmatige steun zou bevelen.[30] Hij bepleit echter dat een dergelijke interpretatie in het licht van het EU-recht wel aanbeveling verdient.[31] Dat zou in de inmiddels gewijzigde formulering van artikel 8:72 Awb wel nog enige creativiteit van de bestuursrechter vragen. De uitspraakmogelijkheden op grond van het vierde lid van artikel 8:72 Awb gelden in de huidige formulering namelijk voor het geval toepassing van het derde lid niet mogelijk is.[32] Het zou dan met name eerst moeten worden bezien of de rechter zelf in de

28 Idem, p. 282. Vgl. art. 8:76 Awb.
29 Idem, p. 273.
30 Damen e.a. 2012b, p. 315-6; Schreuder-Vlasblom 2013, p. 975. In zijn VAR-preadvies bepleit Van der Veen een bredere uitleg van art. 8:72 lid 4 Awb. Hij denkt dan bijvoorbeeld aan de opdracht tot het daadwerkelijk uitbetalen van een op grond van een besluit of rechterlijke uitspraak verschuldigd bedrag. Ook denkt hij aan een bevel van de bestuursrechter aan een bestuursorgaan om daadwerkelijk effectief tot handhaving over te gaan. Van der Veen 2013, p. 162.
31 Adriaanse 2006, p. 274-6.
32 Dat het gaat om alternatieve mogelijkheden valt minder expliciet ook al te lezen in het vierde lid van art. 8:72 Awb in de versie vóór de Wet aanpassing bestuursprocesrecht: 'Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, kan zij het bestuursorgaan opdragen een nieuw besluit te nemen of een andere handeling te verrichten met inachtneming van haar uitspraak, dan wel kan zij bepalen dat haar uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan.'

zaak kan voorzien. Vanuit het Unierecht bezien mag het aantrekkelijk zijn dat de bestuursrechter het bestreden besluit vernietigt (artikel 8:72 lid 1 Awb), het primaire besluit op grond van het derde lid zelf in de zaak voorziend herroept of wijzigt en uiteindelijk op grond van het vierde lid opdracht geeft om de al verleende steun terug te vorderen. Een dergelijke benadering valt echter niet gemakkelijk in de bewoordingen van artikel 8:72 Awb in te passen. Hoewel het recht met de toenemende drang naar finale geschilbeslechting nog volop in ontwikkeling is, lijkt het er voorlopig op dat de bestuursrechter niet zonder meer in staat is om in dezelfde procedure zelf in de zaak voorziend een steunverlenend besluit kan aantasten én kan bevelen dat de ten onrechte verleende steun (inclusief rente) wordt teruggevorderd. Daarvoor is dan nog steeds aanvullende besluitvorming nodig.

Het is van belang dat de theorievorming rond de Nederlandse vertaalslag van de Europese eisen naar aanleiding van een schending van de standstillbepaling lange tijd is uitgegaan van de gedachte dat een dergelijke schending leidt tot de ongeldigheid van de maatregel waarmee de steun is uitgevoerd.[33] De vernietiging en herroeping van een steunverlenend besluit is dan een geschikte consequentie van de constatering dat daarmee onrechtmatige staatssteun is verleend. Sinds het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Residex* is duidelijk dat dit een te vergaande consequentie kán zijn. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of de nietigverklaring van het bestreden besluit in de specifieke omstandigheden van het geval doeltreffender kan blijken te zijn dan andere maatregelen met het oog op het herstel van de mededingingssituatie.[34] Natuurlijk zal een gegrond beroep tegen een besluit altijd leiden tot de vernietiging daarvan, maar artikel 8:72 Awb biedt verschillende mogelijkheden om deze gevolgen waar nodig te nuanceren. Dit is vooral belangrijk in gevallen waarin bijvoorbeeld wordt betoogd dat een concurrent voor een bepaalde vergunning niet een marktconforme vergoeding betaalt. Niet de vergunningverlening zelf leidt dan tot onrechtmatige steun – hoewel dit het besluit is dat ter toetsing voorligt – maar het niet-marktconforme deel van de vergoeding. Ongedaanmaking van de mededingingsvervalsing zou in een dergelijk geval kunnen bestaan in het zelf in de zaak voorziend hoger vaststellen van de vergoeding. Voor zover het niet mogelijk is om op een dergelijke manier zelf in de zaak te voorzien,[35] kan mogelijk een bestuurlijke lus uitkomst bieden.

---

33 Vgl. bijv. Adriaanse 2006, p. 208-9.

34 HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*), r.o. 46-9.

35 Weliswaar zijn de mogelijkheden van de bestuursrechter om zelf in de zaak te voorzien steeds verder verruimd, maar er gelden nog steeds een paar belangrijke uitzonderingen. Zo is relevant – zeker in het hypothetische voorbeeld waarin een vergoeding hoger wordt vastgesteld – of derden door het zelf in de zaak voorzien in hun belangen zullen worden geschaad. ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1754. Voor een overzicht van andere relevante factoren, zie bijv. Borman 2013 (T&C Awb), artikel 8:72 Awb, aant. 5; R. Ortlep, 'Noot bij ABRvS (2012-03-12)(Zelf in de zaak voorzien), *AB* 2012, 233.

Adriaanse heeft ook aandacht besteed aan de mogelijkheden van bestuursrechters om de terugbetaling te bewerkstelligen van heffingen waarmee onrechtmatige staatssteun is gefinancierd. Hij constateert dat, wanneer een belanghebbende het heffingsbesluit aanvecht, de bestuursrechter in staat is om het primaire besluit te herroepen en daarmee de grondslag voor de betaling met terugwerkende kracht weg te nemen. Tot op dat punt kan de bestuursrechter dus effectief rechtsbescherming bieden aan de betaler van een heffing waarmee onrechtmatige staatssteun is verleend.[36] Uiteraard moet het bestuur dan nog wel de ten onrechte betaalde bedragen terugstorten. Voor de eventuele mogelijkheid dat de bestuursrechter op grond van artikel 8:72 lid 4 Awb de feitelijke terugbetaling van de heffing afdwingt, gelden dezelfde bezwaren die hierboven ook al naar voren zijn gebracht. Het ligt daarom voor de hand dat de heffingbetaler, in het geval dat het bestuur het ten onrechte geheven bedrag niet vrijwillig terugbetaalt, een vordering uit onverschuldigde betaling bij de burgerlijke rechter indient. Voor de belastingrechter geldt op grond van artikel 27f AWR dat indien de rechter daartoe besluit, de teruggaaf van ingehouden belastingen plaatsvindt aan degene die beroep heeft ingesteld.

Zoals bekend volgt uit het Europese recht dat de overheid schade als gevolg van een schending van de standstillbepaling dient te vergoeden.[37] Wanneer de (vermeende) staatssteun nog niet daadwerkelijk is verleend valt te verwachten dat minder snel aanleiding bestaat tot een schadevordering dan wanneer de concurrentie door middel van onrechtmatige steun al geruime tijd is vervalst.[38] Buiten gevallen waar de steun nog niet daadwerkelijk is verleend valt te verwachten dat vaak aanspraak zal worden gemaakt op schadevergoeding. De mogelijkheid van schadevergoeding kan namelijk, zoals het Hof van Justitie ook heeft onderkend, een belangrijke reden zijn waarom een partij zich bij een schending van het Europese recht tot de nationale rechter wendt (en zodoende bijdraagt aan de private handhaving van dat recht).[39] Volgens Van den Tweel, destijds landadvocaat, vormt de mogelijke aanspraak op schadevergoeding zelfs nagenoeg de enige reden dat überhaupt in Nederland over staatssteun wordt geprocedeerd.[40] In 2005 verklaarde hij de betrekkelijke schaarste aan staatssteunprocedures voor de Nederlandse rechter vanuit

36 Adriaanse 2006, p. 277-8. Hij geeft als voorbeeld CBb 7 april 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO7843.

37 Zie hoofdstuk 2 § 2.6.5.4.

38 Vgl. Conclusie A-G Keus bij HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*), ov. 2.87.

39 HvJ EU 19 november 1991, nr. C-6/90 en C-9/90 (*Francovich*), r.o. 33; HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 20-2.

40 Van den Tweel 2005, p. 34. 'Als de subsidiëring van een ander bedrijf niet merkbaar tot een omzetdaling of verlies van marktaandeel leidt, zijn er kennelijk niet veel ondernemingen die enkel omwille van het principe de gang naar de rechter doorzetten.' Vgl. Van Boom 2007, p. 987.

de omstandigheid dat 'het nadeel dat de concurrent van de steunverlening ondervindt, wel meevalt.'[41]

Het in het bestuursrecht op schadevorderingen toepasselijke recht is gedurende de in dit onderzoek bestreken periode (1 november 2005 tot 1 november 2015) gewijzigd.[42] Tot 1 juli 2013 gold dat drie mogelijkheden bestonden om naar aanleiding van onrechtmatig bestuurshandelen schadevergoeding te vorderen. Ten eerste waren bestuursrechters op grond van artikel 8:73 Awb bevoegd om desgevraagd een bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van door bestuurlijk optreden geleden schade.[43] Een belanghebbende kon ook een zogenaamd zuiver schadebesluit uitlokken. Dat hield in dat een belanghebbende bij het schadeveroorzakende bestuursorgaan een verzoek om vergoeding van schade indiende en daartegen onder omstandigheden in bezwaar en beroep kon gaan.[44] Ten slotte kon een belanghebbende een vordering uit onrechtmatige daad instellen bij de burgerlijke rechter.[45] Deze regels gelden nog steeds voor gevallen waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis voor 1 juli 2013 heeft plaatsgevonden.[46]

Onder het nieuwe recht is onder titel 8.4 Awb een zelfstandige verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter opengesteld. Hiermee kan een belanghebbende, losgekoppeld van de procedure over het vermeend schadeveroorzakend besluit, een verzoek indienen om schadevergoeding. Op grond van de regeling in titel 8.4 Awb zal in de gevallen waarin in een besluit onrechtmatige staatssteun besloten zou liggen waardoor schade is geleden, in de meeste gevallen de burgerlijke rechter bevoegd zijn. Dit volgt uit de rechtsmachtverdeling die in artikel 8:89 Awb besloten ligt. Wanneer schade wordt gevorderd over een bedrag boven de € 25.000, is uitsluitend de burgerlijke rechter bevoegd en moet de belanghebbende een vordering uit onrechtmatige daad instellen. Wordt schadevergoeding gevorderd over een lager bedrag, dan mag de belanghebbende kiezen of hij de rechtsgang bij de burgerlijke rechter of bij de bestuursrechter volgt.[47] Voor het zuiver schadebesluit bestaat onder het nieuwe recht geen ruimte meer.

---

41 Van den Tweel 2005, p. 34.

42 Op 1 juli 2013 is in werking getreden de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, *Stb.* 2013, 50, *Stb.* 2013, 162.

43 Adriaanse 2006, p. 280. Art. 8:73 lid 1 en 2 Awb, art.19 Wbbo en art. 27 AWR. De vermogensrechtelijke gevolgen van die uitspraak treffen op grond van art. 1:1 lid 4 Awb de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort.

44 Zie nader Schueler en Van Ettekoven 2013, par. 2.

45 Art. 6:162 BW.

46 Art. IV Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (*Stb.* 2013, 50).

47 Zie hierover in meer detail: Schueler en Van Ettekoven 2013.

7.2.4 Procedureel kader in het privaatrecht: de vorderingen van partijen

Waar de bestuurs- en belastingrechter hun uitspraak in het traditionele vernietigingsberoep toespitsen op een bestreden besluit, is de burgerlijke rechter veel vrijer in zijn uitspraakmogelijkheden. Hij is dan weer wel gebonden aan de partijautonomie. De partijen bepalen wat zij van de rechter vragen, de burgerlijke rechter kan niet iets anders toewijzen dan wat is gevorderd.[48] De partijen in een civiele procedure kunnen voor de burgerlijke rechter aanspraken uit het materiële recht geldend maken.[49] Met dat doel staan in titel 3.11 BW verschillende rechtsvorderingen. De belangrijkste rechtsvorderingen zijn de verbods- en gebodsvordering (artikel 3:296 BW) en de verklaring voor recht (artikel 3:302 BW). Verspreid door het burgerlijk wetboek bestaan ook specifiekere rechtsvorderingen. Te denken valt aan de vordering tot betaling van schadevergoeding in geld (artikel 6:95 e.v. BW).

Artikel 3:296 BW bepaalt dat hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe desgevraagd door de rechter wordt veroordeeld, tenzij uit de wet, uit de aard van de verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt. De condemnatoire vordering van artikel 3:296 BW creëert ruime uitspraakmogelijkheden, zeker op grond van de open norm van artikel 6:162 BW.[50] De uitspraak van de rechter hangt daarmee tot op zekere hoogte af van de creativiteit van de partijen. De ruime bewoordingen van met name artikel 3:296 BW betekenen echter niet dat om het even welk gebod of verbod kan worden gevraagd. De rechter zal een partij alleen veroordelen tot hetgeen hij jegens een ander verplicht is te geven, te doen of na te laten. Het vorderingsrecht wordt daarnaast ingeperkt door artikel 24 Rv, dat voorschrijft dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist 'op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit'. Hiermee is de grondslag van de vordering bepalend voor de vraag wat kan worden gevorderd.[51]

De in artikel 3:302 BW bedoelde verklaring voor recht houdt in dat de rechter op vordering van een bij een rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon omtrent die rechtsverhouding een verklaring van recht uitspreekt. Deze kan alleen worden gevraagd als de verklaring tot rechtsgevolgen kan leiden. Om een voorbeeld van Van Schaick aan te halen: de partij die een verklaring voor recht vordert dat smurfen blauw zijn, mist daarbij voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW.[52] Partijen kunnen daarentegen – in staatssteungeschillen belangrijk – wel een verklaring voor recht vragen om

48 Ancery 2012, p. 16.
49 Van Nispen 2003, p. 9.
50 Kortmann en Sieburgh 2009, par. 2.5.
51 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-IV*), aant. 151.
52 Asser/Van Schaick 2011 (Procesrecht II), aant. 64. Zie over het voldoende belang in deze context ook hoofdstuk 4 § 4.2.3 en § 4.6.1.2.

de (partiële) nietigheid van een bepaalde rechtshandeling in rechte te doen vaststellen.

De uitspraak van de burgerlijke rechter heeft alleen betrekking op de verhouding tussen de procespartijen.[53] Dit heeft ook gevolgen voor de situatie dat een derde partij betoogt dat een tussen de overheid en een vermeende begunstigde gesloten overeenkomst nietig is. Wanneer de vermeende begunstigde niet in de procedure is betrokken, dan heeft de uitspraak op zichzelf nog geen gevolgen voor zijn rechtspositie, hoewel de nietigheid in beginsel *erga omnes* werkt.[54] Om die reden zal het de moeite lonen om ook de begunstigde in het geschil te betrekken.

De procedure voor de burgerlijke rechter kan lang duren. Daarom kunnen partijen bij de burgerlijke rechter op twee manieren een voorlopige voorziening vragen.[55] De meest voorkomende manier is het kort geding in de zin van artikel 254 e.v. Rv, waarvan in de praktijk dankbaar gebruik wordt gemaakt.[56] Een kort geding is een volledig zelfstandige procedure bij de voorzieningenrechter, die mag worden ingesteld zonder een bodemprocedure aanhangig te hebben gemaakt of alsnog te maken.[57] Wanneer een bodemzaak wordt ingesteld, bindt het vonnis in kort geding de bodemrechter niet (artikel 257 Rv). Een partij kan ook bij wijze van incidentele vordering tijdens de aanhangige bodemprocedure hangende de einduitspraak een daarop betrekking hebbende voorlopige voorziening vragen (artikel 223 Rv).[58] De procedures wijken niet fundamenteel van elkaar af.[59]

Door het voorlopige karakter van een kort geding zijn de uitspraakmogelijkheden van de voorzieningenrechter beperkt. De rechter kan geen verklaring voor recht uitspreken, aangezien daarmee bindend het bestaan of de exacte inhoud van een rechtsverhouding wordt vastgesteld.[60] Om dezelfde reden wordt aangenomen dat de rechter geen constitutief vonnis kan uitspreken,

---

53 Asser/Van Schaick 2011 (Procesrecht II), aant. 64. Vgl. art. 236 Rv.

54 Op grond van art. 3:40 BW mist de rechtshandeling verbindende kracht. Er bestaan situaties waarin de nietigheid enkel tussen bepaalde partijen geldt en dus sprake is van betrekkelijke nietigheid. Te wijzen valt bijv. op art. 3:90 BW. Het gaat hier echter om een uitzondering op de regel. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), aant. 601, 612-3 en 634.

55 Daarbij laat ik de rol van de kantonrechter buiten beschouwing, die ex art. 254 lid 4 Rv ook bevoegd is om voorlopige voorzieningen te treffen. Volgens art. 93, aanhef en sub a Rv is de kantonrechter bevoegd in zaken betreffende vorderingen met een beloop van ten hoogste €25.000. Gezien de de-minimis limiet valt niet snel te verwachten dat staatssteungeschillen onder de bevoegdheid van de sector kanton vallen. Het is mogelijk dat een geschil ontstaat over vermeende staatssteuncomponenten van bijvoorbeeld een huurovereenkomst (aanhef en sub c), maar mij zijn dergelijke geschillen niet bekend.

56 Asser/Van Schaick 2011 (Procesrecht 2), aant. 218; Stein/Rueb 2011, p. 276.

57 Hendrikse 2011, p. 309; Stein/Rueb, p. 286. Uit een rapport uit 2006 blijkt dat in ongeveer 95% van de uitspraken in kort geding geen bodemprocedure aanhangig wordt gemaakt. Asser e.a. 2006, p. 115.

58 Asser/Van Schaick 2011 (Procesrecht 2), aant. 200.

59 Den Besten 2007.

60 Asser/Van Schaick 2011 (Procesrecht 2), aant. 228.

bijvoorbeeld door een overeenkomst te ontbinden of te vernietigen. Wel lopen voorzieningenrechters wel eens vooruit op een mogelijke ontbinding of vernietiging door de bodemrechter door de gedaagde te veroordelen tot de prestatie die hij in dat geval zou moeten verrichten.[61] Komt die veroordeling neer op de betaling van een geldsom, dan moet de rechter wel het restitutierisico in zijn beoordeling betrekken.[62] Een opvallend kenmerk van de procedure in kort geding is ten slotte dat naast de juridische merites van de zaak ook de belangen van de partijen een belangrijke rol spelen. Ook wanneer een eiser voldoende aannemelijk maakt dat de gedaagde bijvoorbeeld jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld, kan de voorzieningenrechter de vordering afwijzen vanwege de ingrijpende gevolgen daarvan voor de gedaagde.[63]

7.2.5 Gevolgen van onrechtmatige staatssteun: vertaalslag in het burgerlijk recht

In het burgerlijk recht bestaan vanwege de veel ruimere uitspraakmogelijkheden van de rechter in vergelijking met het bestuursrecht vele mogelijke manieren waarop de op grond van het Europese recht aan een schending van de standstillbepaling te verbinden gevolgen hun vertaling in het nationale recht kunnen krijgen. Adriaanse concludeerde in 2006 dan ook dat de burgerlijke rechter in vergaande mate kan voldoen aan de eisen die het HvJ in staatssteunzaken aan de rechtsbescherming op nationaal niveau stelt.[64] Dat gezegd hebbende: de aan schendingen van de staatssteunregels te verbinden consequenties, en met name de terugvordering van steun, kunnen de burgerlijke rechter voor grote (vermogensrechtelijke) uitdagingen plaatsen.[65] Daar komt bij dat wezenlijke vraagtekens kunnen worden gesteld bij het vermogen van de 'klassieke' privaatrechtelijke remedies (schadevergoeding, nietigheid, ontbinding, vernietiging en opschorting) kunnen bijdragen aan de handhaving van gedragsnormen.[66]

---

61 Asser/Van Schaick 2011 (Procesrecht 2), aant. 228. De mogelijkheid dat dit leidt tot een situatie die *feitelijk* niet meer ongedaan kan worden gemaakt, doet daar niet aan af (aant. 232).

62 Het gaat dan om het risico dat de eiser niet in staat is om de betaling die hij op grond van het kortgedingvonnis zal ontvangen, aan de gedaagde terug te betalen als deze laatste in een bodemprocedure het gelijk aan zijn zijde blijkt te hebben. Asser/Van Schaick 2011 (Procesrecht 2), aant. 230.

63 Stein/Rueb 2011, p. 280.

64 Adriaanse 2006, p. 320. Zie ook Ottervanger 1985.

65 Van Midden en Nieuwland 2014b, p. 150.

66 Van Boom 2007. Het moet worden opgemerkt dat het noemen van nietigheden en opschorting in de analyse van Van Boom buiten beschouwing zijn gebleven. Prikkelend: Dijkshoorn 2012. Over de vraag wat onder handhaving wordt verstaan, kunnen uiteenlopende opvattingen bestaan. Deze worden onder meer besproken door Kortmann en Sieburgh 2009, par. 1.1. Volgens hen heeft een sanctie 'een handhavende functie als zij strekt tot de ontmoedi-

7.2.5.1 Ge- en verboden voor de burgerlijke rechter

Wanneer een ge- of verbod wordt gevraagd op grond van artikel 3:296 BW, kunnen daaraan in staatssteungeschillen volgens Adriaanse in ieder geval de volgende bepalingen ten grondslag worden gelegd: de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW), nietigheid (artikel 3:40 BW), onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW), ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW), ontbinding (artikel 6:258 en 6:265 BW), maatstaven van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 BW) en algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zie de artikelen 3:14 BW en 3:1 lid 2 Awb).[67]

Op basis van deze grondslagen zijn verschillende uitspraakmogelijkheden van de burgerlijke rechter in relatie tot onrechtmatige staatssteun denkbaar. Adriaanse noemt bijvoorbeeld het gebod aan de steunverlener tot het betalen van schadevergoeding aan de gedupeerde derde, de stopzetting van verdere steunverlening, het buiten werking stellen of opschorten van wetten, het ongedaan maken van al verleende steun of de gevolgen daarvan en het terugvorderen van steun van de begunstigden, inclusief rente. Te denken valt ook aan een verbod om concurrentievervalsende activiteiten te verrichten of in de toekomst steun te verlenen. Aan de vermeende steunontvanger kan (op vordering van de steunverlenende overheid) een gebod worden opgelegd tot terugbetaling van de genoten steun inclusief rente. Aan de veroordeling tot terugbetaling kan de rechter op grond van artikel 611a Rv een dwangsom koppelen, mits degene die de terugbetaling heeft gevorderd niet dezelfde is als degene aan wie zou worden terugbetaald.[68] Dat kan het geval zijn in de situatie waarin een concurrent met succes de terugbetaling van steun door een steunontvanger aan de overheid heeft gevorderd.

7.2.5.2 Nietigheid van de steunverlenende handeling

Voor justitiabelen in staatssteunzaken kan het ook interessant zijn om een verklaring voor recht te vragen, bijvoorbeeld dat bepaalde prestaties onverschuldigd zijn betaald of dat onrechtmatig is gehandeld door de wederpartij, maar vooral dat bepaalde handelingen nietig zijn.[69] Sinds de uitspraak van het HvJ in de zaak *Residex* is het duidelijk dat het Unierecht niet zonder meer

---

ging een norm te schenden door hetzij potentiële schenders een nadeel in het vooruitzicht te stellen, hetzij hun voor te houden dat het voordeel dat zij met de normschending nastreven zal worden weggenomen.'

67 Adriaanse 2006, p. 296. Zie ook Van Midden en Nieuwland 2014a, p. 233.

68 Beekhoven van den Boezem 2014 (Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering), aant. 2.

69 Adriaanse 2007, p. 9-10. Uit het onderhavige onderzoek blijkt daarnaast dat in sommige gevallen ook een verklaring voor recht wordt gevorderd dat een maatregel kwalificeert als staatssteun die in strijd met art. 108(3) VWEU niet is aangemeld. Bijv. Rb 's-Gravenhage 16 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6720 (*Parkeer Management Nederland*). Zie nader hierna § 7.4.3.1.

de nietigheid (of anderszins ongeldigheid) van een maatregel ter uitvoering van onrechtmatige staatssteun vergt.[70] Dat is anders dan bijvoorbeeld in het geval van het reguliere mededingingsrecht, waar artikel 101 VWEU zelf de nietigheid van rechtswege van de op grond van die bepaling verboden overeenkomsten en besluiten voorschrijft.[71] Het HvJ heeft in de zaak *Residex* geoordeeld dat onrechtmatige steun moet worden teruggevorderd en dat te dien einde een daaraan ten grondslag liggende rechtshandeling nietig kan worden verklaard, 'met name wanneer bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen, deze nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de garantieverstrekking wordt hersteld'.[72] In deze uitleg kunnen een effectiviteitstoets (draagt nietigheid bij aan het herstel van de mededingingssituatie?) en een proportionaliteitstoets (bestaan minder dwingende procedurele maatregelen?) worden ingelezen.[73]

In het Nederlands burgerlijk recht geldt dat artikel 3:40 lid 2 BW dwingend de nietigheid van een met een dwingende wetsbepaling rechtshandeling voorschrijft, tenzij uit de strekking van de wetsbepaling iets anders voortvloeit. De nietigheid van een rechtshandeling op grond van artikel 3:40 BW houdt in dat de met de handeling beoogde rechtsgevolgen niet intreden. Dat gebeurt van rechtswege. De, zo nodig ambtshalve te constateren,[74] verklaring van de rechter is dus eigenlijk niet nodig om de nietigheid te doen intreden, hoewel hiermee wel de nodige rechtszekerheid kan worden geboden door uitsluitsel te geven over de vraag of een handeling inderdaad nietig is.[75] Daarnaast is het instellen van een vordering tot een dergelijke verklaring een goede manier om te zorgen dat de veronderstelde nietigheid niet aan de aandacht van de rechter ontsnapt.

Naar aanleiding van het arrest van het HvJ in de zaak *Residex* is discussie ontstaan over hoe deze bepaling binnen de context van het staatssteunrecht moet worden toegepast. Zo wijzen Montijn en Saanen op de dwingende bewoordingen van artikel 3:40 lid 2 BW: strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling.[76] Van den Brink meent dat de bepaling zo moet worden uitgelegd dat een met het staatssteunrecht strijdige rechtshandeling nietig is als *en voor zover* met die nietigheid de verstoring van

70 HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*), r.o. 47-8, zie ook in hoofdstuk 2 § 2.6.5.1.
71 Zie ook HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 (*Vreugdenhill/Floraholland*).
72 HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*), *dictum*.
73 Van Midden en Nieuwland 2014b, p. 148; Conclusie van A-G Keus van 12 oktober 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BY0539 (*Residex 2*), ov. 2.2 en 2.3.
74 Aangenomen dat sprake is van nietigheid en niet van vernietigbaarheid – hoewel Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*) in aant. 321 de mogelijkheid openlaten dat de rechter onder omstandigheden ambtshalve art. 3:40 BW moet toepassen in geval van een vernietigbare rechtshandeling.
75 HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 227. Ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), aant. 607.
76 Montijn en Saanen 2012, p. 130.

de mededinging wordt opgeheven.[77] Uit het perspectief van het Unierecht is dat zeker een elegante redenering. Volgt men de visie van Van Midden en Nieuwland, dan heeft die redenering echter nauwelijks praktische waarde. Volgens hen bestaan voor de nietigheid in de zin van artikel 3:40 BW naar Nederlands recht namelijk nauwelijks minder dwingende alternatieven, nu de rechtsfiguren partiële nietigheid en conversie in staatssteungeschillen zelden uitkomst zouden bieden.[78] Zoals hierna nog zal blijken, heeft de mogelijke toepassing van de partiële nietigheid in de staatssteunjurisprudentie van de burgerlijke rechter inderdaad tot de nodige vragen geleid, hoewel het nut van die toepassing zeker niet op voorhand moet worden uitgesloten.[79] De toepassing van artikel 3:40 BW bij het ongedaanmaken van door staatssteun veroorzaakte mededingingsvervalsing kan daarnaast worden gecompliceerd door de omstandigheid dat de civielrechtelijke verschijningsvormen van staatssteun vaak deel uitmaken van een meer omvattende overeenkomst tussen, in veel gevallen, meerdere partijen.[80]

Is een rechtshandeling nietig, dan betekent dit dat de daarmee beoogde rechtsgevolgen niet intreden.[81] Met de verklaring dat een overeenkomst wegens strijd met de staatssteunregels nietig is, kan dus de verlening van staatssteun worden voorkomen wanneer de overeenkomst nog niet is uitgevoerd. Is de overeenkomst al wel uitgevoerd, dan zijn extra handelingen nodig. Wanneer op grond van de overeenkomst al wel prestaties zijn verricht, moeten zij ongedaan worden gemaakt, bijvoorbeeld door het instellen van een vordering uit onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW).[82] Deze vordering moet uiteraard worden ingesteld door degene die onverschuldigd heeft gepresteerd – dat wil zeggen: de steunverlenende overheid. Wil een derde met gebruik van de nietigheidssanctie van artikel 3:40 BW afdwingen dat de aan een ander door de overheid verleende onrechtmatige staatssteun wordt teruggevorderd, dan kan het voorkomen dat hij dus ook na een nietigverklaring door de rechter in een aparte procedure moet afdwingen dat de overheid de steun als onverschuldigd betaald terugvordert.[83]

---

77 Van den Brink 2015, onder 'Residex'.
78 Van Midden en Nieuwland 2014b, p. 149. Anders: Van den Brink 2015, onder 'Residex'.
79 Zie in dit hoofdstuk § 7.4.1.2 en § 7.4.3.
80 Van Midden en Nieuwland 2014b, p. 148.
81 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), aant. 604.
82 Idem, aant. 634.
83 Uitspraken met die strekking zijn nog niet gepubliceerd. Het is denkbaar dat een justitiabele in deze positie zou aanvoeren dat het verzuim van de overheid om de op basis van een nietige overeenkomst verleende steun terug te vorderen jegens hem onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 BW. Daarbij zal wel relevant zijn of hij aan de standstillbepaling bescherming kan ontlenen: zie de discussie in hoofdstuk 4, § 4.2.2.

7.2.5.3 Partiële nietigheid en conversie

De gevolgen van de nietigheid van een rechtshandeling kunnen worden genuanceerd met de rechtsfiguren partiële nietigheid en conversie.[84] Dat is belangrijk, want de algehele nietigheid van een rechtshandeling in staatssteunzaken is, om met Van Midden en Nieuwland te spreken, een 'betrekkelijk nucleaire optie'.[85] In veel gevallen voor de burgerlijke rechter bestaat de vermeende steun erin dat een overeenkomst is gesloten waarin de prestatie en tegenprestatie niet met elkaar in balans zijn. De overheid zou teveel betalen voor een goed of een dienst, of bijvoorbeeld grond voor een te laag bedrag verkopen. De algehele nietigheid van een zulke overeenkomst zal in zulke gevallen doorgaans verder gaan dan nodig is om het door de vermeende steunontvanger genoten voordeel met rente terug te vorderen.

Partiële nietigheid (artikel 3:41 BW) houdt in dat wanneer een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling betreft, deze onder omstandigheden voor het overige in stand kan blijven. Er bestaat nog enige discussie over de vraag of dit kan bijdragen aan het opheffen van de mededingingsvervalsing door terugvordering van onrechtmatig verleende steun.[86] Het is bijvoorbeeld twijfelachtig of het in alle gevallen mogelijk is om het niet-marktconforme gedeelte van de gehele overeenkomst af te splitsen. Daarvoor is het op grond van artikel 3:41 BW namelijk nodig dat tussen het nietige en het nog geldige deel van de overeenkomst geen onverbrekelijk verband bestaat. Om dat te bepalen moet de rechter volgens de Hoge Raad beoordelen of, gezien de omstandigheden van het geval en de belangen van alle betrokken partijen, voor gedeeltelijke instandhouding van de rechtshandeling voldoende rechtvaar-

84 Artt. 3:41 en 3:42 BW. Zie voor het verschil tussen partiële nietigheid en conversie: De Loos-Wijker 2012 (*Groene Serie Vermogensrecht*), aant. 13. A.S. Hartkamp, 'Noot bij Rb Noord-Nederland (2014-06-04)(Verboden staatssteun door gemeente)', *JOR* 2014, 287, aant. 6, wijst daarnaast op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid en het leerstuk van de bekrachtiging (art. 3:58 BW), dat echter alleen een oplossing biedt wanneer de onrechtmatigheid is opgeheven voordat een derde zich op de staatssteunregels beroept. Opheffing van de onrechtmatigheid betekent bij schendingen van art. 108 lid 3 VWEU m.i. dat zowel steun als rente zijn terugbetaald.

85 Van Midden en Nieuwland 2014b, p. 150.

86 Van den Brink 2015 meent dat partiële nietigheid bij het opheffen van mededingingsvervalsing een bruikbaar (verfijnend) instrument kan zijn. Anders: Van Midden en Nieuwland 2014b, p. 149.

diging bestaat.[87] Het mag worden aangenomen dat deze toetsingsmaatstaf ook in staatssteungeschillen geldt.[88]

Conversie (artikel 3:42 BW) houdt in dat aan een nietige rechtshandeling de werking van een andere, als geldig aan te merken, rechtshandeling kan toekomen.[89] Dit geldt als de strekking van de nietige rechtshandeling in een zodanige mate beantwoordt aan die van een wel als geldig aan te merken rechtshandeling dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht indien van de eerstgenoemde was afgezien. Conversie is niet mogelijk wanneer dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft meegewerkt. Of conversie in staatssteungeschillen daadwerkelijk soelaas kan bieden, is nog niet duidelijk. In veel gevallen zal lastig zijn dat de steun voor de steunontvanger een essentieel onderdeel van de transactie vormt.[90]

> In het reguliere mededingingsrecht bestaat voor de conversie van een nietige rechtshandeling geen ruimte. Conversie is volgens de rechtspraak van de Hoge Raad dan onverenigbaar 'met de op uitbanning van ongeoorloofde concurrentiebeperkende overeenkomsten gerichte, in art. 6 lid 2 [Mededingingswet] neergelegde absolute nietigheid.'[91] Dit hoeft niet te gelden voor het staatssteunrecht. Artikel 108 lid 3 VWEU, en ook de daarop gebaseerde jurisprudentie, schrijft namelijk niet absoluut de nietigheid van steunverlenende handelingen voor. In het reguliere mededingingsrecht geldt dat wel en heeft de nietigheid een zelfstandige, afschrik-

87 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123 (*BP Europa*), r.o. 3.7.3. Hiermee kiest de Hoge Raad een andere benadering dan de advocaat-generaal, die voor de beperking van de nietigheid tot een deel van de overeenkomst relevant achtte of aannemelijk is dat de overeenkomst ook zonder het nietige deel zou zijn gesloten. Conclusie van A-G Keus van 20 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:875 (*BP Europa*), ov. 2.35.

88 Volgens Van den Brink 2015 zou de vereiste onverbrekelijke samenhang minder moeten worden bekeken vanuit de vraag hoe partijen tegen het resterende deel van de overeenkomst aankijken, en meer (blijkbaar via een EU-conforme interpretatie van het Nederlands recht) 'vanuit de vraag hoe – gelet op het doel van het met het aangaan van de overeenkomst geschonden EU-voorschrift – de nietigheid zoveel mogelijk de ongewenste gevolgen van de overeenkomst kan wegnemen'. Zie hierover nader in dit hoofdstuk § 7.4.1.2.

89 Een mogelijke interessante, hoewel behoorlijk creatieve, toepassing van conversie is m.i. de situatie dat de steun nog niet is verleend en met toepassing van art. 3:42 BW wordt geacht een opschortende bepaling in de overeenkomst te worden opgenomen, dat de maatregel eerst bij de Commissie zal worden aangemeld.

90 Van Midden en Nieuwland 2014b, p. 149, achten conversie (en partiële nietigheid) daarom geen realistisch alternatief voor de algehele nietigheid van een steunverlenende overeenkomst.

91 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123 (*BP Europa*), r.o. 3.6.2, met verwijzing naar: HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439 (*Prisma*).

kende functie.[92] In het licht van dit verschil bestaat er dus geen reden om de mogelijkheid van conversie in staatssteungeschillen op voorhand uit te sluiten.[93]

7.2.6 Tussenconclusie

De Nederlandse rechter die in een procedure een schending van de standstillbepaling van artikel 108 lid 3 VWEU constateert, moet daaraan volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie bepaalde gevolgen verbinden. Wanneer onrechtmatige steun al is verleend, moet hij op zijn minst de terugvordering daarvan en de daarover genoten rente bewerkstelligen. Is de steun nog niet verleend, moet hij voorkomen dat dit alsnog gebeurt. Deze en een aantal andere consequenties moet de rechter, nu specifieke EU-regelgeving ontbreekt, toepassen op basis van zijn eigen recht. Sommige landen hebben daarvoor op nationaal niveau specifieke wetgeving aangenomen. De Nederlandse rechters moeten tot nu toe grotendeels werken binnen de algemene kaders van het bestuursrecht, belastingrecht en burgerlijk recht.

De kaders voor de bestuurs- en belastingrechters worden voornamelijk getrokken door de bepalingen van de Awb en komen voor een belangrijk deel met elkaar overeen. Kern van de procedure is een besluit dat ter vernietiging voorligt. Omdat aan de procedure bij de rechter doorgaans een bestuurlijke voorprocedure voorafgaat, is de enkele vernietiging van een bestreden besluit doorgaans geen effectieve manier om het bestaande geschil finaal te beslechten. In de loop van de tijd heeft de rechter zodoende steeds meer mogelijkheden gekregen om de vernietiging van een bestreden besluit te nuanceren of juist kracht bij te zetten door de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten, zelf in de zaak te voorzien of het bestuur de opdracht te geven om een bepaald nieuw besluit te nemen. Met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht is de bestuursrechtelijke procedure nu ook formeel gericht op de definitieve beslechting van het geschil. Voorlopige rechtsbescherming kunnen de bestuurs- en belastingrechter ook bieden door het treffen van een voorlopige voorziening.

In de literatuur is geconstateerd dat deze kaders het niet mogelijk maken, volledig aan de door het Hof van Justitie gestelde eisen tegemoet te komen.

---

92 A-G Keus wijst erop dat ook de Europese consumentenrechtspraak zich in het geval van oneerlijke consumentenbedingen tegen conversie verzet. Conclusie van A-G Keus van 20 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:875 (*BP Europa*), ov. 2.29, met verwijzing naar HvJ EU 14 juni 2012, nr. C-618/10 (*Banco Español de Crédito*). Een dergelijke bevoegdheid zou er volgens het Hof toe bijdragen dat de voor handelaars afschrikkende werking die uitgaat van een loutere niet-toepassing van de oneerlijke bedingen ten aanzien van de consument wordt uitgeschakeld (r.o. 69). Begrijp ik de rechtspraak van het Hof in het kader van het staatssteunrecht goed, dan gaat deze redenering in die context niet op omdat niet een afschrikkende werking, maar het herstel van de mededinging voorop staat.

93 Zie ook A.S. Hartkamp, 'Noot bij Rb Noord-Nederland (2014-06-04)(Verboden staatssteun door gemeente)', *JOR* 2014, 287, aant. 6.

Ook met de mogelijkheden van de finale geschilbeslechting kunnen de bestuurs- en belastingrechters niet zelfstandig de daadwerkelijke terugvordering afdwingen van onrechtmatig verleende steun. Daarvoor is een verder terugvorderingsbesluit en eventueel een invorderingsbesluit nodig, dat door het bestuursorgaan zelf moet worden genomen. Voor de in dat kader geopperde mogelijkheid dat de rechter een bestuursorgaan opdraagt om een dergelijk besluit te nemen bestaat in het huidige recht weinig ruimte. Voor de terugbetaling van ten onrechte betaalde heffingen geldt iets vergelijkbaars: de rechter kan het oorspronkelijke heffingsbesluit aantasten maar met name de bestuursrechter heeft geen mogelijkheden om de feitelijke terugbetaling af te dwingen. De door een steunverlenend besluit veroorzaakte schade kan op verschillende manieren worden vergoed. Gedurende de bestudeerde periode is de regelgeving daarover veranderd. Aangenomen mag worden dat schadevorderingen doorgaans bij de burgerlijke rechter moeten worden ingesteld op grond van artikel 6:162 BW. Bij schadebedragen onder € 25.000 mag een belanghebbende ook kiezen voor een zelfstandige verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter. De onder het oude, tot 1 juli 2013 geldige, recht bestaande mogelijkheid tot het uitlokken van een zuiver schadebesluit is verdwenen. Voor een belangrijk deel van de voor dit onderzoek bestudeerde jurisprudentie geldt echter nog de oude regelgeving.

De burgerlijke rechter is tot op zekere hoogte vrijer in zijn uitspraakmogelijkheden dan de bestuurs- en belastingrechter maar is daarbij wel gebonden aan de vorderingen van de partijen. Zij kunnen op grond van artikel 3:296 BW vorderen dat de overheid wordt veroordeeld iets te geven, te doen of na te laten, of op grond van artikel 3:302 BW een verklaring voor recht vragen om daarmee een bepaalde rechtsverhouding in rechte te doen vaststellen. De uitspraakmogelijkheden van de burgerlijke rechter worden, binnen de omvang van het geding, daardoor in belangrijke mate beïnvloed door de creativiteit van de partijen. Het burgerlijk recht maakt het mogelijk om los van de bodemprocedure voorlopige rechtsbescherming te zoeken via een kort geding. Het is ook mogelijk om bij wijze van incidentele vordering een voorlopige voorziening te vragen hangende de bodemprocedure.

Dat de uitspraakmogelijkheden van de burgerlijke rechter ruim zijn, vertaalt zich ook naar zijn mogelijkheden om aan schendingen van de standstillbepaling de nodige consequenties te verbinden. Hoewel hij niet meer kan toewijzen dan is gevorderd, valt te concluderen dat de burgerlijke rechter naar verwachting goed in staat is om de steunverlenende overheid te veroordelen tot opschorting of terugvordering van onrechtmatige staatssteun, tot het terugbetalen van heffingen en belastingen en tot het betalen van schadevergoeding. Hiervoor biedt vooral de condemnatoire vordering op grond van artikel 3:296 BW veel ruimte. Ook de verklaring voor recht dat een bepaalde rechtshandeling nietig is op grond van artikel 3:40 BW kan een effectieve manier zijn om aan een steunmaatregel haar werking te ontzeggen. Een dergelijke uitspraak kan zo

nodig worden genuanceerd door middel van de figuren van partiële nietigheid en conversie.

7.3 UITSPRAKEN VAN DE BESTUURS- EN BELASTINGRECHTER OVER DE GEVOLGEN VAN STAATSSTEUN

In de volgende paragrafen wordt op basis van de jurisprudentie van de Nederlandse bestuurs- en belastingrechters onderzocht welke gevolgen zij bereid zijn aan een succesvol beroep op de standstillbepaling te verbinden. Hiermee wordt voor deze twee rechters een antwoord gegeven op de in dit hoofdstuk centraal gestelde onderzoeksvraag.

Eerst komen aan de orde geschillen waarin de overheid een beroep op de standstillbepaling doet om vermeend onrechtmatige steun terug te vorderen (§ 7.3.1) of om te voorkomen dat zij steun moet uitkeren (§ 7.3.2). Daarna worden de geschillen besproken waar een derde de opschortingsplicht inroept. De aandacht gaat eerst uit naar de gevallen waarin de vernietiging wordt beoogd van het vermeend steunverlenende besluit (§ 7.3.3). Daarbij wordt niet onderscheiden tussen situaties dat met de vernietiging de (verdere) uitkering van steun moet worden voorkomen of dat uiteindelijk de terugvordering van steun moet worden bewerkstelligd, nu dat onderscheid in de bestudeerde jurisprudentie ook niet expliciet wordt gemaakt. In § 7.3.4 wordt specifieker ingegaan op geschillen waaruit kan worden afgeleid dat een zich op het staatssteunrecht beroepende partij andere belangen nastreeft dan de aantasting van de steunverlening zelf. Daaronder kunnen ook de geschillen over de terugbetaling van heffingen (§ 7.3.5) en geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening (§7.3.6) worden geschaard, die echter apart worden besproken. In §7.3.7 gaat de aandacht uit naar de uitspraken van de bestuursrechter over voorlopige rechtsbescherming en schadevergoeding. De bespreking wordt afgesloten met een tussenconclusie (§ 7.3.8).

7.3.1 Het terugvorderen van steun door de overheid

7.3.1.1 Een ongeschreven bevoegdheid voor de terugvordering van steun

In 1995 heeft de toenmalige Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij op grond van de Bijdrageregeling proefprojecten mestverwerking (BPM) een subsidie verleend. Ten onrechte, volgens de Europese Commissie, want de subsidie komt neer op onrechtmatige en onverenigbare staatssteun. De Commissie besluit dan ook dat de subsidie en de daarover genoten referentierente moeten worden teruggevorderd. De minister geeft aan dat besluit gevolg door bij beschikking de (al vastgestelde) subsidie in te trekken en het subsidiebedrag inclusief rente terug te vorderen. Het daartegen gerichte bezwaar en het beroep voor de rechtbank blijven

> zonder succes.[94] Voor de onverwijlde en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van het terugvorderingsbesluit van de Commissie is nu alleen nog nodig dat ook de Afdeling het beroep ongegrond verklaart zodat de minister kan overgaan tot de terugvordering van de steun en de rente.[95]

De zojuist beschreven *BPM*-uitspraak was lange tijd het belangrijkste voorbeeld van de terugvordering van onrechtmatige staatssteun via de Nederlandse bestuursrechter.[96] De procedurele context is daarbij de volgende. Een bestuursorgaan neemt een besluit waarbij het (vermeend) bij een eerder besluit ten onrechte gegeven voordeel wordt teruggenomen. In het geval van de *BPM*-uitspraak was dat de intrekking van een subsidie met terugvordering van het al uitbetaalde bedrag en de daarover genoten rente. De bestuursrechter raakt bij het geschil betrokken wanneer de geadresseerde van het besluit – de vermeende begunstigde van de steun – tegen dat besluit in bezwaar en vervolgens in beroep gaat. De rol van de bestuursrechter vanuit Europees perspectief is in zulke gevallen een betrekkelijk duidelijke: de rechter mag er niet aan in de weg staan dat onrechtmatig verleende steun wordt teruggevorderd, en moet deze terugvordering zo nodig kracht bijzetten.[97]

Uiteraard opereert de bestuursrechter in dit soort geschillen binnen de grenzen van het nationale recht. In een terugvorderingsgeschil zal dan met name het legaliteitsbeginsel van groot belang zijn. Bestuursorganen kunnen burgers per slot van rekening in principe alleen binden op basis van bevoegdheden die berusten op een wettelijke grondslag en daarbij zijn zij gebonden aan de wet.[98] Hiermee moet worden voorkomen dat de overheid willekeurig optreedt, en wordt de voorspelbaarheid, stabiliteit, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bij overheidsoptreden gewaarborgd.[99] Voor belastende besluiten zoals de terugvordering van onrechtmatige staatssteun en de daarover genoten rente is naar Nederlands recht dan ook een wettelijke grondslag noodzakelijk.[100]

Deze eis leidt in de *BPM*-uitspraak tot de nodige problemen. Er ontstaat namelijk discussie over de bevoegdheid om het besluit tot subsidievaststelling in te trekken, die nodig is om vervolgens de gewraakte subsidie te kunnen terugvorderen. Het geschreven Nederlands bestuursrecht blijkt een dergelijke bevoegdheid echter niet te bevatten. De relevante bijzondere regelgeving

---

94 Rb 's-Hertogenbosch 26 november 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AR6630 (*BPM*).

95 ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416 (*BPM*), *Gst.* 2006, m.nt. R.J.M. van den Tweel, *Markt&Mededinging* 2006, p. 93 e.v., m.nt. J.R. van Angeren, *AB* 2006, m.nt. W. den Ouden. Zie ook: ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9415 (*BPM*).

96 Recenter: ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*). Vóór de in dit onderzoek bestudeerde periode: Rb Zutphen 20 mei 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AF9788 (*Demarol*).

97 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.5.

98 Voermans 2011a, p. 41.

99 Kortmann 2008, p. 52; Voermans 2011a; Van den Brink 2012, p. 150.

100 Kortmann 2008, p. 327; Ortlep 2011, p. 172, inclusief verwijzingen.

voorziet in dit geval[101] niet in de intrekking of terugvordering van ten onrechte verleende subsidies en de subsidietitel van de Awb, die dat voor zover bekend wél doet,[102] was op dit geschil nog niet van toepassing. In de zaak *BPM* voegt de Afdeling hieraan (zonder veel motivering) toe dat ook het Unierecht niet de benodigde terugvorderingsgrondslag biedt.[103] Uiteindelijk vindt de Afdeling een oplossing in het ongeschreven bestuursrecht, op basis van het uitgangspunt dat de bevoegdheid om de subsidie te verlenen een ongeschreven bevoegdheid impliceert om deze in te trekken.[104] Uit de ongeschreven intrekkingsbevoegdheid volgt vervolgens ook de bevoegdheid om de subsidie terug te vorderen 'uit hoofde van het algemene, ook in het bestuursrecht geldende, rechtsbeginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald kan worden teruggevorderd.'[105] Dit oordeel is ten tijde van de uitspraak ervaren als een uitbreiding van de bestaande jurisprudentie van de Afdeling over ongeschreven bevoegdheidsgrondslagen.[106]

7.3.1.2 Een 'Europese' bevoegdheid voor de terugvordering van steun

Sinds de *BPM*-uitspraak is de Afdeling nog een stap verder gegaan, in de zaak *Zorg en Zekerheid*.

> Het Zorginstituut Nederland heeft in 2011 de vereveningsbijdrage voor verzekeraar Zorg en Zekerheid definitief vastgesteld. Het blijkt echter dat de bijdrage is berekend op basis van een incorrecte toepassing van het (door de Commissie goedgekeurde) risicovereveningssysteem dat in de Nederlandse zorgverzekeringssector

---

101 Zie voor een voorbeeld waar de bijzondere wetgeving wel in een dergelijke grondslag voorziet art.72o Elektriciteitswet 1998, zoals onder meer toegepast in CBb 16 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP6917 (*MEP subsidie*). Zie ook CBb 8 juli 2CBb 8 juli 2008, ECLI:NL:CBB: 2008:BD8217 (*MEP-subsidie*); CBb 8 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8212 (*MEP-subsidie*).

102 Sinds de inwerkingtreding van de subsidietitel in de Awb kan een subsidie volgens de literatuur met behulp van een Unierechtconforme uitleg van de Awb worden ingetrokken en teruggevorderd op grond van art.4:49 lid 1 sub b Awb en art.4:57 lid 1 Awb. Borman 2013 (*T&C Awb*), art. 4:49, aant. 2b, met verwijzing naar de *BPM*-uitspraak en ABRvS 23 juni 2010, *JB* 2010, 181. Vgl. in het kader van het lager vaststellen van subsidies: Borman 2013 (*T&C Awb*), art. 4:46, aant. 3f. Indirect: Adriaanse en Van Angeren 2010, p. 674. Er zijn nog geen voorbeelden waarin deze bepalingen op de bedoelde manier zijn toegepast. Het op deze manier oprekken van die bepalingen wordt overigens niet gelukkig geacht. Den Ouden 2010, p. 704; Van den Brink 2012, p. 867. Het wetsvoorstel terugvordering staatssteun moet hierin verandering brengen. Zie nader in hoofdstuk 8.

103 ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416 (*BPM*), r.o. 2.3 en, met betrekking tot de rente, r.o. 2.8.1.

104 Idem, r.o. 2.6. Vgl. Ortlep 2011, p. 176 met verwijzingen.

105 ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416 (*BPM*), r.o. 2.6, met verwijzing naar ABRvS 21 oktober 1996, *AB* 1996, 496.

106 W. den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2006-01-1)(Intrekking BPM-subsidies)' *AB* 2006, 208, aant. 6. Beduidend minder stellig: Den Ouden 2010, p. 697 (bij voetnoot 36). Deze leer van de impliciete bevoegdheden is in de literatuur bekritiseerd. ABRvS 10 juli 2002, *AB* 2003, 123, m.nt. Verheij.

> wordt toegepast. Dit heeft volgens het Zorginstituut tot gevolg dat Zorg en Zekerheid in strijd met de staatssteunregels een veel te hoge bijdrage heeft ontvangen. Daarom wordt de vaststelling herzien en lager vastgesteld, en vordert het Zorginstituut een bedrag van iets meer dan € 4 miljoen terug.[107]

In deze zaak oordeelt de Afdeling dat de door Zorg en Zekerheid ontvangen vereveningsbijdrage in strijd met de staatssteunregels is vastgesteld en dat herziening en terugvordering op zijn plaats is. Net als in de *BPM*-zaak ontbreekt daarvoor een bevoegdheidsgrondslag in het geschreven bestuursrecht. Ingevolge de hier toepasselijke Zorgverzekeringswet 2007 is titel 4.2 van de Awb namelijk niet van toepassing op de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de vereveningsbijdrage en de wet biedt zelf evenmin een intrekkings- of terugvorderingsgrondslag. De Afdeling benadrukt echter dat lidstaten op grond van de standstillbepaling, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, verplicht zijn om onrechtmatig verleende steun terug te vorderen.[108] Met verwijzing naar de rechtstreekse werking van artikel 108 lid 3 VWEU en naar de zogenaamde Costanzo-verplichting[109] overweegt de Afdeling vervolgens: 'Daarmee is de bevoegdheidsgrondslag voor de lidstaat Nederland tot terugvordering van het in strijd met die bepaling te veel toegekende een gegeven.'[110] Met andere woorden: de Afdeling blijkt nu wel bereid om in het Unierecht zelf een terugvorderingsgrondslag te vinden.[111]

Helemaal onverwacht was dit oordeel niet. Bijna drie jaar na de *BPM*-uitspraak heeft de Afdeling naar aanleiding van het veelbesproken *ESF*-arrest van het Hof van Justitie voor het eerst geoordeeld dat een lidstaat de bevoegdheid tot de terugvordering van een Europese subsidie onder omstandigheden aan een Europese subsidieverordening kan ontlenen.[112] Dat de Afdeling het Hof hiermee goed heeft begrepen, is in latere en explicietere jurisprudentie

---

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

108 De Afdeling heeft het in r.o. 5.3, enigszins verwarrend, over steun die onverenigbaar is met art. 107 VWEU.

109 Uit de *Costanzo*-jurisprudentie volgt dat overheidsinstanties (en dus bestuursorganen) net als de lidstaten en nationale rechters verplicht zijn om bepalingen van Europees recht toe te passen en daarmee strijdig nationaal recht zo nodig buiten toepassing te laten. De Afdeling verwijst naar HvJ EU 22 juni 1988, nr.103/89 (*Fratelli Costanzo*), r.o. 29-30 en HvJ EU 9 september 2003, nr. C-198/01 (*CIF*), r.o. 49.

110 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*), r.o. 5.3.

111 Nog een stap verder ging het Berlijnse *Oberverwaltungsgericht* in kort geding: OVG Berlin-Brandenburg 7 november 2005, *NVwZ* 2006, 104. Een terugvorderingsbesluit van de Europese Commissie biedt voldoende grondslag voor een nationaal terugvorderingsbesluit – zelfs als de terug te vorderen staatssteun oorspronkelijk door middel van een overeenkomst is verleend. Kritisch daarover: Herrmann en Kruis 2007, o.m. p. 150.

112 Wel moest de vraag wie die bevoegdheid mag uitoefenen nader naar Nederlands recht worden bepaald. ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009, 96, m.nt. W. den Ouden, *JB* 2009, 53, m.nt. AJB; ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8283; ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009, 95, m.nt. W. den Ouden; ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8291.

van het Hof bevestigd.[113] Het ligt voor de hand dat de hiermee ingezette en in de verdere bestuursrechtelijke jurisprudentie gevolgde lijn de nodige inspiratie heeft geboden voor de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Zorg en Zekerheid*.

Toch is het oordeel van de Afdeling ook weer niet vanzelfsprekend. Ten eerste is het nog niet duidelijk of de jurisprudentie van het Hof van Justitie op grond waarvan lidstaten de voor de terugvordering van Europese subsidies benodigde bevoegdheidsgrondslag desnoods in het Unierecht moeten zoeken, zich ook tot het staatssteunrecht uitstrekt. Het Hof heeft zich daarover zelf nog niet uitgelaten. Tussen het staatssteunrecht en Europese subsidierecht bestaat in die zin een belangrijk verschil dat de Unie, anders dan bij Europese subsidies, geen eigen financieel belang heeft bij de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun.[114] Daar komt ten tweede bij dat de terugvorderingsbevoegdheid in Europese subsidiezaken tot nu toe is gevonden in verordeningen waarin in ieder geval met een zekere mate van concreetheid een terugvorderingsverplichting is neergelegd.[115] In de tekst van artikel 108 lid 3 VWEU zelf valt daarentegen geen concrete terugvorderingsverplichting te lezen; die verplichting volgt pas uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie waarin deze bepaling is uitgelegd.

Is dat problematisch? Uit het arrest van het Hof in de zaak *SOMVAO* kan worden afgeleid dat het voor het Hof doorslaggevend is dat de ondubbelzinnige en onvoorwaardelijke bewoordingen van de Europese bepaling niet aldus kunnen worden uitgelegd dat de lidstaten over een beoordelingsmarge beschikken bij de beslissing of het opportuun is om al dan niet op te treden.[116] De bewoordingen van artikel 108 lid 3 VWEU zelf bevatten niet een dergelijke ondubbelzinnige en onvoorwaardelijke terugvorderingsverplichting. De vraag of dit eraan in de weg staat de stand-

113 HvJ EU 21 december 2011, nr. C-465/10 (*Chambre de Commerce*) en HvJ EU 18 december 2014, nr. C-559/13 (*SOMVAO*).

114 Vgl. HvJ EU 18 december 2014, nr. C-599/13 (*SOMVAO*), r.o. 48. Van den Brink en Den Ouden 2014, p. 85, wijzen in dat kader op het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt (COM(2012)363 def) en een voorstel voor een verordening van de Raad tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie (COM(2013)534 def). Van den Brink en Den Ouden 2014, p. 85, wijzen er overigens ook terecht op dat zowel bij Europese subsidies als bij staatssteun mededingingsverstoringen moeten worden voorkomen. Zo bezien moeten de verschillen tussen de twee rechtsterreinen ook niet worden overdreven.

115 Zie bijv. HvJ EU 21 december 2011, nr. C-465/10 (*Chambre de Commerce*), r.o. 33. Vgl. discussie in Van den Brink 2012, p. 593-607. Ook een zeer algemene bepaling als art. 53ter Verordening. nr. 2988/95 blijkt volgens het Hof echter als bevoegdheidsgrondslag te kunnen dienen. J.E. van den Brink en W. den Ouden, 'Noot bij HvJ EU (2014-12-18)(Legaliteitsbeginsel)', *AB* 2015, 225, aant. 3.

116 HvJ EU 18 december 2014, nr. C-599/13 (*SOMVAO*), r.o. 45; HvJ EU 21 december 2011, nr. C-465/10 (*Chambre de Commerce*), r.o. 34. Voor een voorbeeld waar dit niet het geval was en het Unierecht dus niet als rechtsgrondslag kon dienen: HvJ EU 26 september 2012, nr. C-509/11 (*ÖBB-Personenverkehr*), r.o. 59-60.

> stillbepaling als bevoegdheidsgrondslag kan worden gebruikt, valt op basis van de jurisprudentie van het Hof lastig te beantwoorden maar lijkt in ieder geval door de Afdeling in de zaak *Zorg en Zekerheid* ontkennend te worden beantwoord. Daar valt wel wat voor te zeggen. De vaste Europese jurisprudentie waarin artikel 108 lid 3 VWEU wordt uitgelegd, bevat namelijk wel een voldoende concrete terugvorderingsplicht zonder discretionaire ruimte voor de betrokken lidstaat.[117]

Ten derde en belangrijker: zoals ook de annotatoren bij de zaak *Zorg en Zekerheid* opmerken, is de mogelijkheid om aan het Unierecht een bevoegdheid te ontlenen volgens de jurisprudentie van het Hof in wezen een noodoplossing voor wanneer een bevoegdheidsgrondslag in het nationale recht ontbreekt.[118] In de zaak *Zorg en Zekerheid* had de Afdeling, net als in de *BPM*-zaak, de terugvordering vrij probleemloos meteen op het ongeschreven bestuursrecht kunnen baseren.

7.3.1.3 Oprekking van het legaliteitsvereiste?

Het voorgaande suggereert dat de Afdeling een grondslag in een algemene, slechts door het Hof van Justitie geconcretiseerde, verdragsbepaling verkiest boven een al eerder aanvaarde ongeschreven nationaal bestuursrechtelijke bevoegdheidsgrondslag. Het is verleidelijk om dit op te vatten als een signaal dat de Afdeling aan de op grond van de standstillbepaling bestaande terugvorderingsverplichting ook gehoor zal geven zelfs wanneer een nationale bevoegdheidsgrondslag wel blijkt te ontbreken.

De vraag dringt zich op hoe een dergelijke conclusie zich verhoudt tot het Nederlandse legaliteitsbeginsel. Het is immers nog niet zo lang geleden dat dit beginsel geen ruimte leek te bieden aan een 'Europese' terugvorderingsgrondslag.[119] Heel problematisch lijkt dit allemaal niet te zijn. Zo schrijven Van den Brink en Den Ouden in een andere context dat de mogelijkheid voor bestuursorganen om aan het Unierecht rechtstreeks bevoegdheden te ontlenen weliswaar problematisch kan zijn vanuit het legaliteitsbeginsel, maar dat de meeste problemen theoretisch van aard zijn, meer dan dat zij de materiële rechtspositie van burgers negatief beïnvloeden.[120] Hun belangrijkste zorg is dat bestuursorganen vermeende Unierechtelijke verplichtingen ongecontro-

---

117 Zie uitgebreid in hoofdstuk 2, § 2.6.5.1.

118 J.E. van den Brink en W. den Ouden, 'Annotatie bij ABRvS (2015-04-15)(Geen gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun)', *AB* 2015, 226, aant. 8. Vgl kritisch: R. Ortlep, 'Annotatie bij CBb (2013-09-06)(Toekenning van terugwerkende kracht)', *AB* 2014, 86, aant. 5.

119 W. den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2006-01-1)(Intrekking BPM-subsidies)', *AB* 2006, 208, aant. 4.

120 In vergelijkbare zin maar een andere context: Van Ommeren 2002, p. 132.

leerd oprekken of aannemen waar deze niet bestaan.[121] Die – onwenselijke – situatie is in het geval van de zaak *Zorg en Zekerheid* niet aanwezig.[122]

Daar komt bij dat de bereidheid van de Afdeling om een terugvorderingsbevoegdheid aan het Unierecht te ontlenen op een belangrijk punt moet worden genuanceerd. De *uitoefening* van die bevoegdheid moet volgens de Afdeling namelijk alsnog plaatsvinden volgens de regels van het nationale recht en door het volgens het nationale recht bevoegde bestuursorgaan.[123] Hiermee grijpt de Afdeling terug op de in de Nederlandse jurisprudentie veelvuldig toegepaste leer van de dubbele bevoegdheidsgrondslag.[124] Deze leer lijkt overigens in sommige recente bestuursrechtelijke uitspraken onder druk te staan en is waarschijnlijk ook op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie achterhaald – op zijn minst op het gebied van Europese subsidies.[125] Waar de Afdeling sinds de *BPM*-uitspraak meer ruimte ziet om aan het Europese recht een terugvorderingsbevoegdheid te ontlenen, acht zij het hoe dan ook voorlopig klaarblijkelijk niet mogelijk om in een dergelijk geval ook de leer van de dubbele bevoegdheidsgrondslag te verlaten. Met andere woorden: ondanks de bereidheid van de Afdeling om in de standstillbepaling een terugvorderingsgrondslag in te lezen, blijkt het een stap te ver om een terugvorderingsbevoegdheid *voor een specifiek bestuursorgaan* af te leiden uit een in de Europese jurisprudentie neergelegde terugvorderingsverplichting *van de lidstaat*. Hier moet alsnog het ongeschreven Nederlands bestuursrecht uitkomst bieden.

De toepassing van de leer van de dubbele bevoegdheidsgrondslag impliceert overigens dat ook met de verruiming in de zaak *Zorg en Zekerheid* geen oplossing is geboden voor alle gevallen waarin onrechtmatige staatssteun via het bestuursrecht moet worden teruggevorderd. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarin steun moet worden teruggevorderd bij een begunstigde die niet met de steunverlener in een rechtstreekse rechtsverhouding staat. Voor

121 Van den Brink en Den Ouden 2014, p. 80-1.

122 De Europese Commissie heeft desgevraagd zelfs in een aan de Afdeling gericht advies aangegeven dat de verleende steun in strijd komt met art. 108 lid 3 VWEU. ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*), r.o. 4.

123 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*), r.o. 5.3.

124 Zie over de leer van de dubbele bevoegdheidsgrondslag en de toepassing daarvan in de Nederlandse jurisprudentie uitgebreid: Van den Brink 2012, m.n. p. 551-8; Jans e.a. 2011, p. 21; R. Ortlep, 'Noot bij ABRvS (2011-01-07)(Bevoegdheidsgrondslag voor een besluit in een Unierechtelijke verordening)', *AB* 2011, 244.

125 Voor een beknopt overzicht: Van den Brink en Den Ouden 2014, p. 80. Kritisch over deze ontwikkeling: R. Ortlep, 'Noot bij CBb (2014-02-21)(Bevoegdheidsgrondslag in een Unierechtelijke verordening)', *AB* 2015, 273, aant. 2. Zie ook J.E. van den Brink en W. den Ouden, 'Noot bij HvJ EU (2014-12-18)(Legaliteitsbeginsel)', *AB* 2015, 225, aant. 4; J.E. van den Brink, 'Noot bij CBb (2013-09-20)(Europese subsidie. Bevoegdheid tot verrekening)', *AB* 2014, 298. Huisman en Jak 2010, onder 4.2.1, menen ook dat bepalingen van primair Europees recht zich gezien hun karakter niet lenen voor een bevoegdheidsgrondslag voor nationale besluiten.

een dergelijke terugvordering biedt het geschreven en ongeschreven bestuursrecht op dit moment nog weinig ruimte.[126]

7.3.1.4 Terugvordering van over het steunbedrag genoten rente

De uitspraak in de zaak *Zorg en Zekerheid* laat zien dat de Afdeling tot op zekere hoogte bereid is om de terugvordering van onrechtmatig verleende steun mogelijk te maken ook wanneer een specifieke Nederlandse publiekrechtelijke grondslag daarvoor ontbreekt. Of hiermee echter ook een grondslag is geboden voor de terugvordering van rente, valt te betwijfelen.

Het legaliteitsvereiste brengt met zich dat niet alleen voor de terugvordering van steun, maar ook voor de terugvordering van rente een bevoegdheidsgrondslag is vereist. Het gemakkelijkste scenario voor de bestuursrechter doet zich voor wanneer bijzondere wetgeving in het geval van het verlenen van onrechtmatige staatssteun expliciet in de terugvordering van rente voorziet, zoals soms het geval is.[127] Bij gebrek aan zulke bijzondere regelgeving moet worden bezien of een terugvorderingsgrondslag voor rente kan worden gevonden in het ongeschreven recht of, wanneer de steun is verleend door middel van een subsidie, in de Awb-subsidietitel. De subsidietitel van de Awb biedt met behulp van een Unierechtconforme uitleg weliswaar een grondslag voor de terugvordering van ten onrechte betaalde bedragen, maar het is zeer twijfelachtig of deze ruimte biedt voor rentevorderingen die daar nog eens bovenop komen.[128] Hetzelfde geldt voor het ongeschreven recht. Hoewel het voorstelbaar is dat de Afdeling in de bevoegdheid om een subsidie te verstrekken de ongeschreven bevoegdheid leest om deze weer in te trekken, zou het wel heel ver gaan om deze bevoegdheid verder op te rekken tot de vordering van een bedrag dat daar nog eens bovenop komt.[129]

Het zal in dit licht niet verbazen dat de Afdeling in de *BPM*-zaak tot het oordeel kwam dat het geschreven en ongeschreven bestuursrecht voor de terugvordering van rente geen grondslag bieden.[130] Deze grondslag wordt

126 Adriaanse en Den Ouden 2008. Ook de burgerlijke rechter kan worden geconfronteerd met de situatie waarin de begunstigde van steun een ander is dan degene met wie de overheid in een rechtsverhouding staat. Zie daarover hierna § 7.4.1.4.

127 Art. 4 van het Kaderbesluit EZ-Subsidies maakt dit onder meer mogelijk. Zie ook art. 6, lid 1, van de (inmiddels ingetrokken) Kaderwet LNV-subsidies en art. 7, lid 1, van de Kaderwet SZW-subsidies.

128 Van den Brink 2012, p. 867; Widdershoven e.a. 2007, p. 101. Verheij is voorstander van een wetswijziging waarbij, gezien het loyaliteitsvereiste, wordt voorzien in een publiekrechtelijke grondslag voor de terugvordering van rente. Vgl. ABRvS 10 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5070, *AB* 2003, 123, m.nt. N. Verheij.

129 Zie daarover de al weer wat oudere, maar op dit punt nog steeds actuele, bespreking in Van Ommeren 2002. Vgl. W. den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2006-01-1)(Intrekking BPM-subsidies)' *AB* 2006, 208, aant. 8.

130 Hiermee bevestigt de Afdeling expliciet haar eerdere uitspraak: ABRvS 10 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5070, *AB* 2003, 123, m.nt. N. Verheij.

volgens de Afdeling evenmin gegeven door het Commissiebesluit zelf, (inmiddels) artikel 16 lid 2 van de Procedureverordening of artikel 107 lid 1 VWEU. Nu het Nederlandse noch het Europese recht een publiekrechtelijke grondslag voor de terugvordering van de rente leveren, komt de Afdeling tot de conclusie dat die vordering slechts kan worden gebaseerd op het burgerlijk recht.[131] Het bestreden besluit wordt dan ook vernietigd en het primaire besluit herroepen, beide voor wat betreft de vordering van rente.

Maar zou de Afdeling vandaag nog steeds tot hetzelfde oordeel komen? Inmiddels heeft de jurisprudentie van de bestuursrechter zich immers alweer verder ontwikkeld, zoals ook al bleek uit de hierboven besproken zaak *Zorg en Zekerheid*, waarin de vordering van rente overigens in het geheel niet aan de orde komt. In deze zaak heeft het betrokken bestuursorgaan in het bestreden besluit namelijk (ten onrechte)[132] geen rente gevorderd. Als dat wel het geval zou zijn geweest,[133] valt alsnog te betwijfelen of de Afdeling in het Unierecht inmiddels wel een publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag zou hebben gevonden.

Enerzijds mag naar aanleiding van de zaak *Zorg en Zekerheid* in principe worden aangenomen dat artikel 108 lid 3 VWEU, zoals uitgelegd door het Hof, als vorderingsgrondslag voor de over de steun genoten rente kan dienen. Bij een schending van de staatssteunregels geldt in beginsel immers ook de plicht om rente te vorderen.[134] Anderzijds: bij gebrek aan een nationale bevoegdheid om over onrechtmatige staatssteun genoten rente te vorderen is het in het licht van de zaak *Zorg en Zekerheid* bijzonder twijfelachtig dat het betrokken bestuursorgaan de aan het Unierecht ontleende bevoegdheid ook daadwerkelijk kan uitoefenen. Anders gezegd zal moeten worden aangenomen dat de tweede tak van de hierboven besproken dubbele bevoegdheidsgrondslag ontbreekt. De uitspraak van de Afdeling in de zaak *Zorg en Zekerheid* biedt daarom geen aanwijzingen dat het naar huidig recht wel mogelijk zou zijn om in een be-

131 ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006: AU9416 (*BPM*), r.o. 2.8.1. Dat volgde voor wat betreft art. 107 lid 1 VWEU ook al uit ABRvS 4 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5137, *AB* 2005, 395, m.nt. W. den Ouden. Art. 108(3) VWEU wordt vreemd genoeg niet genoemd.

132 In hoofdstuk 4, § 4.3.3 is toegelicht dat de loyaliteitsverplichting van art. 4 lid 3 VEU bestuursorganen verplicht tot het terugvorderen van onrechtmatig verleende steun. Ook de daarover genoten rente moet worden teruggevorderd, vanuit de logica dat de begunstigde anders een renteloze lening zou hebben ontvangen. HvJ EU 12 oktober 2000, nr. C-480/98 (*Spanje/Commissie*), r.o. 35 en HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), r.o. 51.

133 Ik zie geen aanleiding om aan te nemen dat de Afdeling dit ambtshalve aan de orde had moeten stellen. Vgl. in hoofdstuk 5 § 5.4.5.

134 Zie daarover in hoofdstuk 2 § 2.6.5.1. Wanneer een terugvorderingsbesluit van de Commissie ontbreekt, zoals in de zaak *Zorg en Zekerheid* het geval was, zal dit nog wel tot een paar lastige vragen leiden. Het is per slot van rekening nog niet geheel duidelijk hoe deze rente moet worden berekend in terugvorderingsgeschillen waarin de Commissie niet een voorafgaand terugvorderingsbesluit heeft genomen, hoewel wordt aangenomen dat van het door de Commissie vastgestelde rentepercentage moet worden uitgegaan.

stuursrechtelijke procedure de terugvordering van de over onrechtmatige staatssteun genoten rente te vorderen. Daarvoor zou aan het nationale recht, om met Van den Brink en Den Ouden te spreken, nog het nodige buig- en trekwerk moeten worden verricht.[135]

7.3.1.5 Waar de rol van de bestuursrechter ophoudt en die van de burgerlijke rechter begint

Het lijkt er dus op dat naar huidig recht nog steeds de vordering van rente moet plaatsvinden bij de burgerlijke rechter. Deze constatering werpt de vraag op waar de Afdeling in geschillen over de terugvordering van onrechtmatige steun de grenzen van haar eigen rol trekt. De annotatoren van de *BPM*-uitspraak vinden het naar Nederlands recht niet vreemd dat de Afdeling voor de afhandeling van de referentierente naar de burgerlijke rechter heeft verwezen en het terugvorderingsbesluit op dat punt heeft herroepen.[136] De zaak moet dan maar verder door de burgerlijke rechter worden afgehandeld.[137] Deze opvatting over de rol van de bestuursrechter valt ook in sommige andere bestuursrechtelijke uitspraken in staatssteungeschillen te herkennen. In deze geschillen verbindt de bestuursrechter aan de omstandigheid dat de weg naar de burgerlijke rechter nog openstaat, de conclusie dat de handhaving van het staatssteunrecht via de nationale rechter (nog) niet praktisch onmogelijk is gemaakt en dus niet in strijd komt met het doelmatigheidsbeginsel.[138] Binnen deze gedachte ontstaat voor de handhaving van het staatssteunrecht pas een probleem wanneer de civiele rechtsgang ook geen oplossing biedt. Of dat daadwerkelijk of in potentie het geval is, wordt door de bestuursrechter niet expliciet meegewogen.[139] Daarvoor bestaat waarschijnlijk ook geen ruimte: het zou vreemd aandoen als de bestuursrechter bij het bepalen van zijn eigen uitspraak vooruitloopt op de kans van slagen bij de burgerlijke rechter.[140] Linksom of rechtsom is het gevolg van deze gedachtegang echter dat de

---

135 J.E. van den Brink en W. den Ouden, 'Annotatie bij ABRvS (2015-04-15)(Geen gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun)', *AB* 2015, 226, aant. 10.

136 R.J.M. van den Tweel, 'Noot bij ABRvS (2006-01-11)(Intrekking en terugvordering subsidie, onrechtmatige staatssteun), *Gst.* 2006, 98; Van Angeren 2006; W. den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2006-01-1)(Intrekking BPM-subsidies)' *AB* 2006, 208. Van den Tweel merkt wel op dat de Afdeling hiermee uitgaat van een strenge toepassing van het legaliteitsbeginsel. Den Ouden meent dat de loyaliteitseis niet zo ver gaat dat de rechter bij gebrek aan een nationale grondslag een dergelijke grondslag op basis van het Unierecht moet aannemen.

137 Zie over het verdere verloop van de procedure voor de burgerlijke rechter hierna § 7.4.1.1.

138 Rb Rotterdam 4 januari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC3244 (*Slam!FM*); ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195 (*Stichting NOB*).

139 De annotatoren van de uitspraak gaan hierop overigens wel in.

140 Andersom geldt op grond van de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling uiteraard wel dat de mogelijkheid om rechtsbescherming te verkrijgen bij de bestuursrechter de burgerlijke rechter tot het oordeel kan brengen dat de ingestelde vordering niet-ontvankelijk moet worden verklaard of moet worden afgewezen. Zie in hoofdstuk 4 § 4.2.4.

verantwoordelijkheid voor de daadwerkelijke terugvordering van in ieder geval de rente uiteindelijk bij de burgerlijke rechter ligt.[141]

Deze discussie laat zien dat het nog niet zo gemakkelijk is om aan te wijzen wie uiteindelijk verantwoordelijk is voor de effectieve toepassing van het Europese staatssteunrecht. De Afdeling, die blijkens haar uitspraak bereid is om het bestuursrecht waar mogelijk ruim uit te leggen, lijkt gezien de stand van het bestuursrecht in ieder geval in de zaak *BPM* geen andere mogelijkheid te zien dan bij de vordering van rente haar uiterste grens te trekken en de bal daarvoor bij de burgerlijke rechter te leggen. Dit past zoals gezegd in de eerdere lijn van de bestuursrechter. Het gevolg daarvan is echter dat de terugvordering van staatssteun onnodig gecompliceerd en tijdrovend wordt gemaakt. Het is zonder twijfel dat de daadwerkelijke en onverwijlde tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbesluit van de Commissie veel beter kan worden gewaarborgd als niet alleen ten onrechte verleende steun, maar ook de daarover genoten rente kan worden teruggevorderd zonder dat daarvoor een procedure bij de burgerlijke rechter nodig is. Hetzelfde geldt wanneer op basis van artikel 108 lid 3 VWEU en zonder tussenkomst van de Commissie wordt geoordeeld dat onrechtmatig verleende steun met rente moet worden teruggevorderd.

De uitkomst van deze procedure heeft in ieder geval voor de Commissie duidelijk te wensen overgelaten. Zij is in 2007, na de uitspraak van de Afdeling en zonder de uitkomst van de privaatrechtelijke procedure af te wachten, een inbreukprocedure gestart.[142] Volgens de Commissie maakt de Nederlandse wetgeving, zoals uitgelegd door de rechtspraak van de Afdeling, de uitvoering van een terugvorderingsbesluit te gecompliceerd en tijdrovend. De Commissie acht het vooral problematisch dat het hoofdbedrag via de bestuursrechtelijke procedure moet worden teruggevorderd, terwijl de terugvordering van de rente slechts bij de burgerlijke rechter kan worden bewerkstelligd. Of het Hof van Justitie dit standpunt zou hebben gedeeld is niet duidelijk, want de zaak is in juni 2008 doorgehaald nadat Nederland heeft aangekondigd een wetsvoorstel in te dienen waarmee de benodigde expliciete terugvorderingsgrondslagen zouden worden geïntroduceerd. Op dit wetsvoorstel en de consultatieversie uit 2016 wordt in hoofdstuk 8 uitgebreid ingegaan. Op dit punt is vooral belangrijk dat het voorstel uit 2008 nooit wet is geworden, zodat de hierboven beschreven problematiek nog steeds actueel is. Hetzelfde geldt voor de – ook in het wetsvoorstel geadresseerde en hierna te bespreken – problematiek van het voorkomen dat onrechtmatige steun wordt uitgekeerd.

141 Ook voor de daadwerkelijke terugvordering van het steunbedrag moest de Staat zich, met een vordering uit onverschuldigde betaling, tot de burgerlijke rechter wenden. Zie daarover hierna § 7.4.1.1.

142 Verzoekschrift van de Europese Commissie, ingesteld op 29 augustus 2007, nr. C-401/07 (*Commissie/Nederland*).

7.3.2 Het voorkomen van steun door de overheid

> De B.V. Ridderstee Holiday heeft bij het college van gedeputeerde staten van Zuid-Holland een subsidie aangevraagd van € 4,5 miljoen. Daarmee wil Ridderstee Holiday een project realiseren met onder andere een hotel, een theater, overdekte speeltuin en een zwembad. Het college, van mening dat uitkering van het volledige bedrag zou neerkomen op het verlenen van onrechtmatige staatssteun, besluit een subsidie toe te kennen van € 200.000, de relevante de-minimislimiet. Ridderstee Holiday maakt tegen dit besluit bezwaar en gaat vervolgens in beroep bij de rechtbank Den Haag. Uiteindelijk zal de B.V. bij de Afdeling gelijk krijgen.[143] De rechtbank gaat echter mee in het verweer van de gemeente dat een hogere subsidie in strijd zou komen met de opschortingsplicht. Het beroep wordt daarom ongegrond verklaard en het bestreden besluit – de ongegrondverklaring van het bezwaar tegen de volgens Ridderstee wel heel lage subsidieverlening – blijft in stand.[144]

De zojuist genoemde casus is een voorbeeld van een situatie waarin de overheid, in dit geval het college van gedeputeerde staten van Zuid-Holland, de mogelijke verlening van onrechtmatige staatssteun wil voorkomen.[145] In de meeste gevallen is dan sprake van de weigering van een gevraagde subsidie of de verlening daarvan tot een lager bedrag dan gevraagd, met als motivering dat de toekenning van een (hogere) subsidie zou leiden tot onrechtmatige staatssteun.[146] Als de rechter deze motivering voldoende steekhoudend vindt, hoeft hij zowel uit staatssteunrechtelijk als uit bestuursrechtelijk perspectief niet zo heel veel te doen. Het besluit waarbij het gevraagde voordeel is geweigerd is dan terecht genomen en mag in stand blijven; het beroep wordt net

---

143 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*).

144 Rb 's-Gravenhage 28 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT7119 (*Tijdelijke Verordening stimulering Voordelta*).

145 Vergelijkbare redeneringen komen in de jurisprudentie zo nu en dan ook voor (zie in hoofdstuk 3 § 3.5.4), maar te weinig om daarop voor dit hoofdstuk relevante conclusies te baseren.

146 Bijv.: Rb Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726 (*SLG Zuid-Holland*); ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3691 (*Vereniging tot behoud van Natuurmonumenten in Nederland*); Rb Groningen 7 januari 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BK9423 (*Aanleg stoomnetwerk Oosterhorn*). Met enige regelmaat worden ook verleende subsidies herzien (CBb 8 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8217 (*Oudelandertocht*)) of lager vastgesteld (CBb 16 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP6917 (*MEP Subsidie*)). Buiten de subsidie-sfeer: ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1986 (*Qliq*). Het valt te betogen dat hier ook geschillen moeten worden behandeld waarin aan de orde is hoe de relevante Europese *soft law* op het gebied van staatssteun moet worden uitgelegd. In deze zaken betoogt de geadresseerde van een besluit vaak dat het bestuursorgaan een verkeerde – en voor hem nadelige – uitleg van deze *soft law* gebruikt. Dat leidt tot het weigeren van een aanvraag of het nemen van een minder begunstigend besluit dan gevraagd. Aan de orde is dan echter niet of sprake is van staatssteun in strijd met de standstillbepaling en tot welke gevolgen dit moet leiden, maar hoe relevante (technische) bepalingen moeten worden toegepast. Daarom lenen deze zaken zich minder goed voor vergelijking en worden ze buiten beschouwing gelaten.

als in het voorbeeld hierboven ongegrond verklaard.[147] Verdere actie om te voorkomen dat de steun in strijd met de standstillbepaling wordt uitgekeerd is niet nodig.

Een interessante vraag is of de aanvrager van de steun mag verlangen dat een bestuursorgaan onderzoekt of het voordeel alsnog kan worden verleend als de steun zou worden aangemeld of zou worden gebonden aan voorwaarden. Twee uitspraken zien op deze situatie. In hoofdstuk 5 van dit onderzoek is beschreven dat Nederlandse bestuursorganen op grond van bepaalde bestuursrechtelijke jurisprudentie onder omstandigheden met de Commissie in contact moeten treden als over de kwalificatie van het gevraagde voordeel als staatssteun nog twijfel bestaat.[148] De rechtbank Den Haag lijkt een vergelijkbare verplichting te hebben aangenomen in een geval waarin concrete aanleiding bestond om aan te nemen dat een steunmaatregel, als deze zou worden aangemeld, door de Commissie met de interne markt verenigbaar zou worden verklaard.[149] In een andere zaak heeft dezelfde rechtbank geoordeeld dat een bestuursorgaan niet hoeft te onderzoeken of het gevraagde voordeel wel op een andere manier kan worden verleend zonder in strijd te komen met de staatssteunregels.[150] Uit de bestudeerde rechtspraak blijkt zodoende voorlopig geen bereidheid van de bestuursrechter om een bestuursorgaan te verplichten (bijvoorbeeld op grond van artikel 3:2 Awb) om te onderzoeken of een gevraagd voordeel op andere wijzen wel aan de staatssteunregels voldoet. Hoe dan ook is de vraag naar dergelijke positieve verplichtingen er één naar nationaal recht; de standstillbepaling verbiedt de uitkering van onrechtmatige steun, maar een corresponderend recht op grond waarvan moet worden onderzocht binnen welke grenzen steunverlening wél mogelijk is, valt daarin naar huidig recht niet te lezen.[151]

---

147 Zie ook CBb 10 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV7299 (*Solanic*). Bij een aanvraag staat het een bestuursorgaan in beginsel vrij om daarop positief of negatief te beslissen. Bijzondere wet- en regelgeving kan aan die beslissingsruimte van het bestuur wel grenzen stellen. Zie ABRvS 25 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4923 (*X-Flow*), over art. 4:51 Awb. Ook: ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1076 (*Diversificaties suikersector*), over een nieuw besluit op bezwaar ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak.

148 Zie in hoofdstuk 5 § 5.5.4.2.

149 Rb Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726 (*SLG Zuid-Holland*), r.o. 4.3. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarin de Commissie ten aanzien van een vergelijkbare maatregel heeft besloten dat geen sprake is van staatssteun. A.D.L. Knook, 'Annotatie bij Rb Den Haag (2014-05-28)(Niet zonder meer aannemelijk dat subsidieverlening staatssteun inhoudt)', *AB* 2014, 300, aant. 13, stelt terechte vraagtekens bij de noodzaak (of wenselijkheid) op grond van het *Unierecht* om tot een dergelijke raadpleging te verplichten.

150 Rb 's-Gravenhage 28 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT7119 (*Tijdelijke Verordening stimulering Voordelta*), r.o. 5.9 en 5.10. Het is op basis van de uitspraak van de rechtbank denkbaar dat daarbij ook de inhoud van de regelgeving waarop de aanvraag is gebaseerd een rol zal spelen.

151 Vgl. in hoofdstuk 5 § 5.5.4.3. Het EU-recht verplicht er in staatssteunzaken slechts toe, de opschortingsplicht te eerbiedigen, en aan de niet-eerbiediging de nodige gevolgen te ver-

Wat gebeurt er in de omgekeerde situatie? Dat wil zeggen, wanneer de bestuursrechter vaststelt dat van staatssteun géén sprake is, zodat het bestuursorgaan (voorlopig) ten onrechte de weigering van een voordeel op de standstillbepaling heeft gebaseerd? In dat geval moet de rechter op grond van artikel 8:72 lid 1 Awb in ieder geval het bestreden besluit vernietigen waarbij de steun is geweigerd. Het betrokken bestuursorgaan moet dan een nieuw besluit nemen, met potentieel ingrijpende gevolgen voor zijn begroting. Te wijzen valt op de hierboven al genoemde zaak *Ridderstee*, waar en subsidieaanvrager heeft betoogd dat een geweigerde subsidie zonder strijd met de staatssteunregels kon worden verstrekt. De Moor-van Vugt heeft opgeworpen dat de Afdeling zich bewust zal zijn geweest van de mogelijkheid dat gegrondverklaring van dat beroep in combinatie met finale geschilbeslechting zou betekenen dat een vrij forse subsidie alsnog moet worden verstrekt, terwijl de daarvoor bedoelde pot al leeg was.[152]

Toch komt het voor dat de bestuursrechter in zulke gevallen doortastend wil optreden. Een mooi voorbeeld geeft de uitspraak *X-Flow*.

> X-Flow is een onderneming die membranen produceert waarmee vloeistoffen kunnen worden gefilterd. Tussen 2003 en 2007 heeft X-Flow van het dagelijks bestuur van het waterschap Regge en Dinkel een subsidie ontvangen om haar bedrijfsafvalwater af te voeren via de gemeentelijke riolering, die uitkomt op de rioolwaterzuiveringsinstallatie van het waterschap. Deze subsidie wordt verleend om te voorkomen dat ondernemingen, in plaats van gebruik te maken van de gemeentelijke riolering, hun eigen afvalwater zuiveren. Eind 2007 deelt het dagelijks bestuur X-Flow mee dat zij vanwege de toename van haar afvalwaterproductie niet langer in aanmerking komt voor de subsidie.[153]

In de zaak *X-Flow* is sprake van een langdurige subsidierelatie zoals bedoeld in artikel 4:51 Awb. In zulke gevallen mag een aansluitende subsidie alleen worden geweigerd met inachtneming van een redelijke termijn. Volgens het subsidieverlenende bestuursorgaan zou de inachtneming van die redelijke termijn in deze zaak leiden tot het verlenen van onrechtmatige staatssteun. De redenering mag het bestuursorgaan voor de Afdeling niet baten en het bestreden besluit wordt vernietigd. Daar blijft het niet bij: zelf in de zaak voorziend bepaalt de Afdeling dat X-Flow in aanmerking komt voor een subsidie gedurende een verdere periode van 18 maanden.

Deze uitspraak laat zien dat de bestuursrechter in gevallen waarin een overheid zonder succes een beroep doet op het staatssteunrecht, soms bereid is om daadkrachtig op te treden om de belangen van de vermeende begunstigde te beschermen. Bezien vanuit het EU-recht schuilt in zulk daadkrachtig

---

binden. *Hoe* wordt bewerkstelligd dat de opschortingsplicht in acht wordt genomen, is een kwestie van nationaal recht.

152 De Moor-van Vugt 2015, p. 607.

153 ABRvS 25 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4923 (*X-Flow*).

optreden een risico. Als de Afdeling in de zaak *X-Flow* te gemakkelijk heeft geoordeeld dat van onrechtmatige staatssteun geen sprake is (zoals in de annotatie bij deze zaak wordt gesuggereerd), heeft zij mogelijk zelf in de zaak voorziend een overheidsorgaan veroordeeld tot het uitkeren van onrechtmatige staatssteun.[154] Dat betekent volgens mij nog niet dat de bestuursrechter bij een tevergeefs beroep van de overheid op de standstillbepaling terughoudend moet zijn in zijn uitspraken ter bescherming van de vermeende begunstigde. Op de nationale rechter rust de verplichting om te beoordelen of van onrechtmatige staatssteun sprake is, maar het Unierecht eist niet dat hij rechtsbescherming onthoudt aan partijen die volgens een andere partij wel maar naar het oordeel van de rechter niet door onrechtmatige staatssteun worden begunstigd, enkel omwille van het risico dat de rechterlijke beoordeling niet blijkt te kloppen.[155]

De uitspraak van de Afdeling in de zaak *X-Flow* laat zien dat de rechter in complexe staatssteungeschillen niet zonder meer terugschrikt voor een actieve houding – zelfs voordat de steeds belangrijker wordende finale geschilbeslechting formeel in het bestuursrecht is verankerd door middel van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht. De actieve houding van de Afdeling in deze casus kan wel een gevolg zijn van de bijzondere omstandigheden van het geval – te weten de plotselinge beëindiging van een langdurige subsidierelatie. Deze grijpt namelijk veel dieper in op de rechtspositie van de aanvrager dan de '*ad hoc*' weigering van een gevraagd voordeel, hoe zeer de aanvrager mogelijk op een positief besluit had gehoopt. Het is zeker relevant dat in deze zaak de verwachtingen van X-Flow door artikel 4:51 Awb werden beschermd. Als op de op deze manier beschermde rechtspositie naar het oordeel van de rechter ten onrechte inbreuk wordt gemaakt, dan zal voor hem aanleiding bestaan om in zijn uitspraak juist ten behoeve van de vermeende begunstigde actiever op te treden.

Ook in de twee andere gevallen waarin de bestuursrechter daadkrachtig is opgetreden, lijkt het te gaan om een situatie waarin de rechtspositie van de potentiële steunontvanger in het licht van het Nederlands bestuursrecht ingrijpend wordt aangetast door het bestreden besluit. In het eerste geval werd een al verleende subsidie achteraf lager vastgesteld om te voorkomen dat

154 J.R. van Angeren en W. den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2010-08-25)(Beëindiging anti-afhaaksubsidie)', *AB* 2011, 3. Zie voor dezelfde problematiek: ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1076 (*Diversificaties suikersector*), r.o. 2.4.2, *AB* 2013, 64, m.nt. A.J. Metselaar en J.M.J. van Rijn van Alkemade; H.C. Lagrouw en M.K.G. Tjepkema, 'Noot bij ABRvS (2014-01-29)(Tegemoetkoming tijdelijk aalvisverbod), *AB* 2014, 177.

155 Deze constatering hangt nauw samen met het leerstuk van het gezag van gewijsde, dat in het licht van het Unierecht is besproken in hoofdstuk 2 § 2.6.1.4. Onder omstandigheden kan de Staat voor een verkeerde toepassing van het Unierecht door de rechter wel aansprakelijk worden gesteld: HvJ EU 30 september 2003, nr. C-224/01 (*Köbler*). Als hoger beroep mogelijk was maar niet is ingesteld, is het mogelijk dat de Staat aansprakelijk wordt gesteld voor het verzuim om hoger beroep in te stellen.

onrechtmatige staatssteun zou worden uitgekeerd. Het CBb heeft toen het bestreden besluit vernietigd en het betrokken bestuursorgaan opgedragen opnieuw op het bezwaar te beslissen met inachtneming van zijn (gedetailleerde) uitspraak.[156] In het tweede geval bleek de toepassing van een aan het staatssteunrecht ontleend de-minimisplafond bij een tegemoetkoming van geleden schade ertoe te leiden dat bepaalde aalvissers in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel een veel kleiner percentage van de door hen geleden schade vergoed kregen dan voor andere aalvissers het geval was. In deze zaak heeft het CBb weliswaar niet zelf in de zaak voorzien, maar het betrokken bestuursorgaan wel opgedragen om een nieuw besluit te nemen, waarin rekening moet worden gehouden met het oordeel van het CBb dat de bepaling waarin het subsidieplafond is opgenomen buiten toepassing moet worden gelaten, en recht moet worden gedaan aan het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel.[157] Net als in de zaak *X-Flow* is het mogelijk dat het CBb hier, door (in het licht van het Nederlands recht terecht) de rechtspositie van de vermeende begunstigde te beschermen zonder dat een schending van de staatssteunregels volledig kan worden uitgesloten, een inbreuk op het staatssteunrecht actief heeft gefaciliteerd.[158]

7.3.3 Beroepen van derden: vernietiging van steunverlenende besluiten en finale geschilbeslechting

Tot nu toe heeft deze bespreking van de bestuurs- en belastingrechtelijke jurisprudentie zich toegespitst op de situatie waarin de overheid zich op het staatssteunrecht beroept. Hierna komen de uitspraken aan bod waarin een derde de bescherming van de staatssteunregels heeft ingeroepen. Bij de bespreking daarvan wordt geen onderscheid gemaakt tussen het voorkomen en terugvorderen van de vermeende steun. Op basis van de bestudeerde uitspraken valt namelijk vaak niet gemakkelijk vast te stellen of de vermeende steun al is uitgekeerd. Om een voorbeeld te geven: het lager vaststellen van een subsidie kan een effectieve manier zijn om te voorkomen dat in de subsidie besloten liggende staatssteun wordt uitbetaald. Wanneer op basis van de subsidieverlening al een voorschot is betaald dat hoger is dan het bedrag dat uiteindelijk rechtmatig mocht worden betaald,[159] loopt de bestuursrechter

156 CBb 8 juli 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BD8217 (*MEP subsidie*), r.o. 3.2. Vgl. CBb 8 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD8212 (*MEP subsidie*).

157 CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:29 (*Visserijbedrijf*), r.o. 4.6-4.8. Zie ook CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:30 (*Visserijbedrijf*). De uitspraken zijn nagenoeg gelijkluidend.

158 H.C. Lagrouw en M.K.G. Tjepkema, 'Noot bij ABRvS (2014-01-29)(Tegemoetkoming tijdelijk aalvisverbod), *AB* 2014, 177, aant. 8.

159 Art. 4:95Awb biedt een grondslag voor het verlenen van een voorschot. Lid 4 bepaalt dat betaalde voorschotten worden verrekend met de te betalen geldsom en dat onverschuldigd betaalde voorschotten kunnen worden teruggevorderd.

echter aan tegen de problematiek van terugvordering van steun. Zoals gezegd zal voor een dergelijke terugvordering doorgaans een nieuwe procedure nodig zijn, waarvan in de bestudeerde jurisprudentie geen voorbeelden bestaan.[160]

Het blijkt dat de manier waarop de bestuursrechter in de (zeldzame) gevallen waarin een derde zich met succes op de opschortingsplicht beroept, in de loop van de tijd ingrijpend is veranderd. Richtinggevend was lange tijd de volgende uitspraak.

> In 1999 verleent een bestuursorgaan een subsidie van bijna €2 miljoen voor het bouwen van een grote hal in Groningen waar onder meer beurzen kunnen worden georganiseerd. Het nieuwe complex is gebouwd en bekend geworden onder de naam Martiniplaza. Naar aanleiding van het bezwaar en vervolgens beroep van een evenementencentrum tegen de subsidie vanwege de vermeende schending van de standstillbepaling overweegt de Afdeling dat inderdaad niet is uitgesloten dat de subsidieverlening staatssteun behelst. Gelet hierop had het bestuursorgaan zich er volgens de Afdeling bij de Commissie afdoende van moeten vergewissen dat de steun niet hoefde te worden aangemeld, dan wel de steun moeten aanmelden. Het bestuursorgaan heeft, door dit niet te doen, gehandeld in strijd met het motiveringsbeginsel (artikel 3:4 Awb) en het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb). Het bestreden besluit – de ongegrondverklaring van het tegen de subsidieverlening gerichte bezwaar – wordt vernietigd.[161]

De bovenstaande casus geeft een mooi voorbeeld van een bestuursrechtelijke staatssteunuitspraak vóór de opkomst van finale geschilbeslechting. Een beslissing op bezwaar is niet zorgvuldig voorbereid of onvoldoende gemotiveerd en wordt op grond van artikel 8:72 lid 1 Awb vernietigd. Het bestuursorgaan moet opnieuw op het bezwaar beslissen terwijl het primaire (steunverlenende) besluit in stand blijft. Daarbij moet het bestuursorgaan natuurlijk rekening houden met de mankementen die tot de vernietiging van het besluit op bezwaar hebben geleid, maar het is zeker niet onmogelijk dat de nieuwe beslissing op bezwaar tot hetzelfde inhoudelijke resultaat leidt als de beslissing waartegen succesvol is geprocedeerd.

Zoals ook al uit hoofdstuk 5 bleek,[162] is de uitspraak over de Groningse Martiniplaza vanuit staatssteunrechtelijk perspectief bekritiseerd. De enkele vernietiging van de beslissing op bezwaar, op grond van het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, zou onvoldoende doortastend zijn. De Afdeling had zelf moeten vaststellen of sprake was van een schending van de standstillverplichting en bij een bevestigend antwoord aan deze schending zelf de nodige consequenties moeten verbinden. In hoofdstuk 5 is ook betoogd

160 Zie hierboven § 7.2.3.

161 ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234 (*Martiniplaza*). Deze uitspraak valt buiten de in dit onderzoek bestudeerde periode maar is voldoende interessant en toonaangevend om hier toch te bespreken.

162 Zie in hoofdstuk 5 § 5.4.3 en § 5.5.3.4.

dat de weinig doortastende houding van de Afdeling in deze zaak onder omstandigheden te verdedigen valt. Kern van dat betoog was dat de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Martiniplaza* (nog) niet zag op de aan een schending van de standstillbepaling te verbinden gevolgen, maar betrekking had op een voorfase, de kwalificatie van staatssteun.

Sinds de zaak *Martiniplaza* is in één andere bestuursrechtelijke uitspraak het betoog geslaagd van een derde die aanvoert dat een besluit leidt tot de verlening van onrechtmatige staatssteun. Het gaat om een uitspraak van de rechtbank Rotterdam in een zaak over de uitvoering van een veerverbinding in de regio Boven Hardinxveld.

> De gemeente Gorinchem heeft de uitvoering van een veerverbinding aangewezen als dienst van algemeen economisch belang, en de veerdienst Gorinchem aangewezen als uitvoerder van deze dienst. Tegenover het uitvoeren van de dienst staat een vergoeding, de aard en hoogte waarvan uit de uitspraak niet expliciet blijkt. Een belanghebbende is tegen het besluit van de gemeente in bezwaar en beroep opgekomen. De rechtbank oordeelt dat het bestreden besluit inderdaad onvoldoende is gemotiveerd en verklaart het beroep gegrond. Daarmee is de kous niet af, want de rechtbank onderzoekt vervolgens of zij het geschil tussen partijen definitief kan beslechten. De rechtbank oordeelt dat de gemeente heeft gehandeld in strijd met de standstillbepaling door de in het primaire besluit liggende steunmaatregel niet bij de Commissie aan te melden. Het niet melden kan volgens de rechtbank niet achteraf hersteld worden. In plaats daarvan dient de rechtbank 'een zodanig beslissing te nemen dat de toestand van vóór de aanwijzing van de veerdienst Gorinchem als uitvoerder van de DAEB wordt hersteld' (r.o. 12.1). De rechtbank acht zich daarom verplicht om niet alleen de beslissing op bezwaar te vernietigen, maar om ook het primaire besluit te herroepen. Dat het voor de gemeente bijzonder moeilijk was om vast te stellen of sprake was van geoorloofde staatssteun levert volgens de rechtbank geen bijzondere omstandigheid op die tot een andere conclusie zou kunnen leiden.[163]

In deze uitspraak slaat de rechtbank spijkers met koppen. Het bestreden besluit wordt vernietigd en het primaire besluit wordt herroepen, althans voor zover het ziet op de aanwijzing van de veerdienst als uitvoerder van de dienst van algemeen economisch belang. De herroeping van het primaire besluit past in beginsel veel beter bij de aan een schending van de standstillbepaling te verbinden gevolgen dan alleen de vernietiging van de beslissing op bezwaar omdat daarmee meteen het primaire besluit wordt aangepakt.[164]

Hoe valt deze meer doortastende aanpak te verklaren? Mogelijk heeft de rechtbank Rotterdam de zojuist genoemde uit staatssteunrechtelijk perspectief

163 Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*).

164 Vgl. Adriaanse 2006, p. 272.

geuite kritiek op de uitspraak in de zaak *Martiniplaza* ter harte genomen. Daarnaast is met de opkomst van de finale geschilbeslechting veel meer ruimte – en druk – ontstaan om geschillen al ter zitting of in de rechterlijke uitspraak definitief op te lossen. Ten slotte zal het een niet te onderschatten rol spelen dat in deze uitspraak over de daadwerkelijke kwalificatie van steun, anders dan in het geval *Martinihal*, weinig twijfel hoefde te bestaan – onder meer omdat de rechtbank daarover vragen aan de Commissie had gesteld.[165]

Ondanks het doortastende optreden van de rechtbank in deze zaak is echter nog niet de onrechtmatige steunverlening zelf aangetast. In de procedure is namelijk opgekomen tegen een besluit tot aanwijzing van de veerdienst Gorinchem als uitvoerder van een DAEB. Daaraan zal bij aparte beschikking een subsidie worden gekoppeld van maximaal € 1,3 miljoen – de daadwerkelijke steunmaatregel.[166]

> Dit roept de vraag op waarom de eiseres in deze zaak niet meteen tegen de subsidiebeschikking is opgekomen, nu herroeping daarvan een veel effectievere manier is om de steunverlening ongedaan te maken dan de herroeping van het aanwijzingsbesluit. De reden daarvoor is vrij simpel: het aanwijzingsbesluit is genomen vóór het subsidiebesluit. Nu het aanwijzingsbesluit zelf al over de subsidie en staatssteunrechtelijke aspecten van de gekozen constructie rept, is het risicovol om dat besluit onaantastbaar te laten worden door het niet aan te vechten. Het ligt voor de hand dat justitiabelen de afweging zullen maken om tegen beide besluiten op te komen om te voorkomen dat door een dergelijk oordeel aan een vermeende schending van de standstillbepaling niet de nodige consequenties worden verbonden.

De rechtbank ziet voor zichzelf duidelijk, en terecht, geen rol weggelegd om in een procedure over het aanwijzingsbesluit de subsidieverlening zelf aan te tasten. Dit zou in het licht van het Unierecht weliswaar een effectievere manier zijn om de toestand van vóór de steunverlening te herstellen, maar hiermee zou ver buiten de grenzen worden getreden van wat het Nederlands bestuursrecht toelaat. De gegrondverklaring van het beroep leidt op grond van artikel 8:72 lid 1 Awb per slot van rekening alleen tot vernietiging van het bestreden besluit. De Nederlandse bestuursrechter kan in een procedure over een aanwijzingsbesluit dus niet beslissen dat ook een daaraan gerelateerd subsidiebesluit wordt vernietigd.

---

165 Vgl. P.C. Adriaanse, 'Noot bij ABRvS (2008-06-11)(Vernietiging bestreden besluit omtrent verlenging start- en landingsbaan vliegveld Eelde)', *AB* 2008, 371, aant. 4 en 5; Sterk 2009, par. 5.3.

166 Dit blijkt niet expliciet uit de uitspraak. De gekozen constructie blijkt wel uit de subsidieaanvraag van de gemeenten Hardinxveld – Giessendam, Werkendam en Gorinchem ten behoeve van de exploitatie van de veerverbinding Boven Hardingxveld – Werkendam – Gorinchem – Sleeuwijk, ontvangen door het Provinciaal Bestuur van Zuid Holland van 1 juli 2010.

Het gevolg hiervan is dat alle finale geschilbeslechting ten spijt verdere actie nodig is om de steunverlening stop te zetten en zo nodig terug te draaien. Daarvoor bestaan drie mogelijkheden. Ten eerste is het natuurlijk mogelijk dat de gemeente Gorinchem uit eigen beweging de subsidie stopzet en terugdraait (door haar in te trekken of lager vast te stellen) en, voor zover gedurende de procedure al bedragen zijn uitgekeerd, deze terug te vorderen.[167] Ten tweede kan een belanghebbende de gemeente verzoeken om hiertoe over te gaan en eventueel procederen tegen de afwijzing van dat verzoek.[168] Ten derde is het waarschijnlijk dat eiseres in deze zaak ook de subsidiebeschikking heeft aangevochten en dat het bezwaar tot de uitspraak over het aanwijzingsbesluit is aangehouden.[169] Bij de te nemen beslissing op bezwaar zal de gemeente het besluit in het licht van de staatssteunaspecten daarvan moeten heroverwegen. Doet de gemeente dat niet, dan kan de belanghebbende in beroep proberen de herroeping van het subsidiebesluit af te dwingen.

Dat de rechtbank in een procedure over een aanwijzingsbesluit niet de daaraan verbonden subsidie aantast, is in beginsel ook naar Europees recht terecht. Toegegeven, het kan erg omslachtig zijn om verschillende besluiten te moeten aanvechten om te voorkomen dat een beroep strandt op de onherroepelijkheid van een eerder genomen besluit. Die problematiek doet zich echter niet alleen in het staatssteunrecht voor, zodat het gelijkwaardigheidsbeginsel gerespecteerd blijft.[170] De noodzaak om in sommige gevallen verschillende besluiten aan te vechten maakt het ook niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk om bescherming in te roepen tegen de gevolgen van onrechtmatige staatssteun. Het is zeker een omslachtige procedure, maar niet één die een beroep op het staatssteunrecht nagenoeg blokkeert. Zeker wanneer gebruik wordt gemaakt van procesvertegenwoordiging zal de noodzaak om tegen de juiste besluiten te procederen, die voortvloeit uit de manier waarop het bestuursprocesrecht is ingericht, niet tot onoverkomelijke problemen leiden.[171] Dat laatste neemt natuurlijk niet weg dat op de manier waarop in zaken als *Veerverbinding Boven-Hardinxveld* moet worden geprocedeerd kritiek mogelijk is, zoals deze ook in bestuursrechtelijk perspectief is geuit.

---

167 Zoals hierboven in § 7.3.1.4 is uiteengezet, is het naar huidig bestuursrecht niet mogelijk om ook de daarover genoten rente volledig terug te vorderen.

168 Adriaanse 2006, p. 274-5, met verwijzing naar Van Angeren en Den Ouden 2005, p. 182.

169 Voor zover dit het geval is geweest en tot een uitspraak heeft geleid, is deze uitspraak niet op <www.rechtspraak.nl> gepubliceerd.

170 Dat geldt al helemaal voor het omringende bestuursrecht, waaronder Van Ommeren en Huisman 2013 in ieder geval de anticiperende en accessoire bestuurshandelingen scharen. Vgl. Backes en Jansen 2010.

171 Uit de bestudeerde jurisprudentie blijkt dat in staatssteungeschillen slechts in een uitzonderlijk geval zonder advocaat wordt geprocedeerd.

7.3.4 Gevolgen van staatssteun wanneer het eigenbelang voorop staat

De zojuist besproken uitspraken zien op de situatie dat een belanghebbende erop aanstuurt dat de aan de ander verleende steun wordt teruggedraaid. Dat is de meest traditionele manier om met een staatssteungeschil om te gaan, waarbij de insteek is dat een aan een ander onterecht gegeven voordeel wordt teruggenomen. Te denken valt aan de situatie waarin de eisende partij betoogt dat een bestreden vergunning niet had mogen worden verleend én dat de daar tegenoverstaande vergoeding te laag is (of geheel ontbreekt). Alleen de hoogte van de vergoeding wordt dan op staatssteungronden aangevochten; tegen de vergunningverlening zelf wordt op andere gronden opgekomen.

De bestudeerde jurisprudentie laat zien dat het ook voorkomt dat een justitiabele hoopt om met een beroep op de staatssteunregels te bewerkstelligen dat hij zelf na de vernietiging van het bestreden besluit voor (een deel van) het door de ander ontvangen voordeel in aanmerking komt.[172] Een mooie illustratie van deze problematiek biedt een zaak over de weigering van een kansspelvergunning.

> Als voor een bepaalde activiteit maar een aantal vergunningen kunnen worden vergeven, kan niet iedereen winnaar zijn. Dat ondervond, met een vleugje poëtische gerechtigheid, ook een loterij. Het ging om een Duitse onderneming, die bij de Minister van Justitie een verzoek indiende om in Nederland een loterij te mogen organiseren. De gevraagde vergunning is geweigerd; Nederland kende namelijk een restrictief kansspelbeleid. Tegen het weigeringsbesluit is de onderneming in rechte opgekomen. Zij betoogde onder andere dat de weigering van de vergunning neerkomt op onrechtmatige staatssteun aan andere ondernemingen die wél een vergunning kregen. Zonder succes: De Afdeling heeft in hoger beroep geoordeeld dat niet valt in te zien dat de onderneming met een beroep op de standstillbepaling alsnog voor een vergunning in aanmerking kan komen.[173]

In het zojuist genoemde voorbeeld komt een belanghebbende op tegen de weigering van zijn vergunningaanvraag omdat het feit dat een andere onderneming wel een vergunning heeft gekregen zou leiden tot onrechtmatige staatssteun. Dat is een interessante draai aan de standstillbepaling: partijen richten hun pijlen niet zozeer op het vermeende voordeel voor de ander (de vergunningverlening of de lagere vergoeding) maar op de vermeend oneerlijke verdeling. 'U had mij op gelijke voet met de ander moeten bevoordelen want door het verschil in behandeling wordt de ander bevoordeeld'. De inzet van de procedure is niet de terugvordering van het vermeende voordeel bij de ander, maar de ongedaanmaking van de vermeende ongelijkheid door ook de appellant een meevaller te geven. Dit soort procedures komt in het bestuurs-

172 Bijv. Rb Rotterdam 9 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AW2324 (*Radlon Media Limited*). Daar hoopte de appellant blijkbaar zelf minder toezichtkosten te hoeven betalen.

173 ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Zelfstandige loterij*).

recht in verschillende vormen regelmatig voor, zoals al eerder in dit onderzoek is beschreven.[174]

Uit de bestudeerde jurisprudentie blijkt dat de bestuursrechter doorgaans niet bereid is om in dergelijke redeneringen mee te gaan. In de meeste gevallen slaagt het beroep op de standstillbepaling niet omdat het bestaan van staatssteun niet is aangetoond. In sommige gevallen oordeelt de rechter daarentegen explicieter, zoals in het genoemde voorbeeld, dat vernietiging van het bestreden besluit niet tot de met de procedure beoogde gevolgen zal leiden.[175] Zo heeft het CBb in een geschil over een factuur voor de keuring van vlees geoordeeld dat, hoewel is betoogd dat de voor sommige andere bedrijven geldende lagere tarieven zouden leiden tot staatssteun, in de betrokken procedure niet die lagere tarieven aan de orde zijn. De justitiabelen hadden de aan de anderen gerichte lagere facturen moeten aanvechten, of op zijn minst moeten aantonen dat de omstandigheid dat voor de andere bedrijven lagere tarieven gelden, ertoe heeft geleid dat de door henzelf ontvangen factuur hoger is uitgevallen.[176]

In één geval heeft het CBb in een vergelijkbare situatie zelfs geoordeeld dat de zich op het staatssteunrecht beroepende partij procesbelang miste. Het gaat om de zaak *Thuiszorgservice*, die in hoofdstuk 4 uitgebreider aan de orde is gekomen.[177] Kort gezegd heeft een justitiabele de aan een ander verstrekte subsidie aangevochten in de hoop voor zichzelf een sterkere onderhandelingspositie te creëren. Hiermee heeft de justitiabele op een andere manier een draai gegeven aan het beroep op de standstillbepaling. Dat beroep is een middel om een ander (in beginsel ook legitiem) doel te bereiken, namelijk de eerlijke verkoop van thuiszorgactiviteiten. Hoewel hier het (ontbreken van) procesbelang aan de orde was, is net als in het geval van de hierboven genoemde kansspelvergunning het resultaat dat het beroep op de staatssteunregels niet slaagt omdat met dat beroep niet het door de appellant beoogde resultaat kan worden bereikt.

Wat betekenen deze voorbeelden voor de beantwoording van de in dit hoofdstuk centraal gestelde vraag welke gevolgen de Nederlandse rechter blijkens zijn rechtspraak bereid is aan een (potentiële) schending van de standstillbepaling te verbinden? De Nederlandse bestuursrechter is in ieder geval niet bereid om een uitspraak te doen die duidelijk niet neerkomt op de ongedaanmaking van de mededingingsvervalsing door de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun. Met afgeleide doelen – verbetering van de eigen rechts-

174 Zie hoofdstuk 4, § 4.5.1.2.

175 ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8962 (*Adaptive and Mobile BV*), r.o. 7; ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Zelfstandige loterij*).

176 CBb 20 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN5472 (*Regeling Retributies*), r.o. 5.10.

177 CBb 13 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6991 (*Thuiszorg Service Nederland*). Zie uitgebreid in hoofdstuk 4, § 4.5.1.4.

of concurrentiepositie – komt men bij de bestuursrechter dan ook niet ver. Dat lijkt mij op grond van de Europese jurisprudentie terecht. Er hoeft geen twijfel over te bestaan dat een partij zich niet kan baseren op het vermeend door een ander ontvangen onrechtmatige voordeel om daarmee zelf voor dat voordeel in aanmerking te komen.[178] Dat heeft enkel tot gevolg dat de kring van begunstigden wordt uitgebreid en leidt doorgaans niet tot de ongedaanmaking van de mededingingsvervalsing.[179] Het is daarom terecht dat de bestuursrechter aan het beroep op de staatssteunregels in dit soort gevallen geen gevolgen verbindt. Dat kan alleen in een procedure over het vermeend steunverlenende besluit zelf.[180] Of deze overwegingen voor de Afdeling in de uitspraak over de kansspelvergunning een rol hebben gespeeld, wordt overigens niet duidelijk. De bestuursrechter heeft bij zijn oordeel niet expliciet op de Europese jurisprudentie gewezen, maar overweegt dat de gegrondverklaring van het beroep op de staatssteunregels (en vernietiging van het bestreden besluit) er niet toe kan leiden dat het door de appellant beoogde resultaat (een gunstiger besluit) kan worden bereikt.[181]

In het geval van de zaak *Thuiszorgservice* ligt de zaak iets gecompliceerder. Thuiszorgservice vroeg namelijk niet om de uitbreiding van de kring van begunstigden maar wel om een gevolg dat, zo valt te betogen, minder ver gaat dan de door het Hof van Justitie in het geval van onrechtmatige staatssteun voorziene gevolgen (terugvordering van de subsidie en daarover genoten rente). In dat geval moet de vraag worden gesteld of het EU-recht verlangt dat de rechter verder gaat dan een belanghebbende heeft gevraagd – verondersteld dat het door de belanghebbende gevraagde gevolg op zich niet is verboden. Daarover valt zeker nog de discussiëren. Bij mijn weten heeft het Hof van Justitie nog niet geoordeeld over de situatie waarin een nationale rechter de terugvordering van steun moet bewerkstelligen wanneer de partij die daarbij belang heeft dat niet (zonder meer) wil. De Europese jurisprudentie waarnaar het CBb ter staving van zijn oordeel verwijst zegt daarover in ieder geval niets.[182]

178 HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-369/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 49; HvJ EU 15 juni 2006, nr. C-393/04 en C-41/05 (*Air Liquide Industries*), r.o. 45.

179 Vgl. HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 49; HvJ EU 15 juni 2006, nr. C-393/04 en C-41/05 (*Air Liquide Industries*), r.o. 45. Vgl. de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage, sector civiel recht in een zaak over een vermeend steunverlenende belastingmaatregel: Rb 's-Gravenhage 19 maart 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC7128 (*BARIN*), r.o. 5.14-15.

180 Zie zojuist § 7.3.3.

181 ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Zelfstandige loterij*), r.o. 2.6; Rb Rotterdam 9 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AW2324 (*Radlon Media Limited*), r.o. 2. Vgl. Rb 's-Gravenhage 19 maart 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC7128 (*BARIN*), r.o. 5.15. Deze laatste uitspraak is gewezen door de burgerlijke rechter in een geschil over een belastingwet. Hier wordt wel expliciet naar de relevante Europese regels verwezen.

182 Vgl. A.J. Metselaar en W. den Ouden, 'Noot bij CBb (2012-09-13)(Procesbelang), *AB* 2013, 115, aant. 3.

Tegelijkertijd moet in de zaak *Thuiszorgservice* de vraag worden gesteld of andere manieren bestaan om de door de steun veroorzaakte mededingingsvervalsing ongedaan te maken. Het is nog maar de vraag of het CBb alleen kon kiezen tussen het niet-ontvankelijk verklaren van het beroep van Thuiszorgservice en het vernietigen van het bestreden besluit met als gevolg de terugvordering van de subsidie. In de specifieke omstandigheden van de zaak valt te betogen dat een meer creatieve oplossing mogelijk was geweest die goed in het bestuursrechtelijk systeem had gepast. Binnen deze oplossing zou het CBb de bestreden beslissing op bezwaar kunnen vernietigen en de subsidiërende overheid kunnen opdragen om met inachtneming van zijn uitspraak een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen waarin de marktconforme verkoop van de gesubsidieerde activiteiten wordt gewaarborgd. Door de marktconforme verkoop moet de koper van de activiteiten worden geacht geen voordeel te hebben genoten, nu het steunelement uit de subsidie is meegerekend in de aankoopprijs.[183] Met de doortastende 'alles of niets'-benadering in deze zaak is de zich op het staatssteunrecht beroepende justitiabele wiens beroep afweek van de standaard 'staatssteun dus terugvordering', uiteindelijk met lege handen blijven staan.

7.3.5 Terugbetaling van ten onrechte betaalde heffingen

Hierboven is beschreven dat een belanghebbende met een beroep op de opschortingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU niet hoeft te hopen op een verbetering van zijn eigen rechts- of onderhandelingspositie. Dat ligt anders in het geval dat een belanghebbende een heffing heeft betaald waarmee onrechtmatige staatssteun is gefinancierd. In dat geval heeft de belanghebbende onder omstandigheden recht op terugbetaling van de betaalde heffing.

In de bestudeerde jurisprudentie van de belastingrechter is geen enkel beroep toegewezen op de grond dat een heffing zou dienen ter financiering van een onrechtmatige steunmaatregel, doorgaans omdat wordt aangenomen dat tussen de vermeend onrechtmatige steun en de heffing geen dwingend bestemmingsverband bestaat. Hoe moeilijk het is om in een fiscaal geschil een dwingend bestemmingsverband aan te tonen, blijkt al uit de omstandigheid dat na 2006, toen over deze eis meer duidelijkheid is ontstaan, door de belastingrechter bijna geen uitspraken over heffingen in staatssteunzaken meer zijn gewezen.[184] In de handvol geschillen na 2006 bleef het beroep op de opschor-

183 Vgl. HvJ EU 29 april 2004, nr. C-277/00 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 80. Zie ook A.J. Metselaar en W. den Ouden, 'Noot bij CBb (2012-09-13)(Procesbelang), *AB* 2013,115, aant. 4.

184 Het gaat om de onderling sterk vergelijkbare arresten HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3098 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*), r.o. 2.3; HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AB2880 (*Pape*), r.o. 2.2; HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3093 (*Meststoffenwet*), r.o. 3.2; HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3116 (*Afhaaksubsidie*), r.o. 3.4; HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3106; HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3110, r.o. 3.2.

tingsplicht zonder succes.[185] Een vergelijkbaar beeld ontstaat voor de bestuursrechter, hoewel daar regelmatiger over de terugbetaling van heffingen wordt geprocedeerd en gemakkelijker lijkt te worden uitgegaan van het bestaan van een dwingend bestemmingsverband.[186] Dit verschil in uitkomsten tussen de bestuursrechter en de belastingrechter ligt echter niet aan een fundamenteel verschil in benadering maar aan de omstandigheid dat belastingen zelden of nooit met een specifieke bestemming worden geheven.[187]

In één geval heeft een beroep op de staatssteunregels voor de bestuursrechter zoals gezegd wel geleid tot de aantasting van een heffingsbesluit. Aan de orde is de uitspraak van de rechtbank Utrecht in de zaak *Vogelaarheffing*.[188] In deze uitspraak heeft de rechtbank Utrecht de beroepen tegen de zogenaamde Vogelaarheffing gegrond verklaard. Deze heffing zou zijn ingesteld in strijd met de standstillbepaling. De rechtbank acht een doortastende uitspraak op zijn plaats en vernietigt niet alleen de beslissingen op bezwaar, maar herroept ook de primaire heffingsbesluiten. De daadwerkelijke terugbetaling van de heffingen komt niet meer aan de orde en daarover zijn ook geen latere uitspraken gepubliceerd. Dat is niet zo vreemd, want de uitspraak van de rechtbank is in hoger beroep vernietigd omdat de heffing wel conform de staatssteunregels zou zijn opgelegd.[189] Voor zover uit een enkele uitspraak conclusies kunnen worden getrokken, lijkt de bestuursrechter bereid om in geval van een in strijd met het staatssteunrecht geheven heffing doortastend op te treden door zelf in de zaak voorziend het primaire heffingsbesluit te herroepen.

Vgl. HR 16 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3119 (*Wet belastingen op milieugrondslag*), r.o. 3.4.

185 Rb 's-Gravenhage 7 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4069 (*Forensenbelasting*), r.o. 3.6. In hoger beroep bevestigd: Hof 's-Gravenhage 29 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX5770 (*Forensenbelasting*); Hof 's-Gravenhage 25 augustus 2009, ECIL:NL:GHSGR:2009:BN5744 (*Reclamebelasting*), r.o. 7.4.

186 Bijv. ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*), r.o. 2.6.2. De Afdeling acht een dwingend bestemmingsverband aanwezig ondanks de latere overweging dat tussen dezelfde heffingen en de steunbesluiten een aantal relevante schakels zit (ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794 (*Vogelaarwijken*), r.o. 2.2). Vgl. CBb 11 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BK9744 (*Westland Bloemen Export*), r.o. 5.2. Dat mag de heffingbetaler echter niet baten, omdat zelfs in die gevallen doorgaans wordt aangenomen dat het bestaan van onrechtmatige staatssteun onvoldoende aannemelijk is geworden.

187 Zie hierover nader in hoofdstuk 3, § 3.5.6.

188 Rb Utrecht 26 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO5098 (*Vogelaarheffing*). Een andere uitzondering komt uit 2004: CBb 7 april 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AO7843. Aan de orde was een steunmaatregel die wel was aangemeld, maar nog vóór de goedkeuring van de Commissie ten uitvoer is gelegd.

189 ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*).

7.3.6 Gevolgen van staatssteun in ruimtelijke ordeningszaken

> In het centrum van de gemeente Haaren moet een multifunctioneel centrum worden gebouwd, met daarin twee scholen, diverse verzorgingshuisplaatsen en aanleunwoningen. In het kader van deze plannen zal de gemeente voor zo'n € 6,5 ton gronden verkopen aan de woningstichting St. Lambertus. Daartoe sluiten deze partijen een overeenkomst. Op 16 juni 2009 keurt het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant het relevante bestemmingsplan goed. Tegen deze goedkeuring komen diverse belanghebbenden op. De stichting Behoud Haaren voert onder meer aan dat de overeenkomst is gesloten in strijd met het staatssteunrecht. Het bestemmingsplan had daarom volgens de stichting niet mogen worden goedgekeurd.[190]

Wanneer een belanghebbende in een zaak in de sfeer van de ruimtelijke ordening (RO) een beroep op het staatssteunrecht doet, is de gedachte gerechtvaardigd dat zijn primaire doel doorgaans niet ligt in het voorkomen of terugvorderen van onrechtmatige staatssteun.[191] In het voorbeeld hierboven valt dit doel immers veel efficiënter te bereiken door de vermeend steunverlenende overeenkomst bij de burgerlijke rechter aan te vechten. In plaats daarvan wordt geprocedeerd tegen de vaststelling of goedkeuring van een bestemmingsplan. Deze indirecte benadering heeft ook gevolgen voor de consequenties die de bestuursrechter aan een vermeende schending van de standstillbepaling kan en wil verbinden.

Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling kan de vraag of (bijvoorbeeld bij overeenkomst) onrechtmatige staatssteun is verleend, bij de beoordeling van een RO-besluit slechts indirect aan de orde komen. De relevante toetsingsmaatstaf is dan of de verlening van onrechtmatige staatssteun mogelijk een beletsel vormt voor de financieel-economische uitvoerbaarheid van het RO-besluit.[192] Doorgaans blijkt van een dergelijk beletsel geen sprake te zijn. Zo oordeelt de Afdeling in het hierboven genoemde voorbeeld van de gemeente Haaren dat 'de enkele omstandigheid dat de woonstichting zich in dit verband met een terugvordering van staatssteun als enig ontwikkelaar daaruit gedeeltelijk zou moeten terugtrekken' nog niet betekent dat de in het plan voorziene ontwikkelingen niet (meer) kunnen worden gerealiseerd zonder ongeoorloofde staatssteun. Het bestreden besluit komt volgens de Afdeling pas voor vernietiging in aanmerking 'als het college op voorhand in redelijkheid had moeten inzien dat als gevolg [van een mogelijke terugvordering van de staatssteun]

190 ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077 (*Bestemmingsplan Centrum Haaren*).

191 Vgl. P.C. Adriaanse, 'Noot bij ABRvS (2008-06-11)(Vernietiging bestreden besluit omtrent verlenging start- en landingsbaan vliegveld Eelde)', *AB* 2008, 371, aant. 3; Sterk 2009.

192 Voor het eerst in: ABRvS 6 mei 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO8853 (*Bestemmingsplan Haaksbergen*), r.o. 2.4.4. Deze toetsingsmaatstaf valt in alle daarop volgende uitspraken te herkennen en is nog eens geëxpliciteerd in ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077 (*Bestemmingsplan Centrum Haaren*), r.o. 2.18.3.4.

het plan niet binnen de planperiode kan worden uitgevoerd op een wijze zonder dat ongeoorloofde staatssteun wordt verleend.'[193] De toetsingsmaatstaf van de Afdeling in RO-geschillen zou als volgt kunnen worden samengevat: de verstrekking van mogelijk onrechtmatige staatssteun bij de uitvoering van een bestemmingsplan is niet problematisch zolang het terugbetalingsrisico is gedekt.

Deze benadering heeft twee gevolgen die uit staatssteunperspectief van belang zijn. Ten eerste betekent de enkele omstandigheid dat sprake is van onrechtmatige staatssteun nog niet dat de bestuursrechter daaraan in een ruimtelijke ordeningszaak gevolgen zal verbinden. Ten tweede betekent de eventuele gegrondverklaring van een beroep op het staatssteunrecht[194] en consequente vernietiging van het RO-besluit nog niet dat de steun niet zal worden uitgekeerd, en al helemaal niet dat eventueel al uitgekeerde steun inclusief rente zal worden teruggevorderd. Het betrokken bestuur moet er bij een eventueel nieuw bestemmingsplan wel voor zorgen dat die versie wél aan de eisen van financiële uitvoerbaarheid voldoet. Om een eventuele nieuwe beoordeling van de bestuursrechter te kunnen doorstaan is het niet nodig dat het nieuwe plan zonder onrechtmatige staatssteun kan worden uitgevoerd, maar wel dat het terugbetalingsrisico is gedekt.

Het mag duidelijk zijn dat deze gevolgen niet overeenkomen met het door het Hof van Justitie geschetste beeld van de rechter die bij schendingen van de opschortingsplicht bescherming biedt aan justitiabelen die door die schending zijn gedupeerd. Zij zijn echter een rechtstreeks en naar mijn oordeel gerechtvaardigd gevolg van de toepassing van het Nederlands bestuursrecht.[195] Het voorbeeld hierboven laat dat goed zien. Bij de Afdeling ligt de goedkeuring van een bestemmingsplan voor. Bij gegrondverklaring van het beroep vernietigt zij het goedkeuringsbesluit;[196] bij ongegrondverklaring blijft het in stand. Wil de rechter de steunverlening zelf aantasten, dan moet hij

193 ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077 (*Bestemmingsplan Centrum Haaren*), r.o. 2.18.3.4-2.18.3.7. Sindsdien in de jurisprudentie gevolgd, zie Bijlage I.

194 Het beroep is in ieder geval gegrond verklaard in de volgende zaken: ABRvS 6 mei 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO8853 (*Haaksbergen*); ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7245 (*Leens-Winkelcentrum*); Rb 's-Hertogenbosch 22 april 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ2331 (*Bouwvergunning woontoren*); ABRvS 1 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3648 (*Nieuwe Sloot*); ABRvS 10 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7739 (*Leens-Winkelcentrum Centrum-1*); ABRvS 11 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3598 (*Luchtvaartterrein Eelde*). In twee tussenuitspraken is naar aanleiding van de gestelde schending van de standstillbepaling een bestuurlijke lus toegepast: ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5119 (*Grubbenvorst*); ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7642 (*[locatie] te Beegden*).

195 Zie ook: P.C. Adriaanse, 'Noot bij ABRvS (2008-06-11)(Vernietiging bestreden besluit omtrent verlenging start- en landingsbaan vliegveld Eelde)', *AB* 2008, 371, m.n. aant. 6; Adriaanse 2011, p. 17; A.D.L. Knook, 'Noot bij ABRvS (2013-05-29)(Hier wordt de vraag beantwoord wanneer ongeoorloofde staatssteun de financiële uitvoerbaarheid …)', *Bouwrecht* 2013, 102.

196 Op de voorbereiding van een bestemmingsplan is afdeling 3.4 van de Awb (uniforme openbare voorbereidingsprocedure) van toepassing. Op grond van art. 7:1 lid 1 sub d Awb gaat aan het beroep bij de bestuursrechter dan geen bezwaar vooraf.

gevolgen verbinden aan de vermeend niet-marktconforme overeenkomst. Die ligt echter niet ter toetsing voor en daartoe is de bestuursrechter ook helemaal niet bevoegd.[197] Dat is ook zo wanneer naar huidig recht wordt geprocedeerd tegen de vaststelling zelf van het bestemmingsplan.

Het is overigens denkbaar dat de Afdeling met enig buig- en trekwerk verder kan gaan om de door onrechtmatige staatssteun veroorzaakte mededingingsvervalsing op te heffen, maar daartoe verplicht het EU-recht mijns inziens niet. Zo zou de Afdeling, na vernietiging van het RO-besluit, het betrokken bestuursorgaan de opdracht kunnen geven om een nieuw besluit te nemen, met als expliciete aanwijzing dat dat besluit niet het verlenen van steun mag faciliteren of veronderstellen (artikel 8:72 lid 4 Awb). Onder omstandigheden moet het bestuursorgaan dan concluderen dat dit niet mogelijk is totdat de steunverlenende maatregel is aangepast en eventueel onverschuldigd betaalde bedragen zijn verrekend of teruggevorderd. Welke gevolgen het bestuursorgaan aan die conclusie verbindt – het aanpassen van de steunmaatregel dan wel het binnen zijn bevoegdheden aanpassen van het bestemmingsplan – kan het dan zelf beslissen.

Dit is een tot nu toe nog ongebruikte manier om in het kader van een ruimtelijk ordeningsgeschil gevolgen te verbinden aan onrechtmatige steunverlening, zij het dan indirect. Ik zou echter betogen dat er geen regel is die de rechter ertoe verplicht om in alle aan mogelijk onrechtmatige staatssteun gerelateerde handelingen zijn creativiteit in te zetten om de stopzetting of terugvordering van die steun mogelijk te maken. Dat geldt in ieder geval in gevallen zoals hier aan de orde, waarin een veel meer voor de hand liggende methode bestaat om die stopzetting of terugvordering te bewerkstelligen, namelijk het aanvechten van de steunverlenende handeling zelf. De (impliciete) weigering om aan een mogelijke steunmaatregel in een andere procedure gevolgen te verbinden komt dan niet in strijd met het gelijkwaardigheidsbeginsel, het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Het blijft per slot van rekening mogelijk om voor een Nederlandse rechter de steunverlening aan te vechten.[198] Van een gedupeerde van staatssteun mag worden verlangd dat hij tegen de steunverlenende handeling opkomt.[199]

---

197 Dat volgt uit art. 8:1 Awb. Vgl. ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3862 (*Warandepoort*), r.o. 2.13.2; ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077 (*Centrum Haaren*), r.o. 2.18.3.4.

198 Aangenomen dat de instandlating van de goedkeuring van een bestemmingsplan waarmee het verlenen van staatssteun wordt mogelijk gemaakt of geaccepteerd niet tot gevolg heeft dat de steunverlenende handeling (de doorgaans in de toelichting over de financiële uitvoerbaarheid genoemde overeenkomst, subsidie of feitelijke handeling) op grond van de formele rechtskracht van het goedkeuringsbesluit niet meer zou kunnen worden aangetast.

199 Zie voor een vergelijkbare redenering in hoofdstuk 4 § 4.5.4. Dit kan uiteraard anders liggen wanneer de justitiabele meent dat de wijziging van het bestemmingsplan zelf de steunmaatregel is, zoals bijvoorbeeld het geval lijkt te zijn in Rb 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*), r.o.4.8.

De Nederlandse bestuursrechter ziet hier voor zichzelf in ieder geval geen rol weggelegd.

7.3.7 De bijgerechten: schadevergoeding en voorlopige rechtsbescherming

Bij een geslaagd beroep op de standstillbepaling is de Nederlandse rechter onder omstandigheden ook verplicht om voorlopige rechtsbescherming te bieden en de aansprakelijkheid van de Staat voor geleden schade vast te stellen. De vergoeding van schade wordt in bestuursrechtelijke staatssteunprocedures veel minder vaak gevraagd dan in procedures voor de burgerlijke rechter. Dat is op zich niet vreemd, want binnen het bestuursrecht bestonden tot 1 juli 2013 verschillende mogelijkheden om buiten de staatssteunprocedure om de vergoeding van schade af te dwingen.[200] Schadevorderingen kunnen zich op die manier veel meer buiten het beeld van de in dit onderzoek bestudeerde jurisprudentie afspelen.

In één uitspraak is wel expliciet op de mogelijke vergoeding van schade ingegaan. Het gaat om de zaak *Veerverbinding Boven Hardinxveld*, waar eiseres een verzoek om schadevergoeding heeft ingediend en dit verzoek later heeft gewijzigd in een verzoek om een schadestaatprocedure.[201] De rechtbank Rotterdam heeft in die zaak overwogen dat, 'nu hoger beroep door verweerder waarschijnlijk is, terwijl eiseres de gestelde schade op geen enkele wijze heeft onderbouwd en zij na afronding van de procedure over de uitvoering van de DAEB een verzoek om schadevergoeding kan indienen', geen schadestaatprocedure zal worden geopend.[202]

Uit de bestudeerde jurisprudentie volgt als zodanig niet dat de bestuursrechter niet bereid is om schadevergoeding toe te kennen aan partijen die door een schending van de standstillbepaling gedupeerd zijn. Schadevergoeding komt in deze context doorgaans echter alleen aan de orde wanneer een schending van de opschortingsplicht aannemelijk is gemaakt, en daarvan bestaat in de bestuursrechtelijke jurisprudentie maar een handvol voorbeelden. In de jurisprudentie van de belastingrechter bestaan deze voorbeelden zelfs helemaal niet. Het valt wel op dat geen uitspraken zijn gepubliceerd over zuivere schadebesluiten in staatssteunzaken (voor zover de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden voor 1 juli 2013) of over vorderingen uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter. Zulke uitspraken zouden kunnen laten zien welke maatstaf de bestuursrechter of de burgerlijke rechter hanteert om te bepalen of een schending van de opschortingsplicht leidt tot aansprake-

200 Zie hierboven § 7.2.3.

201 Op grond van art. 8:73 lid 2 Awb, nog onder oud recht. Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*).

202 Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*), r.o. 13.

lijkheid van het betrokken bestuursorgaan voor de als gevolg daarvan geleden schade.

Voor wat betreft de voorlopige rechtsbescherming geldt het volgende. In de zeldzame (gepubliceerde) gevallen dat een concurrent van een vermeende steunontvanger voorlopige rechtsbescherming zoekt tegen een vermeende schending van de standstillbepaling, is dat verzoek afgewezen.[203] Alleen in zaken in de sfeer van de ruimtelijke ordening wordt zo nu en dan een voorlopige voorziening getroffen.[204] Op grond van artikel 8:72 lid 5 Awb kan de bestuursrechter ook een voorlopige voorziening treffen in de hoofdzaak. Daarvan bestaat in de bestudeerde jurisprudentie wel een voorbeeld. Opvallend genoeg dient die voorziening tot de bescherming van de vermeende steunontvanger, en niet tot de bescherming van de derde die zich met succes op het staatssteunrecht heeft beroepen. Het gaat om in het vorige hoofdstuk besproken zaak *NPO*.[205] Zoals gezegd betogen de eisers in deze zaak dat de goedkeuring van een aantal aanbodkanalen van NPO in strijd komt met een goedkeuringsbesluit van de Europese Commissie en hebben zij daarin van de rechtbank Amsterdam gelijk gekregen. De NPO heeft de rechtbank verzocht om hangende de nieuwe besluitvorming (de beslissing op het bezwaar tegen het goedkeuringsbesluit is namelijk vernietigd) haar activiteiten te mogen voortzetten.

De rechtbank willigt dit verzoek in. Daarbij voert zij een belangenafweging uit.[206] Enerzijds hebben de goedgekeurde aanbodkanalen een bepaald marktaandeel opgebouwd en zouden de drie verenigingen door deze concurrentie mogelijk al schade hebben geleden. Anderzijds zou stopzetting van de activiteiten leiden tot nadeel voor de NPO. 'Nu de rechtbank het aannemelijk vindt dat de schade (nog) niet omvangrijk is en vaststaat dat de publieke omroepen investeringen hebben gedaan, acht de rechtbank het in het kader van de belangenafweging aangewezen om de gevraagde voorziening [...] toe te wijzen'.[207] Er wordt niet ingegaan op de mogelijke staatssteunrechtelijke consequenties die zouden kunnen of moeten worden verbonden aan de omstandigheid dat de begunstigde al voordeel heeft ontvangen of dat de concurrent al concurrentieschade heeft geleden. Omdat deze beslissing is genomen in het kader van bestaande steun, waarvoor de opschortingsplicht niet geldt, valt moeilijk in te schatten of de rechter hier heeft gehandeld in tegenspraak met het Europese recht. Als in deze casus nieuwe steun aan de orde was geweest en wel een schending van de standstillbepaling was geconstateerd, was voor

203 Deze uitspraken zijn al in detail besproken in hoofdstuk 5 § 5.5.3.5.

204 ABRvS 1 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3648 (*Nieuwe Sloot*), r.o. 3; ABRvS 10 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7739 (*Leens-Winkelcentrum Centrum-1*), r.o. 3.

205 Rb Amsterdam 24 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8591 (*NPO*). Zie in hoofdstuk 6 § 6.8.2.

206 Zie voor een civielrechtelijke parallel hierna § 7.4.5.

207 Rb Amsterdam 24 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8591 (*NPO*), r.o. 4.4. Zie in dat kader de kritiek van Jacobs en den Ouden 2005, p. 13 over een eerdere, vergelijkbare zaak. Vz. ABRvS 29 september 2004, ECLI:NL:RBAMS:2010:AR3335.

dit oordeel hoogstwaarschijnlijk geen ruimte geweest. Daarmee zou immers mogelijk worden gemaakt dat de onrechtmatige steun langer ter beschikking van de begunstigde blijft staan.

7.3.8 Tussenconclusie

In de voorgaande paragrafen is onderzocht welke gevolgen de Nederlandse bestuurs- en belastingrechters bereid zijn om aan een schending van de standstillbepaling te verbinden. Gezien de zeer beperkte relevante jurisprudentie van de belastingrechter ziet deze tussenconclusie voor het overgrote deel op de uitspraken van de Nederlandse (gewone) bestuursrechter. Daarbij kan worden vooropgesteld dat het lastig is om een compleet beeld te schetsen over de bereidheid van deze rechter om aan een schending van de opschortingsplicht de nodige gevolgen te verbinden, nu een dergelijke schending in de bestudeerde jurisprudentie maar zelden wordt geconstateerd. Desondanks valt wel een aantal lijnen te herkennen. Ten eerste kan worden geconcludeerd dat de Nederlandse bestuurs- en belastingrechter, wanneer zij een schending van de standstillbepaling vaststellen, *in beginsel* bereid zijn om daaraan de consequenties te verbinden zoals deze door het Hof van Justitie zijn voorzien. Op basis van eerder onderzoek naar de rol van de Nederlandse rechter bij de toepassing van het Unierecht viel dat ook te verwachten.[208] Daarmee is echter nog niet alles gezegd. De *mate waarin* de bestuurs- of belastingrechter aan een schending van de staatssteunregels de nodige gevolgen kan of wil verbinden hangt met verschillende factoren samen.

Een van de belangrijkste factoren in dit kader is de mate waarin het bestuurs- of belastingrecht, zoals door de Nederlandse rechter uitgelegd, aan een bepaald optreden ruimte biedt. Zo biedt het bestuursrecht in beginsel geen mogelijkheid om in een procedure over een bepaald besluit een andere rechtshandeling aan te tasten.[209] Dat is geen probleem wanneer een heffing wordt aangevochten waarmee onrechtmatige staatssteun zou zijn verleend, en zo nodig blijkt de bestuursrechter bereid om ten aanzien van zulke besluiten doortastend en zelf in de zaak voorziend op te treden. Vaak ontstaan echter toch de nodige uitdagingen, want het bestreden besluit blijkt in veel bestudeerde geschillen niet zelf de bron van de vermeende steunverlening te zijn. Het meest in het oog springende voorbeeld daarvoor is de situatie waarin een besluit in de sfeer van de ruimtelijke ordening wordt aangevochten omdat een daarin voorziene subsidie of koopovereenkomst zou leiden tot onrechtmatige steunverlening. In zulke gevallen oordeelt de bestuursrechter dat de op die manier aan de kaak gestelde steunverlening slechts indirect aan de orde

208 Nowak e.a. 2011.

209 Wel kan via de exceptieve toets de rechtmatigheid van aan een besluit ten grondslag liggende regelgeving worden getoetst.

kan komen, en wel via de vraag of de mogelijkheid dat de steun wordt teruggevorderd de financiële uitvoerbaarheid van het RO-besluit aantast. Hoewel op deze manier geconstateerde schendingen van de standstillbepaling zonder gevolgen kunnen blijven en zelfs de vernietiging van het bestreden RO-besluit niet zonder meer kan leiden tot het voorkomen of terugvorderen van onrechtmatig verleende steun, is deze jurisprudentielijn zeker verdedigbaar. Zeker wanneer het mogelijk is om de vermeend steunverlenende handeling (elders) bij de Nederlandse rechter ter toetsing voor te leggen, eist het Unierecht naar mijn mening namelijk niet dat de bestuursrechter in alle aan mogelijk onrechtmatige staatssteun gerelateerde handelingen zijn creativiteit inzet om de stopzetting of terugvordering van de steun mogelijk te maken. Dat zou ook erg slecht passen in het systeem van het Nederlands bestuursrecht.

Ook in gevallen waarin een justitiabele een aan hemzelf gericht besluit (waarin hem bijvoorbeeld een lagere vergoeding wordt beloofd dan die van zijn concurrent) voor de bestuursrechter op staatssteungronden aanvecht, zijn de uitspraakmogelijkheden van de rechter in beginsel beperkt tot het bestreden besluit. Zo logisch als dat is, blijkt die constatering toch belangrijk omdat de vernietiging van het bestreden besluit in zulke gevallen doorgaans niet zal leiden tot ongedaanmaking van de gestelde mededingingsvervalsing. Deze is namelijk doorgaans veroorzaakt door een ander besluit (bijvoorbeeld het aan de concurrent gerichte besluit waarin een hoge vergoeding is vastgelegd), dat in de betrokken procedure niet ter toetsing voorligt. Hoewel partijen er in dit soort zaken op lijken te hopen dat zij met de vernietiging van het aan hen gerichte besluit alsnog zelf voor een voordeel in aanmerking zullen komen, is het duidelijk dat de bestuursrechter niet bereid is om aan een schending van de standstillbepaling andere gevolgen te verbinden dan die door het Hof van Justitie zijn voorzien, en al helemaal niet de uitbreiding van de kring van begunstigden. Zo wordt de uitspraak van de bestuursrechter aan de ene kant begrensd door het bestuursrecht en aan de andere kant door het Unierecht, en gaan de zich op het staatssteunrecht beroepende justitiabelen in dit soort gevallen in beginsel terecht met lege handen naar huis.

Waarschijnlijk kan een justitiabele bij de bestuursrechter ook niet afdwingen dat een bestuursorgaan alvorens een gevraagd voordeel te weigeren, de gevraagde steun moet aanmelden of moet onderzoeken of de steun zo kan worden vormgegeven dat toch aan de staatssteunregels wordt voldaan. Dit zou een positieve verplichting voor het bestuursorgaan inhouden die in ieder geval niet uit het Unierecht zelf voortvloeit. Hoewel een dergelijke verplichting in één uitspraak van de rechtbank Den Haag wel voorzichtig is aangenomen, lijkt het niet om een heel principiële uitspraak te gaan. Een vergelijkbaar verzoek is in een andere uitspraak van dezelfde rechtbank afgewezen.

Ook wanneer een justitiabele daadwerkelijk het voorkomen of terugvorderen van aan een ander verleende onrechtmatige staatssteun op het oog heeft, kan de nadruk van het bestuursproces op de vernietiging van een bestreden besluit het lastig maken om aan een schending van de staatssteunregels de

nodige consequenties te verbinden. Dat blijkt het geval wanneer sprake is van zogenaamde ketenbesluitvorming. Het belangrijkste voorbeeld daarvoor is de zaak *Veerverbinding Boven Hardinxveld*, waarin het besluit waarbij een veerdienst is aangewezen als uitvoerder van een dienst van algemeen economisch belang in rechte is aangevochten, terwijl het 'belangrijkste' staatssteunrechtelijke probleem leek te liggen in een daaraan gekoppeld subsidiebesluit. Het is dan ook vermeldenswaardig dat de rechtbank in deze zaak bereid bleek om spijkers met koppen te slaan door niet alleen het bestreden besluit te vernietigen, maar zelf in de zaak voorziend het relevante deel van het primaire aanwijzingsbesluit te herroepen. Het blijkt dat de bestuursrechter zich met een ingewikkelde vraag geconfronteerd ziet: welke gevolgen moeten aan een besluit worden verbonden dat nauw aan een steunverlenende handeling verbonden is, bijvoorbeeld doordat het op die handeling voortbouwt, en hoe nauw moet het verband zijn voordat het Unierecht in een procedure over dat besluit rechterlijk optreden vereist? Bij besluiten in de sfeer van de ruimtelijke ordening acht de bestuursrechter dat verband klaarblijkelijk te ver verwijderd; in het geval van de veerverbinding bij Boven Hardinxveld zag de rechtbank Rotterdam dat duidelijk anders.

De hierboven – en in abstracto moeilijk te beantwoorden – gestelde vraag past in een bredere problematiek, namelijk dat de manier waarop staatssteungeschillen voor de bestuursrechter worden ingestoken regelmatig niet soepel aansluit bij de door het Hof van Justitie geschetste rol van de nationale rechter in het geval van schendingen van de standstillbepaling. Dat de vernietiging van een subsidiebesluit kan leiden tot het voorkomen of ongedaanmaking van steunverlening, ligt voor de hand. Het blijkt echter dat de rechter ook met minder voor de hand liggende zaken wordt geconfronteerd en dus nadere invulling moet geven aan zijn rol. Naast de hierboven genoemde voorbeelden valt met name te wijzen op de uitspraak van het CBb in de zaak *Thuiszorgservice*, waarin een justitiabele weliswaar de terugvordering van een aan zijn concurrent verleende subsidie wilde voorkomen, maar door het aanvechten van de subsidie op staatssteungronden wel op een andere manier, en niet ten onrechte, de bescherming van zijn mededingingspositie hoopte af te dwingen. De kans is groot, zoals in deze zaak ook het geval bleek, dat justitiabelen die dergelijk niet expliciet in de Europese jurisprudentie voorzien maatwerk verlangen, met lege handen blijven staan.

Het Nederlands recht beperkt ook de uitspraakmogelijkheden van de bestuursrechter in gevallen waarin een bestuursorgaan zich op de opschortingsplicht beroept. Daarbij is vooral relevant gebleken in hoeverre het legaliteitsbeginsel een besluit tot terugvordering van onrechtmatige steun en de daarover genoten rente toestaat in het geval voor die terugvordering geen grondslag

in het geschreven Nederlands publiekrecht bestaat.[210] Het blijkt dat de jurisprudentie van de bestuursrechter zich op dit vlak gedurende de bestudeerde periode enigszins heeft ontwikkeld. Waar in 2006 nog werd geoordeeld dat voor de terugvordering van steun een desnoods ongeschreven grondslag in het *Nederlands* recht moet worden gevonden, heeft de Afdeling inmiddels aanleiding gezien om te oordelen dat artikel 108 lid 3 VWEU zo nodig zelf een terugvorderingsgrondslag kan bieden. Dit oordeel impliceert tot op zekere hoogte een grote bereidheid van de bestuursrechter om de terugvordering van onrechtmatige steun te faciliteren. Een grondslag in het Unierecht was strikt genomen namelijk niet noodzakelijk, nu het ongeschreven bestuursrecht die grondslag al biedt. Daarnaast bevat de tekst van artikel 108 lid 3 VWEU zelf geen terugvorderingsverplichting; deze is daarin 'slechts' door het Hof van Justitie ingelezen. Tegelijkertijd moet die bereidheid worden genuanceerd. Voor de uitoefening van de aan het Unierecht ontleende terugvorderingsbevoegdheid moet het steunverlenende bestuursorgaan namelijk alsnog zijn bevoegdheid aan het ongeschreven Nederlands bestuursrecht ontlenen. Een belangrijke consequentie van deze nuancering is dat de terugvordering van rente in een bestuursrechtelijke procedure vooralsnog niet mogelijk lijkt, tenzij de relevante wettelijke regeling in de noodzakelijke grondslag voorziet. Waar deze ontbreekt wordt de verantwoordelijkheid om de terugvordering van de rente mogelijk te maken in wezen bij de burgerlijke rechter gelegd.

Naast het toepasselijke Nederlandse recht en de insteek van de rechterlijke procedure zijn ook andere factoren van belang voor de bereidheid van de bestuurs- en belastingrechter om aan een schending van de opschortingsplicht de nodige gevolgen te verbinden. De bestuursrechter lijkt bereid om doortastender op te treden wanneer een schending van de standstillbepaling duidelijk is komen vast te staan dan wanneer daarover nog op enige manier twijfel bestaat. Het zal geen toeval zijn dat in een aantal van de meest verstrekkende uitspraken van de bestuursrechter, zoals in de zaken *Zorg en Zekerheid* en *Veerverbinding Boven Hardinxveld*, de Commissie het bestaan van onrechtmatige staatssteun in een advies aan de rechter heeft bevestigd. Het is op zich logisch dat de bestuursrechter in het geval minder duidelijkheid bestaat over de toepassing van de standstillbepaling ook minder doortastend optreedt. In het licht van het Unierecht is dit echter onwenselijk en moet de rechter, zoals ook in hoofdstuk 5 is betoogd, over het al dan niet bestaan van onrechtmatige steun voldoende duidelijkheid proberen zien te krijgen zodat aan een eventuele

210 Uiteraard kunnen voor de terugvordering van steun ook andere hobbels bestaan. Zo is buiten de context van het staatssteunrecht, maar daarvoor wel relevant, gebleken dat de terugvordering van een subsidie bij een samenwerkingsverband erg omslachtig kan zijn. De subsidie mag dan namelijk niet alleen bij de penvoerder worden teruggevorderd, maar de overheid moet elk van de samenwerkingspartners aanspreken. CBb 13 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:146.

schending van de staatssteunregels de nodige consequenties kunnen worden verbonden.

Tenslotte: hoewel het Unierecht van de Nederlandse rechter onder omstandigheden doortastend optreden verlangt en met name de bestuursrechter zich van deze eis bewust toont, kan ook de begunstigde van een vermeend onrechtmatige steunmaatregel op actief optreden van de bestuursrechter rekenen waar hij naar Nederlands recht rechtsbescherming verdient. Dit brengt het risico met zich dat de bestuursrechter door zijn uitspraak de (verdere) verlening van onrechtmatige staatssteun faciliteert. Toch gaat de op grond van het loyaliteitsvereiste geldende verplichting voor de nationale rechter mijns inziens niet zo ver dat hij omwille van *de mogelijkheid* dat hij een schending van het staatsteunrecht over het hoofd ziet, aan justitiabelen de hen op grond van het nationale recht toekomende rechtsbescherming onthoudt.

7.4 Uitspraken van de burgerlijke rechter over de gevolgen van staatssteun

De volgende paragrafen bevatten de resultaten van het jurisprudentieonderzoek naar de gevolgen die de Nederlandse burgerlijke rechter bereid is aan een schending van de standstillbepaling te verbinden. Net als in het bestuurs- en belastingrecht zal deze rechter bij de aan een succesvol beroep op het staatssteunrecht te verbinden gevolgen in belangrijke mate worden beïnvloed door de precieze insteek van de procedure en het van toepassing zijnde recht. Van belang is met name wie zich op de standstillbepaling beroept, welke vordering hij indient, en tegen welke feitelijke handeling of rechtshandeling de vordering is gericht. Deze casusposities worden in de volgende paragrafen uitgesplitst.

Daaraan voorafgaand moeten twee belangrijke opmerkingen worden gemaakt. Ten eerste is het in het burgerlijk recht gebruikelijk om verschillende vorderingen in te dienen. Dat zorgt er niet alleen voor dat verschillende aspecten van het bestaande geschil kunnen worden beslecht, maar ook dat de eiser een aantal vorderingen achter de hand heeft voor het geval zijn meest verstrekkende vorderingen niet worden toegewezen. Dit betekent dat het niet ongebruikelijk is om in een enkele zaak vorderingen op te nemen die gericht zijn op de terugdraaiing van verleende steun, dan wel de stopzetting, dan wel de opschorting. Deze context moet in de bespreking hieronder in het oog worden gehouden. Ten tweede komt het regelmatig voor dat een justitiabele aanvoert dat verschillende regels zijn geschonden (in veel gevallen wordt bijvoorbeeld ook het aanbestedingsrecht ingeroepen) en ook ten aanzien van daarvan vorderingen indient.[211] Niet uit alle uitspraken valt even gemakkelijk

211 Een opvallend voorbeeld waarin dit *niet* het geval was, is de zaak Vzr. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*).

af te leiden welke van de ingediende vorderingen (ook) zien op de gestelde schending van de staatssteunregels.

Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op zaken waarin de overheid al uitgekeerde steun wil terugvorderen (§ 7.4.1), dan wel beoogt te voorkomen dat zij onrechtmatige steun zal uitkeren (§ 7.4.2). Vervolgens komen aan de orde uitspraken waarin door derden vorderingen zijn ingesteld die zien op het terugvorderen van onrechtmatige steun (§ 7.4.3) of het voorkomen of stopzetten daarvan (§ 7.4.4). Een interessante vervolgvraag, die apart wordt besproken, is waarvan in zulke gevallen precies het voorkomen, stopzetten of terugvorderen wordt gevorderd (§ 7.4.5). Daaraan gerelateerd is de vraag welke gevolgen de burgerlijke rechter aan een schending van de standstillbepaling wil verbinden wanneer een ander belang voorop staat dan het concurrentiebelang van de derde (§ 7.4.6). Bijna in alle bestudeerde uitspraken wordt door een zich op het staatssteunrecht beroepende derde in ieder geval ook schadevergoeding gevorderd. Deze zaken komen aan de orde in § 7.4.7. In § 7.4.8 komt de weinig voorkomende maar in deze context zeker interessante vordering tot aanmelding van de steun besproken. Ten slotte worden in § 7.4.9 de belangrijkste resultaten in de tussenconclusie samengevat. Procedures in kort geding komen in de volgende paragrafen niet op een systematische manier aan de orde, hoewel relevante verschillen uiteraard zullen worden benoemd. Net als in het kader van het bestuurs- en belastingrecht levert het jurisprudentieonderzoek onvoldoende uitspraken over de mogelijke gevolgen van schendingen van de staatssteunregels op om een verdere systematische uitsplitsing van kort geding uitspraken te rechtvaardigen.[212]

7.4.1 Het terugvorderen van steun door de overheid

7.4.1.1 Na een met het staatssteunrecht strijdig bestuursrechtelijk besluit

> In 2006 heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State geoordeeld dat Fleuren Compost een door haar onrechtmatig verkregen subsidiebedrag moet terugbetalen. Het bestuursrecht zou echter geen mogelijkheid bieden om de over een onrechtmatig steunbedrag genoten rente terug te vorderen. De Nederlandse Staat heeft vervolgens in een procedure bij de rechtbank Rotterdam gevorderd dat Fleuren Compost, de steunontvanger, wordt veroordeeld tot daadwerkelijke betaling van het ten onrechte ontvangen steunbedrag, te vermeerderen met de door de Commissie vastgestelde referentierente.[213]

212 In het burgerlijk recht wordt in staatssteungeschillen wel degelijk veel in kort geding geprocedeerd. Wanneer de bestudeerde jurisprudentie op de hierboven in § 7.1.1 bedoelde manier wordt afgebakend, is de selectie zaken echter al een stuk beperkter.

213 Rb Rotterdam 4 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270 (*Fleuren Compost*).

De daadwerkelijke terugvordering van de aan Fleuren Compost ten onrechte verleende subsidie, die ook al in de bestuursrechtelijke context is besproken, heeft moeten plaatsvinden via de burgerlijke rechter, in dit geval de rechtbank Rotterdam. Net als in het bestuursrecht geldt dat voor de terugvordering van steun op enige manier een grondslag in het recht moet bestaan. De rechtbank Rotterdam oordeelt geheel in lijn met de Afdeling in de *BPM*-zaak dat die grondslag niet wordt geboden door het terugvorderingsbesluit van de Commissie of artikel 16 lid 2 van de Procedureverordening. Het blijkt dan ook nodig om een vertaalslag in het burgerlijk recht te zoeken.[214] In de zaak *Fleuren Compost* vindt de rechtbank die vertaalslag, in ieder geval voor de terugbetaling van het onrechtmatig genoten steunbedrag zelf,[215] in de vordering uit onverschuldigde betaling in de zin van artikel 6:203 BW. Op grond hiervan wordt Fleuren Compost veroordeeld tot de betaling aan de Staat van een bedrag van bijna € 5 ton.

7.4.1.2 Na een met het staatssteunrecht strijdige overeenkomst

Met de zaak *Fleuren Compost* is duidelijk geworden dat de terugvordering van onrechtmatige staatssteun kan plaatsvinden via de rechtsfiguur onverschuldigde betaling in de zin van artikel 6:203 BW. Een vordering uit onverschuldigde betaling vereist dat de rechtsgrond voor de betaling ontbreekt. Wanneer de vermeend onrechtmatige steun niet, zoals in het geval van *Fleuren Compost*, via een besluit maar via een overeenkomst is verleend, ligt het voor de hand om vast te stellen dat de vermeend steunverlenende rechtshandeling nietig is en moet worden geacht nooit te hebben bestaan, zodat de rechtsgrond voor de betaling vervalt.[216] De nietigheid als vehikel voor de terugvordering van onrechtmatige steun is in de Nederlandse jurisprudentie voor het eerst uitgebreid aan bod gekomen in de zaak *Residex*.

> Aan de orde is een driehoeksverhouding: Residex heeft krediet verstrekt aan de onderneming Aerospace. Het Gemeentelijk Havenbedrijf, onderdeel van de gemeente Rotterdam, heeft aan Residex een garantie afgegeven voor het volle uitgeleende

214 Vgl. Van Midden en Nieuwland 2014a, p. 233. Een andere benadering koos het *Oberverwaltungsgericht* Berlijn in kort geding, OVG Berlin-Brandenburg 7 november 2005, *NVwZ* 2006, 104. Een terugvorderingsbesluit van de Europese Commissie biedt volgens deze rechter voldoende grondslag voor een nationaal terugvorderingsbesluit – zelfs als de terug te vorderen staatssteun oorspronkelijk door middel van een overeenkomst is verleend. Kritisch daarover: Herrmann en Kruis 2007, m.n. p. 150.

215 Hiermee is nog niet de terugvordering van de ook verschuldigde rente bewerkstelligd. Daarop wordt verder ingegaan in § 7.4.1.6 hierna.

216 Van Midden en Nieuwland 2014a, p. 233, merken terecht op dat ook bij rechtmatige en verenigbare steun een terugvorderingsplicht kan bestaan. Dat is bijvoorbeeld het geval bij reddings- en herstructureringssteun. Nietigheid van de overeenkomst gevolgd door een vordering uit onverschuldigde betaling is dan niet aan de orde. Zie over deze problematiek hierna § 7.4.1.5.

> bedrag. Wanneer Aerospace vervolgens slechts een deel van de lening terugbetaalt, weigert de gemeente om de rest van het gegarandeerde bedrag uit te keren. Residex vordert nakoming en veroordeling van de gemeente tot betaling van meer dan € 10 miljoen. De gemeente verweert zich met als meest verstrekkend betoog dat de garantieovereenkomst wegens strijd met het staatssteunrecht nietig is in de zin van artikel 3:40 lid 2 BW.[217]

In de zaak *Residex* heeft de overheid – de gemeente Rotterdam – zich op de nietigheid van een vermeend steunverlenende overeenkomst beroepen.[218] Wederpartij Residex heeft hiertegen verschillende argumenten opgeworpen. Ten eerste zou de overheid zich volgens Residex met een beroep op de nietigheid van de overeenkomst ten onrechte beroepen op haar eigen wangedrag. Het is immers juist de overheid die de opschortingsplicht moet eerbiedigen waarop zij zich nu zelf beroept. Ten tweede zou de nietigheid van de garantieovereenkomst een te vergaande maatregel zijn als reactie op een schending van de opschortingsplicht, omdat niet vast stond dat de nietigverklaring van de garantieovereenkomst de vervalsing van de mededinging kon remediëren. Er zou volgens Residex dus moeten worden bezien of voor het uitspreken van de nietigheid minder vergaande alternatieven bestonden.

Deze argumenten hebben Residex in eerste aanleg en hoger beroep niet mogen baten. Zowel de rechtbank als het gerechtshof tonen zich slagvaardig. Dat de overheid de opschortingsplicht zelf inroept, is volgens het hof niet relevant; artikel 3:40 lid 2 BW geldt immers jegens eenieder. Hooguit, aldus het hof, zou kunnen worden geoordeeld dat het beroep op nietigheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Welke omstandigheden tot een dergelijke gevolgtrekking aanleiding kunnen geven blijft in het midden, maar de door Residex aangevoerde omstandigheid dat de overheid de steun niet zelf heeft aangemeld is daarvoor klaarblijkelijk onvoldoende.[219] De precieze gevolgen voor een met het staatssteunrecht strijdige overeenkomst moeten naar het oordeel van de rechtbank en het hof verder

---

217 Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6904 (*Residex*); Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6981 (*Residex*); HR 28 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4082 (*Residex*). Zie ook: Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6902 (*Commerz*), Hof 's-Gravenhage 1 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP6129 (*Commerz*).

218 Het verdient opmerking dat de burgerlijke rechter in dit geval, om het met de zich op het staatssteunrecht beroepende overheid beoogde resultaat te bereiken, kon volstaan met het afwijzen van de vordering van de vermeende begunstigde. Het gegarandeerde bedrag was namelijk nog niet uitbetaald. In Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*) was al wel een steunbedrag uitbetaald. Dan moet worden bewerkstelligd dat het bedrag door de steunontvanger wordt terugbetaald.

219 Vgl. Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*), r.o. 5.8, waarin vergelijkbare argumenten in de context van gerechtvaardigd vertrouwen en misbruik van recht worden verworpen.

worden bezien aan de hand van het nationale recht.[220] Op basis daarvan heeft de rechtbank, zoals bevestigd door het hof, geoordeeld dat de garantieovereenkomst strijdt met een dwingende wetsbepaling en dus op grond van artikel 3:40 lid 2 BW nietig is. Hiermee gaan de rechtbank en het hof er dus expliciet van uit dat artikel 108 lid 3 VWEU (de geschonden dwingende wetsbepaling) strekt tot de aantasting van de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen. Lange tijd is in de rechtspraak en literatuur aangenomen dat dit inderdaad ook het geval is.[221]

Achteraf blijkt dat de opstelling van de rechtbank en het gerechtshof op dit laatste punt té doortastend was. Naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de Hoge Raad heeft het Hof van Justitie inmiddels namelijk verduidelijkt dat het uitspreken van de nietigheid van een rechtshandeling een *mogelijke* methode is om een vervalsing van de mededinging te remediëren, waarbij van belang is of zij geschikt is om de terugvordering van steun te bewerkstelligen en geen minder dwingende procedurele maatregelen beschikbaar zijn. Per geval moet dus worden bezien of de nietigheid de meest geëigende manier is om het herstel van de mededingingssituatie door middel van de terugvordering van onrechtmatige steun te bewerkstelligen.[222] Er bestaat volgens het Hof van Justitie met andere woorden geen absolute plicht om de geldigheid van met de opschortingsplicht strijdige rechtshandelingen aan te tasten, hoewel wél vaststaat dat de steun moet worden teruggevorderd.

Naar aanleiding van de *Residex*-uitspraak van het Hof heeft de Hoge Raad zodoende geoordeeld

> 'dat art. [108 lid 3 VWEU] niet zonder meer ertoe strekt de geldigheid van een daarmee strijdige garantieverstrekking aan te tasten (als bedoeld in art. 3:40 lid 3 BW), doch slechts indien nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de garantieverstrekking wordt hersteld'.[223]

---

220 Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6904 (*Residex*), r.o. 5.7. Impliciet: Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6981 (*Residex*), r.o. 5.3; HR 28 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4082 (*Residex*), r.o. 3.5.5.

221 HR 28 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4082 (*Residex*), r.o. 3.5.5. Deze benadering is in de literatuur instemmend becommentarieerd. Hartkamp 2011, p. 335-6; N. van Nuland, 'Noot bij HR (2010-05-28) (Residex Capital IV CV vs. Gemeente Rotterdam)', *Bouwrecht* 2010, 133; Ligteringen 2011; Geelhoed en van der Linden 2010; Van de Hel en Schreuder 2010. Vgl. conclusie A-G Keus bij HR 29 mei 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BL4082 (*Residex*), randnrs. 2.17 e.v. en verwijzingen. Anders: J.F. de Groot, 'Noot bij Rb Rotterdam (2007-01-24) (Nietigheid garanties)', *JOR* 2007, 290, randnr. 8. Eerder: Adriaanse 2006, p. 301. Dezelfde gevolgtrekking werd gemaakt in de Duitse rechtspraak, althans tot de zaak Bundesgerichtshof 5 december 2012, I ZR 92/11 (*CEPS Pipeline*), r.o. 35-6.

222 HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*), r.o. 49. Zie ook in hoofdstuk 2 § 2.6.5.1. Deze interpretatie van het Hof van Justitie is in de Nederlandse rechtspraak gevolgd. Rb Noord-Nederland 4 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2790 (*Accolade/Ludinga*), r.o. 4.6; HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex*), r.o. 3.4.3; HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*), r.o. 4.6.2.

223 HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex 2*), r.o. 3.4.3.

Met andere woorden: nu de strekking van artikel 108 lid 3 VWEU is verduidelijkt, staat vast dat het Nederlands recht niet absoluut dwingt tot de (algehele) nietigheid van met de standstillbepaling strijdige rechtshandelingen op grond van artikel 3:40 BW. Relevant is daarentegen, aldus de Hoge Raad, of die nietigheid kan bijdragen aan of leiden tot het ongedaanmaken van de door een schending van de standstillbepaling veroorzaakte mededingingsvervalsing. Een dergelijke beoordeling kan de rechter in een complexe driehoeksverhouding zoals in de *Residex*-zaak voor de nodige uitdagingen stellen, zoals hierna in § 7.4.1.4 aan de orde komt. Echter, zelfs in minder complexe gevallen blijkt de nuancering van de manier waarop artikel 3:40 BW in staatssteungeschillen kan worden toegepast, vragen op te roepen.

Inmiddels is de nietigheid als gevolg van schendingen van de opschortingsplicht in een handvol uitspraken van de Nederlandse burgerlijke rechter expliciet aan de orde gekomen – opvallend genoeg zelfs een keer in kort geding.[224] In deze uitspraken is het in sommige gevallen de overheid en in sommige gevallen een derde die de nietigheid van een rechtshandeling inroept. Voor de toepassing van artikel 3:40 BW maakt dat, zoals ook al in de zaak *Residex* was geoordeeld, in principe niet uit. Zij worden hier dan ook samen besproken.

Als eerste is in deze uitspraken aan bod gekomen of met de door de Hoge Raad bedoelde nietigverklaring de algehele nietigheid wordt bedoeld, of dat ook op grond van artikel 3:41 BW de partiële nietigheid kan worden aangenomen. Die vraag heeft de Hoge Raad in de zaak *P1* zonder veel omhaal beantwoord. Volgens de Hoge Raad 'valt niet in te zien waarom art. 108 VWEU zich principieel zou verzetten tegen het uitspreken van partiële nietigheid van een rechtshandeling'.[225] Kern van de zaak blijft namelijk of de (in dit geval partiële) nietigheid kan leiden tot ongedaanmaking van de door de onrechtmatige steunverlening veroorzaakte mededingingsvervalsing. Principieel is dit een belangrijke uitspraak, maar de daadwerkelijke toepassing van de rechtsfiguur partiële nietigheid, die in het arrest verder niet aan de orde komt, heeft nog wel wat haken en ogen. Op grond van artikel 3:41 BW moet namelijk worden onderzocht welke onderdelen van een gesloten overeenkomst waarin een niet-marktconforme prijs is afgesproken met (het niet-marktconforme deel van)

224 Het gaat dan om: Rb Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815 (*Spaansen Holding*); Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*); Rb Noord-Nederland 4 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2790 (*Accolade/Ludinga*); HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex 2)*; HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*). Eerder ook bijv. Vzr. Rb Groningen 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8211 (*Montagne II*). En daarbuiten ook overigens regelmatig zonder succes gevorderd, bijv. Rb Overijssel 12 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1474, r.o. 4.2.2; Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*).

225 HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*), r.o. 4.6.2.

de prijs in een onverbrekelijk verband staan en dus delen in de nietigheid daarvan.[226]

Het potentieel zo ingewikkelde vraagstuk naar het onverbrekelijk verband is opvallend genoeg kennelijk volledig achterwege gebleven in een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland in de zaak *Accolade/Ludinga.*

> Aan de orde is de staatssteunconformiteit van een overeenkomst waarbij de gemeente Harlingen aan onderneming Ludinga gronden heeft verkocht en daarvoor een te lage koopprijs zou hebben gevraagd. Volgens eiseres Accolade zou de overeenkomst nietig zijn en zouden beide transacties – de betaling van de koopprijs en de levering van de gronden – ongedaan moeten worden gemaakt.[227]

De rechtbank heeft in deze zaak geoordeeld dat de vermeend steunverlenende overeenkomst, voor zover deze inderdaad op niet-marktconforme voorwaarden is gesloten, alleen nietig is *ten aanzien van de koopprijs* en voor het overige in stand kan blijven. Dit is een opmerkelijk oordeel, want de enkele nietigverklaring van een koopprijs, zonder dat dit gevolgen heeft voor de daartegenover gestelde tegenprestatie (de levering van de gronden) of dat die gevolgen überhaupt worden besproken, past slecht in het systeem van de in artikel 3:41 BW neergelegde partiële nietigheid.[228] Het ligt immers voor de hand dat in ieder geval een deel van die tegenprestatie in onverbrekelijk verband staat met (het nietige deel van) de koopprijs en dus in de nietigheid deelt. Sterker nog, zoals Hartkamp terecht opmerkt: als alleen de verplichting tot het betalen van de koopprijs nietig is, dan zou de koper recht hebben op overdracht van de gronden om niet en dat kan nauwelijks de bedoeling zijn.[229]

Een veel genuanceerdere en beter gemotiveerde benadering blijkt uit de – een jaar later door dezelfde rechtbank gewezen – uitspraak in de zaak *Spaansen Holding*.

> Spaansen heeft in 2009 met de gemeente Harlingen een overeenkomst gesloten waarbij Spaansen een terrein aan de gemeente heeft verkocht voor € 8,5 miljoen. Een deel daarvan zal later nog worden uitbetaald. In 2011 verzoekt Spaansen de gemeente om betaling van het resterende bedrag. De gemeente meent bij nader inzien dat de koopprijs te hoog is vastgesteld. Zij weigert niet alleen betaling van

226 Zie ook hierboven § 7.2.5.3.
227 Rb Noord-Nederland 4 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2790 (*Accolade/Ludinga*).
228 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), randnrs. 324 en 646. Zie ook Van Midden en Nieuwland 2014b.
229 A.S. Hartkamp, 'Noot bij Rb Noord-Nederland (2014-06-04)(Verboden staatssteun door gemeente)', *JOR* 2014, 287, aant. 5. Op een aantal bijzonderheden in deze zaak wordt hierna in § 7.4.3.1 nader ingegaan.

> het resterende bedrag, maar geeft ook aan dat Spaansen een deel van de al betaalde koopprijs moet terugstorten.[230]

In de zaak *Spaansen Holding* is het de gemeente Harlingen die meent dat een door haar gesloten overeenkomst leidt tot onrechtmatige staatssteun, die voor zover al uitgekeerd moet worden terugbetaald. In een tussenvonnis oordeelt de rechtbank Noord-Nederland dat de gemeente, nu zij de overeengekomen koopprijs wil afromen, 'in zoverre slechts partiële nietigverklaring van de koopovereenkomst, voor wat betreft de overeengekomen koopprijs, voorstaat'.[231] Toepassing van de rechtsfiguur partiële nietigheid (artikel 3:41 BW) brengt echter met zich dat moet worden onderzocht of een onverbrekelijk verband bestaat tussen het nietige deel van de overeenkomst (het niet-marktconforme deel van de koopprijs) en de overige onderdelen van de overeenkomst. De onderdelen van de overeenkomst die met dit nietige deel in onverbrekelijk verband staan, delen namelijk in de nietigheid.[232] De hamvraag is welke gevolgen dat voor de overeenkomst zal hebben: wat blijft daarvan nog over als een deel van de koopprijs nietig blijkt te zijn? In het tussenvonnis oordeelt de rechtbank dat de partijen zich over deze vragen per akte mogen uitlaten.

Op basis van het eindvonnis kan een aantal opmerkingen worden gemaakt. Ten eerste: hoewel de enkele nietigheid van de koopprijs in de zaak *Accolade/Ludinga* wel heel kort door de bocht was, blijkt de bij partiële nietigheid spelende problematiek van het onverbrekelijk verband in het diepgaander gemotiveerde eindvonnis in de zaak *Spaansen Holding* evenmin aan een doortastende uitspraak in de weg te staan. Dat is op het eerste gezicht verrassend, want het zou kunnen worden verwacht dat Spaansen zal willen bepleiten, zoals zij dat ook heeft gedaan, dat voor haar nadelige elementen van de koopovereenkomst delen in de nietigheid van het niet-marktconforme deel van de prijs. Voor al te ingewikkelde redeneringen of de door Van den Brink bepleite Unierechtconforme uitleg van het begrip 'onverbrekelijk verband'[233] blijkt echter geen noodzaak te bestaan. Het gros van de onrechtmatige steun, een door de gemeente nog niet uitbetaald bedrag van € 2 miljoen, betreft volgens de rechtbank namelijk 'niet zozeer een tegenprestatie […] voor de locatie', maar 'een vergoeding voor het verplaatsen van de fabriek […] en meer in het bijzonder een beloning voor het behoud van werkgelegenheid.'[234] In dit geval blijkt het dus in ieder geval volgens de rechtbank mogelijk om in

230 Tussenvonnis: Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*). Eindvonnis: Rb Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815 (*Spaansen Holding*).

231 Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*), r.o. 5.45.

232 Idem, r.o. 5.46-5.48.

233 Van den Brink 2015, onder 'Residex'.

234 Rb Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815 (*Spaansen Holding*), r.o. 2.10.

objectieve zin een splitsing te maken tussen de marktconforme vergoeding van de gekochte grond en het daarboven opkomende steunbedrag.[235] Aan het betoog van Spaansen dat zij voor een lager bedrag de overeenkomst niet zou zijn aangegaan, komt volgens de rechtbank in dat licht dan ook minder betekenis toe.[236]

> De op deze manier afgesplitste € 2 miljoen betreft niet het volledige steunbedrag. Alsnog blijkt namelijk de koopprijs, ook voor zover zij wel een tegenprestatie voor de locatie inhoudt, € 2,5 ton te hoog. De rechtbank lijkt dit 'restant' op te lossen over de band van de conversie (artikel 3:42 BW) in combinatie met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6.248 lid 1 BW).[237] Heel overtuigend is dat niet, nu over de mogelijke betekenis van deze leerstukken in staatssteungeschillen nog veel onduidelijkheid bestaat (zie hierboven § 7.2.5.3) en een echte motivering op dit punt ontbreekt.

Ten tweede laten de twee vonnissen in de zaak *Spaansen Holding* zien dat discussie mogelijk is over de keuze tussen de partiële en de algehele nietigheid van een steunverlenende overeenkomst. Aan de ene kant staat, ook volgens de rechtbank, vast dat de ongedaanmaking 'op de minst bezwarende wijze' dient te geschieden en dat de Hoge Raad in het arrest in de zaak *P1* heeft verduidelijkt dat de partiële nietigheid van een overeenkomst voor de terugvordering kan volstaan.[238] Daar staat tegenover dat Spaansen, de begunstigde, een voorkeur heeft uitgesproken voor de algehele nietigheid van de koopovereenkomst, mocht deze althans staatssteun inhouden. In dat geval zou de gemeente ofwel moeten besluiten om Spaansen te onteigenen, of anders het gekochte terrein in de oorspronkelijke staat terug leveren.[239]

Als de begunstigde van onrechtmatige staatssteun de algehele nietigheid van een overeenkomst verkiest boven de partiële nietigheid, en gesteld dat op beide manieren de ongedaanmaking van de mededingingsvervalsing kan worden bewerkstelligd,[240] roept dit de vraag op welk dictum – partiële of algehele nietigheid – het juiste is. Aangenomen dat terugvordering moet plaatsvinden op de *voor de begunstigde* minst bezwarende wijze, valt er veel voor te zeggen dat met de wensen van de begunstigde waar mogelijk rekening

235 Weinig overtuigd: T. Barkhuysen en A.A. al Khatib, 'Noot bij Rb Noord-Nederland (2015-12-16)(Staatssteun, bedrijfsverplaatsing, partiële nietigheid)', *JG* 2016, 1, aant. 6.

236 Rb Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815 (*Spaansen Holding*), r.o. 2.11.

237 Rb Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815 (*Spaansen Holding*), r.o. 2.8.

238 Idem, r.o. 2.6; Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*), r.o. 5.39; HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*), r.o. 4.6.2.

239 Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*), r.o. 3.3.

240 H.J. Bos, 'Annotatie bij Rb Noord-Nederland (2015-07-01)(Onrechtmatige staatssteun, onteigening …)', *JBO* 2015, 238, lijkt aan te nemen dat dit ook daadwerkelijk het geval is.

moet worden gehouden. Gelet op de tekst van de artikelen 3:40 en 3:41 BW zou dit van de rechter echter wel enige creativiteit vragen.

In het geval van Spaansen blijkt dit alles echter niet aan de orde. De rechtbank heeft namelijk geoordeeld dat de algehele nietigheid van de koopovereenkomst in dit geval aanzienlijk complexer en bezwarender is dan de partiële nietigheid. Ten aanzien van de verkochte grond zijn namelijk al feitelijke handelingen verricht en afspraken gemaakt. Daarnaast blijkt twijfel te bestaan over de mogelijkheid van Spaansen om het volledige op basis van de koopovereenkomst ontvangen bedrag (de getaxeerde waarde van de grond en het niet-marktconforme steunbedrag) terug te betalen.[241] Los van de vraag of de partiële nietigheid in dit geval voor Spaansen minder bezwarend is, blijkt de rechtbank Noord-Nederland dus niet bereid om de algehele nietigheid van een steunverlenende overeenkomst aan te nemen wanneer hiermee het risico ontstaat dat de mededingingsvervalsing in strijd met het Unierecht niet volledig kan worden geremedieerd.

De derde belangrijke opmerking op basis van deze uitspraak is dat de rechtbank zich volgens de gemeente Harlingen helemaal niet over de problematiek van (gehele of gedeeltelijke) nietigheid had hoeven buigen. De gemeente verdedigde het standpunt dat de koopovereenkomst en de levering niet nietig te hoeven worden verklaard, maar dat 'gewoon' kan 'worden volstaan met het gelasten tot terugbetaling van de onrechtmatig verleende staatssteun, vermeerderd met de daarover berekende wettelijke rente'.[242] De enkele terugbetaling van onrechtmatig verleende steun zonder dat de overeenkomst zelf, in dit geval via de rechtsfiguur van de (partiële) nietigheid, op enige manier wordt aangetast, acht de rechtbank echter niet mogelijk. Anders dan de Afdeling in de zaak *Zorg en Zekerheid* ziet de rechtbank namelijk geen mogelijkheid om in de Unieverdragen een grondslag of titel voor terugvordering in te lezen.[243] Daarmee sluit zij aan bij het hierboven besproken oordeel van de rechtbank Rotterdam in de zaak *BPM*.[244] Er blijft zodoende een vertaalslag naar het Nederlands vermogensrecht nodig, die in dit geval wordt gevonden in de nietigheidssanctie van artikel 3:40 BW in combinatie met het leerstuk van onverschuldigde betaling.

Het laatste woord is over deze onderwerpen nog niet gezegd. De rechtbank Noord-Nederland heeft in de zaak *Spaansen Holding* in ieder geval expliciet rekening gehouden met de mogelijkheid dat de gevolgen van de vermeende staatssteun voor de koopovereenkomst nog in hoger beroep aan de orde

---

241 Rb Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815 (*Spaansen Holding*), r.o. 2.7.

242 Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*), r.o. 3.1. De gemeente heeft later haar eis gewijzigd en terugbetaling van de door de Commissie berekende referentierente gevorderd. Zie daarover hierna § 7.4.1.6.

243 Zie over het oordeel van de Afdeling nader in dit hoofdstuk, § 7.3.1.2.

244 Zoals bevestigd in Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*), r.o. 4.25.

worden gesteld. Nu over enkele aspecten van de zaak, waaronder de partiële nietigheid van het koopprijsbeding, volgens de rechtbank nog geen communis opinio bestaat, heeft de rechtbank dan ook besloten om het vonnis in conventie niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.[245]

7.4.1.3 Kwantificeren van de terug te vorderen steun

Wanneer de terugvordering van onrechtmatig verleende steun wordt gelast, ligt het voor de hand dat moet worden vastgesteld hoe hoog het bedrag is dat moet worden terugbetaald. De kwantificering van de terug te betalen steun is nog maar in één uitspraak aan de orde gekomen, in de zaak *Spaansen Holding*.[246] De hoogte van het steunbedrag is in dat geval berekend op basis van het verschil tussen de tussen partijen overeengekomen koopprijs en de latere in opdracht van de gemeente uitgevoerde taxatie van de verkochte gronden. De rechtbank kon voor de berekening van de marktconforme prijs aansluiting zoeken bij stukken van de gemeente zelf, een brief van een projectontwikkelaar en diverse taxaties. Daarbij is uiteindelijk aangesloten bij de taxatie die in opdracht van de gemeente was uitgevoerd. Reden daarvoor was dat de op verzoek van Spaansen uitgevoerde taxatie volgens de rechtbank ten onrechte geen rekening hield met de saneringskosten in verband met woningbouw. Twee andere taxatierapporten zijn daarnaast buiten beschouwing gebleven omdat zij niet zijn uitgegaan van de waarde van het terrein tegen de datum van de totstandkoming van de koopovereenkomst.

7.4.1.4 Terugvorderingsproblematiek bij meerdere (potentiële) begunstigden

Eerder in dit hoofdstuk is bij de bespreking van de zaak *Residex* aangegeven dat deze zaak extra complex is omdat daarin sprake is van een driehoeksrelatie. Ter herinnering: het Gemeentelijk havenbedrijf (GHR) heeft met kredietverstrekker Residex een garantieovereenkomst gesloten ten behoeve van een door Residex verstrekte lening aan de onderneming Aerospace, die zonder een dergelijke garantstelling de lening waarschijnlijk niet had kunnen krijgen. Tussen GHR en Residex bestaat zodoende een contractuele relatie, maar tussen GHR en Aerospace niet. Als wordt aangenomen dat Aerospace met deze constructie de begunstigde is van onrechtmatige staatssteun, dan is voor de terugvordering van de steun de nodige creativiteit vereist. De rechtbank 's-Gravenhage zag hier oorspronkelijk weinig problemen, want zoals A-G Keus opmerkt achtte zij niet van belang of de begunstiging de kredietnemer dan

245 Rb Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815 (*Spaansen Holding*), r.o. 2.13.

246 Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*).

wel de kredietgever ten goede komt.[247] Sinds de *Residex*-uitspraak van het Hof van Justitie is echter duidelijk dat moet worden onderzocht of de (partiële) nietigheid van de garantieovereenkomst kan leiden tot de ongedaanmaking van de mededingingsvervalsing door middel van de terugvordering van de steun. Hoe de burgerlijke rechter dat precies wil doen is nog niet duidelijk; de Hoge Raad heeft de zaak voor de feitelijke behandeling verwezen naar het hof Amsterdam.[248]

> Afhankelijk van het partijdebat kan het hof verschillende mogelijke benaderingen kiezen. A-G Keus heeft in zijn conclusie de mogelijkheid opgeworpen dat de tussen GHR en Residex gesloten garantieovereenkomst in stand wordt gelaten. Wordt GHR dan aangesproken op de uitbetaling van het gegarandeerde bedrag, dan verkrijgt zij op grond van artikel 7:866 lid 1 BW namelijk een rechtstreeks regresrecht op steunontvanger Aerospace.[249] Te denken valt ook aan het uitspreken van de nietigheid van de tussen Residex en Aerospace gesloten leningsovereenkomst[250] – waarbij het voor de gevolgen daarvan voor Aerospace zal uitmaken of die onderneming in de procedure betrokken is. Met de vernietiging van de leningsovereenkomst zal in beginsel het geleende bedrag moeten worden terugbetaald en bestaat geen grond meer om GHR op de betaling van het gegarandeerde bedrag aan te spreken. Daarbij zou de vraag nog kunnen worden gesteld of een eventueel beroep van de overheid op de nietigheid van een tussen twee private partijen gesloten overeenkomst moet worden geacht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te zijn. Die mogelijkheid is door het hof 's-Gravenhage immers opengelaten, hoewel daarvan geen sprake was in de situatie dat de nietigheid van de met de overheid gesloten garantieovereenkomst aan de orde was.[251]

In de (hierna nog verder te bespreken) zaak *KG Holding* lijkt een vergelijkbare problematiek te zijn opgelost via een Unierechtconforme interpretatie van de rechtsfiguur ongerechtvaardigde verrijking.[252] In deze zaak heeft de Staat aan KG Holding een lening verstrekt, die vervolgens naar dochteronderneming Kliq Reïntegratie is gevloeid. Ook hier geldt dat, zoals de rechtbank Rotterdam vaststelt, een rechtstreekse contractuele band tussen de Staat en Kliq Reïntegra-

---

247 Conclusie van A-G Keus 12 oktober 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BY0539 (*Residex 2*), ov. 2.9. Dit lijkt al erg veel op hoofdelijke aansprakelijkheid, die in ieder geval door de rechtbank Rotterdam is verworpen in Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*), r.o. 4.26.

248 HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex 2*), r.o. 4.

249 Conclusie van A-G Keus 12 februari 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BL4082 (*Residex*), ov. 2.36.

250 Vgl. Van Midden en Nieuwland 2014b, p. 148. Anders: Montijn en Saanen 2012, p. 130, die menen dat bij gebrek aan staatsmiddelen de leningsovereenkomst zelf niet als strijdig met art. 108 lid 3 VWEU kan worden gezien. Zeker wanneer vaststaat dat zonder garantie (de overheidsmiddelen) de lening niet zou zijn verstrekt, lijkt dit me echter zeker niet evident.

251 Zie hierboven § 7.4.1.2.

252 Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*), r.o. 4.16 e.v. Zie over de keuze van de ongerechtvaardigde verrijking als rechtsgrondslag hierna § 7.4.1.5.

tie ontbreekt. Wel was op voorhand duidelijk dat het de bedoeling was dat de door KG Holding ontvangen gelden naar Kliq Reïntegratie zouden worden doorgesluisd. Mede in dat licht acht de rechtbank het niet problematisch om op grond van artikel 6:212 BW de terugvordering van de steun bij Kliq Reïntegratie (en waar nodig ook bij KG Holding) te faciliteren. Ondanks het ontbreken van een rechtstreekse rechtsverhouding ziet de rechtbank namelijk ruimte om het begrip 'verrijking' zo te interpreteren dat het, Unierechtconform, samenvalt met het begrip begunstiging zoals dat in het staatssteunrecht wordt bedoeld.[253]

In het soort driehoeksrelaties als hier besproken kan het lastig zijn om vast te stellen wie de begunstigde(n) van een steunmaatregel is of zijn. Inmiddels staat wel vast dat de rechter zich ook hierover moet buigen.[254] In de zaak *Residex* is die taak toegevallen aan het hof Amsterdam. Een uitspraak hierover is bij afsluiting van het onderzoek nog niet gepubliceerd. Ook in de zaak *KG Holding* blijkt de vraag relevant. Vast staat weliswaar dat de aan KG Holding verstrekte lening naar Kliq Reïntegratie is doorgevloeid. 'Daarmee', aldus de rechtbank, 'is echter nog niet vastgesteld dat alleen Kliq Reïntegratie als begunstigde in vorenbedoelde zin is aan te merken.'[255] Ook kostenbesparing of het tijdelijk ter beschikking hebben van het geld kan per slot van rekening een voordeel opleveren. Om vast te stellen wie als begunstigde is of zijn aan te merken acht de rechtbank meer informatie en misschien ook bewijslevering nodig. Op een latere zitting moet dus nog worden besproken wanneer, hoe, door wie en waarom de betrokken gelden precies zijn besteed, of sprake is (of had kunnen zijn) van winst, al dan niet als gevolg van een kostenbesparing, en of bijvoorbeeld dividend is betaald.[256]

Als wordt vastgesteld dat verstrekte steun bij meerdere begunstigden moet worden teruggevorderd, dan kan dit de rechter overigens voor ingewikkelde vragen stellen wanneer aan de terugvordering de (partiële) nietigheid van een overeenkomst ten grondslag is gelegd. A-G Keus heeft in dat kader in de zaak *Residex* opgemerkt

> 'dat de benadering van het HvJ EU tot welhaast onontwarbare problemen leidt, als van een "dubbele" begunstiging sprake is en (al dan niet partiële) nietigheid

253 Idem, r.o. 4.21.

254 HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex 2*), r.o. 3.4.3; HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*), r.o. 42. Zie ook de conclusie van A-G Kokott bij HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*), ov. 69 e.v. Vgl. Ligteringen 2011; Van der Velden 2015, p. 54.

255 Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*), r.o. 4.22.

256 In dit geval is een dergelijke gezamenlijke bespreking mogelijk omdat de vier renvooiprocedures waarin de Staat procedeert tegen (de curatoren) van KG Holding, Kliq en Kliq Reïntegratie en (de curator van) KG Holding tegen Kliq Re-integratie zijn gevoegd.

met betrekking tot de ene begunstiging een effectieve en proportionele voorziening is, maar met betrekking tot de andere begunstiging juist niet'.[257]

Hoe de Nederlandse rechter met deze problematiek zal omgaan, is nog niet duidelijk.[258]

7.4.1.5 *Terugvordering van* rechtmatige *steun na het faillissement van de steunontvanger*

In de bespreking hierboven is tot nu toe uitgegaan van de situatie waarin onrechtmatige staatssteun (zo goed mogelijk) wordt teruggevorderd over de band van de onverschuldigde betaling. Deze benadering is niet voor alle situaties geschikt waarin staatssteun moet worden teruggevorderd. Dit blijkt uit de zaak *KG Holding* van de rechtbank Rotterdam.[259] In deze zaak heeft de Commissie de door de Nederlandse Staat verleende en in een leenovereenkomst neergelegde zogenaamde reddingssteun van € 35,75 miljoen goedgekeurd. Nu de betrokken ondernemingen echter inmiddels zijn gefailleerd, heeft de Commissie aan deze goedkeuring onder meer de voorwaarde verbonden dat Nederland de door middel van de lening verstrekte reddingssteun als vordering in de faillissementsprocedure bij de curator registreert.[260] Gevolg hiervan is dat Nederland in wezen op grond van de goedkeuring van de Commissie verplicht is om de verleende steun terug te vorderen, en de terugvorderingsplicht dus niet ontstaat uit een schending van artikel 108 lid 3 VWEU.[261] Dat is belangrijk, want zonder strijd met een dwingende wetsbepaling zoals de opschortingsplicht ligt de nietigheid van de steunverlenende handeling op grond van artikel 3:40 BW niet voor de hand. Dat betekent op zijn beurt dat de verplichte terugvordering in beginsel niet via de onverschuldigde betaling kan plaatsvinden.[262]

Hoe dan wel? In de zaak *KG Holding* blijkt de rechtbank Rotterdam de benodigde terugvorderingsgrondslag te zoeken in het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW). Helemaal vanzelfsprekend is die

---

257 Conclusie van A-G Keus 12 oktober 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BY0539 (*Residex 2*), ov. 2.13.

258 Minder ingewikkeld ligt het wanneer 'enkel' aan de orde is of de overheid ook aansprakelijk is voor door een justitiabele geleden schade in het geval het verstrekte voordeel heeft doorgewerkt in de tarieven van een derde. Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*), r.o. 4.30-1.

259 Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*). Ook: Rb Rotterdam 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR6507 (*KLIQ Reïntegratie*).

260 Mededeling van de Commissie van 1 oktober 2004, Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden, *PbEU* 2004, *C* 244/2. Inmiddels vervangen door: Mededeling van de Commissie van 31 juli 2014, Richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan niet-financiële ondernemingen in moeilijkheden, *PbEU* 2014, *C* 249/1.

261 Zo ook Van Midden en Nieuwland 2014a, p. 233.

262 Van Midden en Nieuwland 2014a, p. 236.

keuze niet, want het is nog maar de vraag of de verrijking als gevolg van de leningsovereenkomst inderdaad *ongerechtvaardigd* is. De rechtbank oordeelt dat dit wel het geval is – en bereikt daarmee dat de door de Commissie verplichte terugvordering in principe kan plaatsvinden.[263] Toch moet worden gezegd dat voor dit oordeel een behoorlijk Unierechtconforme uitleg nodig is, nu de verrijking in beginsel wordt gedekt door de leningsovereenkomst, die zoals gezegd gewoon nog geldig is.[264]

> De rechtbank oordeelt dat de rechtvaardiging is weggevallen met het oordeel van de Commissie dat de steun onverenigbaar met de interne markt is. Erg overtuigend is dat echter niet, want uit het (toegegeven: verwarrende) Commissiebesluit blijkt dat de steun *in de vorm van herstructureringssteun* weliswaar onverenigbaar is, maar dat de lening als reddingssteun blijft gelden en onder voorwaarden kan worden goedgekeurd.[265] Als dit niet het geval was geweest, was mogelijk zelfs weer de nietigheid in de zin van artikel 3:40 BW in beeld gekomen.

De uitspraak van de rechtbank Rotterdam illustreert zodoende dat de terugvordering van staatssteun ook buiten de context van de uitgebreid besproken nietigheidssanctie van de burgerlijke rechter de nodige creativiteit en soepelheid kan vragen – en belangrijker nog: dat deze rechter binnen bepaalde grenzen ook bereid is om aan deze vraag te beantwoorden.

Een laatste opmerking verdient dat bij de terugvordering van steun bij een gefailleerde onderneming bijzondere faillissementsrechtelijke vraagstukken aan bod kunnen komen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de vraag of de steunverlenende overheid als preferente schuldeiser moet gelden, of dat een concurrente vordering kan volstaan.[266] In de zaak *KG Holding* was aan de orde of het gesteld onzorgvuldige optreden van de Staat kon worden gesanctioneerd door middel van de achterstelling van zijn vordering. Hoewel dit binnen de

---

263 Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*), r.o. 4.20. Een einduitspraak is bij afronding van dit onderzoek nog niet gepubliceerd.

264 Van Midden en Nieuwland 2014a, p. 237-8. Een Unierechtconforme uitleg zou kunnen inhouden dat de leenovereenkomst zo wordt geïnterpreteerd dat deze (al) vanaf het besluit van de Commissie tot terugbetaling van de lening verplicht. Op die manier en vanaf dat moment kan de leenovereenkomst de verrijking niet meer rechtvaardigen en is op de voet van art. 6:212 BW terugvordering mogelijk. Van Midden en Nieuwland merken overigens op dat voor de vereiste terugvordering waarschijnlijk ook de in de leenovereenkomst opgenomen terugbetalingsverplichting had kunnen worden ingeroepen. Ook deze ogenschijnlijk eenvoudige route kent echter duidelijk de nodige haken en ogen. Van Midden en Nieuwland 2014a, p. 236-7.

265 Zie de weergave in Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*), r.o. 2.18. Vgl. GvEA EU 1 juli 2009, nrs. T-81/07, T-82/07 en T-83/07 (*Jan Rudolf Maas e.a./Commissie*), r.o. 151.

266 Vgl. Bekendmaking van de Commissie van 15 november 2007, Naar een doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen van de Commissie waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen, *PbEU* 2007, *C* 272/4, afdeling 3.2.4.

context van het faillissementsrecht zeker mogelijk is, blijkt het voor de rechtbank Rotterdam van belang of de erkenning als achtergestelde vordering in Europeesrechtelijke zin toelaatbaar is, nu dit aan de volledige terugvordering van de steun in de weg kan staan. Een inhoudelijke knoop wordt op dit punt overigens niet doorgehakt; de rechtbank wenst de kwestie ter zitting met partijen te bespreken en overweegt daarnaast een vraag voor te leggen aan de Europese Commissie.[267] Toch verdient het opmerking dat de rechtbank zich ook op dit punt bewust toont van zijn Unierechtelijke rol, die van hem kan verlangen dat hij een andere benadering kiest dan wanneer een zuiver nationaalrechtelijke kwestie aan de orde zou zijn.

7.4.1.6 Terugvordering van over het steunbedrag genoten rente

Waar de terugvordering van (onrechtmatige) steun de Nederlandse burgerlijke rechter voor de nodige uitdagingen kan stellen, geldt dit des te meer voor de terugvordering van de over deze steun genoten rente. De terugvordering van rente blijkt niet alleen in het bestuursrecht tot problemen te leiden.[268] Ook de rechtbank Rotterdam heeft aan deze terugvordering in de zaak *Fleuren Compost* duidelijke grenzen gesteld.[269] Hoewel het burgerlijk recht als zodanig namelijk wel de mogelijkheid biedt om betaling van rente te vorderen, geldt op grond van artikel 6:120 BW een lagere rentevoet dan door de Commissie wordt voorgeschreven. Daarnaast kan pas rente worden gevorderd vanaf het moment dat de schuldenaar in gebreke is gesteld en dus niet over de gehele periode waarin deze beschikking over de steun heeft gehad (artikel 6:119 BW jo. 6:205 BW).[270] Deze in het Nederlands recht besloten liggende grenzen kunnen volgens de rechtbank Rotterdam niet worden overschreden.[271] Ondanks de – door de rechtbank expliciet onderkende – plicht tot Unierechtconforme interpretatie zou de terugvordering van de volledige door de Commissie bedoelde referentierente namelijk een *contra legem* toepassing van het Neder-

267 Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*), r.o. 4.24.

268 Zie eerder in dit hoofdstuk § 7.3.1.4.

269 Rb Rotterdam 4 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270 (*Fleuren Compost*). Door dezelfde rechtbank in een ander geschil in 2013 bevestigd: Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*), r.o. 4.25.

270 Anders: Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*), r.o. 5.24.

271 Er zou m.i. best nog kunnen worden gevraagd of (een Unierechtconforme interpretatie van) art. 6:83 sub b BW uitkomst zou kunnen bieden, wanneer zou worden aangenomen dat de verbintenis tot terugbetaling voortvloeit uit onrechtmatige daad. In dat geval zou ook vóór de ingebrekestelling rente kunnen worden berekend. Wel veronderstelt een dergelijke benadering op zijn minst dat wordt aangenomen dat het *ontvangen* van staatssteun in strijd met art. 108 lid 3 VWEU een onrechtmatige daad oplevert. Dat staat zeker nog niet vast, zie hierna § 7.4.7.2.

lands recht eisen. Een dergelijke toepassing is naar Nederlands recht niet mogelijk.[272]

Over de vraag of deze benadering in lijn is met het Europeesrechtelijke doelmatigheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel hoeft weinig discussie te bestaan. Een terugvorderingsbesluit van de Commissie moet onverwijld en daadwerkelijk ten uitvoer worden gelegd. Nu het onmogelijk blijkt om de volledige rente terug te vorderen, is aan deze eis niet voldaan. In dat opzicht wekt het overigens verbazing dat tegen deze uitspraak geen hoger beroep is ingesteld. Blijkbaar achtte ook de Nederlandse Staat de kans klein dat de burgerlijke rechter, bijvoorbeeld door middel van richtlijnconforme interpretatie, in hoger beroep alsnog een mogelijkheid zou zien om de terugvordering van rente te bewerkstelligen. Vanuit het Ministerie van Justitie is in 2008 dan ook het voorstel gedaan om onder meer voor de terugvordering van rente een aparte grondslag in het BW te creëren. Tot een wetswijziging heeft dit voorlopig nog niet geleid.[273]

Een interessante vraag is in hoeverre de burgerlijke rechter inmiddels mogelijk toch aanleiding ziet om tot een ander oordeel te komen. De Afdeling is na de *BPM*-uitspraak immers ook 'omgegaan', door te oordelen dat artikel 108 lid 3 VWEU onder omstandigheden als grondslag kan dienen voor de terugvordering van in ieder geval het onrechtmatig ontvangen steunbedrag zelf.[274] Ook de rechtbank Noord-Nederland lijkt, in de na de bestudeerde periode gewezen uitspraak in de zaak *Spaansen*, een radicaal andere koers te hebben ingezet – en dit keer ten aanzien van de terugvordering van rente. In niet meer dan twee zinnen beslist de rechtbank namelijk dat steunontvanger Spaansen rente moet terug betalen die moet worden berekend vanaf het moment van steunverlening en conform de rentevoet zoals bedoeld in Verordening 794/2004.[275]

De potentiële implicatie hiervan is enorm, want de in de zaak *Fleuren Compost* geldende beperkingen op grond van de artikelen 6:119 en 6:120 BW zouden hiermee verleden tijd kunnen zijn. Die conclusie is echter voorbarig. Zo principieel is het oordeel van de rechtbank in de zaak *Spaansen* namelijk niet. Niet alleen heeft de rechtbank de veroordeling tot de betaling van rente enkel gemotiveerd met de overweging dat Spaansen tegen de betrokken vordering geen zelfstandig verweer heeft gevoerd.[276] Het oordeel van de rechtbank weerspreekt daarnaast klaarblijkelijk haar eerdere overweging dat uit het Nederlandse recht noch uit het Unierecht een zelfstandige titel of grondslag valt af te leiden voor de terugvordering van onrechtmatige steun.

272 Rb Rotterdam 4 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270 (*Fleuren Compost*), r.o. 5.14.
273 Zie hierover, en over het nieuwe wetsvoorstel uit 2016, nader in hoofdstuk 8.
274 Zie hierboven § 7.3.1.2.
275 Commissieverordening 794/2004 (uitvoering Procedureverordening).
276 Rb Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815 (*Spaansen Holding*), r.o. 2.12.

Het valt daarom sterk te betwijfelen of de rechtbank heeft bedoeld aan te geven dat voor de terugvordering van referentierente wél een grondslag kan worden gevonden in het ongeschreven recht dan wel Verordening 794/2004.

7.4.2 Het voorkomen van steun door de overheid

> De gemeente Winsum en projectontwikkelaar Montagne II sluiten een intentieovereenkomst over de grondexploitatie van de zogenaamde Sennemalocatie. Daarin is onder meer overeengekomen dat Montagne II deze locatie tegen een bepaalde prijs zal kopen. Bij nader inzien laat de gemeente onderzoeken of de overeengekomen prijs marktconform is. Zij komt tot de conclusie dat dit niet het geval is en laat Montagne II weten dat de gesloten overeenkomst geen doorgang kan vinden. Zij is eventueel wel bereid om de grond te verkopen voor een prijs die ongeveer €2,5 miljoen hoger ligt dan het eerder afgesproken bedrag.[277]

De overheid kan in een civiele rechtsverhouding ook proberen te voorkomen dat zij onrechtmatige staatssteun zal uitkeren.[278] Het zojuist beschreven voorbeeld, een zaak in kort geding, geeft mooi aan hoe een dergelijk geschil doorgaans voor de burgerlijke rechter komt. De overheid voert met een beroep op het staatssteunrecht verweer tegen een vordering van de vermeende begunstigde, bijvoorbeeld tot het betalen van schadevergoeding, tot nakoming of tot dooronderhandelen.[279] Het verweer van de overheid komt er dan (deels) op neer dat toewijzing van deze vorderingen zou leiden tot het verstrekken van onrechtmatige staatssteun, hetgeen voorkomen moet worden. De overheid kan verder gaan door een vordering in reconventie in te dienen, bijvoorbeeld tot de verklaring voor recht dat de overeenkomst is ontbonden[280] of, wanneer de overeenkomst al is gesloten, dat het overeengekomen bedrag niet (meer) aan de vermeende begunstigde is verschuldigd.[281] De insteek van de procedure voor de overheid is dus de afwijzing van de vordering van de vermeende

---

277 Hof Leeuwarden 15 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6167 (*Montagne II*); Vzr. Rb Groningen 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8221 (*Montagne II BV*).

278 Hiermee wordt bedoeld dat de steun nog niet is verleend (dat wil zeggen dat het recht op uitkering nog niet is ontstaan). Het is ook mogelijk dat onrechtmatige staatssteun al wel is verleend maar nog niet is uitgekeerd. In dat geval kan de hierboven in § 7.4.1.2 besproken rechtsfiguur nietigheid uitkomst bieden. Een mooi voorbeeld daarvoor is de zaak Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*), waarin een deel van de vermeende steun al was uitgekeerd en de vermeende steunontvanger aanspraak wilde doen op uitkering van het resterende bedrag.

279 Vzr. Rb Groningen 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8221 (*Montagne II*); Rb Haarlem 2 mei 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY6465 (*Distriport*); Hof 's-Gravenhage 20 december 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU9031 (*Electrabel Nederland*). Zippro 2009, p. 3 heeft het dan binnen de context van het 'reguliere' mededingingsrecht over het 'schild van nietigheid' en bestempelt dit als de 'defensieve privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht'.

280 Rb Haarlem 2 mei 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY6465 (*Distriport*).

281 Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*).

begunstigde. Zowel in bodemprocedures als in kort geding schrikt de burgerlijke rechter er niet voor terug om zulke vorderingen af te wijzen wanneer de overheid met succes heeft aangevoerd dat toewijzing daarvan zou leiden tot het verlenen van onrechtmatige staatssteun, waarmee uitkering van de vermeende steun achterwege blijft.[282]

Evenmin ziet de burgerlijke rechter blijkens zijn jurisprudentie een belemmering om de vorderingen van vermeende begunstigden toe te wijzen wanneer het beroep van de overheid op het staatssteunrecht onvoldoende overtuigt. Wanneer de rechter de vordering van de vermeende begunstigde toewijst, dan bestaat het risico dat hij de overheid tot het uitkeren van staatssteun veroordeelt. Zo is de gemeente Winsum in het hoger beroep in de zojuist beschreven zaak *Montagne II* op straffe van een dwangsom veroordeeld tot het onverkort nakomen van de verplichtingen uit de gesloten overeenkomst en tot het meewerken aan de levering van de daarin bedoelde percelen grond.[283] Een dergelijke verplichting kan tot gevolg hebben dat de overheid ter uitvoering van de rechterlijke uitspraak een overeenkomst sluit of een andere handeling verricht die mogelijk toch onrechtmatige staatssteun inhoudt. Dat was het geval in de zaak *Zeeland Seaports*.[284] In deze zaak heeft de rechtbank Middelburg overheidsorgaan Zeeland Seaports op last van een dwangsom veroordeeld tot het staken van een ingezette aanbestedingsprocedure en het te goeder trouw dooronderhandelen met de eisende partij in die procedure. Drie jaar later heeft Zeeland Seaports in een nieuwe procedure verzocht om een voorlopig deskundigenonderzoek om te kunnen vaststellen of bij de op die manier alsnog gesloten overeenkomst niet toch staatssteun is verleend.[285]

Het geschil in de zaak *Zeeland Seaports* laat zien dat rechterlijk optreden in gevallen waarin de overheid volgens de rechter ten onrechte meent het verlenen van onrechtmatige staatssteun te voorkomen, de nodige risico's met zich brengt. Dit is op basis van de bestuursrechtelijke jurisprudentie ook al eerder in dit hoofdstuk geconstateerd. Daar staat tegenover dat een overheidsorgaan bij een veroordeling tot dooronderhandelen (zoals in de hierboven genoemde zaak *Zeeland Seaports*) zelf stappen kan ondernemen om te voorkomen dat dit gebeurt. Hiermee heeft de overheid meer ruimte om een staatssteunconforme oplossing te vinden dan in het geval dat zij wordt veroordeeld

282 In de helft van de bestudeerde zaken wordt de vordering van de vermeende begunstigde, al dan niet vanwege een geslaagd beroep van de overheid op de standstillbepaling, afgewezen. Rb Haarlem 2 mei 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY6465 (*Bedrijventerrein Distriport*); Hof 's-Gravenhage 20 december 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU9031 (*Electrabel Nederland*). In kort geding: Vzr. Rb Groningen 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8211 (*Montagne II*); Vzr. Rb Rotterdam 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB1401 (*Belangenvereniging ID Rotterdam*).

283 Hof Leeuwarden 15 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6167 (*Montagne II*). Zie ook Rb 's-Gravenhage 28 april 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM2864 (*Electrabel Nederland*).

284 Vzr. Rb Middelburg 7 november 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:BA2471 (*Zeeland Seaports*).

285 Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*). Zie uitgebreid in hoofdstuk 4, § 4.6.3.

tot het onverkort nakomen van al in een overeenkomst vastgelegde verplichtingen (zoals in de zaak *Montagne II*) of het bestuursrechtelijke geval dat zelf in de zaak voorziend een subsidie wordt toegekend. Net als in het bestuursrecht geldt dus dat de burgerlijke rechter, wanneer van een (op handen zijnde) schending van de opschortingsplicht niet is gebleken, bereid is om aan de begunstigde van de gestelde steun de nodige rechtsbescherming te verlenen. Ook hier geldt dat het Unierecht volgens mij niet zo ver gaat dat de rechter omwille van de mogelijkheid dat de rechter het bestaan van staatssteun ten onrechte heeft uitgesloten, rechtzoekenden die bescherming moet onthouden.[286] Dat geldt zeker wanneer de in het ongelijk gestelde overheid de mogelijkheid houdt om een staatssteunconforme oplossing te vinden, hoewel dit in de bestudeerde jurisprudentie geen doorslaggevende overweging lijkt te zijn.

7.4.3 Vorderingen van derden: terugvordering van steun

De zich op het staatssteunrecht beroepende overheid in een burgerlijk geschil staat doorgaans in een rechtstreekse rechtsverhouding met de vermeende begunstigde, bijvoorbeeld doordat zij een (intentie)overeenkomst hebben gesloten of zullen sluiten. Dat is niet het geval voor de zich op het staatssteunrecht beroepende derde. Deze probeert juist invloed uit te oefenen op de tussen de overheid en de vermeende begunstigde bestaande rechtsverhouding. Hoe gaat de burgerlijke rechter dan om met zijn rol om aan schendingen van de standstillbepaling de nodige gevolgen te verbinden en eventueel al verleende steun terug te vorderen?

7.4.3.1 Toepassing van nietigheid en partiële nietigheid

Uit de bespreking van manieren waarop de overheid de terugvordering van onrechtmatige steun kan bewerkstelligen is duidelijk geworden dat de nietigheid van een overeenkomst een geschikte manier kan zijn om de terugvordering van staatssteun te bewerkstelligen. Ook derde partijen vorderen daarom met enige regelmaat dat de rechter voor recht verklaart dat een bepaalde overeenkomst vanwege strijd met het staatssteunrecht nietig is, zodat de rechtsgrond voor betaling met terugwerkende kracht komt te vervallen.[287]

---

286 Zie in dit hoofdstuk § 7.3.2.

287 Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*), r.o. 3.1; Rb 's-Gravenhage 16 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6720 (*Parkeer Management Nederland*); Rb Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:BU3569 (*P1 Holding*); Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2302 (*EWF*). Een toename van beroepen op de nietigheid van vermeende steunmaatregelen viel naar aanleiding van de zaak *Residex* ook wel te verwachten. Van Midden en Nieuwland 2014a, p. 232.

De nietigheid van een overeenkomst kan, als nog niet is uitbetaald, ook een geschikte manier zijn om de (verdere) verlening van staatssteun te voorkomen.

In § 7.4.1.2 hierboven is de toepassing van de rechtsfiguren algehele en partiële nietigheid in de jurisprudentie van de Nederlandse burgerlijke rechter al uitgebreid aan de orde gekomen. Op dit punt passen nog wel een paar opmerkingen die specifiek relevant zijn in het geval een *derde* zich beroept op de tussen een overheid en een vermeende begunstigde gesloten overeenkomst. Ten eerste staat sinds het arrest van de Hoge Raad in de zaak *P1* onomstotelijk vast dat ook een derde die bij een steunverlenende overeenkomst geen partij is, zich op de nietigheid daarvan mag beroepen.[288] Dit is vanuit het perspectief van de private handhaving van het staatssteunrecht zeker terecht. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming eist immers dat degene die aan het Unierecht rechten kan ontlenen, deze rechten ook daadwerkelijk voor de nationale rechter moet kunnen inroepen en daaraan bescherming moet kunnen ontlenen.[289] Met dit oordeel heeft de Hoge Raad tegelijkertijd een streep gezet door de in sommige lagere rechtspraak heersende en onjuiste gedachte dat de nationale rechter in staatssteunzaken zelfs in de bodemprocedure geen vorderingen mag toewijzen die een definitief oordeel impliceren.[290]

Belangrijk is ook dat de burgerlijke rechter, in een mooie parallel met de bestuursrechter,[291] niet bereid blijkt om aan een schending van de standstillbepaling consequenties te verbinden die niet leiden tot het herstel van de mededingingssituatie vóór de steun. De Hoge Raad heeft in de zaak *P1* geoordeeld dat de nationale rechterlijke instanties er in geval van een schending van de opschortingsplicht voor moeten zorgen

> 'dat maatregelen worden getroffen die ertoe leiden of ertoe bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de uitkering van de desbetreffende staatssteun wordt hersteld, hetgeen betekent dat de rechter bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen kan overgaan tot nietigverklaring van de rechtshandeling waarbij de staatssteun is verleend.'[292]

Het is om die reden dat de Hoge Raad tot het oordeel komt

> 'dat een enkele verklaring voor recht dat (verdere) uitvoering van de overeenkomst in verband met staatssteun onrechtmatig is jegens P1 (dus zonder een daaraan

288 HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*). Van de Hel en Schreuder 2010, p. 38, achten deze mogelijkheid alleen naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Residex* alleen mogelijk voor de contracterende overheid. Anders: Hartkamp 2011, p. 336. vgl. N. van Nuland, 'Noot bij HR (2010-05-28) (Residex Capital IV CV vs. Gemeente Rotterdam)', *Bouwrecht* 2010, 133, aant. 18.

289 Zie in meer detail in hoofdstuk 2 § 2.6.1.5.

290 Zie nader in hoofdstuk 6 § 6.5.3.

291 Zie eerder in dit hoofdstuk § 7.3.4. Vgl. A.J. Metselaar en W. den Ouden, 'Noot bij HR (2013-01-18)(Staatssteun. Geen enkele verklaring voor recht…)', *AB* 2013, 108.

292 HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*), r.o. 4.6.2.

gekoppeld gebod of verbod dat strekt tot herstel van de mededingingssituatie als zojuist bedoeld) in dit verband niet kan worden aangemerkt als een passende maatregel die leidt tot een herstel van de mededingingssituatie van voor de uitkering van de desbetreffende staatssteun.'[293]

Er bestaat met andere woorden geen ruimte om ten aanzien van een schending van de standstillbepaling een verklaring voor recht te geven als daaraan verder geen geboden of verboden zijn gekoppeld.[294] Bij dit oordeel baseert de Hoge Raad zich op Europese rechtspraak, hoewel deze regel ook al voortvloeit uit het Nederlands burgerlijk recht.[295]

Hoe belangrijk dit uitgangspunt kan zijn voor de situatie waarin een derde zich op de staatssteunregels beroept, blijkt uit de uitspraak in de zaak *Accolade/Ludinga*.[296] In § 7.4.1.2 hierboven is al uiteengezet dat de rechtbank Noord-Nederland in deze zaak wel heel gemakkelijk heeft aangenomen dat een vermeend steunverlenende overeenkomst alleen ten aanzien van de koopprijs nietig kan zijn en voor het overige in stand kan blijven. Deze vrij ongenuanceerde benadering valt des te meer op nu dezelfde rechtbank niet lang daarna in de zaak *Spaansen Holding* de partijen juist uitgebreid gelegenheid heeft gegeven om een discussie te voeren over het in artikel 3:41 BW bedoelde onverbrekelijk verband. Het is onwaarschijnlijk dat de in het licht van artikel 3:41 BW moeilijk te verklaren uitspraak in de zaak *Accolade/Ludinga* is voortgekomen uit een wens aan de zijde van de rechtbank om de nuttige werking van de standstillbepaling te waarborgen.[297] Het oordeel van de rechtbank heeft er namelijk in dit geval alleen toe geleid dat de vorderingen van de eiseres, die gericht waren op aantasting van de eigendomsoverdracht van de verkochte gronden, zijn afgewezen. Nu het mogelijk bestaan van onrechtmatige staatssteun naar het oordeel van de rechtbank alleen de koopprijs en niet de daar tegenoverstaande eigendomsoverdracht zou aantasten, is in dit geval niet eens vastgesteld of inderdaad van staatssteun sprake was.

---

293 Idem.

294 In de praktijk wordt wel vaak een verklaring voor recht gevraagd dat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld (Rb Assen 30 mei 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW7185 (*Apotheek X*); Rb Middelburg 14 januari 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BH9867 (*Beursgebouw Vlissingen*); Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*); Hof 's-Gravenhage 5 juni 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6256 (*Orange Nederland*)) of dat sprake is van onrechtmatige staatssteun (Rb 's-Gravenhage 16 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6720 (*Parkeer Management Nederland*); Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*); Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*)), maar deze vordering gaat meestal gepaard met andere vorderingen zoals de veroordeling tot schadevergoeding, ontbinding of opschorting.

295 Zie hierover, met de nodige nuancering, hoofdstuk 4 § 4.6.1.2.

296 Rb Noord-Nederland 4 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2790 (*Accolade/Ludinga*).

297 Bijvoorbeeld via een Unierechtconforme uitleg van het begrip 'onverbrekelijk verband', zoals bepleit door Van den Brink 2015, onder 'Residex'.

Men zou al bijna de verdenking kunnen koesteren dat de rechter zich in dit geval niet met de mogelijke gevolgen van een schending van de standstillbepaling uiteen heeft willen zetten. Mocht dit het geval zijn, dan valt dit op zich te verklaren vanuit de insteek van de procedure door eiseres. Zij zette namelijk niet zozeer in op de ongedaanmaking van de vermeende mededingingsvervalsing door terugvordering van de gesteld verleende steun. In plaats daarvan leek haar belang vooral te liggen bij de mogelijkheid om terug te komen op een achteraf onaantrekkelijke afspraak met de vermeende steunontvanger. De op het eerste gezicht ongenuanceerde toepassing van de rechtsfiguur partiële nietigheid in deze zaak laat dus waarschijnlijk vooral iets zien over de onwil bij de burgerlijke rechter om aan een vermeende schending van de opschortingsplicht gevolgen te verbinden die niet neerkomen op of verder gaan dan het herstel van de mededingingssituatie. Hieruit volgt dan ook dat de gevolgen die de Nederlandse burgerlijke rechter bereid is om op grond van artikel 3:40 BW aan een schending van de standstillbepaling te verbinden, kan worden beïnvloed door het belang dat met de eventuele (partiële) nietigverklaring wordt beschermd. Hierop wordt hierna in § 7.4.6 nog verder ingegaan.

7.4.3.2 De vordering tot terugvordering

Hoewel de burgerlijke rechter op zich van een ruim scala van uitspraakmogelijkheden gebruik kan maken, valt het op dat slechts in een handvol zaken daadwerkelijk de 'terugvordering' van verleende en te verlenen steun wordt gevorderd.[298] Dit kan ermee te maken hebben dat de andere ingestelde vorderingen, waaronder met name de (partiële) nietigheid van een overeenkomst waarbij steun zou worden verleend, beter in het burgerlijk recht passen en al kunnen bijdragen aan de ongedaanmaking van de mededingingsvervalsing.

Het voordeel van de rechtsfiguur nietigheid in plaats van de vordering tot terugvordering is dat het concept 'terugvordering' een vormvrije vordering is waarmee rechters weinig ervaring hebben. Daarnaast bestaat ook in het burgerlijk recht de noodzaak om een grondslag voor terugvordering te vinden, en het is dan in het licht van de rechtszekerheid wenselijk om aan te sluiten bij de in het burgerlijk recht bestaande instrumenten zoals nietigheid, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking.[299] De terugvordering

298 Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*); Rb 's-Gravenhage 16 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6720 (*Parkeer Management Nederland*); Rb 's-Gravenhage 18 augustus 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BN4777 (*P1Holding*); Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*). In kort geding: Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:404 (*Metterwoon Holding*), r.o. 1.6 (… dan wel 'een andere in goede justitie te bepalen voorlopige voorziening'); Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*); Vzr. Rb 's-Gravenhage 8 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK8654 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*).

299 Van Midden en Nieuwland 2014a, p. 232-3. Vgl. de bespreking hierboven in § 7.4.1.2.

is niet in het Nederlandse rechtssysteem ingebed. Zelfs in het geval van *Fleuren Compost* was de figuur van de onverschuldigde betaling nodig.[300] Het mag op basis van het bovenstaande echter duidelijk zijn dat de in het Nederlands recht ingebedde nietigheidssanctie de vormvrije terugvordering niet volledig ondervangt.

Of de Nederlandse burgerlijke rechter zo nodig bereid is om de 'enkele' terugvorderingsvordering toe te wijzen, is nog niet duidelijk. Mocht dat wel zo zijn, dan kan uit de uitspraak in de zaak *Metterwoon* worden afgeleid dat degene die de terugvordering van onrechtmatige steun vordert, deze vordering op zijn minst nader moet concretiseren. Metterwoon c.s. vorderden onder meer een veroordeling van de Staat tot terugvordering van de door hem inmiddels verleende staatssteun. Los van de vraag of inderdaad sprake was van onrechtmatige staatssteun achtte het gerechtshof Den Haag deze vordering niet toewijsbaar, 'omdat geheel onduidelijk is wat de Staat zou moeten terugvorderen, hoeveel, en van wie.'[301] Het Haagse hof ziet met andere woorden weinig aanleiding om zelf nader onderzoek te (laten) doen naar de hoogte en de begunstigden van vermeend onrechtmatige staatssteun. Deze verantwoordelijkheid wordt, in ieder geval in eerste instantie, neergelegd bij degene die met zijn vordering hoopt bepaalde rechtsgevolgen in het leven te roepen.

7.4.4 Vorderingen van derden: voorkomen of stopzetten van steun

> Shanks is een onderneming die op grote schaal afval inzamelt en verwerkt. Die taak wil Shanks ook vervullen in Noord-Brabant, maar daar wordt het GFT-afval aangeboden aan Attero. Attero ontvangt daarvoor een vast bedrag per ton. Dat bedrag, aldus Shanks, is te hoog en leidt ertoe dat Attero onrechtmatige staatssteun ontvangt. Meest subsidiair (de primaire vorderingen gaan over het in deze procedure belangrijkere aanbestedingsgeschil) vordert Shanks de nietigverklaring van de met Attero gesloten overeenkomsten. Voor het geval deze vordering niet wordt toegewezen, heeft Shanks ook gevorderd dat de overheid wordt verboden verdere uitvoering te geven aan de overeenkomsten totdat de Europese Commissie op de hoogte is gebracht van de aan Attero verleende overheidssteun.[302]

Justitiabelen kunnen ook, net als de onderneming Shanks in dit voorbeeld, de uitkering van onrechtmatige steun aan een concurrent willen voorkomen. Soms wordt op het voorkomen van (verdere) steunverlening ingezet voor zover verdergaande vorderingen niet slagen, zoals ook blijkt uit het voorbeeld hierboven. Wanneer een derde een dergelijk gevolg wil afdwingen, moet hij actiever optreden dan de overheid die onrechtmatige steun wil voorkomen.

---

300 Rb Rotterdam 4 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270 (*Fleuren Compost*). Ook: Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*).

301 Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:404 (*Metterwoon Holding*), r.o. 3.11.

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

Hij moet dan op grond van artikel 3:296 BW een condemnatoire vordering instellen die leidt tot het voorkomen dat (verdere) steun wordt uitgekeerd. Daarvoor bestaan verschillende mogelijkheden, zoals uit de bestudeerde jurisprudentie blijkt.

Te denken valt bijvoorbeeld aan de vordering tot ontbinding van een vermeend steunverlenende overeenkomst[303] of – doorgaans in kort geding – tot veroordeling van de overheid tot het beëindigen van de bestreden overeenkomst, voor zover deze althans is gesloten.[304] Te denken valt ook aan het verbod om hangende het oordeel van de Commissie een (vervolg)overeenkomst te sluiten[305] of het verbod om (verdere) uitvoering te geven aan een overeenkomst[306] dan wel feitelijke werkzaamheden uit te voeren.[307] Een andere belangrijke mogelijkheid om de uitkering van steun te voorkomen is de vordering, ook vaak in kort geding, tot opschorting van een (concept)overeenkomst, de voorbereiding of uitvoering daarvan tot het moment dat de Commissie uitspraak kan doen over de toelaatbaarheid van de steun. Vaak probeert een justitiabele tegelijkertijd af te dwingen dat de vermeende steunverlenende overheid wordt verplicht de steun bij de Europese Commissie aan te melden.[308] Deze vorderingen worden hierna samen geschaard onder de noemer 'opschorting, ontbinding en beëindiging'. In geen enkel geval zijn zij toegewezen, meestal omdat de stelling dat sprake is van onrechtmatige staatssteun onvoldoende onderbouwd wordt geacht.

De zojuist genoemde vorderingen leiden niet tot de terugvordering van al verleende steun. Dat is uiteraard niet problematisch wanneer de vermeende steun nog niet

303 Bijv.: Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*).

304 Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*); Vzr. Rb Arnhem 4 februari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH1923 (*Stichting Vilente*). Vaak hangt deze vordering nauw samen met het aanbestedingsgeschil: aan de bestaande of op handen zijnde overeenkomst mag geen uitvoering (meer) worden gegeven omdat deze moet worden vervangen door een onder eerlijke concurrentievoorwaarden tot stand gekomen overeenkomst.

305 Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*), r.o. 3.1; Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWF*).

306 Bijv.: Vzr. Rb Rotterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3091 (*Connexxion Openbaar Vervoer*); Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*); Rb 's-Gravenhage 13 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK9316 (*Stichting Duurzaam Verpakkingsglas*);Vzr. Rb 's-Gravenhage 24 september 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BF4232 (*De Raad Bouw*).

307 Hof Arnhem 26 april 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ3090 (*P1 Holding*); Vzr. Rb Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451 (*P1 Holding*). Vgl. Rb 's-Gravenhage 13 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK9316 (*Stichting Duurzaam Verpakkingsglas*).

308 Bijv.: Vzr. Rb 's-Hertogenbosch 28 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9487 (*Shanks Nederland*), r.o. 3.1. De vordering tot opschorting komt wel in enkele bodemzaken voor, bijv.: Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*); Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*); Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*). Doorgaans wordt deze vordering dan ingediend voor het geval de meer vergaande vorderingen (verklaring voor recht dat een rechtshandeling nietig is of een gebod tot het ontbinden of beëindigen van een overeenkomst) niet worden toegewezen.

is verleend en de standstillbepaling nog niet is geschonden.[309] In dat geval komt een vordering tot opschorting, stopzetting of beëindiging van de steun eigenlijk neer op de vordering dat de aanmeldings- en opschortingsplicht wordt nageleefd. Maar wat als de vermeende steun al wel is uitgekeerd en 'alleen' de opschorting, stopzetting of beëindiging wordt gevorderd, eventueel in combinatie met schadevergoeding?[310] Dat gaat per slot van rekening minder ver dan de door het Hof van Justitie verlangde terugvordering van onrechtmatig verleende steun. De vraag is dan of de rechter de vordering moet 'aanvullen', zodat de steunverlening niet alleen wordt opgeschort, stopgezet of beëindigd, maar ook wordt teruggedraaid. Op grond van het Nederlands burgerlijk recht valt dat lastig te verdedigen. Dergelijk rechterlijk activisme zou in strijd komen met het mede in artikel 23 Rv neergelegde beginsel van de partijautonomie in het burgerlijk recht.[311] Er bestaat daarnaast (nog) geen reden om aan te nemen dat het Europese staatssteunrecht iets anders zou eisen.[312] Evenmin moet (of mag) de rechter dergelijke vorderingen afwijzen omdat zij niet zouden gelden 'als een passende maatregel die leidt tot een herstel van de mededingingssituatie van voor de uitkering van de desbetreffende staatssteun' – de maatstaf die de Hoge Raad aanlegt bij het verbinden van consequenties aan een schending van het staatssteunrecht.[313] Deze vorderingen gaan weliswaar minder ver dan terugvordering, maar ze dienen wel tot de bescherming van de concurrentiepositie van de eiser.

Het bovenstaande geldt voor het geval alleen een minder vergaande vordering dan terugvordering van de steun of een equivalent daarvan wordt ingesteld. Dat

---

309 Of de vermeende steun al is uitgekeerd, zal niet in alle gevallen gemakkelijk kunnen worden bepaald. Staatssteun kan al worden verleend door middel van een niet-marktconforme overeenkomst zonder dat op basis daarvan al betalingen zijn verricht. Vgl. Mededeling van de Europese Commissie van 20 juni 2008 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties, *PB EU* 2008, C 155/10, randnr. 2.1. Er zal naar Nederlands recht beoordeeld moeten worden of de betrokken rechtshandeling leidt tot concrete rechten en verplichtingen. Zo ja, moet mijns inziens worden geconcludeerd dat de steun al is verleend. Dat was bijvoorbeeld niet het geval in Vzr. Rb Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451 (*P1 Holding*), r.o. 4.20.

310 Zoals vermoedelijk het geval was in bijv. Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*).

311 Lewin 2011, p. 16; Ancery 2012, p. 16. Dit zou anders kunnen zijn wanneer zou vaststaan dat het staatssteunrecht als van openbare orde ambtshalve moet worden toegepast. Ancery 2012, p. 16. In hoofdstuk 5, § 5.4.5 is geconcludeerd dat het nog verre van duidelijk, maar niet erg waarschijnlijk, is dat art.108 lid 3 VWEU de status heeft van regel van openbare orde.

312 Ancery 2012, p. 128 en 198. Een andere conclusie zou kunnen volgen uit HvJ EU 3 oktober 2013, nr. C-32/12 (*Duarte*), r.o. 43. Zie daarover in meer detail Hartkamp 2015. Het betreft hier de verplichting, onder voorwaarden, om ambtshalve een redelijke prijsvermindering toe te wijzen. Het ligt op dit moment niet voor de hand om een zelfde verplichting, die is aangenomen in de context van het consumentenrecht, aan te nemen op het gebied van het staatssteunrecht. Ten aanzien van de procedureel zwakke consumenten, die vaak van hun rechten niet op de hoogte zullen zijn, ligt ambtshalve optreden van de rechter op deze manier veel meer voor de hand dan in het staatssteunrecht. Vgl. Ancery 2012, p. 146 en 152.

313 HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*), r.o. 4.6.2.

> ligt anders in de situatie wanneer vorderingen tot opschorting, stopzetting of beëindiging van de steun worden ingesteld voor het geval de verderstrekkende vordering, zoals terugvordering of nietigheid, niet wordt toegewezen. In dat geval mag de rechter naar mijn oordeel in geval van een schending van de standstillbepaling niet zonder meer de mildere vordering toewijzen en de meer verstrekkende vordering, die beter beantwoordt aan de gevolgen die volgens het Hof van Justitie aan een schending van de standstillbepaling moeten worden verbonden, afwijzen.[314]

Hoewel de gevraagde vorderingen in geen enkel geval zijn toegewezen, heeft de burgerlijke rechter zich wel hier en daar uitgesproken over zijn mogelijk handelen als het beroep op de standstillbepaling wel was geslaagd. Deze uitspraken worden in de nu volgende paragraaf nader besproken, samen met de in § 7.4.3 al besproken vergelijkbare gevallen waarin een derde terugvordering wilde bewerkstelligen van al verleende steun.

7.4.5 Intermezzo: belangenafwegingen en het 'isoleren' van de staatssteun

In de paragrafen 7.4.3 en 7.4.4 is ingegaan op vorderingen die strekken tot, kort gezegd, het voorkomen, stopzetten of terugdraaien van steun. Zulke vorderingen, ingesteld door derden, zijn in geen enkel geval toegewezen. In de meeste gevallen is volgens de betrokken rechter de vermeende schending van de standstillbepaling onvoldoende onderbouwd. Dat neemt niet weg dat sommige rechters wel laten doorschemeren hoe zij over de vordering zouden beslissen als het bestaan van staatssteun wél zou zijn aangenomen. Zo heeft de rechtbank Leeuwarden in de uitspraak *Sita* (ten onrechte) geoordeeld dat de overheid niet kan worden veroordeeld tot ontbinding van een overeenkomst omdat de gevolgen daarvan definitief zijn terwijl de Commissie over de mogelijke steun nog een oordeel zou kunnen vellen.[315]

In drie opvallende uitspraken heeft de rechter daarnaast geïmpliceerd dat zelfs als zou worden geconcludeerd dat sprake is van onrechtmatige staatssteun, op grond van een belangenafweging de relevante vorderingen niet zullen worden toegewezen. Op basis van deze uitspraken kunnen weliswaar voor dit onderzoek geen harde conclusies worden getrokken, maar zij geven wel een belangrijke glimp in de overwegingen die voor de Nederlandse burgerlijke rechter relevant zijn wanneer hem wordt gevraagd om aan een schending van artikel 108 lid 3 VWEU de nodige gevolgen te verbinden. Te wijzen valt ten eerste op een betrekkelijk oude uitspraak van de voorzieningen-

314 Onjuist in deze zin: Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*), r.o. 3.3.2. Zie hierna § 7.4.6.

315 Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*). Tot op zekere hoogte vergelijkbaar: Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*), r.o. 3.3.2.

rechter van de rechtbank Amsterdam in een geschil over de aanleg van een glasvezelnetwerk. Deze rechter schrijft:

> 'Op grond van het bovenstaande kan niet geconcludeerd worden dat de standstillverplichting van artikel [108 lid 3 VWEU] van toepassing is, nog afgezien van de vraag of UPC er belang bij heeft dat de Gemeente, in afwachting van een beslissing van de Europese Commissie over de melding, geen werkzaamheden in het kader van het glasvezelnetproject uitvoert. Het gaat immers om aanleg van losstaande stukken glasvezelnet in het traject, op plekken waar reeds om andere redenen graafwerkzaamheden plaatsvinden. Hiervan kan UPC geen feitelijke concurrentie ondervinden, terwijl daartegenover de belangen staan van de bewoners van de straten waar de graafwerkzaamheden plaatsvinden. Zij zullen immers in ieder geval niet nogmaals (over)last en hinder hoeven ondervinden van opengebroken straten.'[316]

Deze overweging is later in hoger beroep bevestigd.[317] Belangrijk is in dit geval dat niet alleen de gevolgen voor de gemeente en omwonenden zijn meegewogen, maar dat ook de mate waarin de eiser bij het niet toewijzen van de voorziening in zijn concurrentiebelangen zal worden geschaad, een rol speelt. Daarbij kan relevant zijn dat de Commissie inmiddels een formele onderzoeksprocedure heeft geopend en dan zo nodig alsnog de terugvordering van de steun kan gelasten, hoewel dit voor de nationale rechter geen reden mag zijn om mogelijke steunverlening door de vingers te zien.[318]

Daarnaast kan worden gewezen op een uitspraak van de rechtbank Alkmaar naar aanleiding van een vordering in het incident in een zaak over grondexploitatie. De rechtbank heeft in deze zaak overwogen dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat sprake is van staatssteun, maar laat in die beoordeling ook meespelen dat het beroep van eiser op staatssteun niet vrij lijkt te zijn van opportunisme[319] en dat de mogelijk te lage prijzen zich laten herstellen door de verkapt verleende steun terug te vorderen.[320] De volgende, eveneens boeiende, overweging verdient het, volledig te worden geciteerd.

> 'Bijkomend argument om terughoudend te zijn met het treffen van een voorziening is dat de maatschappelijke belangen die bij de voortgang van dit project zijn betrokken, groot zijn. Naar de onweersproken mededeling van de gemeente is inmiddels reeds een aanmerkelijk aantal van de geplande woningen, al dan niet in aanbouw, verkocht. Bij stillegging van Fase 4A van [het] project, waar de gevorderde voorziening feitelijk op neer komt, zou dan ook een aanzienlijk aantal kopers

316 Vzr. Rb Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9229 (*UPC Nederland*), r.o. 10.
317 Hof Amsterdam 18 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6508 (*UPC Nederland*), r.o. 2.13 en r.o. 3.4. Bij mijn weten is geen cassatieberoep ingesteld.
318 Zie in hoofdstuk 6 § 6.2.1.
319 Vgl. in die zin Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*), r.o. 4.6-4.8.
320 Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWF*), r.o. 6.27.

> worden getroffen omdat ze hun gekochte woning niet kunnen betrekken, met alle financiële en emotionele schade van dien. […] Voorts zou stillegging tot aanmerkelijke schade aan de reeds gedeeltelijk opgetrokken bouwwerken kunnen leiden en zitten de betrokken en het bij die bedrijven in dienst zijnde personeel in deze toch al slappe tijd niet te wachten op vraaguitval.'
>
> 'De aard van de zaak brengt verder mee dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de bodemprocedure de nodige tijd in beslag zou kunnen nemen. Gegeven al deze omstandigheden moeten er zwaarwegende aanwijzingen zijn dat er een schending van Europese regels dreigt, alvorens er aanleiding is om bij wege van voorlopige maatregel de voortgang van de ontwikkeling van het gebied te doen blokkeren. Alles overziende zijn die er niet.'[321]

De rechtbank past hier een belangenafweging toe. Dat is een belangrijk aspect van het civiele kort geding,[322] maar ook in bodemzaken is een belangenafweging tot op zekere hoogte mogelijk.[323] Van belang is dat de rechtbank hier niet aangeeft dat de bij het betrokken project betrokken belangen tot gevolg hebben dat helemaal geen maatregelen zullen worden getroffen om de vervalsing van de mededinging te redresseren. Het gaat slechts om de vraag wat volgens deze rechter een *passende* interventie vormt. Dat is niet de gevorderde nietigheid van de overeenkomsten zelf, maar wel eventueel op een later moment de terugvordering van de steun. Het oordeel van de rechtbank is in de bodemzaak in andere bewoordingen herhaald en bevestigd.[324]

Wat zegt dit alles over de bereidheid van de Nederlandse burgerlijke rechter om aan een schending van de standstillbepaling de nodige gevolgen te verbinden? Het lijkt er immers op alsof die rechter, althans in de zojuist besproken uitspraken, deze gevolgen niet zonder meer in het leven wil roepen maar aanleiding ziet om deze eerst af te wegen tegen de belangen van eventuele begunstigden en derden. Die benadering viel ook al in één uitspraak van de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter te herkennen.[325] Ook op andere vlakken lijkt een zekere terughoudendheid te bestaan. Te wijzen valt bijvoorbeeld op het oordeel van de rechtbank Leeuwarden dat, gezien de ingrijpendheid van de gevraagde voorziening, met een grote mate van zekerheid moet vaststaan dat sprake is van onrechtmatige staatssteun.[326] Dit in

321 Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWF*), r.o. 6.28.
322 Zie in dit hoofdstuk § 7.2.4.
323 Art. 6:168 BW maakt het mogelijk om een vordering strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging af te wijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld.
324 Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2032 (*EWF*), laatste alinea van de beoordeling. Vgl. ook Rb Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815 (*Spaansen Holding*), r.o. 2.13.
325 Zie daarover nader in dit hoofdstuk § 7.3.7.
326 Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*), r.o. 4.47.

scherp contrast tot de oorspronkelijk verstrekkende dicta van de rechtbank en het hof in de *Residex*-zaak, die bij nader inzien weer te ver gingen.

Voor zover de burgerlijke rechter bij het toewijzen van vorderingen op grond van de opschortingsplicht terughoudendheid betracht – omdat de vordering ingrijpend is, de Commissie al betrokken is, de belangen van de vermeende begunstigde of derden op het spel staan of twijfel bestaat over de kwalificatie van een steunmaatregel –, levert dit spanning op met zijn taak op grond van het Unierecht. Daarbij geldt natuurlijk wel dat het hier maar om enkele uitspraken gaat waarin een daadwerkelijke schending van de standstillbepaling niet is vastgesteld. Toch valt enige terughoudendheid bij de burgerlijke rechter in deze context wel te begrijpen vanuit de insteek van veel vorderingen tot voorkomen, stopzetten of terugdraaiing van steun. Een belangrijke vraag is in dat kader *waarvan* een concurrent voorkomen, stopzetten of terugdraaien vraagt. Vaak wordt geprocedeerd over de staatssteun die besloten zou liggen in een niet-marktconforme vergoeding voor een te leveren tegenprestatie.[327] Vanuit het perspectief van het staatssteunrecht is doorgaans niet problematisch *dat* een partij tegen een vergoeding prestaties zal leveren, maar dat de (financiële) voorwaarden te gunstig zijn. De vordering zou zich dus in eerste instantie moeten toespitsen op de vermeend niet-marktconforme vergoeding.[328] Dat is in de bestudeerde uitspraken niet het geval. In de zaak *UPC* ging het om de stopzetting van werkzaamheden in het kader van een lopend project; in de uitspraak van de rechtbank Alkmaar was de stillegging van een bouwproject aan de orde. Als het voorkomen, stopzetten of terugdraaien van de gehele overeenkomst niet nodig is om de belangen van concurrenten op grond van het staatssteunrecht te beschermen, gaat deze vordering verder dan hetgeen de overheid verplicht is 'te geven, te doen of na te laten' in de zin van artikel 3:296 BW. Het is goed mogelijk dat dit de rechter er in sommige gevallen van weerhoudt om de vordering toe te wijzen.

Dit is een probleem dat in de context van een kort geding of incidenteel beroep lastig valt op te lossen. De rechtbank Alkmaar heeft ervoor gekozen om aan te nemen dat de steun in een later stadium alsnog kan worden teruggevorderd, zodat de verderstrekkende gevraagde voorziening niet hoeft te worden toegewezen. Dit oordeel doet geen recht aan de verplichting van de

---

327 Bijv: Vzr. Rb Zutphen 22 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2010:BW6294 (*Quarosand Zorgontwikkeling*); Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*); Vzr. Rb Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451 (*P1 Holding*); Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Koppenhinksteeg*); Hof 's-Gravenhage 15 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK6928 (*AVR*); Vzr. Rb Alkmaar 3 december 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BL4512 (*Kringloopbedrijf Goedwerk Alkmaar*); Vzr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*); Hof Amsterdam 18 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6508 (*UPC Nederland*).

328 Iets anders valt hoe dan ook niet af te leiden uit de Commissiemededeling van 9 april 2009 over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, *PbEU* 2009, C 85/1, randnrs. 28-9.

rechter om tegen de op handen zijnde uitkering van onrechtmatige steun daadwerkelijk rechtsbescherming te bieden. Het is ook denkbaar (en naar mijn oordeel wenselijk) dat de voorzieningenrechter in zulke gevallen nagaat of het binnen de grenzen van artikel 23 Rv mogelijk is om enkel aan de overcompensatie gevolgen te verbinden. Dat vraagt echter op zijn minst om een nauwkeurige berekening van de marktprijs die de vermeende begunstigde voor de te leveren prestaties zou moeten ontvangen, waarvoor het kort geding zich over het algemeen niet leent.[329]

Als zo'n genuanceerde benadering niet mogelijk is, wordt de rechter daarom geconfronteerd met een lastige keuze. Zal hij aan de hele overeenkomst gevolgen verbinden en daarmee verder gaan dan door het EU-recht wordt gevraagd, of zal hij aannemen dat het voordeel later door terugvordering alsnog ongedaan kan worden gemaakt en de overeenkomst om die reden in stand laten? Het is begrijpelijk dat de rechter in een dergelijk geval kiest voor de tweede optie, zoals de rechtbank Alkmaar ook heeft gedaan. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt namelijk aangenomen dat de terugvordering van steun inclusief rente een natuurlijke en afdoende manier is om de door de schending van de standstillbepaling veroorzaakte concurrentievervalsing ongedaan te maken.[330] Waarom verdergaande maatregelen treffen als een schending van de opschortingsplicht op een doeltreffender manier ongedaan kan worden gemaakt? Het gerechtshof Den Haag heeft, wellicht met deze problematiek in het achterhoofd, dan ook nog vrij recent vorderingen in kort geding tot beëindiging van de vergunningverlening en exploitatie van snellaadpalen voor elektrische auto's afgewezen. Immers: 'Die vordering wordt niet gedragen door het argument dat sprake is van ongeoorloofde staatssteun, alleen al omdat de gestelde staatssteun slechts een onderdeel, en dan nog een tijdelijk onderdeel is van de meer omvattende operatie om laadpunten langs de Nederlandse wegen aan te leggen.'[331]

Voor deze problematiek biedt de Europese rechtspraak nog geen pasklare oplossing.[332] Die zou natuurlijk wel kunnen worden ontlokt door het stellen

329 In staatssteunzaken: Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:GHSGR:2008:BD7068 (*BARIN en MAA*), r.o. 3.11. Bevestigd in HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*MAA*), r.o. 4.6.4. Vgl. Asser/Van Schaick (Procesrecht II), aant. 225.

330 Zie nader in hoofdstuk 2 § 2.5.3.

331 Hof Den Haag 9 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4216 (*Snellaadpalen elektrische auto's*), r.o. 6.2.

332 Op basis van de jurisprudentie van het Hof is het aannemelijker dat de rechter bij gebrek aan een minder vergaande maatregel de opschorting van de hele overeenkomst moet gelasten. Dit valt af te leiden uit HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*), r.o. 49. De nationale rechter dient er immers voor zorgen dat maatregelen worden getroffen die ertoe leiden of ertoe bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de uitkering van de staatssteun wordt hersteld, zoals ook de Hoge Raad tot uitgangspunt neemt. HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*), r.o. 4.6.2. Uitzonderingen op dit uitgangspunt zullen zich slechts in zeer bijzondere omstandigheden voordoen. Giraud 2008, p. 1400. HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*), r.o. 35; HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06

van een prejudiciële vraag. Dat die binnenkort zal worden gesteld, is echter onwaarschijnlijk. Nu deze problematiek juist speelt in zaken waar een snelle oplossing van het geschil wordt gevraagd, ligt het niet voor de hand om die procedure aanzienlijk te vertragen door het stellen van een prejudiciële vraag.

7.4.6 Gevolgen van staatssteun wanneer het eigenbelang voorop staat

De vraag die naar aanleiding van de vorige paragraaf opkomt is welke belangen met de door de in de besproken zaken betrokken partijen ingestelde vorderingen worden gediend. Die vraag komt nog sterker naar voren in de zaak *Accolade/Ludinga*.[333] In deze zaak vordert de stichting Accolade onder meer een verklaring voor recht dat een overeenkomst waarbij de gemeente Harlingen aan Ludinga Vastgoed bepaalde gronden heeft verkocht, nietig is vanwege strijd met de opschortingsplicht. Dergelijke vorderingen zijn in het burgerlijk recht, zoals inmiddels is gebleken, niet onbekend. Bijzonder aan deze zaak is dat Accolade voor haar vordering een opvallend motief heeft: Accolade heeft namelijk op haar beurt de gronden van Ludinga gekocht en daar achteraf spijt van gekregen. Accolade hoopt dan ook dat de nietigheid van de overeenkomst tussen Ludinga en de gemeente ook betekent dat de daarop volgende overeenkomst tussen Ludinga en Accolade nooit rechtsgeldig tot stand is gekomen.

De rechtbank Noord-Nederland, die in deze zaak uitspraak heeft gedaan, laat er geen twijfel over bestaan hoe zij over een dergelijke toepassing van het staatssteunrecht denkt:

> 'De primaire vorderingen van Accolade zijn geen van allen geënt op het ongedaan maken van de ongeoorloofde staatssteun […]. Accolade doet slechts een beroep op ongeoorloofde staatssteun om de (elkaar opvolgende) grondtransacties tussen de gemeente en Ludinga VG en tussen Ludinga VG en Accolade terug te draaien, zodat Accolade – achteraf bezien – nooit eigenaar van de gronden zou zijn geworden en Ludinga VG gehouden zou zijn om aan Accolade de overeengekomen koopprijs (als zijnde onverschuldigd betaald) terug te betalen. Daarvoor is artikel 108 lid 3 VWEU […] naar het oordeel van de rechtbank echter niet bedoeld. Accolade heeft ook niet gesteld welk ander (dan haar private) belang dan hiervoor genoemd zij heeft bij een staatssteuntoetsing.'[334]

(*CELF I*), r.o. 42; HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 70.

333 Rb Noord-Nederland 4 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2790 (*Accolade/Ludinga*).Vgl. Rb 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN2363 (*Universal Music*).

334 Rb Noord-Nederland 4 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2790 (*Accolade/Ludinga*), r.o. 4.11. Vgl. Rb 's-Gravenhage 19 maart 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC7128 (*BARIN*), r.o. 5.15. 'Volgens vaste rechtspraak van het HvJEG kunnen ondernemingen die een heffing verschuldigd zijn, zich niet aan de betaling daarvan onttrekken met het argument, dat de door andere ondernemingen genoten vrijstelling staatssteun vormt.'

De rechtbank oordeelt met andere woorden dat een vordering die is gericht op een ander doel dan waarvoor artikel 108 lid 3 VWEU bedoeld is, niet kan worden toegewezen. Die overweging is een echo van het eerdere oordeel van de Hoge Raad in de zaak *P1* en van het CBb in de zaak *Thuiszorgservice*.[335]

De uitspraak in de zaak *Accolade/Ludinga* laat zien dat er een belangrijke overlap bestaat tussen de vraag welke gevolgen de burgerlijke rechter bereid is aan een (potentiële) schending van de standstillbepaling te verbinden en wie zich blijkens de rechtspraak van deze rechter op het staatssteunrecht mag beroepen.[336] In deze zaak wordt de vordering van Accolade afgewezen omdat de mogelijke partiële nietigheid van de tussen de gemeente en Ludinga gesloten overeenkomst niet in de weg staat aan de geldige totstandkoming van de overeenkomst tussen Ludinga en Accolade. De rechtbank oordeelt vervolgens dat Ludinga bij haar vorderingen daarom belang mist. Daarbij lijkt de rechtbank te doelen op de eis van voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW. Zo houdt de vraag naar de reikwijdte van de gestelde nietigheid en de met de ingestelde vordering beoogde uitkomst nauw betrekking tot het bestaan van een belang bij een vordering die strekt tot het uitspreken van de nietigheid van een overeenkomst.

7.4.7 Overige gevolgen van staatssteun: schadevergoeding

7.4.7.1 Schadevorderingen jegens de vermeend steunverlenende overheid

Het komt in de rechtspraak van de burgerlijke rechter relatief vaak voor dat op enige manier jegens de steunverlenende overheid aanspraak wordt gemaakt op schadevergoeding.[337] Het is echter niet in alle gevallen duidelijk of de vordering tot schadevergoeding is gekoppeld aan de vermeende schending van het staatssteunrecht of aan de, meestal ook aangevoerde, schending van

335 Wel kritisch: A.S. Hartkamp, 'Noot bij Rb Noord-Nederland (2014-06-04)(Verboden staatssteun door gemeente)', *JOR* 2014, 287, aant. 7.

336 Zie over deze problematiek hoofdstuk 4, in het bijzonder § 4.6.1.2.

337 Bijv.: Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*); Rb Assen 30 mei 2012, ECLI:NL:RBASS:201:BW7185 (*Apotheek X*); Rb Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3569 (*P1 Holding*); Rb Middelburg 14 januari 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BH9867 (*Beursgebouw Vlissingen*). Een bijzonder geval is de verder in dit hoofdstuk niet besproken situatie waarin de vermeende begunstigde vordert dat overheid wordt veroordeeld tot betaling van de schade die hij heeft geleden door de negatieve publiciteit als gevolg van het beroep van de overheid op de standstillbepaling. In de zaak Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*), r.o. 7.5-7.7, is deze vordering afgewezen omdat het bestaan van negatieve publiciteit en de verantwoordelijkheid van de overheid daarvoor onvoldoende aannemelijk zou zijn geworden.

de aanbestedingsregels.[338] Hoe dan ook is in de bestudeerde jurisprudentie tot nu toe geen schadevergoeding toegekend voor schade die is geleden door schending van artikel 108 lid 3 VWEU.[339] Hetzelfde gold in ieder geval tot 2010 voor staatssteungeschillen in andere EU-lidstaten.[340] In de literatuur wordt ter verklaring vooral gewezen op de problemen die ontstaan bij het aantonen van een causaal verband tussen de geleden schade en de schending van de Europese norm.[341]

Hoewel zeer goed denkbaar is dat het aantonen van causaliteit ook in Nederland aan het aansprakelijk stellen van de overheid in de weg kan staan, ligt hier in de praktijk niet het struikelblok, zo blijkt uit de bestudeerde jurisprudentie. Waar dan wel? In een geval is geoordeeld dat voor een schadevergoedingsactie (nog) geen plaats is omdat dit een definitief oordeel impliceert waarmee wordt vooruitgelopen op het oordeel van de Commissie, die als enige definitief zou mogen oordelen over de geoorloofdheid van steunmaatregelen.[342] Deze uitspraak, die niet strookt met de Europese staatssteunregels,[343] mag worden beschouwd als een uitzondering. De veruit belangrijkste reden dat geen schadevergoeding wordt toegekend is dat in de bestudeerde geschillen niet komt vast te staan dat onrechtmatige staatssteun is verstrekt.[344] Aan een oordeel over de mogelijk toe te kennen schadevergoeding komt de rechter dan niet meer toe. Immers: als de overheid niet heeft gehandeld in strijd met de standstillbepaling, heeft zij op dat punt ook niet onrechtmatig gehandeld jegens degene die haar aansprakelijk stelt.

---

338 Dat laatste was bijvoorbeeld het geval in de zaak Rb Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3569 (*P1 Holding*), zie r.o. 5.21. Vgl. Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*); Rb Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY5837 (*Eigen Veerdienst Terschelling*).

339 Wel heeft de rechtbank Amsterdam de gemeente Amsterdam in 2015 veroordeeld tot de betaling van bijna €2 ton schadevergoeding (Rb Amsterdam 29 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2388). Dit als gevolg van een eerdere uitspraak met de strekking dat een door de gemeente gegeven garantie weliswaar geen staatssteun opleverde, maar wel onrechtmatig was omdat het in strijd was met hetgeen in het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt: Rb Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591 (*MuzyQ*). De uitspraak uit 2015 geeft een mooi beeld van de manier waarop de aan een concurrent van een begunstigde van onrechtmatige staatssteun toekomende schadevergoeding zou kunnen worden vastgesteld. Vgl. Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*).

340 Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010, p. 2. Ook in het reguliere mededingingsrecht bestaat nog maar weinig jurisprudentie over de aansprakelijkheid van de betrokken partijen. Een geschil waar een partij wel met succes aansprakelijk is gesteld is Rb Oost-Nederland 16 januari 2013, *JOR* 2013, 129, m.nt. B.M. Katan.

341 Honoré en Jensen 2011; Meijer 2011; Bruyninckx 2007.

342 Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*), r.o. 4.46. De rechtbank verwijst daarbij naar Hof Amsterdam 29 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1425 (*Baby Dan*). De laatste uitspraak komt hierna nog aan de orde.

343 Zie in hoofdstuk 6 § 6.2.1.

344 Dat gold ook al voor de periode vóór 1 november 2005. Adriaanse 2006, p. 312.

Als wel met succes zou kunnen worden aangetoond dat sprake is van staatssteun, dan verwezenlijkt zich echter ook in Nederland het in de literatuur benoemde probleem om een causaal verband aan te tonen. Een mooi voorbeeld geeft het volgende citaat van de rechtbank Assen uit 2012, die reageert op de stelling van apotheek [X], dat de gemeente Assen onrechtmatig heeft gehandeld door aan haar concurrent onrechtmatige staatssteun te verlenen:

> 'De rechtbank moet in dit verband vaststellen dat [X] niet uiteenzet welke omstandigheden tot de gevolgtrekking zouden kunnen leiden dat zij schade heeft geleden door het volgens haar onrechtmatige handelen van de gemeente. […] Om wel tot schade te kunnen concluderen was ten minste vereist dat [X] beide situaties met elkaar vergelijkt (in haar woorden: wel en geen eerlijke concurrentie) en dat [X] daarbij onderbouwt dat er een verschil in feitelijke uitkomst zou zijn geweest zonder de volgens [X] schadeveroorzakende gebeurtenis(sen); welk verschil in uitkomst in haar voordeel zou zijn geweest als de gemeente had gehandeld als door haar verlangd.'[345]

Volgens de rechtbank Assen moet degene die schadevergoeding vordert met andere woorden aantonen dat hij door de omstandigheid dat een ander onrechtmatige staatssteun heeft ontvangen, in een nadeligere positie is gebracht ten opzichte van die waarin de ander geen onrechtmatige staatssteun heeft ontvangen. Op basis van de hiervóór genoemde literatuur mag worden aangenomen dat dit erg moeilijk zal zijn. In kort geding zal dit zelfs nagenoeg onmogelijk zijn.[346] Dat laatste is uit staatssteunperspectief overigens geen onoverkomelijk probleem, zolang het nog mogelijk blijft om op een andere manier, bijvoorbeeld in een bodemprocedure, voor zover relevant de vergoeding van geleden schade af te dwingen.[347]

7.4.7.2 Schadevorderingen jegens de vermeende begunstigde

Een bijzondere situatie is die waarin een partij een onderneming aansprakelijk stelt voor de schade die zij heeft geleden door de concurrentievervalsing als gevolg van de door die onderneming ontvangen onrechtmatige staatssteun.

---

345 Rb Assen 30 mei 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW7185 (*Apotheek X*), r.o. 4.9. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 1 maart 2011, nr. HD 200.018.435 (*P1*), r.o. 4.116 (niet gepubliceerd). 'In het onderhavige geval is P1 echter volstrekt in gebreke gebleven om ook maar op enige wijze aan te geven welk nadeel zij als gevolg van het handelen van de Gemeente heeft geleden'. In cassatie is deze overweging door P1 bestreden, maar niet inhoudelijk beoordeeld. HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*).

346 Vgl. Vzr. Rb Groningen 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8211 (*Montagne II*).

347 Het Hof van Justitie geeft nergens aan dat schadevergoeding al bij wege van voorlopige rechtsbescherming zou moeten worden toegekend. Ook dan zal het naar verwachting lastig zijn om de omvang van de schade te kunnen bepalen. Een mooi, analoog, voorbeeld, biedt Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*), m.n. r.o. 4.37, waar de rechtbank de partijen in een *obiter dictum* aanraadde om een schikking te treffen.

Ook de begunstigde van onrechtmatige steun kán volgens de Europese jurisprudentie voor door haar concurrenten geleden schade aansprakelijk zijn. Die aansprakelijkheid volgt dan echter niet uit het EU-recht maar uit het nationale recht, dat dan conform het gelijkwaardigheidsbeginsel moet worden toegepast.[348] In bijvoorbeeld Frankrijk is aangenomen dat een schending van de opschortingsplicht kan leiden tot de aansprakelijkheid van de steunontvanger.[349] In Nederland ligt dat gecompliceerder, zoals blijkt uit de zaak *Baby Dan*.[350]

Baby Dan, producent van traphekjes, heeft in deze zaak gesteld dat zijn concurrenten WeDeKa en De Risse onrechtmatig jegens hem hebben gehandeld door onrechtmatige staatssteun te ontvangen. Het hof Amsterdam onderzoekt, in de voorlopige veronderstelling dat WeDeKa en De Risse onrechtmatige staatssteun hebben ontvangen, of zij op grond daarvan aansprakelijk kunnen worden gesteld voor door Baby Dan geleden schade. Dat is volgens het hof niet zonder meer het geval. WeDeKa en De Risse waren als steunontvanger niet verplicht om deze steun aan te melden. Of het enkele *ontvangen* van steun onrechtmatig is, hangt er vanaf hoe de Commissie de steun uiteindelijk heeft (of zou hebben) beoordeeld.[351] De onrechtmatigheid van de steun leidt volgens het hof dus nog niet tot de aansprakelijkheid van de steunontvanger. De concurrent van een steunontvanger moet, wil hij die ontvanger aansprakelijk stellen voor geleden schade, dus aantonen dat de Commissie inmiddels heeft geoordeeld dat de steunmaatregel in strijd is met het EU-recht, of aannemelijk maken dat de Commissie dat zou hebben gedaan als zij een oordeel over de steun zou hebben gegeven.[352]

Sinds deze uitspraak, die in de literatuur opvallend weinig is becommentarieerd, zijn geen uitspraken meer gepubliceerd waarin een derde een steunontvanger aansprakelijk heeft gesteld voor door de schending van de standstillbepaling geleden schade.[353] Het is goed mogelijk dat dit te maken heeft met de moeilijkheid om het bestaan van staatssteun en vervolgens een causaal verband aan te tonen. Wellicht kan ook de zware toetsingsmaatstaf in de zaak *Baby Dan* de schaarste aan verdere vergelijkbare uitspraken verklaren. Het zal immers nog moeilijker zijn om aan te tonen dat de Commissie de steun ook onverenigbaar met de interne markt zou hebben geacht, terwijl het Amsterdamse hof dat wel lijkt te eisen.

---

348 HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*), r.o. 75.
349 Zoals blijkt uit Kaczmarek en Smeets 2012, p. 8.
350 Hof Amsterdam 29 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1425 (*Baby Dan*).
351 Idem, r.o. 5.11.
352 Idem, r.o. 5.12-13.
353 In één geval heeft een justitiabele wel het plan opgevat om een vermeende steunontvanger aansprakelijk te stellen. Een daaraan voorafgaande procedure gericht op het verzamelen van de nodige informatie is echter zonder succes gebleven. Rb Limburg 9 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10461 (*Stichting Laurentius en Petronella*).

Het is echter geen gegeven dat de benadering van het hof in de zaak *Baby Dan* met de huidige kennis van het Europese staatssteunrecht gevolgd zal worden. Uiteraard is het aan de nationale rechter om te bepalen of een steunontvanger voor een door de schending van de standstillbepaling geleden schade aansprakelijk is. In dat licht is het uiteindelijk de Hoge Raad die kan bepalen of de toetsingsmaatstaf van het hof Amsterdam de juiste is. Die maatstaf lijkt in dit geval echter voort te vloeien uit een onjuiste uitleg van de taakverdeling tussen de Europese Commissie en de Nederlandse rechter en is daarmee gebaseerd op een verkeerde premisse. Het hof lijkt er namelijk van uit te gaan dat uiteindelijk alleen de Commissie zich over de geoorloofdheid van steunverlening mag uitlaten en dat de nationale rechter hooguit een voorlopig oordeel mag uitspreken over het al dan niet in strijd met het Unierecht verschaffen van staatssteun.[354] Voor zover het hof daarmee bedoelt dat alleen de Commissie zich mag uitlaten over de verenigbaarheid van de steun, is dat natuurlijk terecht. Voor zover echter wordt bedoeld dat het oordeel van de nationale rechter in die zin voorlopig is dat aan de enkele vaststelling van onrechtmatigheid geen definitieve gevolgen zoals een plicht tot de vergoeding van schade kunnen worden verbonden, gaat het om een onjuiste interpretatie van het Europees recht.[355] Mogelijk dus dat de uitspraak in de zaak *Baby Dan* in volgende geschillen niet leidend zal zijn.[356]

7.4.8 Veroordeling tot aanmelding van een onrechtmatige steunmaatregel?

Eerder in dit hoofdstuk is geschreven dat de burgerlijke rechter in gevallen van onrechtmatige staatssteun in principe meer uitspraakmogelijkheden heeft dan de bestuursrechter. Dat heeft de begunstigde van een vermeende steunmaatregel in een zaak voor de rechtbank Noord-Nederland de mogelijkheid gegeven om een boeiende vordering in te stellen.[357] Subsidiair in voorwaardelijke conventie vorderde deze partij dat de rechtbank, voor zover zij zou oordelen dat sprake is van onrechtmatige staatssteun, de gemeente zou bevelen de betrokken overeenkomsten bij de Commissie te (doen) melden. De gemeente zou gedurende de meldingsprocedure ook de procedurele rechten van de vermeende begunstigde moeten helpen verzekeren. De rechtbank is met dit betoog niet meegegaan. Haar taak als nationale rechter zou er immers in bestaan om maatregelen te treffen die de onwettigheid van de uitvoering van

354 Hof Amsterdam 29 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1425 (*Baby Dan*), r.o. 5.14, met verwijzing naar HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*) en HR 7 oktober 2005, *NJ* 2006, 131.

355 Vgl. in hoofdstuk 2 § 2.6.

356 De rechtbank Limburg had zich hierover eventueel kunnen uitlaten, maar heeft dit niet gedaan: Rb Limburg 9 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10461 (*Stichting Laurentius en Petronella*), r.o. 4.10.

357 Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*), r.o. 3.3.

steunmaatregelen kunnen opheffen. Het alsnog (doen) melden van een onrechtmatige steunmaatregel, zo de rechtbank, hoort daar niet bij.[358]

Dat het bevelen van een aanmelding bij de Commissie geen adequate uitspraakmogelijkheid is wanneer eenmaal onrechtmatige staatssteun is verstrekt, is een juist oordeel. Daar komt bij dat het Unierecht geen 'recht op aanmelding' biedt, nu alleen de opschortings- en niet de aanmeldingsplicht rechtstreekse werking heeft.[359] Dit neemt niet weg dat de vermeende begunstigde van steun bijzonder weinig rechtsbescherming geniet. Het is nog niet zo'n vreemde gedachte dat een dergelijke begunstigde de aanmelding van een steunmaatregel zou moeten kunnen afdwingen, met name in de (in de zojuist besproken zaak niet aan de orde zijnde) situatie waarin de vermeende steunverlening nog niet heeft plaatsgevonden[360]. Die gedachte wordt steeds actueler in het licht van de toenemende neiging van overheidsorganen om zich zelf ten opzichte van de vermeende begunstigde op de standstillbepaling te beroepen en bij nader inzien onrechtmatige steun terug te vorderen.[361] Met de toenemende invloed van vrijgestelde steun stijgt logischerwijs ook het belang voor steunontvangers om te kunnen verifiëren dat de steunverlenende overheid terecht tot het oordeel is gekomen dat de betrokken steun van aanmelding is vrijgesteld. Van vorderingen met deze strekking bestaan in de bestudeerde rechtspraak echter nog geen voorbeelden.[362]

7.4.9 Tussenconclusie

Welke gevolgen de Nederlandse rechter bereid is aan een schending van de standstillbepaling te verbinden, valt voor de burgerlijke rechter zo mogelijk nog lastiger te onderzoeken dan voor de bestuurs- en belastingrechters. Behalve in de gevallen waarin de overheid zich zelf op de staatssteunregels beroept, is namelijk geen enkele op grond van deze regels ingestelde vordering toegewezen. Ondanks dat kan in deze tussenconclusie wel een redelijk beeld worden geschetst op basis van de door de partijen ingestelde vorderingen, de enkele gevallen waarin de rechter aanduidt hoe hij zou reageren als wél een schending van de opschortingsplicht zou zijn aangetoond, en de uitspraken waarin een overheidsorgaan met succes aanvoert dat sprake is van onrechtmatige staats-

358 Idem, r.o. 7.9.
359 HvJ EU 15 juni 1964, nr. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*).
360 Vgl. Bernat 2016, p. 201.
361 Vgl. H.J. Bos, 'Annotatie bij Rb Noord-Nederland (2015-07-01)(Onrechtmatige staatssteun, onteigening…), *JBO* 2015, 238.
362 Van Angeren heeft in bestuursrechtelijke context betoogd dat een aanmeldingsplicht kan volgen uit de eis van zorgvuldige besluitvorming. J.R. van Angeren, 'Noot bij ABRvS (2013-02-13)(Niet zonder meer aannemelijk dat subsidieverlening staatssteun inhoudt)', *AB* 2014, 290, aant. 86. In het licht van de artt. 3:1 lid 2 Awb en 3:14 BW kan dit ook in civiele rechtsbetrekkingen met de overheid relevant zijn.

steun. De belangrijkste conclusie op basis daarvan is dat het verrassend moeilijk kan zijn om voor de door het Hof van Justitie voorziene gevolgen de juiste vertaalslag in het Nederlands recht te vinden. De uitdaging zit hem er vooral in, de vermeend onrechtmatige staatssteun te 'isoleren', terwijl deze vaak is ingebed in een bredere overeenkomst of zelfs in een reeks van privaat- en publiekrechtelijke rechtshandelingen, en ook de door partijen ingestelde vorderingen regelmatig een bredere strekking hebben dan het 'enkel' aantasten van de onrechtmatige steun en eventueel daarover genoten rente.

Dat de burgerlijke rechter voor de aan een schending van de standstillbepaling te verbinden gevolgen een vertaalslag in het Nederlands recht zoekt, betekent dat in beginsel niet wordt aangenomen dat deze schending een nieuwe, losstaande verbintenis in het leven roept. Het gevolg daarvan is dat, zeker wanneer al verleende steun moet worden terugbetaald, de (vermogensrechtelijke) gevolgen voor de vermeend steunverlenende rechtshandeling moeten worden bepaald. Wanneer 'enkel' het voorkomen van steunverlening aan de orde is, komen de ingestelde vorderingen doorgaans neer op het verbod om verder te onderhandelen of aan de rechtshandeling (verdere) uitvoering te geven. Regelmatig wordt ook een vertaalslag gezocht in de rechtsfiguur nietigheid (artikel 3:40 BW). Daarmee kan verdere steunverlening worden verhinderd en wordt een opening geboden voor bijvoorbeeld een vordering uit onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW) om eventueel al uitgekeerde steun terug te vorderen. De burgerlijke rechter staat het zowel derden als, in beginsel, de steunverlenende overheid toe om zich op deze manier op de nietigheid van een overeenkomst te beroepen. Hoewel dit goed aansluit bij de uit het Unierecht voortvloeiende eisen, volgt dit oordeel in principe uit de uitleg van artikel 3:40 BW, dat immers jegens eenieder geldt.

De algehele nietigheid van een rechtshandeling zoals een overeenkomst kan een vrij draconische maatregel zijn die onder omstandigheden verder gaat dan nodig is voor de terugvordering van steun. Toen de nietigheid van een steunverlenende overeenkomst voor het eerst aan bod kwam, in de zaak *Residex*, bleek de burgerlijke rechter desondanks bereid om de algehele nietigheid van de overeenkomst uit te spreken. Dit in de toen op basis van de bestaande literatuur en Europeesrechtelijke jurisprudentie logische veronderstelling dat artikel 108 lid 3 VWEU strekt tot aantasting van daarmee strijdige rechtshandelingen. Naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Residex* heeft de burgerlijke rechter sindsdien aanleiding gezien om te onderzoeken welke mogelijkheden de partiële nietigheid (artikel 3:41 BW) biedt voor een genuanceerdere benadering.

Bij de toepassing van artikel 3:41 BW blijkt de burgerlijke rechter tegen een aantal uitdagingen aan te lopen. Zo bleek een rechtbank in één geval bereid om te oordelen dat zo in dat geval al sprake was van nietigheid, deze zich beperkte tot de koopprijs. Dat was een vergaande uitspraak, want de rechter moet op grond van artikel 3:41 BW rekening houden met de mogelijkheid dat delen van de tegenover de koopprijs gestelde tegenprestatie daarmee in een

onverbrekelijk verband staan en dus delen in de nietigheid. Het lijkt om een uitzonderlijke situatie te gaan, nu dezelfde rechtbank in een later geschil de partijen uitgebreid de ruimte heeft gegeven om in te gaan op de gevolgen van de nietigheid van het niet-marktconforme deel van de overeenkomst voor de overige onderdelen daarvan. Hiermee wordt ook beter recht gedaan aan artikel 3:41 BW, hoewel nog maar moet blijken of daarmee ook conform de Europese eisen de mededingingssituatie kan worden hersteld. Een nog openstaande vraag is of, mocht dit niet het geval zijn, de burgerlijke rechter desnoods bereid is om artikel 3:41 BW Unierechtconform uit te leggen. Een andere openstaande vraag is of de burgerlijke rechter bereid is om de algehele nietigheid van een overeenkomst uit te spreken wanneer de begunstigde van de vermeende steun daaraan de voorkeur geeft, terwijl de overheid partiële nietigheid bepleit. De burgerlijke rechter lijkt daarvoor nu geen mogelijkheid te bieden, wellicht als reactie op Europese en civiele uitspraken waarin is benadrukt dat de staatssteunregels niet eisen dat met de standstillbepaling strijdige overeenkomsten per definitie en algeheel nietig zijn.

Zoals gezegd is het moeilijk om scherp aan te geven welke gevolgen de burgerlijke rechter bereid is aan een schending van de standstillbepaling te verbinden omdat een dergelijke schending zo zelden wordt aangenomen. Wel ontstaat het beeld ondanks de zojuist genoemde vergaande uitspraken, dat bij die rechter, zeker wanneer een derde en niet de overheid zich op de standstillbepaling beroept, een zekere terughoudendheid bestaat. De burgerlijke rechter lijkt met andere woorden niet bereid om alles op alles te zetten om aan door vermeend onrechtmatige steun gedupeerde derden de nodige rechtsbescherming te verlenen. Deze terughoudendheid valt op zich goed te verklaren. De noodzaak om een vertaalslag in het Nederlands recht te vinden, in combinatie met de insteek van de procedure die doorgaans niet is gericht op het enkel aantasten van een vermeend niet-markconforme vergoeding, en de omstandigheid dat de vermeende steun vaak deel uitmaakt van een reeks over en weer gemaakte afspraken, leidt tot ingewikkelde keuzes. Als gevolg van deze factoren blijkt het, met name in kort geding, lastig te zijn om een uitspraak te doen die enkel ziet op de vermeend onrechtmatige steunverlening.

De rechter moet zodoende soms kiezen tussen een verstrekkende uitspraak (zoals de al dan niet tijdelijke stopzetting van een bouwproject of de afvalinzameling) en het afzien van ingrijpen. De – begrijpelijke – neiging lijkt te zijn om te kiezen voor de tweede optie. Dat daarmee niet wordt beantwoord aan de rol die de nationale rechter bij een schending van de standstillbepaling moet vervullen, lijkt dan in beginsel te worden geaccepteerd. Uit de bestudeerde jurisprudentie kan een aantal factoren worden afgeleid die kunnen bijdragen aan een terughoudende opstelling door de rechter. Te denken valt dan aan de eventuele betrokkenheid van de Commissie bij het geschil, de te beschermen belangen van de vermeende steunontvanger en door de relevante overeenkomst geraakte derden, de mogelijkheid dat de vermeende steun op een later moment

op andere wijze alsnog wordt teruggevorderd en resterende onzekerheid over de vraag of daadwerkelijk sprake is van onrechtmatige staatssteun.

De zojuist beschreven terughoudendheid van de burgerlijke rechter valt overigens goed te plaatsen in de zowel bij de bestuursrechter als bij de burgerlijke rechter geldende onwilligheid om aan een schending van de standstillbepaling andere of verderstrekkende gevolgen te verbinden dan de door het Hof van Justitie bedoelde. Dat blijkt niet alleen uit een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland in een geschil waarin de justitiabele overduidelijk een ander belang dan de ongedaanmaking van de mededingingsvervalsing voor ogen had, maar ook uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak *P1*, waarin is benadrukt dat de nationale rechter ervoor moet zorgen dat maatregelen worden getroffen die ertoe leiden of eraan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de uitkering van de staatssteun wordt hersteld. Daarop zullen dus ook de vorderingen van justitiabelen zich moeten richten.

Het valt te verwachten dat voor de burgerlijke rechter veel vaker dan voor de belasting- of bestuursrechter wordt gevraagd om vergoeding van door vermeend onrechtmatige staatssteun veroorzaakte schade. Dergelijke vorderingen worden dan ook regelmatig ingesteld, doorgaans naast vorderingen die strekken tot het voorkomen of terugdraaien van steun, maar komen zelden voor toewijzing in aanmerking omdat een schending van de opschortingsplicht doorgaans niet kan worden aangetoond. Wanneer dit wel lukt, valt op basis van de bestudeerde jurisprudentie voorzichtig te concluderen dat de betrokken justitiabele in staat is om de situaties met en zonder onrechtmatige steun met elkaar te vergelijken en daarbij kan onderbouwen dat er een verschil in feitelijke uitkomst zou zijn geweest zonder die staatssteun. De burgerlijke rechter houdt daarnaast de mogelijkheid open dat een door onrechtmatige steun gedupeerde justitiabele de steunontvanger voor de geleden schade aansprakelijk stelt. Daarvoor geldt op grond van de uitspraak *Baby Dan* wel de strenge toetsingsmaatstaf dat moet worden aangetoond dat de Commissie inmiddels heeft geoordeeld dat de steunmaatregel in strijd is met het EU-recht, of dat anders zou hebben gedaan. In het licht van recentere jurisprudentie van het Hof van Justitie is het denkbaar dat deze toetsingsmaatstaf wordt aangepast, maar daarvan bestaan in de bestudeerde jurisprudentie nog geen voorbeelden.

Ten slotte ziet de burgerlijke rechter, net als de bestuursrechter, geen aanleiding om aan (potentiële) begunstigden van vermeende steun de hen toekomende rechtsbescherming te onthouden. Te denken valt dan vooral aan de situatie waarin een overheidsorgaan meent dat een met de begunstigde gesloten of te sluiten overeenkomst neerkomt op onrechtmatige staatssteun die moet worden voorkomen. De burgerlijke rechter kan afhankelijk van de door de vermeende begunstigde ingestelde vorderingen meer of minder doortastend optreden. Een veroordeling tot dooronderhandelen biedt de overheid bijvoorbeeld meer mogelijkheden om alsnog een staatssteunconforme oplossing te vinden dan een veroordeling tot het onverkort nakomen van de gemaakte afspraken. Het risico dat alsnog sprake blijkt te zijn van een schen-

ding van de standstillbepaling, nu door de rechter gefaciliteerd, speelt in de betrokken uitspraken geen expliciete rol. De rechtsbescherming van (potentiële) begunstigden gaat niet zo ver dat zij kunnen afdwingen dat een steunmaatregel bij de Commissie wordt aangemeld, zo blijkt althans uit één uitspraak. Voor de rechtszekerheid van de betrokkenen valt dit te betreuren, maar naar de huidige stand van het Unierecht is dit oordeel terecht.

7.5 Terugkomende verhaallijnen en slotbeschouwingen

In dit hoofdstuk is onderzocht welke gevolgen de Nederlandse rechter blijkens zijn rechtspraak bereid is aan een (potentiële) schending van de standstillbepaling te verbinden en welke verklaringen daarvoor zijn te vinden. Dat onderzoek steunt voornamelijk op de analyse van uitspraken van de Nederlandse rechter tussen 1 november 2005 en 1 november 2015 waarin de rechter (a) het beroep op de standstillbepaling heeft gehonoreerd, (b) dat niet heeft gedaan maar zich wel expliciet uitlaat over de aan een succesvol beroep te verbinden gevolgen en (c) rechtsbescherming biedt aan de vermeende begunstigde, onafhankelijk van de vraag of het beroep op de standstillbepaling is geslaagd.

De Nederlandse rechter is op grond van het Unierecht verplicht om aan een schending van de standstillbepaling bepaalde gevolgen te verbinden. Het gaat dan onder meer om het voorkomen dat onrechtmatige steun wordt uitgekeerd, het (laten) terugvorderen van wel uitgekeerde steun en de daarover genoten rente, het (laten) terugbetalen van heffingen waarmee onrechtmatige steun is gefinancierd en het toekennen van vergoeding van geleden schade. Deze gevolgen moet de Nederlandse rechter bereiken met gebruik van het Nederlands recht, waarbij hij ook gebonden is aan de grenzen van het gelijkwaardigheidsbeginsel, het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. In Nederland bestaat (nog) geen wetgeving die specifiek ziet op de aan onrechtmatige staatssteun te verbinden gevolgen, zodat het algemeen geldende recht van toepassing is.

In de Nederlandse literatuur is veel gediscussieerd over de manieren waarop dat recht kan worden toegepast om de door het Hof van Justitie bedoelde gevolgen te kunnen bereiken. Hoewel het belangrijk blijft om deze theoretische vertaalslag te blijven uitdiepen, is er in dit hoofdstuk voor gekozen om op de bestaande kennis voort te bouwen en daaraan een belangrijk perspectief toe te voegen: de gevolgen die de Nederlandse rechter daadwerkelijk bereid is aan een schending van de standstillbepaling te verbinden. Het blijkt dat de staatssteungeschillen die voor de Nederlandse rechter komen niet altijd (helemaal) vallen in te passen in het theoretische beeld waarbij het Hof van Justitie de mogelijke gevolgen van schendingen van het staatssteunrecht heeft weergegeven en deze 'enkel' naar het Nederlandse recht moeten worden vertaald. De praktijk blijkt, zoals altijd, weerbarstig en moeilijk te voorspellen.

In dit hoofdstuk is uiteengezet binnen welke kaders en op welke manieren de Nederlandse rechter aan schendingen van de opschortingsplicht de nodige gevolgen *kunnen* verbinden. Die kaders verschillen behoorlijk tussen de bestuurs- en belastingrechter, die samen zijn behandeld, en de burgerlijke rechter. De belangrijkste conclusies hierover zijn samengevat in § 7.2.6. Het belangrijkste onderscheid, dat doorwerkt in de uitspraken van deze rechters in staatssteungeschillen, is de insteek van de procedure. Waar het bestuurs- en belastingproces draait om de vernietiging van een bestreden besluit, waarna doorgaans weer een bestuursorgaan aan zet is, beoordeelt de burgerlijke rechter of de door de partijen in het geschil ingestelde vorderingen kunnen worden toegewezen. De bestuursrechter werkt daarmee binnen het 'keurslijf' van het besluit, terwijl de burgerlijke rechter in vérgaande mate is gebonden aan de richting die de partijen aan het geschil willen geven. Het is verder van belang dat het Nederlands procesrecht op allerlei manieren in ontwikkeling is, zoals bijvoorbeeld blijkt uit het alsmaar toenemende belang van de finale geschilbeslechting in het bestuursrecht, dat waar mogelijk veel meer doortastend optreden van de bestuursrechter vraagt dan voorheen.

Het belangrijkste onderdeel van dit hoofdstuk is gevormd door de weergave van de conclusies van het verrichte jurisprudentieonderzoek. Hoewel deze conclusies vanwege de beperkte hoeveelheid uitspraken – beroepen op het staatssteunrecht hebben namelijk nauwelijks kans van slagen – soms casuïstisch kunnen zijn, leveren zij interessante gezichtspunten op waarmee kan worden ontsloten met welke problematiek de Nederlandse rechter in dit verband wordt geconfronteerd. Voor een overzicht van de resultaten van dit jurisprudentieonderzoek verwijs ik hier naar de deelconclusies in § 7.3.8 (uitspraken van de bestuurs- en belastingrechter) en § 7.4.9 (uitspraken van de burgerlijke rechter). In deze slotbeschouwing probeer ik, de belangrijkste verhaallijnen op basis van de jurisprudentie samen te brengen.

De door de rechter aan een schending van het staatssteunrecht te verbinden gevolgen worden ingekaderd door de procesopstelling van de partijen en de procedurele context. Deze conclusie laat meteen de beperking zien van de vraag welke gevolgen de Nederlandse rechter *bereid* is aan een (potentiële) schending van de standstillbepaling te verbinden. Het staat de rechter op basis van het nationale procesrecht niet vrij om eigenstandig over te gaan tot het verbinden van bepaalde gevolgen aan de constatering dat onrechtmatige steun is of zal worden verleend. De bestuurs- en belastingrechter worden in hun uitspraken met name ingeperkt door het ter vernietiging voorliggende besluit, de burgerlijke rechter vooral door de vorderingen van de partijen en de moeilijkheid om de vermeende steun uit de aan de orde gestelde rechtshandeling te 'isoleren'. Ook de mate waarin de rechter actief moet optreden kan afhankelijk van de insteek van de procedure verschillen. Zo kan hij bij een succesvol beroep op het staatssteunrecht door de overheid in een geschil over de weigering van een subsidie volstaan met de ongegrondverklaring van het tegen die weigering

gerichte beroep. Het equivalent voor de burgerlijke rechter is het afwijzen van de vorderingen van de vermeende begunstigde, bijvoorbeeld tot het betalen van schadevergoeding, tot nakoming of tot dooronderhandelen. Wanneer een derde de aan een ander gerichte steunverlening wil aantasten, is van de rechter daarentegen veel actiever optreden nodig.

De Nederlandse rechter is in algemene zin bereid, binnen de grenzen van het nationale recht aan schendingen van het staatssteunrecht de door het Hof van Justitie bedoelde gevolgen te verbinden.
Dat geldt overigens pas in de (zoals uit de hoofdstukken 4 en 5 bleek) spaarzame situaties waarin de rechter is toegekomen aan een toetsing van de staatssteunregels en heeft geoordeeld dat inderdaad van (onrechtmatige) staatssteun sprake is. Dat gezegd hebbende: wanneer eenmaal een schending van de standstillbepaling is aangenomen, wil de rechter soms zelfs bijzonder – en soms zelfs té – voortvarend optreden, zoals de feitenrechters in de civiele zaken *Residex* en *Commerz*. In het bestuursrecht uit dit zich erin dat, naast de vernietiging van het bestreden besluit, bij een succesvol beroep op het staatssteunrecht in ieder geval recentelijk ook wordt overgegaan tot herroeping van het primaire besluit of de opdracht om met inachtneming van de rechterlijke uitspraak een nieuw besluit te nemen. De eerder in de literatuur getrokken conclusie, dat hiermee nog niet de door het Hof van Justitie geëiste ongedaanmaking van de mededingingsvervalsing is bewerkstelligd, blijft wel staan.

De Nederlandse rechter is daarentegen niet bereid, het toepasselijke nationale recht (ver) buiten de op dat moment geldende grenzen op te rekken.
Het duidelijkst blijkt dit uit de onmogelijkheid om de terugvordering van rente te bewerkstelligen. Dit wijst niet op een ontbrekend besef van (het belang van) de verplichting om deze terugvordering wel mogelijk te maken. De bestuursrechter is in de bestudeerde periode zelfs zover gegaan om, in afwijking van zijn eerdere jurisprudentie, te oordelen dat een terugvorderingsgrondslag zo nodig rechtstreeks op artikel 108 lid 3 VWEU kan worden gebaseerd. Zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter hebben echter met zoveel woorden geoordeeld dat de terugvordering van rente de grenzen van het toepasselijke recht te buiten zou gaan, zodat zelfs conforme interpretatie van dat recht geen uitkomst biedt. Dit gat zal moeten worden opgevuld door de Nederlandse wetgever.

Een ander voorbeeld is de situatie waarin een beroep op het staatssteunrecht wordt gedaan in een procedure over een ander dan de steunverlenende handeling. Dit komt in het bestuursrecht regelmatig voor. Te denken valt dan aan geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening (opgekomen wordt tegen de goedkeuring van het bestemmingsplan), aan geschillen die zien op de verbetering van de eigen concurrentiepositie (opgekomen wordt tegen het 'eigen' besluit dat minder voordelig is dan een aan de vermeende steunontvanger geadresseerd besluit), maar ook aan geschillen waarin tegen verschillende

nauw aan elkaar verwante besluiten wordt opgekomen om te voorkomen dat het steunverlenend besluit vanwege de formele rechtskracht van een eerder besluit niet meer kan worden aangetast.

Het toepasselijke procesrecht en de jurisprudentie zijn hierover duidelijk: zelfs met doortastend optreden, zoals het zelf in de zaak voorziend herroepen van het primaire besluit, kan de rechter niet de geldigheid van een steunverlenend besluit aantasten als dat niet ter toetsing voorligt. Dit principe is zo sterk in het Nederlands bestuursrecht verankerd dat de mogelijkheid om buiten de omvang van het geding de daadwerkelijke steunverlening aan te tasten (terecht) niet eens aan de orde komt. Uit staatssteunrechtelijk opzicht is dit overigens doorgaans niet problematisch, zolang justitiabelen de mogelijkheid hebben om (alsnog) de steunverlenende handeling zelf aan te vechten.

Nederlandse rechters zijn evenmin bereid om aan schendingen van de standstillbepaling actief gevolgen te verbinden die niet stroken met de door het Hof van Justitie bedoelde gevolgen.

Tegelijkertijd bestaan sterke aanwijzingen dat bij belanghebbenden veel prikkels bestaan om meer of andere gevolgen te vragen dan door het Hof van Justitie bedoeld. Ten opzichte van het bestuursrecht is geconstateerd dat veel procederende concurrenten niet primair uit zijn op ontneming van het door de vermeende begunstigde genoten voordeel, maar eerder op een kans om zelf voor dat of een vergelijkbaar voordeel in aanmerking te komen. Een dergelijke drijfveer valt in civiele geschillen ook te herkennen, hoewel minder sterk. Dat zal in belangrijke mate liggen aan de toepassing van het aanbestedingsrecht, dat regelmatig naast het staatssteunrecht wordt ingeroepen. Wanneer een succesvol beroep wordt gedaan op het aanbestedingsrecht zal de overheid de opdracht doorgaans (opnieuw) moeten aanbesteden, waardoor de concurrent weer voor die opdracht in aanmerking komt. Toch bestaan er voorbeelden van geschillen waarin vorderingen een bredere strekking hebben dan de 'enkele' aantasting van een vermeend niet-marktconform voordeel.

Uit de jurisprudentie van de bestuursrechter blijkt dat deze rechter (terecht) niet bereid is om als gevolg van het door een ander mogelijk onrechtmatig genoten voordeel te bewerkstelligen dat de eisende partij in een betere positie wordt gebracht. Het CBb heeft zelfs expliciet geoordeeld dat een beroep dat niet kan leiden tot de ongedaanmaking van concurrentievervalsing door de terugvordering van steun, niet-ontvankelijk moet worden verklaard vanwege het ontbreken van procesbelang. Tot een vergelijkbaar oordeel kwam de Hoge Raad, waardoor de burgerlijke en bestuursrechter op dit punt op één lijn zitten.

Het bovenstaande leidt tot nog een belangrijke constatering. De vraag naar de gevolgen die rechters aan een schending van de opschortingsplicht bereid zijn te verbinden, hangt soms nauw samen met de vraag wie zich op het staatssteunrecht mag beroepen (en met welk doel). Dit onderstreept de in hoofdstuk 4 getrokken conclusie dat het nodig is om meer duidelijkheid te krijgen over het specifieke beschermingsbereik van de opschortingsplicht. Dit

zou de Nederlandse rechter veel steun kunnen bieden bij het bepalen welke beroepen en vorderingen hij in welke mate zal toewijzen.

Het verbinden van de 'juiste' gevolgen aan een schending van de standstillbepaling wordt erdoor bemoeilijkt dat vermeende staatssteun meestal niet op zichzelf staat, maar deel uitmaakt van een reeks in publiek- of privaatrechtelijke rechtshandelingen gegoten afspraken.

Het blijkt zoals gezegd vaak moeilijk om de vermeende steun te isoleren. Dat geldt bijvoorbeeld voor de veel voorkomende geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening, waar regelmatig wordt betoogd dat een bestemmingsplan geen uitvoering mag vinden omdat bij de uitvoering daarvan onrechtmatige staatssteun zou worden verleend. Te denken valt echter ook aan de situaties waarin partijen met een civielrechtelijke procedure (meestal in kort geding) een heel project willen tegenhouden omdat daarbij staatssteun zou zijn betrokken. In geschillen in de sfeer van de ruimtelijke ordening staat de omvang van het geding eraan in de weg (of behoedt het ervoor) dat een heel project, waarbij vele uiteenlopende belangen zijn betrokken, wordt stopgezet omdat bij een deel daarvan staatssteun is betrokken. De burgerlijke rechter wordt ook met deze problematiek geconfronteerd, met name in kort geding. Dit blijkt problematisch omdat het gevorderde (stopzetting van het project) doorgaans verder gaat dan wat nodig is om de mededingingsvervalsing ongedaan te maken, terwijl het met name in een kortgedingprocedure moeilijk valt te beoordelen waar het onrechtmatige voordeel uit bestaat – voor zover het al mogelijk is om in het kader van een voorlopige voorziening alleen aan het onrechtmatige voordeel gevolgen te verbinden.

De burgerlijke rechter laat zich in dit soort gevallen soms begrijpelijkerwijs verleiden tot het uitvoeren van een belangenafweging. Welk belang heeft de zich op het staatssteunrecht beroepende partij bij stopzetting van het hele project, en welke belangen, zowel van uitvoerende partijen als van derden, staan daar tegenover? De conclusie dringt zich op dat meer duidelijkheid nodig is over de manier waarop het onrechtmatig verleende voordeel kan worden teruggenomen. De jurisprudentie van het Hof van Justitie eist, lees ik het goed, veel meer dan nu uit de nationale praktijk blijkt de kwantificering van de onrechtmatige steun, al dan niet op basis van het beginsel van de private marktdeelnemer. Als dat niet mogelijk is of althans niet gedurende de rechterlijke procedure, moet duidelijk worden wat dan wel een geëigende manier is om de door de steun veroorzaakte concurrentievervalsing ongedaan te maken. Deze problematiek doet zich het sterkst gevoelen in procedures in kort geding, waar de beschikbare tijd om over het bestaan van staatssteun en de omvang daarvan de nodige duidelijkheid te krijgen, beperkt is.

Nederlandse rechters zijn onder omstandigheden wel bereid om rechtsbescherming te bieden aan de vermeende begunstigde, zelfs als dit het risico met zich brengt dat een met het Unierecht strijdige situatie ontstaat.
De bestuursrechter en de burgerlijke rechter hebben in hun rechtspraak beiden laten zien zo nodig ten behoeve van de vermeende begunstigde doortastend te willen optreden. Dat geldt zeker wanneer hij zich verweert tegen een beroep van de overheid op het staatssteunrecht terwijl het handelen van de overheid (zoals het afwijzen van een aanvraag of het weigeren om door te onderhandelen) ingrijpt op de naar Nederlands recht geldende rechten en aanspraken van de vermeende begunstigde. De bestudeerde jurisprudentie heeft laten zien dat dit, in gevallen waarin de rechter mogelijk ten onrechte heeft geoordeeld dat de staatssteunregels niet van toepassing zijn, tot het risico leidt dat de overheid door de rechter in wezen wordt veroordeeld tot het niet-naleven van de standstillbepaling. In dit hoofdstuk is betoogd dat het bestaan van een dergelijk risico de rechter niet noopt tot terughoudendheid bij de rechtsbescherming van vermeende begunstigden 'voor het geval dat'.

Een steeds relevanter wordende vraag is of de rechtsbescherming van de vermeende begunstigde zo ver gaat dat hij kan afdwingen dat een mogelijke steunmaatregel bij de Commissie wordt aangemeld – zodat over het steunkarakter daarover duidelijkheid ontstaat. Of de burgerlijke rechter bereid is om een dergelijke verplichting aan te nemen valt uit de bestudeerde jurisprudentie nog niet af te leiden. Een vordering tot aanmelding is wel – terecht – afgewezen in een geval waarin de vermeende steunmaatregel al was uitgevoerd en een schending van de standstillbepaling dus niet meer kon worden voorkomen. In een bestuursrechtelijke uitspraak in eerste aanleg lijkt te zijn aangenomen dat een bestuursorgaan, alvorens een verzoek om steunverlening af te wijzen, met de Commissie in contact moet treden wanneer concrete aanleiding bestaat dat de steunmaatregel, als deze zou zijn aangemeld, door de Commissie zou zijn goedgekeurd. Een dergelijke verplichting, vergelijkbaar met de in hoofdstuk 5 besproken Ridderstee-vergewisplicht, zou op een aanmeldingsplicht kunnen neerkomen. Ook hier zal echter nog meer duidelijkheid moeten volgen. Het gaat immers om een enkele uitspraak in eerste aanleg – terwijl door dezelfde rechtbank eerder ook is geoordeeld dat bestuursorganen niet verplicht zijn om te onderzoeken of een gevraagd voordeel op andere wijzen (waarbij aan aanmelding zou kunnen worden gedacht) wel aan de staatssteunregels voldoet.

Staatssteungeschillen kunnen met name de bestuursrechter dwingen om te onderzoeken welke eisen het Nederlands recht, los van de op basis van het Unierecht geldende verplichtingen, aan de bij dat geschil betrokken partijen stelt.
Te denken valt dan aan de situatie waarin de overheid zich in een besluit op het staatssteunrecht beroept om de uitkering van steun te voorkomen. In dat geval speelt de vraag in hoeverre het vermeende voordeel mag worden geweigerd zonder te onderzoeken of het mogelijk is om het op een andere manier

conform de staatssteunregels te verlenen. Uit de schaarse bestuursrechtelijke jurisprudentie hierover kan worden afgeleid dat bestuursorganen onder omstandigheden met de Commissie in contact moeten treden als over de kwalificatie van het gevraagde voordeel als staatssteun nog twijfel bestaat. Wanneer concrete aanleiding bestaat om aan te nemen dat een steunmaatregel, als deze zou worden aangemeld, door de Commissie met de interne markt verenigbaar zou worden verklaard, kan de verplichting om een besluit zorgvuldig voor te bereiden tot een vergelijkbare verplichting leiden.

Het venijn zit in de staart, zo luidt de gevleugelde uitdrukking. Hoewel de vorige hoofdstukken hebben laten zien dat ook de andere aspecten van de rol van de rechter in staatssteungeschillen problematisch kunnen zijn, geeft deze uitdrukking de in dit hoofdstuk bereikte conclusies in zoverre goed weer dat de aan een schending van de standstillbepaling te verbinden gevolgen de Nederlandse rechter de nodige hoofdbrekens kunnen opleveren. Het lijkt erop dat het aansluiten bij het bestaande bestuursrechtelijke, belastingrechtelijke en civielrechtelijke apparaat een behoorlijk ongelukkige manier is om op dit vlak aan de door het Unierecht gestelde verplichtingen te voldoen. Het komt te vaak voor dat deze eisen en het relevante Nederlands recht onvoldoende op elkaar aansluiten en de rechter moet het nationale recht (te) ver moet oprekken om te kunnen voldoen aan zijn verplichtingen op grond van het loyaliteitsvereiste. Hier ligt een duidelijke taak voor de wetgever weggelegd, zoals hierna verder aan de orde komt in hoofdstuk 8.

8 Reactie van de wetgever

8.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is in detail ingegaan op de manier waarop de Nederlandse rechter, met het voor hem beschikbare gereedschap, zijn rol bij de handhaving van de Europese staatssteunregels invult. Daarbij is geconstateerd dat bij de handhaving van het staatssteunrecht door de nationale rechter de nodige spanningen kunnen ontstaan, en dat het gereedschap dat de rechter ter beschikking staat niet altijd geschikt is om zijn handhavende taken te faciliteren. Gebleken is dat de Nederlandse rechter, om de krachtens het Unierecht op hem rustende verplichtingen te kunnen vervullen, soms genoodzaakt was om de grenzen van het bestaande Nederlandse recht op te zoeken (en soms heeft geoordeeld dat deze grenzen al waren bereikt). Zo kan worden gewezen op de discussie of voor de intrekking en terugvordering van een subsidie wel een publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag bestaat en op de zich nog ontwikkelende toepassing van de rechtsfiguur nietigheid in het geval van een steunverlenende overeenkomst.

De in de vorige hoofdstukken geconstateerde spanningen komen voor een deel voort uit een *mismatch* tussen het toepasselijke Nederlandse recht en de eisen die het Unierecht aan de nationale rechters stelt. Het beschikbare gereedschap is dan niet goed geëigend om het door de Europese regelgeving beoogde resultaat te bereiken, en het kan nodig zijn om te improviseren. Soms leidt dat tot de juridische equivalent van het – bij gebrek aan een hamer – gebruiken van een schoen om een spijker in de muur te slaan. Het is niet onmogelijk, en niet iedereen zal het nodig vinden om in zo'n situatie een hamer aan te schaffen, maar erg efficiënt is het niet en goed voor de schoen zal het ook niet zijn.

In dit hoofdstuk wordt op hoofdlijnen onderzocht of, om bij de zojuist gebruikte analogie te blijven, toch maar een hamer moet worden aangeschaft en hoe die hamer er dan zou kunnen uitzien. Op welke manier, met andere woorden, zou de Nederlandse wetgever op de handhaving van de staatssteunregels toegespitst gereedschap kunnen creëren, hoe zou dat gereedschap eruit kunnen zien en waar moet de wetgever bij de ontwikkeling van dat gereedschap vooral op letten?

8.1.1 Afbakening van het hoofdstuk

Strikt genomen vloeien de hierboven gestelde vragen niet voort uit de in dit onderzoek centraal gestelde onderzoeksvraag, maar borduren zij daarop voort. De centrale onderzoeksvraag ziet op de rol van de Nederlandse rechter bij de handhaving van de Europese staatssteunregels en de invloed van de enerzijds nationale en anderzijds Europese juridische context waarin die rechter opereert. In dit hoofdstuk wordt in wezen gespeculeerd op de mogelijkheid dat de in dit onderzoek bestudeerde nationale juridische context wordt aangepast.

Deze context heeft twee belangrijke implicaties. Ten eerste is het expliciet niet de bedoeling van dit hoofdstuk om diepgravend en uitputtend in te gaan op alle mogelijkheden die de Nederlandse wetgever potentieel ter beschikking staan om de in dit onderzoek gesignaleerde spanningen bij de handhaving van het staatssteunrecht door de Nederlandse rechter weg te nemen. Dat zou de gestelde onderzoeksvraag ruim te buiten gaan. Dit hoofdstuk beperkt zich zodoende tot de bespreking van een aantal oplossingsrichtingen voor de gesignaleerde spanningen zoals zij blijken uit de literatuur, uit op de handhaving van het staatssteunrecht gerichte wetsvoorstellen van de Nederlandse wetgever en (in mindere mate) uit wetgeving(sprojecten) in andere lidstaten. Zij worden hierna verder toegelicht. De in juni 2016 – en dus na goedkeuring van dit manuscript – gepubliceerde consultatie van een voorgestelde wet terugvordering staatssteun komt daarbij beperkt aan de orde.

Ten tweede wordt in dit hoofdstuk alleen ingegaan op de mogelijkheid dat de *nationale* juridische context wordt aangepast. In theorie is het natuurlijk ook mogelijk dat veranderingen worden aangebracht in de Europese staatssteunregels en de eisen die in dat kader aan de nationale rechter worden gesteld. Voor zover die eisen door het Hof van Justitie zijn vormgegeven, geldt echter dat in de jurisprudentie van het Hof in de loop van de jaren wel enkele ontwikkelingen hebben plaatsgevonden, maar dat zij geen fundamentele veranderingen teweeg hebben gebracht in de door de nationale rechter te vervullen rol bij de handhaving van het staatssteunrecht.[1] De Europese wetgever had enkele jaren geleden, met de modernisering van het staatssteunrecht, nog de mogelijkheid om het Europese juridische kader aan te passen. Van de mogelijkheid om ook expliciet in te grijpen in de rol van de nationale rechter bij de handhaving van de staatssteunregels is destijds echter geen gebruik gemaakt.[2] Met deze moderniseringsslag nog vers in het geheugen hoeft op korte termijn waarschijnlijk geen rekening te worden gehouden met Europese regelgeving gericht op de harmonisatie van het nationale op de handhaving

1 Op de relevante Europese jurisprudentie is uitgebreid ingegaan in hoofdstuk 2.
2 Zie over de potentiële invloed van de modernisering op de rol van de rechter wel in hoofdstuk 6 § 6.1.1.

van de staatssteunregels van toepassing zijnde procesrecht. Daartoe zijn door de Europese wetgever althans geen aanzetten gedaan.[3]

8.1.2 Nieuw gereedschap voor de Nederlandse rechter? Drie aanvliegroutes

Zoals gezegd wordt in dit hoofdstuk de aandacht gericht op een aantal oplossingsrichtingen voor de gesignaleerde spanningen zoals zij blijken uit de literatuur, uit op de handhaving van het staatssteunrecht gerichte wetsvoorstellen van de Nederlandse wetgever en (in mindere mate) uit wetgeving(sprojecten) in andere lidstaten. Bij een bestudering van deze bronnen kunnen twee belangrijke (en één minder prominente) 'aanvliegroutes' worden herkend waarmee de wetgever het gereedschap van de nationale rechter mogelijk kan aanpassen.

De eerste aanvliegroute komt in grote lijnen overeen met de huidige manier waarop staatssteungeschillen in Nederland worden beslecht. Dat wil zeggen: aangesloten wordt bij de bestaande rechtsverhouding met het daarbij behorende procesrecht, zodat een vermeend steunverlenende overeenkomst nog steeds aan de burgerlijke rechter wordt voorgelegd en een subsidiebesluit aan de bestuursrechter. Wel voorziet deze aanvliegroute in de aanpassing van het procesrecht waar is gebleken dat dit de effectieve handhaving van de staatssteunregels belemmert. Deze aanvliegroute is onder meer gekozen in een in 2008 geïntroduceerd en in de literatuur uitvoerig becommentarieerd wetsvoorstel 'terugvordering staatssteun'. Dat wordt hierna in § 8.2 uitgebreid besproken.

In de literatuur en in wetgeving(sprojecten) van andere lidstaten vallen ook aanknopingspunten te vinden voor de invoering van een apart, meestal bestuursrechtelijk, staatssteunregime. Zodoende zou voor de handhaving van de staatssteunregels via de nationale rechter een eigen wettelijk regime kunnen worden opgetuigd, dat anders dan in Nederland nu het geval is niet afhankelijk is van de rechtsverhouding waarbinnen de vermeende steun is verstrekt. Deze aanvliegroute wordt besproken in § 8.3. Zij valt tot op zekere hoogte ook in Nederland te herkennen. De Minister van Economische Zaken heeft in 2014 namelijk aangekondigd een wetsvoorstel op te stellen dat voorziet in de noodzakelijke wettelijke bevoegdheid voor publieke entiteiten om onrechtmatige staatssteun effectief terug te halen.[4] Een iets beperkter opgezette variant van dit voorstel is in juni 2016 als consultatieversie gepubliceerd (hierna:

3 Met de staatssteunmodernisering zijn wel nieuwe bepalingen in de Procedureverordening geïntroduceerd over de mogelijkheid van de Commissie om – ook ongevraagd – aan de nationale rechter advies te geven. Zie hierover in hoofdstuk 2 § 2.6.6.

4 *Kamerstukken II* 2014/15, nr. 2014D41711, Aanhangsel (Antwoord op vragen van de leden Verhoeven en Schouw over de controle op Europese subsidies), p. 4.

consultatieversie Wts 2016).[5] De consultatie wordt afgesloten op 27 juli 2016. De tekst van het voorstel is opgenomen in bijlage III.

Het is in theorie nog denkbaar dat de handhavende taak van de Nederlandse rechter wordt teruggeschroefd door het oprichten van een toezichthouder die, vergelijkbaar met de Europese Commissie maar dan op nationaal niveau, onderzoek kan doen naar vermeende schendingen van de staatssteunregels. Die onderzoeken zou een dergelijke staatssteunautoriteit kunnen afsluiten met een besluit dat vervolgens door de rechter kan worden getoetst. Ook deze mogelijkheid komt in dit hoofdstuk aan de orde (§ 8.4). Voor een heel uitgebreide bespreking bestaat hier echter geen aanleiding, nu er op dit moment geen signalen zijn die erop wijzen dat deze – op zich interessante – aanvliegroute in Nederland werkelijkheid gaat worden.

8.2 De eerste aanvliegroute: aansluiten bij de bestaande rechtsverhouding

Zoals uit dit onderzoek naar voren is gekomen, worden staatssteungeschillen in Nederland aan verschillende rechters voorgelegd, afhankelijk van de rechtsverhouding waarbinnen de vermeende steun is verleend. Aangesloten wordt zodoende bij de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling. Dit heeft tot gevolg dat de mogelijkheid om met succes een beroep op de staatssteunregels te doen en de daaraan te verbinden gevolgen worden ingekleurd door het toepasselijke recht – het bestuursrecht, belastingrecht of burgerlijk recht. Uit de vorige hoofdstukken is gebleken dat bij de handhaving van de staatssteunregels via de Nederlandse rechter op deze manier grote en minder grote (procedurele) hobbels bestaan, die voor een deel binnen het bestaande rechtssysteem kunnen worden opgevangen.

Met de handhaving van de staatssteunregels binnen de bestaande rechtsverhoudingen en het daarop van toepassing zijnde (proces)recht bestaat inmiddels al ruime ervaring, maar daarbij zijn wel diverse knelpunten gesignaleerd. Daarom kan de wetgever ervoor kiezen om dit systeem in grote lijnen in stand te laten, maar waar nodig wel in te grijpen om de in dit onderzoek en elders geconstateerde knelpunten weg te nemen. Onderwerpen die wat dat betreft bijvoorbeeld de aandacht verdienen zijn de introductie van een terugvorderingsgrondslag voor onrechtmatige steun en de daarover genoten rente, een rechtsingang voor concurrenten van vermeende steunontvangers bij de belastingrechter, de mogelijkheid voor bestuursorganen om de uitkering van steun te weigeren en de toepasselijkheid van verjarings-, bewaar- en vernietigingster-

5 Beschikbaar via <https://www.internetconsultatie.nl/wetterugvorderingstaatssteun> (laatst geraadpleegd: 15-7-2016).

mijnen.[6] Bij het aanscherpen van de bestaande regelgeving zou ook moeten worden nagedacht over onderwerpen zoals de toegang tot de relevante informatie, de toepasselijke bewijsstandaard en mogelijke voorlopige voorzieningen die aan een concurrent bescherming kunnen bieden zonder dat zij zo ingrijpend zijn dat aan de aannemelijkheid van de vermeende schending van de standstillbepaling *de facto* (te) hoge eisen worden gesteld.

8.2.1 Het wetsvoorstel terugvordering staatssteun uit 2008

De Nederlandse wetgever, geconfronteerd met de noodzaak om over de terugvordering van onrechtmatige staatssteun regels op te stellen, blijkt oorspronkelijk bij deze eerste aanvliegroute zijn heil te hebben gezocht. Op 10 april 2008 heeft de Minister van Justitie een voorstel gedaan tot een Wet terugvordering staatssteun (hierna: Wts 2008).[7] Met deze wet zouden wijzigingen worden aangebracht in het BW, de Awb en de AWR om beter uitvoering te kunnen geven aan het Europese staatssteunrecht. De directe aanleiding voor dit wetsvoorstel was de gebrekkige uitvoering van een terugvorderingsbesluit van de Commissie in de in dit onderzoek al uitgebreid besproken *BPM*-zaak.[8] De uitvoering van dat besluit bleek zo omslachtig te zijn dat de Commissie jegens Nederland de inbreukprocedure van artikel 258 VWEU heeft ingeleid.[9] De zaak is halverwege 2008 doorgehaald, kort nadat de Nederlandse regering het prille wetsvoorstel terugvordering staatssteun aan de Commissie heeft voorgelegd.[10] Bij nader inzien was dat wat voorbarig, want na de eerste bespreking in de Tweede Kamer een paar dagen na deze doorhaling lijkt het wetsvoorstel een stille dood te zijn gestorven.[11]

Met het wetsvoorstel moesten zoals gezegd in het BW, de Awb en de AWR grondslagen worden geïntroduceerd voor de terugvordering van staatssteun en voor de terugvordering van de daarover genoten rente. Deze, hierna nog uitgebreider te bespreken, grondslagen zouden toepassing vinden in geval

---

6 Dit laatste onderwerp is in dit onderzoek niet expliciet onderzocht maar wel onder meer gesignaleerd in De Waard e.a. 2005.

7 Wetsvoorstel terugvordering staatssteun, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 2. Het wetsvoorstel is uitgebreid besproken door onder meer Metselaar en Adriaanse 2011; Adriaanse en Den Ouden 2008; Van Slooten 2008a; Van Slooten 2008b; Schutte 2008.

8 Beschikking nr. 2001/521/EG van de Europese Commissie van 13 december 2001 betreffende de steunregeling die het Koninkrijk der Nederland ten uitvoer heeft gelegd ten gunste van zes mestverwerkingsbedrijven, *PbEU* 2001, *L* 189/13. Zie hierover nader in hoofdstuk 7, § 7.3.1.1 en § 7.4.1.1.

9 Verzoekschrift van de Europese Commissie, ingesteld op 29 augustus 2007, nr. C-401/07 (*Commissie/Nederland*).

10 HvJ EU 5 juni 2008, nr. C-401/07 (*Commissie/Nederland*). Vgl. *Kamerstukken II* 2007/08, 41 418, nr. 3 (MvT), p. 14.

11 Dit is althans het laatste kamerstuk in het dossier: *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 5 (verslag).

van een terugvorderingsbesluit van de Commissie, een uitspraak van het Hof van Justitie van de EU of een onherroepelijke uitspraak van de nationale rechter. Daarnaast zijn in het wetsvoorstel nationale bepalingen die aan een effectieve terugvordering in de weg kunnen staan buiten toepassing verklaard. Ook zijn bepalingen voorgesteld waarmee de verlening van met het staatssteunrecht strijdige subsidies kan worden geweigerd (artikel 4:35 lid 3 Awb) en het besluit op een subsidieaanvraag hangende de beoordeling van de Commissie kan worden uitgesteld (artikel 4:15 lid 1 sub c Awb).

Uit de consultatieversie Wts 2016 blijkt dat het de bedoeling is om het wetsvoorstel Wts 2008 in te trekken.[12] Na een radiostilte van meer dan zeven jaar en gezien de nieuwe plannen van de Minister van Economische Zaken bestaat weinig reden om aan te nemen dat de in 2008 voorgestelde wijzigingen werkelijkheid zullen worden. Toch is het wetsvoorstel Wts 2008 voor dit hoofdstuk wel degelijk interessant. Daaruit valt namelijk af te leiden hoe de Nederlandse regering destijds de problematiek rondom de handhaving van het staatssteunrecht duidde en op welke manier deze problematiek volgens de regering moest worden opgelost. Voorop staat dat de toenmalige Minister van Justitie ervoor heeft gekozen om bij het oplossen van de destijds gesignaleerde knelpunten aan te sluiten bij de bestaande rechtsverhoudingen. Daarnaast heeft hij ervoor gekozen om bepaalde knelpunten bij de handhaving van het staatssteunrecht te adresseren, terwijl andere knelpunten in het wetsvoorstel niet aan de orde zijn gekomen. Op deze materiële keuzes en de keuze om aansluiting te zoeken bij de bestaande rechtsverhoudingen wordt in de hiernavolgende paragrafen verder ingegaan.

8.2.2 Materiële keuzes in Wts 2008

In reacties op het wetsvoorstel Wts 2008 is toegejuicht dat de regering met het oog op de handhaving van het staatssteunrecht regels heeft willen stellen.[13] Tegelijkertijd is opgemerkt dat het wetsvoorstel niet alle (mogelijk) bij de handhaving van de staatssteunregels bestaande knelpunten adresseert. Van Slooten spreekt in zijn commentaar op het wetsvoorstel beeldend van een 'te kleine pleister op een veel grotere wonde'.[14] Het loont dan ook moeite om in te gaan op de vraag welke concrete problemen bij de handhaving van de staatssteunregels op nationaal niveau de Nederlandse regering in Wts 2008 heeft willen adresseren en welke buiten beeld zijn gebleven.

12 Memorie van toelichting bij consultatieversie Wts 2016, p. 2.
13 Bijv. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 63; Adriaanse en Den Ouden 2008, onder par. 7. Terughoudender: Van Slooten 2008b, onder par. 7.
14 Van Slooten 2008a en Van Slooten 2008b.

8.2.2.1 Terugvorderingsgrondslagen voor onrechtmatige steun

Het overduidelijk belangrijkste knelpunt dat de regering in Wts 2008 heeft willen redresseren is de afwezigheid van een terugvorderingsgrondslag voor staatssteun en de daarover genoten rente. Dit blijkt niet alleen uit de naam van het wetsvoorstel 'terugvordering staatssteun', maar ook uit de memorie van toelichting[15] en natuurlijk uit de voorgestelde bepalingen zelf. De kern van het wetsvoorstel bestaat uit de introductie van specifieke bevoegdheidsgrondslagen in het BW, de Awb en de AWR om terugvordering van steun en rente mogelijk te maken.

Hoe zijn deze terugvorderingsgrondslagen precies vormgegeven? In het BW is een artikel 6:212a voorgesteld op grond waarvan 'een rechtspersoon die, of een lichaam dat steun als bedoeld in artikel [107 lid 1 VWEU] heeft verstrekt, jegens de begunstigde gerechtigd [is] tot terugvordering of ongedaanmaking van de steun'. Met de termen 'terugvordering' en 'ongedaanmaking' is volgens de memorie van toelichting aangesloten bij de terminologie van de regeling voor onverschuldigde betaling in artikel 6:203 BW en de regeling voor de ontbinding van overeenkomsten in de artikelen 6:24 BW en 6:271 BW.[16]

Interessant hieraan is vooral dat met deze terminologie een brug tussen het Nederlandse en het Europese recht moet worden geslagen. De verwijzing naar het begrip 'terugvordering' past namelijk enerzijds niet naadloos in het systeem van het BW. Dat begrip in artikel 6:203 BW ziet in beginsel op de teruggave van een zonder rechtsgrond gegeven goed – en heeft dus op het oog een beperkter bereik dan de in het Unierecht bedoelde terugvordering van steun.[17] Anderzijds werkt het begrip ook weer verhelderend omdat het overeenkomt met de in de Europese jurisprudentie en regelgeving gehanteerde terminologie. Het begrip 'ongedaanmaking' mag voor een staatssteunjurist niet onmiddellijk een licht doen opgaan,[18] maar heeft als voordeel dat zijn strekking (het zo veel mogelijk herstellen van de voormalige toestand)[19] in beginsel ruim genoeg is om het staatssteunrechtelijke begrip 'terugvordering' te dekken. Met de keuze voor de begrippen 'terugvordering' en 'ongedaanmaking' kunnen daarnaast lastige discussies over nietigheid, partiële nietigheid en conversie, zoals zij nu gevoerd moeten worden, achterwege blijven. Gezien

---

15 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 1. Vgl. Adriaanse en Den Ouden 2008, onder par. 4.1.

16 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 9 en p. 16.

17 Vergelijk ook de terminologie in art. 7:39 BW. Zo'n vaart loopt het ook weer niet, nu blijkt dat de begrippen 'terugvordering' en 'ongedaanmaking' in de literatuur niet scherp van elkaar worden onderscheiden en gemakkelijk genoeg als synoniem worden gebruikt. Bijv.: Scheltema 2012 (Groene Serie Verbintenissenrecht), aant. 18; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-I*), aant. 188.

18 Tijdens het LEGSA symposium 'Nut en noodzaak van het wetsvoorstel terugvordering staatssteun' is op het gebruik van het begrip 'ongedaanmaking' kritiek geuit omdat de strekking daarvan onvoldoende duidelijk zou zijn. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 60.

19 Scheltema 2012 (Groene Serie Verbintenissenrecht), aant. 17.

de in hoofdstuk 7 besproken problemen bij het bepalen van het 'onverbrekelijk verband' in de zin van artikel 3:41 BW is dat beslist een gelukkige keuze.[20]

In de Awb is met het voorgestelde artikel 4:80b beoogd om een terugvorderingsgrondslag voor onrechtmatige staatssteun te introduceren. Op grond van deze bepaling 'kan het bestuursorgaan dat de steun heeft verstrekt deze bij de begunstigde terugvorderen' en daartoe zo nodig een eerder genomen beschikking wijzigen of intrekken. In de subsidietitel van de Awb zijn daarnaast aanpassingen voorgesteld ten aanzien van de mogelijkheden om een subsidie lager vast te stellen en de subsidieverlening of -vaststelling in te trekken of te wijzigen (artikelen 4:46, 4:48 en 4:49 Awb). Het terug te vorderen bedrag kan op grond van het voorgestelde derde lid van artikel 4:80b Awb bij dwangbevel worden ingevorderd. Hiermee zouden de betreffende bepalingen van de geldschuldentitel in de Awb (schriftelijke aanmaning en aanmaningskosten) op de invordering van terug te vorderen staatssteun van toepassing zijn.[21] Op grond van het voorgestelde vierde lid zijn enkele bepalingen van de geldschuldentitel – die destijds nog niet (volledig) in werking was getreden – echter expliciet buiten toepassing verklaard.[22]

Een overbodige luxe is dit alles niet. Uit hoofdstuk 7 is weliswaar gebleken dat het ontbreken van een specifieke terugvorderingsgrondslag voor een deel al door het bestaande bestuursrecht kan worden opgevangen.[23] Zelfs dan verdient een expliciete terugvorderingsgrondslag in het Nederlandse recht echter vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur. De mogelijkheid dat staatssteun wordt teruggevorderd zou daarmee voor alle betrokkenen op grond van het nationale recht kenbaar zijn en niet uit (de jurisprudentie over) een bepaling uit het VWEU hoeven te worden afgeleid.[24] Daar komt bij dat het bestaande bestuursrecht voor het ontbreken van een expliciete grondslag, zelfs wanneer dat recht ruim wordt uitgelegd, zeker geen volledige oplossing biedt. Nog los van de (in de volgende paragraaf te bespreken) problematiek rond de terugvordering van rente in het Nederlands bestuursrecht, valt het zeer te betwijfelen dat onrechtmatige steun naar huidig recht kan worden teruggevorderd wanneer deze ten gunste is gekomen van een ander dan de

20 Zie in hoofdstuk 7 § 7.4.1.2.

21 Vgl. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (*MvT*), p. 11.

22 In de memorie van toelichting is deze keuze toegelicht. De terugvordering zou in belangrijke mate door het Unierecht worden genormeerd, waardoor nationale bepalingen die daarmee op gespannen voet staan (zoals de bedoelde bepalingen uit de geldschuldentitel) moeten wijken. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (*MvT*), p. 20.

23 Voor de mogelijkheden binnen de subsidietitel van de Awb en bijzondere wetgeving, zie hoofdstuk 7, § 7.3.1.1. Ook is het binnen bepaalde grenzen mogelijk gebleken om de nationale terugvorderingsbevoegdheid op de rechtstreekse werking van art. 108 lid 3 VWEU te baseren. Zie hoofdstuk 7, § 7.3.1.2 en 7.3.1.3.

24 Metselaar en Adriaanse 2011, p. 61. Te wijzen valt ook op de door Van den Brink en Den Ouden 2014, p. 81 geuite zorg dat vermeende Unierechtelijke verplichtingen worden opgerekt, discutabel zijn of helemaal niet blijken te bestaan.

geadresseerde van het steunverlenende besluit.[25] De zaak *Zorg en Zekerheid* heeft daarin geen verandering gebracht.[26] De in Wts 2008 voorgestelde terugvorderingsgrondslag in de Awb is dan in ieder geval nodig om een terugvorderingsbesluit te kunnen richten tot derde-begunstigden.[27]

Wanneer de steun bestaat uit vermindering van belasting, volgt uit lid 5 van het voorgestelde artikel 4:80b Awb dat de terugvordering plaatsvindt met toepassing van de AWR en de Invorderingswet 1990. Met dat doel zijn ook een aantal wijzigingen in de AWR voorgesteld. Belangrijk in deze context is vooral de wijziging van artikel 16 AWR, dat navordering mogelijk maakt in geval van directe belastingen. Voor navordering is in beginsel vereist dat sprake is van een nieuw feit. Dat is naar huidig recht problematisch omdat wordt aangenomen dat de omstandigheid dat een fiscale maatregel onrechtmatige staatssteun blijkt op te leveren, niet als een nieuw feit kwalificeert.[28] Daarom is in Wts 2008 een toevoeging aan het tweede lid van artikel 16 AWR voorgesteld, op grond waarvan navordering ook zonder nieuw feit kan plaatsvinden wanneer onrechtmatige staatssteun met toepassing van artikel 4:80b Awb moet worden teruggevorderd. Is sprake van indirecte belastingen, dan kan de terugvordering plaatsvinden via de naheffing van artikel 20 AWR.

Of deze aanpassingen in de AWR voldoende zijn om de terugvordering van fiscale steun in alle gevallen mogelijk te maken, is in de literatuur betwijfeld. Van Slooten merkt bijvoorbeeld op dat het wetsvoorstel eraan voorbijgaat dat onrechtmatige steun onder omstandigheden ook besloten kan liggen in (regels over) belastingen geheven bij wege van uitnodiging tot betaling (UTB). Voor de terugvordering van dergelijke belastingen bieden volgens hem noch het huidige recht, noch het wetsvoorstel ruimte.[29] Daarnaast is aan de orde gesteld dat betwijfeld kan worden of met de verwijzing naar 'steun die bestaat uit vermindering van belasting' in het voorgestelde artikel 4:80b lid 5 Awb, alle vormen van fiscale steun zijn gedekt.[30] Een ander belangrijk vraagpunt bij de voorgestelde regeling over de terugvordering van onrechtmatige staatssteun in de AWR is hoe de terugvordering doorwerkt op belastingheffing over andere jaren.[31] Zo bestaat binnen het belastingrecht de mogelijkheid om schommelingen in de belastinggrondslag te verzachten door de in het ene jaar geleden verlies te verrekenen met de winst in bepaalde andere jaren.[32] De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs heeft daarom voorgesteld om in

25 Deze problematiek werd in Nederland na een terugvorderingsbesluit van de Commissie naar aanleiding van in strijd met het staatssteunrecht aan pompstationhouders verstrekte tegemoetkomingen. Zie daarover nader: Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 3.3.1.
26 Zie daarover in hoofdstuk 7 § 7.3.1.4.
27 Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.4.
28 Van Slooten 2008a, onder 2.4.2. Impliciet: *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 21.
29 Van Slooten 2008b, onder 6.
30 Brief van de NOB 2008, p. 2.
31 Idem, p. 3; Van Slooten 2008a, m.n. onder 3.2.3.
32 Zie bijv. Bouwman en Boer 2015, onder 12.1.

het wetsvoorstel een bepaling op te nemen die de Belastingdienst verplicht om in beginsel gelijktijdig met de formalisering van een terugvorderingsactie, de corresponderende aanpassingen over andere jaren of hetzelfde jaar eveneens te formaliseren door middel van één of meer passende besluiten en/of beschikkingen.[33]

In aanvulling op deze bespreking van de afzonderlijke terugvorderingsgrondslagen op basis van het wetsvoorstel Wts 2008 verdienen drie meer overkoepelende opmerkingen de aandacht. Ten eerste valt het op dat de terugvorderingsbevoegdheid in de verschillende wetten facultatief geredigeerd is. In de literatuur en reactie van de Raad van State is die keuze van de regering terecht stevig bekritiseerd.[34] Het Unierecht mag dan wel (zeer beperkte) uitzonderingen kennen op de hoofdregel dat onrechtmatig verleende steun met rente moet worden teruggevorderd, ruimte voor een vrije keuze om al dan niet terug te vorderen bestaat er zeker niet.[35] Op deze facultatieve redigering wordt hierna in § 8.2.3 nog verder ingegaan. Ten tweede is de vraag gesteld of de relatie tussen het faillissementsrecht en het staatssteunrecht in het wetsvoorstel wel voldoende aan de orde is gesteld.[36] Ten derde roept het wetsvoorstel de vraag op in hoeverre derde-belanghebbenden de mogelijkheid hebben om af te dwingen dat van de geïntroduceerde terugvorderingsbevoegdheden daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt. In reacties op het wetsvoorstel wordt aangenomen dat de voorgestelde wijzigingen de rechter geen nieuwe handvatten bieden om voor de daadwerkelijke en onverwijlde terugvordering van steun zorg te dragen, nu de in het wetsvoorstel opgenomen bevoegdheden zijn gericht tot de steunverlenende overheid.[37] Het valt echter te betogen dat een justitiabele in het licht van artikel 3:296 BW bij de burgerlijke rechter kan vorderen dat een rechtspersoon of lichaam wordt veroordeeld tot het op grond van artikel 6:212a BW terugvorderen of ongedaanmaking van de onrechtmatige steun. Op dezelfde manier kan een justitiabele erop proberen aan te sturen dat de bestuursrechter op basis van artikel 8:72 lid 4 Awb het bestuur de opdracht geeft om een besluit te nemen in de zin van artikel 4:80b Awb.[38]

33 Brief van de NOB 2008, p. 3. Van Slooten 2008a, onder 3.5, heeft daarnaast opgemerkt dat het wetsvoorstel ook zou moeten voorzien in de situatie waarin als onrechtmatig beoordeelde en vervolgens op grond van de nieuwe terugvorderingsgrondslag teruggevorderde steun alsnog met de interne markt verenigbaar wordt verklaard. Nu het Unierecht toelaat dat de steun daarna alsnog wordt verleend, pleit hij voor een regeling die de verlening mogelijk maakt van steunmaatregelen die eerder werden ingetrokken.

34 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 4, p. 2; Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 5.2; Metselaar en Adriaanse 2011, p. 58.

35 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.5.1.

36 Metselaar en Adriaanse 2011, p. 58.

37 Idem, p. 60.

38 Ook hier gelden echter de in hoofdstuk 7, § 7.2.3 aangegeven beperkingen.

8.2.2.2 Terugvorderingsgrondslagen voor rente

In hoofdstuk 7 is gebleken dat de huidige wetgeving in gevallen van onrechtmatige staatssteun het meest evident tekort schiet waar het de terugvordering van de over de steun genoten rente betreft. Voor de terugvordering van rente over de gehele periode van begunstiging en conform de door de Commissie gehanteerde rentevoet bestaat in Nederland gezien de huidige regelgeving en rechtspraak geen mogelijkheid.[39] Met het Wts 2008 is beoogd om in die situatie verandering te brengen. Zodoende is voorgesteld om aan artikel 6:119 BW een nieuw lid toe te voegen dat een met het staatssteunrecht conforme regeling voor de betaling van rente inhoudt. In de AWR is een nieuw artikel 30l voorgesteld, waarin wordt bepaald dat bij terugvordering van staatssteun rente wordt berekend overeenkomstig artikel 4:80b lid 2 Awb. Het voorgestelde artikel 4:80b lid 2 Awb, dat uiteraard ook in het algemene bestuursrecht toepassing vindt, bepaalt dat bij de beschikking tot terugvordering rente wordt gevorderd die wordt berekend overeenkomstig de relevante regels in de Procedureverordening.

Vooropgesteld mag worden dat deze bepalingen essentieel zijn om aan het Europese staatssteunrecht op de juiste wijze uitvoering te kunnen geven. Dat in de Awb een 'eigen' bevoegdheid voor de terugvordering van rente is voorgesteld, valt te zien als een gelukkige keuze omdat daarmee geen noodzaak meer bestaat om naast de bestuursrechtelijke procedure ook een privaatrechtelijke procedure te volgen.[40] Wel geldt dat het wetsvoorstel geen rekening heeft kunnen houden met een belangrijke ontwikkeling die zich kort na zijn introductie heeft voortgedaan in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. In de literatuur is in dat licht terecht bekritiseerd dat de terugvordering van rente in het wetsvoorstel noodzakelijkerwijs wordt gekoppeld aan de terugvordering van het steunbedrag.[41] Inmiddels is namelijk duidelijk dat in gevallen waarin een steunmaatregel in strijd met de standstillbepaling is uitgevoerd maar sindsdien door de Commissie al als verenigbaar met de interne markt is bevonden, enkel de over de steun genoten rente hoeft te worden teruggevorderd.[42] In lijn met de jurisprudentie van het Hof zou het wetsvoorstel dus ook moeten voorzien in de mogelijkheid van een aparte rentevordering.[43]

---

39 Vgl. in hoofdstuk 7 § 7.4.1.6. De daar besproken zaak *Spaansen* lijkt in een andere richting te wijzen, maar voorlopig kan worden betwijfeld dat de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland in deze zaak principieel is bedoeld.

40 Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.4.

41 Idem, onder 5.2.

42 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), *dictum*.

43 Het is eventueel nog mogelijk, hoewel niet wenselijk, om de aparte rentevordering in te lezen in het begrip 'ongedaanmaking' in het voorgestelde artikel 6:212a BW. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 58.

8.2.2.3 *Voorwaarden voor terugvordering: een Commissiebesluit of onherroepelijke rechterlijke uitspraak*

Zoals gezegd is het wetsvoorstel Wts 2008 oorspronkelijk voornamelijk ingestoken vanuit de noodzaak om terugvorderingsbesluiten van de Commissie te kunnen uitvoeren. De aandacht voor de rol van de Nederlandse rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht, op grond van de rechtstreekse werking van artikel 108 lid 3 VWEU, is dan ook karig. In de oorspronkelijk aan de Raad van State voorgelegde versie van het wetsvoorstel bleef de rol van de nationale rechter op grond van de rechtstreekse werking van de standstillbepaling zelfs volledig buiten beeld.[44] In de sindsdien gewijzigde versie van het voorstel gelden de terugvorderingsgrondslagen voor de situatie dat sprake is van een terugvorderingsbesluit van de Commissie of een onherroepelijke rechterlijke uitspraak.

Dat een terugvorderingsgrondslag wordt geïntroduceerd voor gevallen waarin de Commissie terugvordering gelast, is logisch. In het licht van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Deutsche Lufthansa* is op dit punt echter nog een verruiming nodig. In deze zaak heeft het Hof immers geoordeeld dat de nationale rechter vanaf het moment dat de Commissie ten aanzien van een niet-aangemelde steunmaatregel de formele onderzoeksprocedure opent, de nodige maatregelen moet nemen. Daaronder vallen de opschorting en terugvordering van al verrichte betalingen, en eventueel het treffen van voorlopige maatregelen ter bescherming van de belangen de betrokken partijen.[45] Hiervoor bestaan in het wetsvoorstel Wts 2008 logischerwijs nog geen mogelijkheden. Dat geldt overigens ook voor de consultatieversie Wts 2016. Wellicht dat de specifieke invulling van de bedoelde nodige maatregelen ook nog te onduidelijk is om bij wet te (moeten willen) regelen.

De eis in het Wts 2008 dat sprake is van een *onherroepelijke* rechterlijke uitspraak betekent dat, wanneer een Nederlandse rechter oordeelt dat onrechtmatige staatssteun is verleend en moet worden teruggevorderd, deze terugvordering onder het wetsvoorstel niet kan plaatsvinden zo lang ruimte bestaat om het rechterlijk oordeel in rechte aan te vechten.[46] Van de onmiddellijke bescherming van justitiabelen op grond van de rechtstreekse werking van de

---

44 De regeling voor situaties waarin de nationale recht tot terugvordering van staatssteun beslist is op advies van de Raad van State toegevoegd. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 4, p. 2. Van Slooten 2008a, onder 3.1.1, meent dat de rechtstreekse werking van het Unierecht met zich zou brengen dat de regeling ook zonder verwijzing naar de Nederlandse rechter desondanks zou moeten worden toegepast wanneer een schending van de standstillbepaling in een rechterlijke uitspraak is vastgesteld.

45 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*). Zie nader in hoofdstuk 6 § 6.2.1.

46 Het ligt in de rede dat het uitlokken van een Commissiebesluit in zulke gevallen voor belanghebbende justitiabelen de aantrekkelijkere optie kan zijn. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 58.

opschortingsplicht blijft zodoende weinig over; in het ergste geval zullen zij jaren moeten wachten (en procederen) voordat de door de onrechtmatige staatssteun veroorzaakte mededingingsvervalsing kan worden geremedieerd. In wezen is dat een verslechtering ten opzichte van de huidige situatie, waarin op zijn minst in theorie onmiddellijk (zij het dan soms maar gedeeltelijk) rechtsbescherming mogelijk is. Met deze beperking maakt het wetsvoorstel Wts 2008 het dus nauwelijks makkelijker om via de rechter af te dwingen dat aan schendingen van de standstillbepaling de daaraan volgens het Hof van Justitie te koppelen gevolgen worden verbonden.[47]

De vraag of aan bepaalde formele vereisten (zoals het bestaan van een Commissiebesluit of een *onherroepelijke* rechterlijke uitspraak) moet zijn voldaan voordat een terugvorderingsbevoegdheid bestaat, blijkt in meerdere Europese landen relevant. In een aantal lidstaten, zoals Tsjechië en Frankrijk, is een wettelijke terugvorderingsgrondslag geregeld in de gevallen waarin de Commissie een terugvorderingsbesluit heeft genomen.[48] Dat blijkt ook de insteek te zijn van de consultatieversie van Wts 2016. Met de eis dat sprake is van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak gaat het wetsvoorstel Wts 2008 op bepaalde punten dus alsnog verder dan elders nodig lijkt te worden geacht.

Een mogelijk interessante oplossing voor de spanning tussen de wens om onmiddellijke rechtsbescherming te verlenen en de wens om te wachten op een onherroepelijke rechterlijke uitspraak volgt wellicht uit de Zweedse staatssteunwet uit 2013. In de artikelen 8 en 9 van die wet wordt bepaald dat onmiddellijke terugbetaling van de steun aan de provincie Stockholm kan worden gelast. Wanneer de beslissing over de terugbetaling van de steun definitief wordt, betaalt de provinciale overheid het bedrag vermeerderd met rente aan de steunverlener voor zover de vordering is toegewezen en aan de verweerder voor zover de vordering is afgewezen.[49]

8.2.2.4 Terugvorderen uit eigen beweging?

Zojuist is kritiek geuit op de beperking van de in het Wts 2008 bedoelde terugvorderingsgrondslag tot situaties waarin sprake is van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak. Een interessante vervolgvraag is of een terugvorderingsgrondslag niet ook wenselijk is zonder dat daar een Commissiebesluit of een

47 Vgl. Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 5.2.

48 Art. L.1511-1-1 Code géneral des collectivités territoriales (Frankrijk); § 7 Zákon ze dne 2. Dubna 2004 o úpravě některých vztahů v oblasti veřejné podpory a o změně zákona o podpoře (Tsjechië). Dit was tot recent ook het geval in Roemenië, hoewel inmiddels de wet is gewijzigd: Legea 20/2015 pentru aprobarea OUG 77/2014 privind procedurile nationale in domeniul ajutorului de stat, precum si pentru modificarea si completarea Legii concurentei nr. 21/1996. Bij gebrek aan een dergelijk Commissiebesluit moesten Roemeense rechters hun bevoegdheid om rechtsbescherming te bieden afleiden uit de rechtstreekse werking van de standstillbepaling. Jurcovan 2013, p. 35.

49 Lag (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens stasstödsregler ('over de toepassing van de EU-staatssteunregels).

rechterlijke uitspraak aan vooraf gaat. Te denken valt dan aan de situatie, zoals deze onder meer bestond in de in hoofdstuk 7 besproken zaak *Zorg en Zekerheid*,[50] waarin een overheidsorgaan zelf tot het oordeel komt dat een steunmaatregel is verstrekt in strijd met het Unierecht en daaraan de nodige consequenties wil verbinden.[51] Zoals in hoofdstuk 4 van dit onderzoek aan de orde is gekomen, ligt het immers in de rede dat een steunverlener op grond van het loyaliteitsbeginsel van artikel 4 lid 3 VEU verplicht kan zijn om op een schending van de standstillbepaling terug te komen.[52]

Uit de wetsgeschiedenis bij het Wts 2008 blijkt dat de regering ervoor terugdeinst om bestuursorganen een ongeclausuleerde mogelijkheid te geven om een begunstigende beschikking zoals een subsidie te weigeren wegens vermeende strijd met de staatssteunregels. Voor een dergelijke mogelijkheid biedt het wetsvoorstel slechts een zeer beperkte opening, en dat pas nadat de Raad van State daartoe had geadviseerd.[53] De voorgestelde uitbreiding van artikel 4:35 in de Awb-subsidietitel verplicht bestuursorganen om een gevraagde subsidie te weigeren 'indien de Commissie […] heeft vastgesteld dat de subsidie onverenigbaar is met de [interne] markt'.[54] Deze weigeringsgrond biedt echter geen soelaas in de situatie waarin een bestuursorgaan zelf meent (of een nationale rechter heeft geoordeeld!) dat de subsidieverstrekking in strijd met de staatssteunregels komt.[55]

> In de consultatieversie van het Wts 2016 is de voorgestelde weigeringsgrond, gezien de ervaring met de zaak *Zorg en Zekerheid*, dan ook ruimer van opzet. Een nieuw derde lid bij artikel 4:35 Awb moet luiden: 'De subsidieverlening wordt voorts geweigerd indien de verstrekking van subsidie naar het oordeel van het bestuursorgaan niet verenigbaar is met het bepaalde in de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.' Met deze beoordelingsvrijheid zal het gemakkelijker zijn voor bestuursorganen om een gevraagde subsidie op staatssteungronden te weigeren dan naar huidige rechtspraak het geval is. Deze benadering verslechtert de rechtspositie van subsidieaanvragers, maar heeft wel tot gevolg dat subsidieverstrekkende bestuursorganen niet bij elke staatssteungevoelige subsidie contact met de Commissie hoeven op te nemen en vermindert het risico dat na uitputting van de subsidiepot (en lang procederen) alsnog een forse subsidie moet worden uitgekeerd.[56]

50 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*).
51 Zie in hoofdstuk 7 § 7.3.1.2.
52 Zie hierover in hoofdstuk 4 § 4.3.3.
53 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 4, p. 2.
54 Wetsvoorstel terugvordering staatssteun 2008, artikel II Aa.
55 Kritisch: Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.4 en onder 5.2. Vergelijkbare kritiek is ook mogelijk op de voorgestelde uitbreiding van artikel 4:15 Awb, t.a.v. de opschorting van de termijn tot het geven van de gevraagde beschikking.
56 Zie over deze discussie hoofdstuk 5 § 5.5.4.1 en 5.5.4.3 en daar aangehaalde literatuur.

Ook de in het wetsvoorstel geïntroduceerde en verstrekkendere bevoegdheid om een subsidieverlening of -vaststelling in te trekken of te wijzigen staat niet open in gevallen waarin een bestuursorgaan zelf van oordeel is dat de standstillbepaling is geschonden.[57] Daarvoor is op grond van het voorgestelde artikel 4:80b Awb nu juist een Commissiebesluit of een onherroepelijke rechterlijke uitspraak vereist. Dit betekent dat een bestuursorgaan, bij gebrek aan een Commissiebesluit of een onherroepelijke rechterlijke uitspraak, waar nodig niet zonder meer tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun kan overgaan – en een belanghebbende derde daar ook niet om kan verzoeken. Dat gezegd hebbende: de regering toont zich er wel degelijk van bewust dat uit andere regelgeving voor bestuursorganen (zoals bijvoorbeeld subsidie-(kader)wetten) wél een zelfstandige terugvorderingsgrondslag kan volgen. Interessant is dat de regering ervan lijkt uit te gaan dat de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid zonder voorafgaand overleg met de Commissie onwenselijk is. Op zijn minst zou het subsidieverstrekkende bestuursorgaan, aldus de memorie van toelichting, overleg moeten voeren met de Commissie 'om te bezien of de zaak valt te repareren.'[58] Deze opvatting is in de latere (en in hoofdstuk 5 bekritiseerde) rechtspraak van de Afdeling in de zaak *Ridderstee Holiday* in iets andere vorm teruggekomen. In de consultatieversie Wts 2016 lijkt van deze benadering afstand te zijn gedaan.[59]

8.2.2.5 Bepalingen over termijnen

Uit studies die bij de voorbereiding van het wetsvoorstel Wts 2008 zijn betrokken is naar voren gekomen dat bepaalde in Nederland geldende termijnen aan de uitvoering van een terugvorderingsbesluit van de Commissie in de weg kunnen staan.[60] Daarom is in het Wts 2008 voorgesteld om de verjaringstermijnen in het BW, de Awb en de AWR in gevallen van door de wet geregelde terugvorderingshandelingen buiten toepassing te verklaren.[61] Strikt noodzakelijk was dit niet, nu de Nederlandse rechter verjaringstermijnen sowieso buiten toepassing moet laten als toepassing daarvan in de weg zou staan aan de uitvoering van rechtstreeks werkend Europees recht.[62] Dat neemt niet weg

57 Wetsvoorstel terugvordering staatssteun 2008, artikel I B-D. Vgl. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 58.

58 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 13. Zie hierover ook de door de leden van de VVD-fractie gestelde vraag in *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 5, p. 6.

59 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*). Zie nader in hoofdstuk 5, § 5.5.4.2 en § 5.5.4.3.

60 Zie voor de verwijzingen *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 2.

61 Op grond van het voorgestelde art. 6:212a BW blijven de artt. 3:306 t/m 3:326 BW buiten toepassing. Daarnaast wordt voorgesteld om de verjaringstermijn van art. 4:57 lid 4 Awb buiten toepassing te laten. Ook de verjaringsregeling van de geldschuldentitel van de Awb blijft buiten toepassing, op grond van art. 4:80b lid 4 Awb. Nieuwe leden in de artt. 16 en 20 AWR hebben een vergelijkbare strekking.

62 Dit vloeit voort uit het voorrangsbeginsel. Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.1.2.

dat het ten behoeve van de rechtszekerheid gunstig is dat de gevolgen van een terugvorderingsplicht op de geldende verjaringstermijnen in het Nederlandse recht worden verankerd.

Dat de Nederlandse verjaringstermijnen ten behoeve van de terugvordering van staatssteun in het Wts 2008 helemaal buiten toepassing zijn gelaten, is niet geheel zonder kritiek gebleven.

> Zo achtte de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs het wenselijk om de verjaringstermijnen wel op te rekken, maar niet volledig 'af te schrijven'. Zij wees daartoe op de mogelijkheid om een bepaling op te nemen op grond waarvan de fiscus binnen drie jaar nadat het terugvorderingsbesluit van de Commissie onherroepelijk is geworden, de terugvordering zou moeten formaliseren in een beschikking of besluit.[63] Dit voorstel is aantrekkelijk omdat het tegemoet komt aan de rechtszekerheid van begunstigden, en zelfs kan bijdragen aan de spoedige uitvoering van een terugvorderingsbesluit van de Commissie. Toch is het nog maar de vraag of het Unierecht een dergelijke beperking toelaat.[64] Ten eerste valt niet uit te sluiten dat zelfs een termijn van drie jaar te kort kan zijn, nu het op grond van een terugvorderingsbesluit niet altijd van meet af aan duidelijk is bij wie onrechtmatige steun moet worden teruggevorderd.[65] Belangrijker nog is dat een dergelijke regeling de Nederlandse overheid de mogelijkheid zou geven om zich aan zijn terugvorderingsplicht te onttrekken door het nemen van een besluit uit te stellen, waarna de begunstigde zich op de nationale verjaringstermijnen kan beroepen. Uitstel zou dan afstel legitimeren, zeker als aan het laten verstrijken van de termijn van drie jaar geen effectieve sancties verbonden zouden zijn. Het laten verstrijken van een termijn strookt niet met de situaties waarin een lidstaat zich mag beroepen op de absolute onmogelijkheid om een terugvorderingsbesluit ten uitvoer te leggen.[66] Naar alle waarschijnlijkheid zou een nationale rechter een dergelijke bepaling dus alsnog buiten toepassing moeten laten. Met de door de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs voorgestelde regeling zou dan hooguit een schijnzekerheid worden gecreëerd.

Of de normale verjaringstermijnen ook buiten toepassing moeten blijven wanneer een terugvorderingshandeling een gevolg is van een rechterlijke uitspraak, zoals het Wts 2008 voorschrijft, is overigens nog niet zo evident. Het is namelijk geen uitgemaakte zaak dat de in de Procedureverordening op te schorten termijn van tien jaar, die geldt voor de Commissie, ook in nationale procedures over de terugvordering van staatssteun (analoog) heeft te gelden.[67] Daarbij geldt uiteraard wel dat elke toepassing van een nationale

63 Brief van de NOB 2008, p. 2. Een enigszins vergelijkbare regeling valt te herkennen in Slowakije. Zie daarover Papazova en Thyri 2011, p. 413.

64 Vgl. Van Slooten 2008b, onder 5.1.

65 Zie daarover in hoofdstuk 2 § 2.5.3.2 en § 2.6.2. Dat dit tot lange en ingewikkelde procedures kan leiden, blijkt onder meer uit de Italiaanse zaak HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset SpA*).

66 Zie daarover in hoofdstuk 2 § 2.5.3.3.

67 Zie daarover in hoofdstuk 2 § 2.6.5.1.

verjaringstermijn bij de uitvoering van het Unierecht moet voldoen aan de beginselen van doeltreffendheid, gelijkwaardigheid en effectieve rechtsbescherming. Als de eis dat sprake is van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak betekent dat aan die uitspraak, na jaren procederen, door het verstrijken van een verjaringstermijn geen gevolg kan worden gegeven, dan zal het toepassen van die termijn de *effet utile* van de staatssteunregels ondermijnen. In die situatie ligt het wel voor de hand dat een verjaringstermijn buiten toepassing blijft.

> In het Wts 2008 zijn geen aanpassingen voorgesteld voor de termijn waarbinnen justitiabelen de mogelijkheid hebben om de rechtmatigheid van een vermeende steunmaatregel aan de kaak te stellen. Dat zou vooral in het algemene bestuurs- en belastingrecht interessant zijn, nu daar naar Nederlands recht korte bezwaartermijnen gelden. Wie na het verstrijken van deze termijnen tegen een besluit wil opkomen, wordt in beginsel geconfronteerd met de onaantastbaarheid van dat besluit.[68] In deze hoofdregel en de daarbij horende termijnen brengt het wetsvoorstel geen verandering. Dat is ook niet per se nodig. Het Unierecht verzet zich immers niet in absolute zin tegen de plicht om binnen een bepaalde termijn tegen een vermeend in strijd met het Unierecht genomen maatregel op te komen.[69] Zou het wetsvoorstel op dit punt aanpassingen hebben voorgesteld, dan zou het hiermee dus verder zijn gegaan dan het Unierecht eist. Daarnaast heeft het verrichte jurisprudentieonderzoek geen harde aanknopingspunten gevonden voor een constatering dat de in het bestuurs- en belastingrecht geldende bezwaartermijnen de effectieve mogelijkheid om de bescherming van de opschortingsplicht in te roepen zouden ondermijnen.[70]

Het buiten toepassing laten van de Nederlandse verjaringstermijnen kan betekenis hebben voor de plicht om bepaalde administratie en de daarbij behorende bescheiden te bewaren. Deze bewaarplicht (artikel 2:10 lid 3 BW, artikel 4:69 lid 2 Awb en artikel 52 lid 4 AWR) geldt naar huidig recht gedurende een termijn van zeven jaar.[71] Zo lang de bewaartermijn korter is dan de verjaringstermijn, bestaat de mogelijkheid dat onrechtmatige staatssteun moet worden teruggevorderd wanneer de daarvoor relevante stukken al zijn vernietigd. Toch heeft de regering in het Wts 2008 onvoldoende noodzaak gezien om de bewaartermijn van zeven jaar te verlengen. De daarmee gepaard gaande

68 Zie over de (on)aantastbaarheid van bestuursrechtelijke besluiten het uitgebreide proefschriftonderzoek van Ortlep 2011.

69 Vgl. in hoofdstuk 2 § 2.6.1.4.

70 Deze problematiek is in dit onderzoek (mede vanwege het ontbreken van harde aanknopingspunten in de bestudeerde jurisprudentie) hoe dan ook niet specifiek onderzocht, zoals toegelicht in hoofdstuk 4, § 4.1.1. Zie wel: CBb 20 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:93 (*Wrakingsverzoek Stichting Rivierduinen*). Te wijzen valt ook op ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378 (*Edufax*), *AB* 2013, 264, m.nt. W. den Ouden.

71 Deze termijn is op enig moment gezien de daarbij behorende administratieve lasten teruggebracht van tien jaar. *Kamerstukken II* 2007/08, 418, nr. 3 (MvT), p. 10.

verzwaring van de administratieve lasten zou namelijk niet in verhouding staan tot de mogelijkheid dat de administratie op een later moment nog ten behoeve van een terugvorderingsactie nodig is.[72]

Over deze keuze hebben de leden van een aantal politieke partijen zorgen geuit, nu juridische en praktische problemen kunnen ontstaan wanneer de terugvordering moet plaatsvinden wanneer de bewaartermijn al is verstreken.[73] Dit kan problematisch zijn voor de uitvoering van het terugvorderingsbesluit, bijvoorbeeld wanneer de administratie nodig is om de onrechtmatige steun te kwantificeren, maar ook voor de bescherming van de begunstigde, die met behulp van bepaalde bescheiden bijvoorbeeld had kunnen proberen aan te tonen dat het terug te vorderen steunbedrag in zijn geval lager moet uitvallen dan berekend door de Commissie of door de steunverlenende overheid.[74] Ook in de literatuur zijn dergelijke zorgen geuit. Voorgesteld is om de bewaartermijn met het oog op een zinvolle afwikkeling van eventuele terugvorderingsacties te verlengen, in combinatie met een wettelijke verplichting van de nationale autoriteiten om belanghebbende in het vroegste stadium op de hoogte te stellen van de (mogelijkheid van) terugvordering.[75] In de consultatieversie van Wts 2016 lijken de geuite zorgen ter harte te zijn genomen. Het daar voorgestelde artikel 4 bepaalt:

> 'Een begunstigde die de op de verstrekking van staatssteun betrekking hebbende of met die verstrekking samenhangende informatie niet gedurende de termijn, bedoeld in artikel 17, eerste en tweede lid, van de procedureverordening heeft bewaard, kan zich niet beroepen op krachtens Nederlands recht geldende verjarings-, bezwaar- of vernietigingstermijnen, tenzij hij aannemelijk maakt dat hij niet wist of behoorde te weten begunstigde te zijn.'

Of deze beperking alleen geldt voor de in de wet geregelde situatie waarin naar aanleiding van een terugvorderingsbesluit van de Commissie wordt teruggevorderd of ook een bredere strekking heeft, wordt niet geheel duidelijk.

8.2.2.6 Bepalingen over andere gevolgen van schendingen van het staatssteunrecht?

Dat het wetsvoorstel Wts 2008 zich richt op het scheppen van terugvorderingsgrondslagen in gevallen van onrechtmatige steun, betekent dat maar een deel van de gevolgen die op grond van de Europeesrechtelijke jurisprudentie aan een schending van de standstillbepaling moet worden verbonden, wettelijk

72 Idem.
73 *Kamerstukken II* 2007/08 31, 418, nr. 5, p. 5-6.
74 Zelfs na een terugvorderingsbesluit van de Commissie is het nog mogelijk dat op basis van de relevante gegevens wordt vastgesteld dat het terug te vorderen steunbedrag nihil is. HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset SpA*), r.o. 35-7.
75 Van Slooten 2008b, onder 4.3.

wordt geregeld.[76] Interessant is met name dat nauwelijks voorzieningen worden getroffen voor de mogelijkheid om de uitkering van steun op te schorten of anderszins te voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt uitgekeerd. Eigenlijk zien alleen de voorgestelde artikelen 4:15 lid 2 sub c Awb en 4:35 lid 3 Awb daarop. Zij kwamen hierboven al even aan de orde in § 8.2.2.4.

Nu het wetsvoorstel voornamelijk een reactie was op de onmogelijkheid om aan een terugvorderingsbesluit van de Commissie daadwerkelijk gevolg te geven, is de gekozen nadruk op de terugvorderingsbevoegdheden logisch. Uit het in hoofdstuk 7 weergegeven jurisprudentieonderzoek is echter gebleken dat, met name in het burgerlijk recht, belangrijke drempels bestaan wanneer justitiabelen juist de uitkering van steun willen voorkomen.[77] Hoewel daarbij ook is opgemerkt dat deze drempels voor een deel het gevolg zijn van in het licht van de kortgedingprocedure moeilijk op te lossen problemen bij de kwalificatie en kwantificatie van steun, is het een gemis dat aan deze problematiek in het wetsvoorstel zo weinig aandacht is besteed.

> De regering had er ook voor kunnen kiezen om regels op te nemen die niet (alleen) zien op de *ex post* handhaving van het staatssteunrecht, maar (ook) op het *ex ante* voorkomen van schendingen van de staatssteunregels. Dit onderwerp valt buiten de onderzochte rol van de rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht en wordt hier verder niet uitgediept. Er kan wel op worden gewezen dat in diverse EU-lidstaten regels zijn getroffen die moeten waarborgen dat overheidsorganen niet doelbewust of onwetend in strijd met de staatssteunregels handelen.[78] Een concreet voorstel in de Nederlandse literatuur, vanuit fiscaalrechtelijke hoek, is om in het wetsvoorstel een regeling op te nemen die de belastinginspecteur verplicht te beoordelen of door hem toegepaste fiscale maatregelen tot staatssteun leiden, en die hem verplicht om de uitkomst van die beoordeling op verzoek aan de belastingplichtige te verstrekken.[79] Regels over het *ex ante* voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt verleend zijn uiteraard ook buiten het belastingrecht denkbaar en bestaan voor een deel al.[80]

---

76 Bij het LEGSA Symposium 'Nut en noodzaak van het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun' zijn overigens mogelijke verdere alternatieven voor de terugvordering aangereikt, zoals het laten splitsen van een onderneming, het tijdelijk laten sluiten van een website en het laten betalen van schadevergoeding door de begunstigde onderneming aan benadeelde concurrenten. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 60.

77 Zie nader in hoofdstuk 7 § 7.4.4.

78 Zie bijvoorbeeld: artt. 4-11 Zakon o spremljanju državnih pomoči (Slowenië); art. 45 Legge 24 dicembre 2012, n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea (GU n.3 del 4-1-2013) (Italië). Vgl. Lagzdina 2010, p. 13-14 (Letland); Kamperis 2010, p. 8 (Cyprus); Papzova en Thyri 2010, p. 581 (Bulgarije); Muñoz de Juan en Panero Rivas 2011, p. 16 (Spanje).

79 Van Slooten 2008b, onder 5.3.

80 Zie voor de wijze waarop in Nederland de melding en kennisgeving van steunmaatregelen wordt geregeld (en hopelijk dus ook schendingen van de staatssteunregels worden voorkomen) de website van Europa Decentraal: <https://www.europadecentraal.nl/onderwerpen/staatssteun/procedures-staatssteun/opvragen-informatie/>.

8.2.2.7 Bepalingen over de toegang tot de rechter?

Met de nadruk van het Wts 2008 op de terugvordering van onrechtmatige staatssteun na een Commissiebesluit of onherroepelijke rechterlijke uitspraak zal het niet verbazen dat geen veranderingen zijn voorgesteld in de Nederlandse regels over het bestaan van een voldoende belang of de toegang tot de rechter. Hetzelfde geldt voor de consultatieversie van Wts 2016.

Zoals in hoofdstuk 4 is uiteengezet valt er echter met name veel voor te zeggen dat voor door onrechtmatige staatssteun geraakte derden een rechtsingang bij de belastingrechter wordt geschapen.[81] Weliswaar kunnen deze derden op grond van de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling nog bij de burgerlijke rechter terecht, zodat hen een rechtsingang niet in absolute zin ontnomen wordt. Desondanks is een wettelijke regeling op dit punt wenselijk, omdat uit de staatssteunrechtelijke jurisprudentie van de afgelopen tien jaar blijkt dat van de mogelijkheid voor concurrenten van ontvangers van fiscale steun om voor de burgerlijke rechter te procederen niet tot nauwelijks gebruik wordt gemaakt.[82] Het gebrek aan een duidelijke rechtsingang is volgens Van Slooten zelfs 'zonder twijfel […] de reden dat in Nederland slechts sporadisch een beroep op de rechtstreekse werking van [artikel 108 lid 3 VWEU] wordt gedaan.'[83] Hij oppert, niet onbegrijpelijk, dat de minister van het scheppen van een dergelijke rechtsingang heeft willen afzien omdat hij op de hoede was voor 'het openen van een doos van Pandora die men met een dergelijke eenduidige regeling zou kunnen opentrekken'.[84] Hoewel het, zoals dat in hoofdstuk 4 ook aan bod is gekomen, zeker belangrijk is dat de rechter de mogelijkheid heeft om zich op een zinvolle manier tegen een stortvloed aan (mogelijk oneigenlijke) staatssteungeschillen te wapenen, valt het echter moeilijk te rechtvaardigen dat aan concurrenten van ontvangers van fiscale steun op deze manier een effectieve rechtsgang wordt onthouden.

8.2.2.8 Bepalingen over de kwalificatie van steun?

Het wetsvoorstel voorziet evenmin in bepalingen die zijn gericht op de vraagstukken rondom de kwalificatie van maatregelen als staatssteun, zoals de toegang tot de nodige informatie of de toe te passen bewijsstandaarden of bewijslastverdeling.[85] Dit verdient opmerking omdat in de afgelopen tien jaren zoals gezegd nauwelijks uitspraken zijn gepubliceerd waarin partijen erin zijn geslaagd om het bestaan van staatssteun in de zin van artikel 107

81 Hoofdstuk 4, § 4.4.1. Vgl., op iets andere gronden, Van Slooten 2008a, onder 3.1.3.
82 Zie de discussie in hoofdstuk 3 § 3.5.6.
83 Van Slooten 2008b, onder 7.
84 Idem.
85 Vgl. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 59. Daar wordt opgemerkt dat dit misschien ook niet mogelijk is, gezien de complexiteit van de te maken (feitelijke) afwegingen. Dergelijke bepalingen zijn ook afwezig in de consultatieversie Wts 2016.

lid 1 VWEU voldoende aannemelijk te maken. Uit deze constatering volgt nog niet dat sprake is van een probleem dat via een wettelijke regeling moet worden opgelost. In hoofdstuk 5 is geconcludeerd dat de relatieve afwezigheid van geslaagde staatssteunberoepen op minimaal vijf manieren te verklaren valt, waarvan slechts twee (het bestaan van informatie-asymmetrie en het hanteren van een te zware toetsingsmaatstaf) evident via een wijziging van (de toepassing van) het toepasselijke recht kunnen worden opgelost. Een harde noodzaak voor optreden van de wetgever blijkt dus niet onomwonden uit het verrichte onderzoek. Dat neemt niet weg dat, zoals tijdens het LEGSA Symposium 'Nut en noodzaak van het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun' is opgemerkt, het van belang is om deze problematiek onder ogen te zien, bijvoorbeeld door daaraan in de memorie van toelichting aandacht te besteden.[86] Nu voor het ontstaan van een terugvorderingsbevoegdheid immers een Commissiebesluit of een rechterlijke uitspraak nodig is, en de kans om een dergelijke rechterlijke uitspraak af te dwingen miniem is, is namelijk terecht geconstateerd dat het wetsvoorstel Wts 2008 voor private handhavingsacties van concurrenten en andere belanghebbenden weinig toegevoegde waarde heeft.[87]

8.2.2.9 Bepalingen over contact met de Commissie?

Een laatste opmerking bij de materiële keuzes van de regering in Wts 2008 is dat geen bepalingen zijn voorgesteld die de in hoofdstuk 6 behandelde communicatie tussen de Nederlandse rechter en de Europese Commissie regelen. Hoewel is gebleken dat de afwezigheid van zulke bepalingen in het huidige Nederlandse recht niet heeft verhinderd dat de rechter toch enkele malen vragen aan de Commissie heeft gesteld, kan het toch waardevol zijn om in het Nederlands recht een expliciete regeling op te nemen die het contact met de Commissie nader invult. Met deze regeling kunnen ook de nodige waarborgen voor hoor en wederhoor van de partijen worden ingebouwd.[88] Voor een dergelijke regeling kan ook buiten Wts 2008 worden gezorgd. Een aantal bevoegdheden van de Commissie op grond van de Procedureverordening, zoals het uitvoeren van controles ter plaatse, heeft namelijk al via de Wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen een regeling gevonden in het Nederlandse recht.[89]

86 Metselaar en Adriaanse 2011, p. 60.
87 Idem, p. 62.
88 Idem. Vgl. Adriaanse en Van Angeren 2010, p. 684. Zie ook in hoofdstuk 6 § 6.2.4.
89 Wet van 27 februari 1997, houdende enige regels ter uitvoering van een aantal EG-verordeningen op het gebied van de mededinging (Wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen).

8.2.3 De keuze om aan te sluiten bij de bestaande rechtsverhouding in Wts 2008

Tot zo ver de inhoudelijke keuzes die door de regering in het wetsvoorstel Wts 2008 zijn gemaakt. Zeer nauw daaraan verbonden en voor dit onderzoek uitermate interessant is een meer conceptuele keuze die de regering bij het schrijven van het wetsvoorstel heeft moeten maken. In het eerste hoofdstuk van dit onderzoek is al uiteengezet dat het niet altijd even evident is hoe de handhaving van het Europese staatssteunrecht op een coherente manier kan worden ingepast in het Nederlandse rechtssysteem. Het staatssteunrecht kan van de overheid, waaronder ook de rechter, vragen om op te treden op een manier die niet goed aansluit bij het hem ter beschikking staande instrumentarium.

Op dit moment werkt de Nederlandse rechter bij de handhaving van het Europese staatssteunrecht met het instrumentarium dat hem door het gewone Nederlandse recht wordt geboden, te weten met name het BW, de Awb en tot op zekere hoogte de AWR. Waar wordt geconstateerd dat dit instrumentarium niet voldoet aan de Unierechtelijk gestelde eisen, kunnen twee principiële keuzes worden gemaakt. Enerzijds kan worden geprobeerd om binnen het BW, de Awb en de AWR de nodige aanpassingen aan te brengen, zoals de regering dat in 2008 ook heeft voorgesteld. Anderzijds kan ervoor worden gekozen om, gezien de *mismatch* tussen het gewone Nederlandse recht en de verplichtingen op grond van de staatssteunregels, een apart wettelijk regime op te tuigen dat specifiek ziet op de handhaving van het staatssteunrecht. Het is al gebleken dat de Nederlandse regering in Wts 2008 heeft gekozen voor de eerste optie: zo veel mogelijk aansluiting bij de bestaande rechtsverhouding en aanpassing van drie grote Nederlandse wetten. Geen apart staatssteunregime dus.

Waarom is dat nu zo interessant voor dit onderzoek? Ten eerste omdat uit deze keuze kan worden afgeleid dat de regering destijds weinig heeft gevoeld voor een systeem van versnipperde wettelijke regimes afhankelijk van de inhoud (de staatssteunregels) en herkomst (het Unierecht) van een geschil. Hoewel het Unierecht een andere benadering en uitkomst van geschillen kan eisen dan soepel in het bestaande recht passen, lijkt de regering op dit punt te hebben gekozen voor een zo uniform mogelijke benadering van het Nederlandse recht.[90] De keuze van de regering is ten tweede interessant omdat daaruit blijkt hoe moeilijk het zelfs voor de wetgever kan zijn om het Unierecht goed in het Nederlandse systeem in te passen. Zelfs met de keuze voor plaatsing van de regels over de terugvordering van staatssteun in de drie grote Nederlandse wetten blijkt het namelijk nog nodig om een aantal kunst-

90 Vgl., in een andere context, Steunenberg en Voermans 2006, p. 20.

grepen toe te passen waarmee recht moet worden gedaan aan de Europese herkomst van de regels, maar waarmee tegelijkertijd verwarring kan ontstaan.

8.2.3.1 Redenen om bij de bestaande rechtsverhouding aan te sluiten

De keuze van de regering om aanpassingen aan te brengen in de grote Nederlandse wetten en niet een aparte 'staatssteunwet' te creëren is ingegeven door een aantal overwegingen. Tot op zekere hoogte zal sprake geweest zijn van 'padafhankelijkheid': het fenomeen waarbij impliciete of expliciete keuzes voortvloeien uit eerder, al dan niet toevallig, gemaakte keuzes of ontstane feitelijke omstandigheden. In de tijd waarin het wetsvoorstel Wts 2008 werd geschreven waren namelijk in een aantal studies problemen gesignaleerd in (delen) van de grote Nederlandse wetten waar het ging om de handhaving van het staatssteunrecht.[91] Ook in de literatuur was tot dusverre vooral aandacht uitgegaan naar mogelijke 'staatssteunrechtelijke' knelpunten in de grote wetten, terwijl invloedrijke artikelen waarin voor een aparte staatssteunwet werd gepleit, achterwege bleven.[92] Tegelijkertijd bleek de grotendeels succesvolle afwikkeling van aan Nederland gerichte terugvorderingsbesluiten van de Commissie tot dusverre – en logischerwijs – te hebben plaatsgevonden volgens het nationale recht en over de band van de bestaande rechtsverhouding.[93] Uit het onderhavige en eerder uitgevoerde onderzoek blijkt ook dat inmiddels een uitgebreide rechtspraak is ontstaan waarin de rechtsverhouding waarbinnen vermeende staatssteun is verleend, bepaalt welke rechter bevoegd en welk recht van toepassing is.[94] Tegen deze achtergrond is er blijkens de memorie van toelichting voor gekozen om door aanpassing van het BW, de Awb en de AWR aan te sluiten bij de aard van de rechtsverhouding waarin de steunmaatregel vorm heeft gekregen. Daarmee zou terugvordering het beste aansluiten op het bestaande rechtssysteem, waaronder ook de rechterlijke bevoegdheidsverdeling.[95]

Voor deze keuze worden in de memorie van toelichting verschillende redenen gegeven. Zo acht de regering het wenselijk dat partijen bij een mogelijk steunverlenende privaatrechtelijke overeenkomst uit het privaatrecht zelf kunnen afleiden aan welke eventuele risico's zij worden blootgesteld, en de mogelijkheid van terugvordering dus niet uit een publiekrechtelijke regeling hoeven af te leiden. 'Niet wenselijk', zo de memorie van toelichting, 'is een situatie waarin men in gevallen die door het BW worden geregeld de bevoegd-

91 ICER-rapport 2002; Widdershoven e.a. 2007. Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 2-3.

92 Zie de bespreking van de aanloop tot het wetsvoorstel in Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.1; Adriaanse 2006, p. 340.

93 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 6-7.

94 Zie in dit onderzoek de hoofdstukken 3 t/m 7. Voor de voorafgaande periode: Adriaanse 2006.

95 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 7.

heid tot terugvordering of ongedaanmaking uit een publiekrechtelijke regeling zou moeten afleiden.'[96]

Een verdere reden om niet een aparte, in het publiekrecht opgenomen, staatssteunwet te introduceren was volgens de memorie van toelichting de omstandigheid dat de staatssteunregels invloed hebben op de relatie tussen de overheid aan de ene kant en burgers en/of bedrijven aan de andere. Dat is relevant omdat met name het BW en de Awb bedoeld zijn om de algemene aspecten van de verhouding tussen overheid en burger en bedrijf te regelen. Om die reden acht de regering inpassing van het staatssteunrecht in die wetten wenselijk. Daar komt bij dat de inpassing in het BW en de Awb er volgens de memorie van toelichting toe kan bijdragen dat partijen zich ervan bewust zijn dat in gevallen van de terugvordering van steun de algemene regels en beginselen uit deze wetten toegepast moeten worden voor zover die niet in strijd zijn met het Unierecht.[97] Een begrijpelijke keuze, aldus Adriaanse en Den Ouden in hun reactie op het wetsvoorstel, ook omdat mag worden aangenomen dat de algemene kennis van de Nederlandse grote wetten over het algemeen beter is, 'waardoor ook het besef van het bestaan van nationale staatssteunregels (en daarmee de kans op gebruik daarvan indien nodig) waarschijnlijk optimaal zal zijn'.[98]

Een laatste reden om voor de terugvordering van staatssteun niet een apart regime op te tuigen maar de bestaande wetten aan te passen ligt besloten in de wijze waarop fiscale steun kan worden teruggevorderd. Met het gebruik van het in het fiscale recht gebruikelijke instrument van navordering of naheffing kan volgens de regering worden bewerkstelligd dat, nu het verschuldigde bedrag aan belasting opnieuw wordt vastgesteld, zo goed mogelijk de situatie wordt hersteld die zou hebben gegolden als geen staatssteun was verstrekt. Dit, aldus de regering in de memorie van toelichting bij het Wts 2008, sluit aan bij de zienswijze van de Commissie dat zoveel mogelijk de oude situatie moet worden hersteld.[99]

8.2.3.2 Overblijvende spanningen en kunstgrepen

Ondanks dit alles blijkt dat het wetsvoorstel Wts 2008 maar tot op bepaalde hoogte logisch past in de door dat voorstel te wijzigen wetten. Op een aantal punten zijn toch nog – soms verwarrende – kunstgrepen nodig om een balans te kunnen treffen tussen de integriteit van de rechtssystemen zelf, het streven naar een geharmoniseerde benadering van het staatssteunrecht en de wens (en noodzaak) om uitvoering te geven aan het Unierecht. Dit blijkt ten eerste uit de discussie over de facultatieve redigering van de terugvorderingsgrond-

96 Idem, p. 8.
97 Idem, p. 13. Instemmend: Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 7.
98 Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 7.
99 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 12.

slagen in het BW, de Awb en de AWR, die zoals hierboven beschreven tot de nodige kritiek heeft geleid.[100] Ook de Raad van State heeft in zijn advies op het wetsvoorstel beklemtoond dat een imperatieve formulering van de terugvorderingsgrondslagen in het licht van het Unierecht de voorkeur geniet. De Minister van Justitie heeft in zijn reactie daarop echter gemeend het advies van de Raad van State niet te moeten volgen.[101] De reden daarvoor is een boeiende en verdient het, volledig te worden geciteerd. De minister schrijft:

> 'Wat de wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreft, geldt dat een verplichting om een vordering in te stellen niet goed past in het systeem van ons privaatrecht. Een verplichting tot navordering of naheffing zou evenzeer een inbreuk op het systeem van de Algemene wet inzake rijksbelastingen betekenen, waartoe de Raad dan ook niet adviseert. In de Algemene wet bestuursrecht zou een imperatieve redactie op zich wel mogelijk zijn, maar uit een oogpunt van harmonisatie met de andere twee wetten is daarvan afgezien.'[102]

Dit citaat illustreert mooi het in hoofdstuk 1 al beschreven spanningsveld tussen interne en externe coherentie, dat kan ontstaan wanneer via het nationale recht een Europese norm moet worden toegepast. Het blijkt dat de wetgever moet kiezen of hij met een facultatieve redigering de interne coherentie van de AWR en het BW eerbiedigt maar daarmee tekort doet aan de strekking van het Unierecht (dat geen keuzeruimte laat), of met eerbiediging van de externe coherentie van het recht inbreuk maakt op het systeem van het privaatrecht en de AWR. In dit geval heeft de regering duidelijk gekozen voor de interne coherentie van het recht. Of dat wenselijk is, is nog maar zeer de vraag. Als het puntje bij het paaltje komt, moet de facultatief geformuleerde terugvorderingsgrondslag namelijk alsnog, Unierechtconform interpreterend, zo worden uitgelegd dat deze verplicht moet worden toegepast. Dat wekt niet alleen verwarring,[103] maar betekent ook dat *alleen op papier* bij het systeem van het privaatrecht en de AWR wordt aangesloten.

De regering blijkt op dit punt niet alleen de interne coherentie van het systeem van het privaatrecht en de AWR te hebben willen beschermen. Ook is gestreefd naar een zo uniform mogelijke benadering binnen de drie rechtsgebieden, zoals uit het citaat blijkt. Om die reden is ook in de Awb een facultatief geformuleerde terugvorderingsgrondslag voorgesteld. Dat is een opmerkelijke keuze. Niet alleen staat dit namelijk zoals gezegd op gespannen voet met de externe coherentie van het recht, maar een facultatieve terugvorderingsgrondslag verhoudt zich ook slecht tot het systeem van het bestuursrecht. Een discretionaire bevoegdheid in het bestuursrecht impliceert namelijk de mogelijkheid van een belangenafweging in de zin van artikel 3:4 Awb die het

100 Zie eerder in dit hoofdstuk § 8.2.2.1.
101 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 4, p. 2.
102 Idem.
103 Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 5.2.

Unierecht juist niet toestaat en die door de wetgever ook niet is bedoeld.[104] Dat hier ook de interne coherentie van het bestuursrecht in de knel komt, is echter blijkbaar van ondergeschikt belang geacht.

De lastige spagaat waarin de wetgever zich bevindt blijkt ook uit de wijze waarop de voorgestelde terugvorderingstitel in het BW vorm heeft gekregen. Zoals gezegd wordt enerzijds aangesloten bij de terminologie die in het burgerlijk recht gewoon is ('ongedaanmaking' en tot op zekere hoogte 'terugvordering'), en anderzijds gebruik gemaakt van termen die een eigen Unierechtelijke lading hebben ('steun', 'begunstigde').[105] Sterker nog: ondanks de wens om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de bestaande rechtsverhoudingen, heeft de regering het wel nodig geacht om over de terugvordering van staatssteun een aparte terugvorderingstitel in het BW op te nemen. Met een dergelijke zelfstandige titel moeten volgens de wetsgeschiedenis gecompliceerde vragen over de juridische kwalificatie van de rechtshandelingen op nationaal niveau worden vermeden, waaronder met name de vraag naar de nietigheid van steunverlenende handelingen.[106] Tegelijkertijd moet met het gebruik van een aparte titel duidelijk zijn dat de partijen niet alle op grond van het BW beschikbare verweermiddelen kunnen inroepen.[107] Dit zijn logische overwegingen, maar in deze context vooral interessant omdat ook zij illustreren dat de inpassing van het staatssteunrecht in het Nederlandse recht nog wel de nodige kunstgrepen vraagt.

8.2.4 Aandachtspunten bij het aansluiten bij de bestaande rechtsverhouding

Na de uitgebreide bespreking van de materiële keuzes in het Wts 2008 in § 8.2.2 hierboven mag duidelijk zijn dat de mate waarin de bij de handhaving van het staatssteunrecht via de Nederlandse rechter bestaande knelpunten kunnen worden opgelost, voor een belangrijk deel afhangt van de inhoudelijke keuzes die op dat vlak worden gemaakt. Daarvoor is nog niet eens zo relevant of wordt aangesloten bij de bestaande rechtsverhouding, een aparte rechtsgang wordt gecreëerd of een bestuurlijke toezichthouder wordt opgericht. Toch brengt de keuze voor een bepaald oplossingsmodel wel degelijk een paar 'eigen' nadelen met zich, die niet of slechts met grote moeite kunnen worden geadresseerd zolang wordt aangesloten bij de bestaande rechtsverhouding.

---

104 Metselaar en Adriaanse 2011, p. 58.

105 Vgl. Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.3. Zie ook de bespreking hierboven in § 8.2.2.1.

106 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p.16. Adriaanse en Den Ouden achten dit een gelukkige keuze, nu zelfs vóór de uitspraak van het Hof in de zaak *Residex* te betwijfelen viel of een schending van de standstillbepaling automatisch nietigheid van de rechtshandeling betekent. Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.3.

107 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 9. Instemmend: Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.3.

Ten eerste moet dan worden gewezen op de in hoofdstuk 3 van dit onderzoek gesignaleerde problematiek van de Nederlandse rechtsmachtverdeling en het daarbij behorende risico van de verbrokkeling van een staatssteungeschil.[108] Zolang voor de beslechting van staatssteungeschillen wordt aangesloten bij de bestaande rechtsverhouding en het huidige stelsel van de rechtsmachtverdeling blijft bestaan, blijft de realiteit dat een samenstel van steunverlenende (rechts)handelingen noodzakelijkerwijs in verschillende procedures aan de orde moet worden gesteld, met alle gevolgen van dien. Het blijft dan met andere woorden moeilijk om verschillende handelingen die deel uitmaken van een enkele economische realiteit in hun onderlinge samenhang te bezien.

Ten tweede, en daaraan verwant, betekent de omstandigheid dat wordt aangesloten bij de bestaande rechtsverhouding dat verschillende rechters bevoegd zijn afhankelijk van de wijze waarop de vermeende steun is verleend. Een enkele norm wordt zodoende door verschillende rechters toegepast, met het risico op uiteenlopende beoordelingen van het geschil, en zodoende op rechtsongelijkheid. Als zodanig hoeft dat niet problematisch te zijn. Dat verschillende rechters gegeven het toepasselijke procesrecht tot andere beoordelingen (kunnen) komen, is immers een logisch en binnen bepaalde grenzen geaccepteerd uitvloeisel van de nationale procedurele autonomie. Daarnaast zijn op basis van dit onderzoek maar weinig écht fundamentele verschillen tussen de beoordelingen van de bevoegde rechters aangetoond, en waar die wel bestaan, vallen zij voor een groot deel op te lossen door middel van aanpassing van het toepasselijk procesrecht. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan het creëren van de al eerder genoemde rechtsingang voor concurrenten van steunontvangers bij de belastingrechter.

Toch valt er veel voor te zeggen dat waar de belangen van justitiabelen (bescherming tegen schending van de staatssteunregels) en de toe te passen norm (artikel 108 lid 3 VWEU) dezelfde zijn, er weinig rechtvaardiging bestaat voor een mogelijk verschillende toepassing van, bijvoorbeeld, het relativiteitsvereiste, omwille van de vrij arbitraire omstandigheid dat de vermeende schending van de norm voortvloeit uit een overeenkomst in plaats van een appellabel besluit. Voor zover zou worden gekozen voor een wettelijke regeling waarin bij de bestaande rechtsverhouding wordt aangesloten, betekent dat eventueel dat rechters zich bewust zouden moeten zijn van de wijze waarop het relevante procesrecht door hun *counterparts* in andere rechtsgebieden wordt toegepast. Daarnaast zouden zij idealiter moeten bezien in hoeverre zij daaraan in het licht van de eigen procesregels, cultuur en precedenten kunnen aansluiten.

Met deze laatste opmerking komt meteen ook een derde aandachtspunt aan het licht dat in geval van een keuze voor de eerste aanvliegroute opmerking verdient. In het eerste hoofdstuk is al gewezen op de bij de toepassing

108 Zie nader in hoofdstuk 3, § 3.2.

van het Unierecht bestaande spanning tussen de interne en externe coherentie van het nationale recht. Die spanning is zoals gezegd ook in Wts 2008 voelbaar. Gewezen is op de ongemakkelijke constructie waarbij in de Awb is gekozen voor een facultatieve terugvorderingsbevoegdheid. Ook is gewezen op de keuze om enerzijds een terugvorderingsbevoegdheid op te nemen in het BW (in plaats van in een aparte staatssteunwet), maar om deze anderzijds in een aparte titel op te nemen met de civielrechtelijk verder nauwelijks ingevulde figuur van de ongedaanmaking. Het blijft zodoende schipperen tussen het effectueren van het Unierecht, het aansluiten bij de bestaande rechtsstelsels en het zoeken naar rechtseenheid. Het is zaak om ervan bewust te zijn dat hoe meer bij de handhaving van de staatssteunregels aansluiting wordt gezocht bij het nationale recht en de bestaande rechtsverhouding, hoe duidelijker de spanning tussen interne en externe coherentie zich in concreto doet gevoelen. Aansluiting bij het bestaande nationale recht betekent immers ook dat de daar ontwikkelde algemene leerstukken en beginselen van toepassing zijn. Staan zij in de weg aan een effectieve toepassing van de staatssteunregels, dan betekent dit dat zij eventueel *op het gebied van het staatssteunrecht* buiten toepassing moeten blijven of op een alternatieve manier moeten worden uitgelegd. Dit hoeft geen probleem te zijn: zó fragiel is het bouwwerk van de Awb, de AWR en het BW nu ook weer niet. Het is echter wel van belang om te beseffen dat het op deze manier 'inbouwen' van de handhaving van het staatssteunrecht in het algemene bestuursrecht, belastingrecht en burgerlijk recht de genoemde spanningen met zich brengt.

8.3 De tweede aanvliegroute: een apart regime voor staatssteungeschillen

Hoewel de beslechting van staatssteungeschillen in Nederland tot nu toe via het 'normale' wettelijke systeem is verlopen, afhankelijk van de rechtsverhouding waarbinnen de steun zou zijn verleend, is dat niet de enige manier waarop de Nederlandse rechter zijn rol bij de handhaving van de staatssteunregels zou kunnen vervullen. Als de overheersende gedachte blijkt te zijn dat de handhaving van het staatssteunrecht (te) slecht aansluit bij het algemene bestuursrecht, belastingrecht en burgerlijk recht, kan er ook voor worden gekozen om voor staatssteungeschillen een aparte procedure in te richten.

8.3.1 Voordelen van en draagvlak voor een eigen wettelijk regime

Het introduceren van een eigen wettelijk regime voor de handhaving van de staatssteunregels heeft een aantal duidelijke voordelen. Om te beginnen heeft een dergelijke insteek van de procedure minder te 'lijden' onder de zojuist genoemde aandachtspunten ten aanzien van de interne coherentie, de mogelijke

verbrokkeling van staatssteungeschillen en het risico op rechtsongelijkheid. Daarnaast kan het aantrekkelijk zijn om een geschil over vermeende staatssteun los te koppelen van eventuele andere conflicten over de aan de orde zijnde rechtsverhouding. Dat levert in potentie een 'zuiverder' geschil op omdat niet de verleiding bestaat, zoals nu het geval lijkt te zijn, om de vermeende schending van het staatssteunrecht maar deels gemotiveerd en als laatste grond of uiterst subsidiair aan te voeren onder het motto 'baat het niet dan schaadt het niet'.[109] Daar komt bij dat, zoals in hoofdstuk 7 is betoogd, de huidige moeilijkheid om het staatssteungeschil te isoleren in sommige gevallen juist in de weg staat aan de effectieve mogelijkheid om de nodige gevolgen aan een schending van de standstillbepaling te verbinden.[110] Een bijkomend voordeel is dat desgewenst makkelijker kan worden geregeld dat een teruggevorderd steunbedrag niet terugvloeit in het budget van de steunverlener, maar een andere bestemming krijgt.[111] Dit zou een oplossing kunnen bieden voor in de literatuur geuite kritiek, dat steunverlenende overheden met de huidige gang van zaken te weinig prikkels hebben om het staatssteunrecht na te leven.[112] Een financieel risico dragen zij immers niet.

Tot recent heeft de mogelijkheid van een aparte rechtsgang voor staatssteungeschillen in Nederland niet op veel enthousiasme mogen rekenen. In het wetsvoorstel Wts 2008 is zoals gezegd expliciet gekozen voor aansluiting bij de bestaande rechtsverhouding en de rechterlijke bevoegdheidsverdeling.[113] Tijdens het LEGSA symposium 'Nut en noodzaak wetsvoorstel terugvordering staatssteun' is daarnaast gepleit tegen het inschakelen van gespecialiseerde rechters, nu staatssteunargumenten vaak deel uitmaken van de gehele rechtszaak en daarvan moeilijk kunnen worden losgekoppeld.[114]

Voor een eigen wettelijk regime vallen in andere EU-lidstaten meer aanknopingspunten te vinden.

Zo heeft een bijzondere onderzoekscommissie in opdracht van de Zweedse overheid in 2011 een voorstel gedaan om het Zweedse recht ingrijpend te wijzigen om

109 Zie bijvoorbeeld in hoofdstuk 5 § 5.6.

110 Hoofdstuk 7 § 7.4.5.

111 Een dergelijke regeling geldt bijvoorbeeld in Denemarken. Honoré 2013, p. 448. In afdeling 11a, subafdeling 9 van de Deense mededingingswet (in de geconsolideerde versie van 18 juni 2013) wordt bepaald dat teruggevorderde steun moet worden betaald aan de Deense staatskas, ook wanneer de steun is verleend door een decentrale autoriteit. Volgens Honoré is deze regeling op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel in potentie ook relevant in gevallen waarin met art. 108 lid 3 VWEU strijdige staatssteun wordt teruggevorderd, hoewel de mededingingswet in beginsel slechts ziet op steun in strijd met het Deense staatssteunrecht. Vgl. in minder vergaande vorm: art. 5 lid 3 consultatieversie Wts 2016.

112 Ølykke 2016, p. 290; Koenig en Lindner 2015; Temple Lang 2014; Lever 2013; Nicolaides 2008, p. 588; Adriaanse 2006, p. 338.

113 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 7.

114 Metselaar en Adriaanse 2011, p. 60. In de consultatieversie Wts 2016 wordt tegen op grond van die wet genomen besluiten rechtsbescherming in eerste en enige aanleg opengesteld bij het CBb. Art. 9 onderdeel C conslutatieversie Wts 2016.

tegemoet te komen aan de noodzaak om het staatssteunrecht te handhaven. Met name zouden concurrenten in staat moeten worden gesteld om een op de staatssteunregels geënte procedure in te leiden bij de rechtbank in Stockholm, die ook bevoegd is in reguliere mededingingsgeschillen.[115] Dat voorstel bleek voor de Zweedse wetgever uiteindelijk echter te verstrekkend. In 2013 is in Zweden een veel bescheidener wet in werking getreden die in de literatuur als *'somewhat toothless'* is beschreven. Deze wet heeft geen aparte rechtsingangen voor door schendingen van het staatssteunrecht gedupeerde derden in het leven geroepen maar houdt vast aan het bestaande Zweedse burgerlijk procesrecht, waardoor bestaande procedurele hobbels voor concurrenten van vermeende steunontvangers blijven bestaan.[116]

Het Roemeense parlement heeft in 2015 een wet aangenomen op grond waarvan ondernemingen die door onrechtmatige staatsteun worden geraakt tegen de steunverlener kunnen optreden. Daarvoor kunnen zij een procedure inleiden voor het bestuursrechtelijke Hof van Beroep in Boedapest. De Roemeense staatssteunwet bepaalt dat deze rechter in gevallen van onrechtmatige staatssteun alle nodige maatregelen treft in overeenstemming met de nationale procedures. Genoemd worden de opschorting van betaling, terugvordering van de steun en de daarover genoten rente, en het toekennen van schadevergoeding aan de benadeelde concurrenten.[117]

Ondenkbaar is een 'eigen' regime voor de handhaving van het staatssteunrecht dus zeker niet. Inmiddels heeft die mogelijkheid ook in Nederland voet aan de grond gekregen. Zoals gezegd heeft de Minister van Economische Zaken in 2014 aangekondigd een wettelijke bevoegdheid te introduceren op grond waarvan publieke entiteiten onrechtmatige staatssteun effectief terug kunnen halen.[118] Deze aankondiging heeft geleid tot de publicatie, in juni 2016, van de consultatieversie van een nieuw wetsvoorstel terugvordering staatssteun (de consultatieversie Wts 2016). Dit nieuwe voorstel bevat enkele elementen van een eigen wettelijk regime, het onderwerp van de hiernavolgende paragrafen, maar houdt voor een deel ook vast aan de bestaande rechtsverhoudingen, conform de eerste aanvliegroute. Uiteraard wordt dit wetsvoorstel in de volgende bespreking waar relevant aangestipt.

115 Otken Eriksson 2012b, p. 761-2; Rapport 'Olagligt statsstöd' 2011.

116 Otken Eriksson 2013, p. 636-7, met verwijzing naar Lag (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens stasstödsregler ('over de toepassing van de EU-staatssteunregels'). De wet expliciteert wel dat de verlener van onrechtmatige staatssteun in beginsel verplicht is om de steun terug te vorderen, en draagt in die zin op zijn minst wel bij aan de rechtszekerheid.

117 Artikel 41^1, lid 1 en lid 6 Roemeense staatssteunwet (Legea 20/2015 pentru aprobarea OUG 77/2014 privind procedurile nationale in domeniul ajutorului de stat, precum si pentru modificarea si completarea Legii concurentei nr. 21/1996). Vgl. in Italië: Gobbato 2013, p. 241.

118 *Kamerstukken II* 2014/15, nr. 2014D41711, Aanhangsel (Antwoord op vragen van de leden Verhoeven en Schouw over de controle op Europese subsidies), p. 4.

8.3.2 Mogelijke invulling van een apart regime voor staatssteungeschillen

Een interessante vraag is natuurlijk hoe een 'eigen' staatssteunregime vorm zou kunnen krijgen. Een mogelijke invulling is het introduceren van een aparte in staatssteunzaken bevoegde rechter of het aanwijzen van bepaalde rechterlijke instanties om die rol te vervullen. Justitiabelen zouden dan bij deze rechter(s) een beroep op de staatssteunregels kunnen doen. De vraag is dan uiteraard wel welk procesrecht bij deze rechter(s) zou gelden. Om niet een geheel eigen procesrechtelijk kader te hoeven creëren – voor dergelijk verstrekkend optreden zou de gesignaleerde problematiek veel indringender moeten zijn – kan ervoor worden gekozen om staatssteungeschillen in beginsel onder te brengen bij het bestuursrecht.

Voor een dergelijke keuze valt wel wat te zeggen. Uit hoofdstuk 7 komt naar voren dat de vordering die is gericht op het aantasten van de rechtsverhouding tussen twee of meer *andere* partijen slecht aansluit bij het systeem van het privaatrecht.[119] Dat is anders dan in het bestuursrecht, waar het aan de orde van de dag is dat een justitiabele door het aanvechten van een besluit beoogt, invloed uit te oefenen op de verplichtingen die tussen een bestuursorgaan en een derde bestaan. Daar komt bij dat de staatssteunregels zelf publiekrechtelijke normen bevatten. Dit lijkt ook de gedachte te zijn van de Minister van Economische Zaken in de consultatieversie Wts 2016. De artikelen 2 en 3 van dat voorstel regelen, met een uitzondering voor fiscale steunmaatregelen, een exclusieve bestuursrechtelijke route voor de terugvordering van steun in gevallen waarin de Commissie die terugvordering heeft gelast.[120]

> Dat het publiekrecht beter dan het privaatrecht zou passen bij de handhaving van de staatssteunregels, is een gedachte die ook in andere EU-lidstaten enige steun geniet. Zo blijkt het dat een aantal Hongaarse burgerlijke rechters zich in het verleden in staatssteungeschillen onbevoegd heeft verklaard omwille van de, in hun beoordeling, bestuursrechtelijke aard van het staatssteunrecht.[121] In Roemenië en Italië is het ook de bestuursrechter die exclusief bevoegd is voor de beoordeling van een eventuele schending van de standstillbepaling.[122]

---

119 Zie in hoofdstuk 7 met name § 7.2.5.2 (na de nietigheid zijn nog extra handelingen noodzakelijk). Pas sinds het arrest *P1 Holding* staat onomstotelijk vast dat ook een derde die bij een steunverlenende overeenkomst geen partij is, zich op de nietigheid daarvan mag beroepen. HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*).

120 Consultatieversie Wts 2016, artt. 2 en 3. Volgens de memorie van toelichting (p. 7) biedt het wetsvoorstel hiermee een 'zo compact, eenvoudig en effectief mogelijke regeling'.

121 Keller 2013, p. 239, met verwijzing naar Guidance no. 1/2012 (XII. 10.) of the Administrative and Labour Law and the Civil Law Department of the Supreme Court.

122 Artikel 41^1 (6) Roemeense staatssteunwet (Legea 20/2015 pentru aprobarea OUG 77/2014 privind procedurile nationale in domeniul ajutorului de stat, precum si pentru modificarea si completarea Legii concurentei nr. 21/1996); art. 49 Italiaanse staatssteunwet (Legge 24 dicembre 2012, n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea (GU n.3 del 4-1-2013)); Gobbato 2013, p. 241.

Een koppeling van (de private handhaving van) het staatssteunrecht aan het bestuursrecht kan een meer of minder verstrekkende invulling krijgen, zoals in de volgende paragrafen aan de orde komt. Hierna wordt ingegaan op de mogelijkheid dat (alleen) een grondslag in het bestuursrecht wordt gecreëerd waarmee aan een terugvorderingsbesluit van de Commissie uitvoering kan worden gegeven (§ 8.3.2.1), dat deze terugvorderingsgrondslag wordt uitgebreid tot situaties waarin de terugvordering in een rechterlijke uitspraak wordt gelast (§ 8.3.2.2) en zelfs tot situaties waarin zowel een Commissiebesluit als een rechterlijke uitspraak ontbreken (§ 8.3.2.3). Het is ten slotte ook mogelijk, hoewel niet erg waarschijnlijk, dat een bestuursrechtelijke route zou worden gecreëerd die verder strekt dan het enkel bieden van terugvorderingsgrondslagen maar bijvoorbeeld ook voorziet in de terugbetaling van heffingen, vergoeding van geleden schade en/of het voorkomen dat steun überhaupt wordt verstrekt (§ 8.3.2.4).

Bij alle hierna te bespreken varianten is relevant of de bestuursrechtelijke route voor de terugvordering van staatssteun exclusief zou zijn of zou hebben te functioneren als alternatief voor de huidige en in dit onderzoek centraal staande wijze waarop de handhaving van de staatssteunregels via de drie Nederlandse rechters plaatsvindt. Zou een apart regime voor staatssteungeschillen exclusief zijn, dan brengt dit met zich dat moet worden onderzocht of de regimes die daarmee worden vervangen volledig worden afgedekt. Functioneert een apart regime als alternatief, dan ligt het voor de hand dat zou moeten worden verhelderd hoe – en door wie – wordt bepaald welk rechtsstelsel in een concrete situatie van toepassing is.

8.3.2.1 Een bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid na een Commissiebesluit?

In § 8.2.2.3 hierboven is al benoemd dat in verschillende Europese landen een terugvorderingsbevoegdheid is gecreëerd in gevallen waarin de Europese Commissie op grond van de Procedureverordening een terugvorderingsbesluit heeft genomen. Het is tegen die achtergrond niet ondenkbaar dat ook in Nederland een bestuursrechtelijke grondslag zou worden gecreëerd die het mogelijk maakt om aan een terugvorderingsbesluit van de Commissie gevolg te geven. Dit is de minst vergaande variant, die alleen ziet op de uitvoering van een terugvorderingsbesluit van de Commissie. Met deze variant zou worden toegespitst op de situatie die heeft geleid tot de tegen Nederland ingestelde inbreukprocedure – de onvolledige naleving van het Commissiebesluit tot terugvordering van de aan Fleuren Compost verstrekte steun.[123]

Dit lijkt de strekking te zijn van artikel 2 lid 1 van de consultatieversie Wts 2016: 'De terugvordering van staatssteun die ingevolge een Commissiebesluit moet worden teruggevorderd, geschiedt uitsluitend op grond en met inachtneming van het bepaalde in deze wet'. Dit moet gelden ongeacht de wijze waarop de steun

123 Zie hierboven § 8.2.1.

is verleend, behalve wanneer die steun 'voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onder a, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen of de Invorderingswet 1990'(artikel 2 lid 2 consultatieversie Wts 2016).

Justitiabelen kunnen er uiteraard belang bij hebben dat wordt afgedwongen dat aan een in een Commissiebesluit neergelegde terugvorderingsverplichting gevolg wordt gegeven. Als met een wettelijke regeling zou worden voorzien in een bestuursrechtelijke bevoegdheid voor de handhaving van het staatssteunrecht, dan ligt het voor de hand dat belanghebbenden een bestuursorgaan[124] zouden kunnen verzoeken om van deze bevoegdheid gebruik te maken. Wordt dit verzoek afgewezen, dan kan die afwijzing via de normale bestuursrechtelijke weg (bezwaar en beroep ex artt. 8:1 en 7:1 Awb)[125] worden aangevochten, tenzij van het systeem van de Awb zou worden afgeweken.

8.3.2.2 Een bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid ook na een rechterlijke uitspraak?

Het zojuist geschetste systeem is vrij logisch wanneer de Commissie een terugvorderingsbesluit heeft genomen en een justitiabele de naleving daarvan wil afdwingen, in dit geval via een bestuursorgaan en zo nodig de bestuursrechter. Moeilijker ligt het wanneer een bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid ook zou moeten ontstaan naar aanleiding van een (onherroepelijke) uitspraak van de nationale rechter. Ook die situatie is niet ondenkbaar; in het wetsvoorstel Wts 2008 werd immers ook voorzien in terugvorderingsgrondslagen in gevallen waarin sprake was van een onherroepelijke uitspraak. In deze situatie komt de justitiabele echter in de knel. Hoe moet de rechterlijke uitspraak dan immers ontstaan? Niet naar aanleiding van een afwijzing van een terugvorderingsverzoek zoals hierboven beschreven, want die afwijzing is zonder meer terecht als de benodigde rechterlijke uitspraak (of Commissiebesluit) ontbreekt. De voor het gebruiken van een bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid benodigde (onherroepelijke) uitspraak zou dan op een andere manier tot stand moeten komen. Ofwel op de naar huidig recht gebruikelijke manier, maar dan zou een daarop volgende terugvorderingsgrondslag maar weinig toegevoegde waarde hebben ten opzichte van de in dit onderzoek geanalyseerde handhaving van de staatssteunregels. Wellicht valt nog te denken aan de situatie waarin de rechter kan verklaren dat sprake is van onrechtmatige staatssteun die moet worden teruggevorderd. Naar huidig recht loopt een justitiabele dan echter voor de bestuurs- en belastingrechter stuk

124 Mogelijk problematisch in dit kader is dat zoals bekend zeker niet alle steun door bestuursorganen wordt verstrekt. Deze problematiek komt hierna aan de orde in § 8.3.4.2.

125 De afwijzing van een aanvraag van een beschikking wordt op grond van art. 1:3 lid 2 Awb met een beschikking gelijkgesteld.

op het gelimiteerde stelsel van artikel 8:72 Awb, en voor de burgerlijke rechter op het vereiste van een voldoende belang ex artikel 3:303 BW.[126]

Voor het creëren van een terugvorderingsgrondslag op basis van een (al dan niet onherroepelijke) rechterlijke uitspraak zouden dus verdere aanpassingen in het recht noodzakelijk zijn, bijvoorbeeld door de Nederlandse rechters de mogelijkheid te bieden om uit te spreken dat sprake is van een schending van de staatssteunregels. Wordt er voor dit soort situaties niets geregeld, dan zou een bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid die een Commissiebesluit of rechterlijke uitspraak vereist dus ten opzichte van de huidige situatie maar weinig toevoegen aan de private handhaving van het staatssteunrecht. Een justitiabele zou dan ofwel een besluit van de Commissie moeten uitlokken, ofwel op grond van het nu geldende Nederlandse recht een rechterlijke procedure moeten inleiden waarin hij een beroep doet op de rechtstreekse werking van de opschortingsplicht. Voor een dergelijke regeling heeft de Minister van Economische Zaken, zo blijkt uit de hierboven genoemde afbakening in artikel 2 lid 1 van de consultatieversie Wts 2016, dan ook duidelijk niet gekozen.

8.3.2.3 Een ongeclausuleerde bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid?

Binnen de voorgaande gedachtegang is het interessant om kort stil te staan bij de mogelijkheid dat een aparte bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid in het leven zou worden geroepen die ook bij een 'enkele' schending van de opschortingsplicht geldt. Aan een dergelijke oplossing kleven de nodige risico's, zowel voor de (vermeend) steunverlenende overheid als voor de betrokken justitiabelen. Hoewel het namelijk aannemelijk is dat bestuursorganen verplicht kunnen zijn om verleende staatssteun terug te vorderen,[127] ligt enerzijds het risico van over-handhaving door te doortastende bestuursorganen op de loer.[128] Anderzijds kan een ongeclausuleerde terugvorderingsbevoegdheid leiden tot een voor bestuursorganen duur systeem.

Binnen de zojuist geschetste constructie zouden belanghebbenden bestuursorganen namelijk kunnen verzoeken om van hun bevoegdheid om bij een vermeende schending van de staatssteunregels handhavend op te treden gebruik te maken, zonder dat nog vaststaat of van een schending van de staatssteunregels daadwerkelijk sprake is. Een eventuele afwijzing van dat verzoek moet logischerwijs zorgvuldig worden voorbereid en deugdelijk worden gemotiveerd (art. 3:2 en art. 3:46 Awb). Dit betekent in wezen dat justitiabelen de discussie over het al dan niet bestaan van onrechtmatige

126 Zoals in staatssteunrechtelijke context nog in 2013 door de Hoge Raad bevestigd: HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*), r.o. 4.6.2.

127 Zie in hoofdstuk 4 § 4.3.3.

128 Vgl. in een iets andere context: Van den Brink en Den Ouden 2014, p. 81: 'Wij zien in de rechtspraktijk namelijk met enige regelmaat gevallen waarin vermeende Unierechtelijke verplichtingen worden opgerekt, discutabel zijn of helemaal niet blijken te bestaan.'

staatssteun, die nu (al dan niet na het doorlopen van een voorprocedure) bij de rechter wordt gevoerd, vrij eenvoudig kunnen verleggen naar de voorbereiding van het besluit naar aanleiding van een handhavingsverzoek. Het is goed denkbaar dat bestuursorganen bij een regeling als hier geschetst regelmatig met terugvorderingsverzoeken te maken zouden krijgen. Op dit moment bestaan immers al indicaties dat sommige beroepen op het staatssteunrecht voor de Nederlandse rechter halfslachtig gemotiveerd 'voor het geval dat' worden gedaan,[129] terwijl het uitlokken van een besluit (waarin een bestuursorgaan zich al over de vermeende schending van het staatssteunrecht moet uitlaten) voor justitiabelen een goedkopere optie is dan de gang naar de rechter.[130]

Dat dit alles geen hypothetische situatie betreft, blijkt uit artikel 7 lid 1 van de consultatieversie Wts 2016:

'Zolang er geen sprake is van een Commissiebesluit, is een bestuursorgaan gehouden een door hem gegeven beschikking te wijzigen, indien die beschikking in strijd met artikel 108, derde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is vastgesteld'.

Deze bepaling is blijkens de memorie van toelichting (p. 18) kennelijk bedoeld om de met de zaak *Zorg en Zekerheid* gesignaleerde lacune op te vangen. Niet duidelijk is echter of het ook de bedoeling is geweest om hiermee een potentiële toestroom aan handhavingsverzoeken te faciliteren.

8.3.2.4 Meer dan alleen terugvordering?

Het is natuurlijk mogelijk dat een apart regime voor staatssteungeschillen meer zou regelen dan alleen de terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Te denken valt ook aan bepalingen over het voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt uitgekeerd, de terugbetaling van heffingen of de vergoeding van geleden schade. Ook over bijvoorbeeld de kwalificatie van staatssteun zouden regels kunnen worden opgesteld. In het licht van zowel het wetsvoorstel Wts 2008 als de consultatieversie Wts 2016 valt een dergelijk verstrekkende regeling in de nabije toekomst niet te verwachten. Zij blijft dan ook buiten bespreking.

129 Zie hierover nader in hoofdstuk 5 § 5.6.

130 De bewijslast voor de gestelde schending van de standstillbepaling mag in dit soort gevallen dan wel op de aanvrager liggen (zie in hoofdstuk 5 § 5.3.7), dat ontslaat het betrokken bestuursorgaan echter nog niet van de op hem rustende zorgvuldigheidsplicht. Voor bestuursorganen kan dit een dure bedoening worden, zeker als de in hoofdstuk 5, § 5.5.4.2, uiteengezette 'Ridderstee-vergewisplicht' onverkort zou gelden.

8.3.4 Aandachtspunten bij een apart regime voor staatssteungeschillen

8.3.4.1 De potentie voor versnippering van het bredere geschil

Het creëren van een apart regime voor staatssteungeschillen heeft voordelen, maar dwingt ook om bewust te zijn van enkele aandachtspunten. Deze gelden overigens vooral wanneer het aparte systeem niet alleen zou gelden voor terugvorderingshandelingen naar aanleiding van een terugvorderingsbesluit van de Commissie.

Het belangrijkste algemene aandachtspunt is dat het hierboven in § 8.2.4 gesignaleerde risico op de verbrokkeling van geschillen blijft bestaan, zij het dan op een andere manier. Ter herinnering: de huidige noodzaak om bepaalde staatssteungeschillen op te knippen omdat de vermeende staatssteun uit verschillende met elkaar verbonden maatregelen bestaat die aan verschillende rechters moeten worden voorgelegd, brengt belangrijke nadelen met zich. Met een apart regime voor staatssteungeschillen (aangenomen dat dit ziet op de mogelijkheid voor justitiabelen om in een aparte procedure een beroep op de staatssteunregels te doen) kan versnippering op dit punt worden voorkomen. Daar staat tegenover dat een dergelijke aparte procedure op andere belangrijke punten juist wel tot versnippering kan leiden.

Dit is in potentie het geval wanneer een justitiabele die meent dat in de rechtsverhouding tussen de overheid en een onderneming verschillende normen zijn geschonden, waaronder ook de opschortingsplicht. Deze justitiabele zal in het geval van een apart staatssteunregime onder omstandigheden namelijk gedwongen zijn om meerdere procedures te starten – over de vermeende schending van de opschortingsplicht en over de overige binnen de rechtsverhouding gestelde schendingen. Om een voorbeeld te noemen: het komt in de bestudeerde jurisprudentie met enige regelmaat voor dat een justitiabele meent dat een door zijn concurrent met de overheid gesloten overeenkomst zowel de staatssteunregels als de aanbestedingsregels schendt. In een dergelijke situatie zou de justitiabele genoodzaakt zou zijn om twee procedures te starten: één bij de burgerlijke (kortgeding)rechter, over de vermeende schending van de aanbestedingsregels, en één over de vermeende schending van het staatssteunrecht via het hier geconcipieerde bestuursrechtelijke regime. De andere kant van de medaille van het creëren van een enkele rechtsingang voor staatssteungeschillen, is dus de (mogelijke) verbrokkeling van geschillen waarin met een enkele (rechts)handeling meerdere normen zouden worden geschonden.

> In hoeverre dit probleem zich daadwerkelijk voordoet, zal er mede van afhangen of een mogelijk apart staatssteunregime exclusief is, of dat het zou gelden als alternatief voor de gewone rechtsgang zoals deze in dit onderzoek is onderzocht. In het tweede geval zou uiteraard ook duidelijkheid moeten ontstaan over de wijze waarop (en door wie) wordt bepaald of de gewone rechtsgang of de aparte op staatssteungeschillen toegespitste rechtsgang wordt gevolgd.

Afsplitsing van een staatssteungeschil van het bredere geschil brengt ook om andere redenen de nodige risico's met zich. In dit onderzoek is namelijk ook geconstateerd dat een vermoeden dat sprake is van staatssteun op zijn minst in theorie kan ontstaan door de vaststelling dat een andere norm is geschonden. Te denken valt dan aan de in hoofdstuk 5 geopperde mogelijkheid dat een schending van de aanbestedingsregels leidt tot een vermoeden van niet-marktconformiteit.[131] Wie meent dat met een overeenkomst niet alleen de staatssteun-, maar ook de aanbestedingsregels geschonden zijn, kan bij een apart regime voor staatssteungeschillen afhankelijk van de timing van de procedures mogelijk geen beroep doen op het eventuele bestaan van een dergelijk vermoeden. Zeker nu het niet evident is dat een vaststelling dat de aanbestedingsregels zijn geschonden van invloed moet zijn op de beoordeling van de staatssteunconformiteit van een maatregel, hoeft dit overigens geen fundamenteel probleem te zijn.

> Het verdient ook opmerking dat de omstandigheid dat een apart staatssteunregime zou gelden, nog niet wil betekenen dat het staatssteunrecht niet in 'gewone' procedures voor de Nederlandse rechter relevant kunnen zijn. Gebleken is immers dat met het staatssteunrecht een andere nationale of Europese norm kan worden ingekleurd. Te denken valt bijvoorbeeld aan de in hoofdstuk 7 beschreven situaties waarin een schending van artikel 108 lid 3 VWEU relevant kan zijn voor de beoordeling of een RO-besluit moet worden vernietigd omdat gebreken bestaan in zijn economische uitvoerbaarheid.[132] Zo lang de Afdeling zijn huidige jurisprudentielijn voortzet, ligt het niet voor de hand dat een nieuwe aparte staatssteunwet daarin verandering zou aanbrengen. Problematisch hoeft dat overigens niet te zijn. Zoals gezegd, is de wijze waarop over vermeende staatssteun in RO-besluiten wordt geoordeeld uiteindelijk een kwestie van Nederlands recht, zo lang voldoende mogelijkheid bestaat om de gestelde schending van de standstillbepaling op een andere manier aan de Nederlandse rechter voor te leggen.

8.3.4.2 Enkele aandachtspunten voor de verhouding tot het overige Nederlandse procesrecht

Naast deze meer algemene aandachtspunten verdienen twee opmerkingen over de verhouding tot het overige Nederlands procesrecht specifiek de aandacht. Ten eerste: ook wanneer een bestuursrechtelijke bevoegdheid bestaat om bij schendingen van de staatssteunregels op te treden, moet worden aangenomen dat een handhavingsverzoek van een derde-belanghebbende zal stranden op de onaantastbaarheid van het steunbesluit wanneer hij heeft verzuimd daartegen tijdig op te komen.[133] Ten tweede: wanneer een bestuursrechtelijk regime voor de terugvordering van staatssteun zou worden gecreëerd, ligt

131 Zie nader in hoofdstuk 5 § 5.5.1.3.
132 Zie daarover nader in hoofdstuk 7 § 7.3.6.
133 Vgl. ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195 (*Stichting NOB*).

het voor de hand dat moet worden nagedacht over de verhouding van dat regime tot het privaatrecht. Aansluiting bij het bestuursrecht betekent logischerwijs dat op enige manier sprake moet zijn van appellabele besluiten van bestuursorganen. Dat is een belangrijk punt omdat staatssteun zoals bekend besloten kan liggen in uiteenlopende (rechts)handelingen van bestuursorganen, maar ook van publiek- en privaatrechtelijke rechtspersonen. Wil het mogelijk zijn dat de handhaving van het staatssteunrecht via het bestuursrecht plaatsvindt, is het dus nodig om wettelijk te regelen dat bestuursorganen onder omstandigheden bevoegd zijn om staatssteun terug te vorderen die zij zelf niet hebben verstrekt.

In de consultatieversie Wts 2016 komt de terugvorderingsbevoegdheid toe aan 'het bestuursorgaan dat het aangaat' (artikel 3 lid 1). Volgens de definitie in artikel 1 is dat in beginsel, maar niet per definitie, het bestuursorgaan dat de staatssteun heeft verstrekt.

Daarbij zou ook duidelijkheid moeten worden gecreëerd over de gevolgen die een dergelijke terugvordering heeft voor de rechtsverhouding waarbinnen de terug te vorderen steun is verleend. Zou een koopovereenkomst waarin een niet-marktconforme prijs is vastgelegd dus bijvoorbeeld in stand kunnen blijven, terwijl 'enkel' bij besluit de onrechtmatige steun en rente worden teruggevorderd? Of impliceert terugvordering van bij overeenkomst verstrekte steun, ook al gebeurt dat bij besluit, bepaalde (door de partijen bij die overeenkomst in te roepen) gevolgen voor de inhoud of geldigheid van de overeenkomst zelf? Op dergelijke vragen zou een eventuele wettelijke regeling antwoord moeten geven.[134]

Interessant in dat kader is artikel 6 van de consultatieversie Wts 2016, dat als volgt luidt:

> 'Het bestuursorgaan dat het besluit tot verstrekking van staatssteun heeft genomen dan wel het bestuursorgaan dat belast is met de uitvoering van de wet- of regelgeving die rechtstreeks tot de verstrekking van de desbetreffende staatssteun heeft geleid, kan in verband met de terugvordering van die staatssteun op grond van deze wet, ter nadere regeling van de rechtsverhouding met een begunstigde besluiten tot het ambtshalve wijzigen of intrekken van een aan een begunstigde gegeven beschikking dan wel tot het ambtshalve geven van een beschikking aan een begunstigde.'

134 Daarbij loont het de moeite om op te merken dat de problematiek van bestuursrechtelijke 'bemoeienis' in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen niet uniek is voor het staatssteunrecht. Te wijzen valt bijvoorbeeld op de kritiek die is geuit in het kader van de (publiekrechtelijke) bevoegdheid van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) om handhavend op te treden ten aanzien van prijsafspraken in strijd met het telecommunicatierecht. Zie Hage 2014, met verwijzingen. Met name zijn zorgen geuit ten aanzien van de blijvende onzekerheid over de wijze waarop een handhavingsbesluit van de ACM in de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen de partijen doorwerkt.

Volgens de memorie van toelichting (p. 17) is het de bedoeling dat de gevolgen van de terugvordering voor de bestaande rechtsverhouding zo veel mogelijk aan de betrokken rechtssubjecten worden overgelaten. Met de voorgestelde bepaling moet aan bestuursorganen de daarbij behorende bevoegdheid worden gegeven.

8.4 De derde aanvliegroute: een staatssteunautoriteit

Het is ten slotte op zijn minst in theorie denkbaar dat ervoor wordt gekozen om de Nederlandse rechter niet meer hoofdverantwoordelijke te maken voor het op nationaal niveau waarborgen dat de staatssteunregels worden nageleefd. Deze taak zou ook kunnen worden opgedragen aan een bestuurlijke 'staatssteunautoriteit' die net als de Europese Commissie maar dan op Nederlands niveau optreedt als staatssteunrechtelijke toezichthouder. Het is mogelijk om te kiezen voor een aparte staatssteunautoriteit, maar ook om de bevoegdheid om in staatssteunzaken handhavend op te treden onder te brengen bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM), die nu al bevoegdheden heeft op het gebied van het mededingingsrecht en de naleving van de Wet markt en overheid. Een dergelijke staatssteunautoriteit zou ambtshalve en/of op basis van klachten van belanghebbenden de staatssteunconformiteit van maatregelen kunnen onderzoeken. Dergelijke onderzoeken zouden kunnen worden afgesloten met een besluit, dat vervolgens door de (bestuurs)rechter kan worden getoetst.

> Voor de mogelijkheid om een staatssteunautoriteit op te richten bestaan in andere EU-lidstaten beperkte aanknopingspunten. In Denemarken zijn aan de nationale mededingingsautoriteit bijvoorbeeld bevoegdheden toegewezen voor de handhaving van het Deense staatssteunrecht, hoewel zij niet zien op de regels die voortvloeien uit artikel 108 lid 3 VWEU.[135] Iets vergelijkbaars geldt voor Portugal, waar in 2012 voor de bestaande mededingingsautoriteit nieuwe bevoegdheden zijn gecreëerd. In een reactie daarop is echter betreurd dat, waar het gaat om Europees staatssteunrecht, die bevoegdheden zijn beperkt tot het geven van aanbevelingen en tekortschieten waar het gaat om de handhaving van de standstillbepaling.[136]

Met de introductie van een 'staatssteunautoriteit' kan in potentie een aantal in dit onderzoek gesignaleerde knelpunten bij de handhaving van het staatssteunrecht via de Nederlandse rechter worden weggenomen. Zo zouden waar nodig verschillende maatregelen die gezamenlijk zouden leiden tot onrechtmatige staatssteun in hun onderlinge samenhang kunnen worden bezien. Dat zou desgewenst zelfs ambtshalve kunnen, waardoor niet alleen de rechts-

135 Honoré 2013, p. 447-448.
136 Romão 2012, p. 545.

bescherming van mogelijke gedupeerden voorop staat maar ook de 'zuivere' handhaving van het staatssteunrecht wordt gesterkt.[137] In dit onderzoek is er immers op gewezen dat de bij onrechtmatige staatssteun betrokken partijen, waaronder zelfs de daardoor gedupeerde concurrent, er niet altijd belang bij hebben om een vermeende schending van de staatssteunregels via de officiële kanalen aan de kaak te stellen.[138] Een door deze onwil mogelijk ontstaan 'handhavingsgat' kan door het oprichten van een staatssteunautoriteit worden opgevangen. Aantrekkelijk is ook dat een staatssteunautoriteit kan worden toegerust met de voor de kwalificatie van steun zo nodige expertise en onderzoeksbevoegdheden. Het gebrek aan expertise en (daadwerkelijke) onderzoeksmogelijkheden is in hoofdstuk 5 aangewezen als een van de redenen waarom beroepen op de standstillbepaling in de Nederlandse jurisprudentie zo zelden slagen.[139] Voor de rol van de rechter biedt een aparte staatssteunautoriteit, zoals in het kader van de LEGSA-conferentie 'nut en noodzaak van het wetsvoorstel terugvordering staatssteun' is opgemerkt, het voordeel dat de rechter dan besluiten van een gespecialiseerde instantie kan toetsen, hetgeen in ieder geval in het bestuursrecht beter past bij zijn voorgeschreven terughoudende opstelling en vaak beperkte eigen expertise.[140]

De mogelijke voordelen van een staatssteunautoriteit moeten niet worden overdreven. Voorop staat dat voor de introductie van een nieuwe toezichthouder (of nieuwe taken voor een bestaande toezichthouder) de nodige financiële en personele middelen moeten worden vrijgemaakt. Hoeveel onderzoeken naar mogelijk onrechtmatige staatssteun kunnen plaatsvinden en hoe uitgebreid dat onderzoek kan zijn, zal eveneens voor een deel afhangen van de middelen die daarvoor ter beschikking worden gesteld.[141] De vraag of de hiermee gemoeide kosten worden gerechtvaardigd door de ernst van het op te lossen probleem, valt op basis van dit onderzoek niet zonder meer bevestigend te beantwoorden. In ieder geval kan worden geconstateerd dat in dit onderzoek op geen enkel punt is geconcludeerd dat bij de handhaving van de staatssteunregels dusdanig grote problemen bestaan dat deze alleen door het oprichten van een staatssteunautoriteit zouden kunnen worden opgelost. Hoe de balans uitvalt, moet uiteindelijk door de politiek worden beantwoord. Dat de keuze in het voordeel van een (dure) staatssteunautoriteit uitvalt, is niet waarschijn-

137 Vgl. de discussie in hoofdstuk 2, § 2.6.3.
138 Zie met in hoofdstuk 3, § 3.1.1 en § 3.5.6.
139 Hoofdstuk 5, § 5.6.
140 Metselaar en Adriaanse 2011, p. 59.
141 Bij wijze van parallel kan worden gewezen op de handhaving van de Wet markt en overheid, die bij de ACM (destijds: NMa) is ondergebracht. In de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel is destijds het volgende opgemerkt: 'Opdat de NMa voldoende prioriteit kan geven aan de handhaving van de gedragsregels van dit wetsvoorstel zal aan de NMa extra budget worden toegekend om het toezicht ook in personele zin mogelijk te maken. De NMa heeft de NMa de capaciteitsinzet voorlopig geschat in de orde van grootte van 10 fte. De hiermee gemoeide kosten worden voorshands begroot op circa €1 miljoen per jaar.' *Kamerstukken II* 2009/10, 31 354, C, p. 5.

lijk. In de reacties uit de Tweede Kamer naar aanleiding van het wetsvoorstel Wts 2008 vallen weinig aanknopingspunten te vinden voor het bestaan van een politieke wens om met de handhaving van het staatssteunrecht voortvarender om te gaan dan nu het geval is.[142] Zou wel een staatssteunautoriteit worden opgericht, dan zal ook aandacht moeten worden besteed aan de hierboven gesignaleerde problematiek in het geval een bestuursorgaan (in dit geval: een toezichthouder) ingrijpt in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.[143] Belangrijker nog: het introduceren van een staatssteunautoriteit zal de nationale rechter in ieder geval niet ontheffen van zijn taken op grond van de rechtstreekse werking van de opschortingsplicht. Wel ligt het voor de hand dat zijn taken in de praktijk zouden worden verlicht omdat justitiabelen ervoor kunnen kiezen om zich tot de staatssteunautoriteit te wenden.

Hoewel interessant vanuit theoretisch oogpunt, ligt het op dit punt niet voor de hand om de mogelijkheid van een staatssteunautoriteit als oplossing voor de in dit onderzoek gesignaleerde knelpunten nader te bespreken. Gezien de in juni 2016 gepubliceerde consultatieversie Wts 2016 is nagenoeg uitgesloten dat in Nederland op korte termijn een staatssteunautoriteit zal worden opgericht. Om die reden wordt met de hierboven gemaakte opmerkingen volstaan.

8.5 Afsluitende opmerkingen

Dit hoofdstuk borduurt voort op de premisse dat de nationale juridische context waarbinnen de Nederlandse rechter opereert, beïnvloedt hoe hij zijn rol bij de handhaving van de Europese staatssteunregels vervult of kan vervullen. In de vorige paragrafen is daarom onderzocht op welke manier de Nederlandse wetgever op de handhaving van de staatssteunregels toegespitst gereedschap zou kunnen creëren, hoe dat gereedschap eruit zou kunnen zien en waar de wetgever bij de ontwikkeling van dat gereedschap vooral op moet letten. Daarbij is inspiratie geput uit de literatuur, uit op de handhaving van het staatssteunrecht gerichte wetsvoorstellen van de Nederlandse wetgever en (in mindere mate) uit wetgeving(sprojecten) in andere lidstaten. Op basis daarvan zijn drie aanvliegroutes aangereikt voor de wijze waarop de handhaving van het staatssteunrecht op nationaal niveau zou kunnen plaatsvinden.

---

142 Vanuit verschillende kanten zijn met name zorgen geuit over de voor ondernemingen verstrekkende gevolgen van de terugvordering van staatssteun. Dat voor té doortastend wetgevend optreden weinig animo bestond, wordt mooi geïllustreerd door een uitspraak vanuit de leden van de VVD-fractie: 'Uiteraard erkennen de leden van de VVD-fractie het belang en de waarde van het principe van gemeenschapstrouw, maar vragen zich gelijk af of dit niet weer een voorbeeld is van Nederland in de rol van beste jongetje in de klas.' *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 5, p. 4.

143 Zie daarover hierboven § 8.3.4.2.

Het gaat dan ten eerste om de mogelijkheid dat voor de beslechting van staatssteungeschillen net als naar huidig recht wordt aangesloten bij de bestaande rechtsverhouding, maar het toepasselijke procesrecht waar nodig wordt aangepast om gesignaleerde knelpunten weg te nemen. In deze aanvliegroute heeft de Nederlandse rechter oorspronkelijk zijn heil gezocht bij het opstellen van het wetsvoorstel Wts 2008. Dit wetsvoorstel biedt vanwege een vrij ambitieuze opzet veel inspiratie voor mogelijk optreden van de wetgever en is in dit hoofdstuk daarom uitgebreid besproken. Verder dan de bespreking in de Tweede Kamer heeft het voorstel het echter niet geschopt. Ten tweede is ingegaan op de mogelijkheid dat een apart regime voor staatssteungeschillen wordt gecreëerd. Dat heeft als voordeel dat niet drie procesrechten hoeven te worden aangepast. Wel wijkt zo'n nieuw regime af van de huidige gang van zaken en leidt dus nog tot de nodige vragen. De Minister van Economische Zaken heeft een consultatieversie gepubliceerd van een nieuw wetsvoorstel Wts 2016. Daarmee wordt bij de tweede aanvliegroute aangesloten, zij het dat dit alleen geldt voor zover terugvordering plaatsvindt naar aanleiding van een terugvorderingsbesluit van de Commissie, en dat in het geval van fiscale steun wel 'gewoon' bij het belastingrecht wordt aangesloten. Ook moet volgens het voorstel (toch ook) de Awb worden aangepast om voor gevallen van onrechtmatige staatssteun een expliciete wetgevingsgrond te creëren. Ten slotte is het theoretisch denkbaar, hoewel een dergelijke ontwikkeling in Nederland op korte termijn niet hoeft te worden verwacht, dat de taak van de nationale rechter zou worden verlicht door het instellen van een toezichthoudende staatssteunautoriteit op nationaal niveau.

Binnen deze aanvliegroutes kunnen natuurlijk uiteenlopende materiële keuzes worden gemaakt. Deze kunnen bijvoorbeeld zien op de invulling van en voorwaarden voor terugvorderingsmogelijkheden, regels over termijnen of manieren om onrechtmatige steunverlening op voorhand te voorkomen. Belangrijk is ook dat keuzes kunnen (of moeten) worden gemaakt over de mate waarin alleen aan bestuursorganen of ook aan de Nederlandse rechter (extra) instrumenten voor de handhaving van de staatssteunregels worden gegeven.

In dit hoofdstuk is geconstateerd dat het inmiddels verstofte wetsvoorstel Wts 2008 een belangrijke verbetering ten opzichte van de huidige situatie zou hebben betekend. Het blijft noodzakelijk om de voor de terugvordering van onrechtmatige staatssteun en rente de benodigde grondslagen te creëren. Het Wts 2008 zou echter zeker niet afdoende zijn geweest om de Nederlandse rechter het door hem bij de handhaving van de staatssteunregels idealiter benodigde gereedschap te bieden. Het valt niet te verwachten dat het door de Minister van Economische Zaken aangekondigde wetsvoorstel dat wel zal doen.[144] De mogelijkheid om een bestuursrechtelijke route voor de terugvor-

144 Bij de afronding van dit manuscript is het niet meer mogelijk gebleken om de mogelijke voor- en nadelen van dit voorstel in detail te bespreken. Dit zal ongetwijfeld wel een onderwerp zijn van toekomstige publicaties.

dering van onrechtmatige staatssteun te introduceren, zo laat de (op dit moment nog vrij algemene) bespreking in dit hoofdstuk zien, is althans verre van onproblematisch.

Bij de vraag hoe de Nederlandse wetgever op de handhaving van de staatssteunregels toegespitst gereedschap zou kunnen creëren, vallen op basis van dit hoofdstuk nog twee belangrijke overkoepelende opmerkingen te maken. De bespreking van het wetsvoorstel Wts 2008 heeft ten eerste laten zien hoe moeilijk het zelfs voor de wetgever kan zijn om het Unierecht goed in het Nederlandse systeem in te passen. Zelfs met een vrij uitgebreid wetgevingsproject, waarin drie van de grote Nederlandse wetten zouden worden aangepast, bleek het immers nog noodzakelijk om een aantal kunstgrepen toe te passen waarmee recht moet worden gedaan aan de eisen van het Unierecht, maar waarmee op nationaal niveau tegelijkertijd verwarring kan ontstaan. Deze spanning blijkt nog wel het sterkst uit de keuze om – omwille van de interne coherentie van met name het burgerlijk recht – een facultatief geformuleerde terugvorderingsgrondslag te introduceren, terwijl het Unierecht dat nauwelijks toelaat en een dergelijke formulering in het bestuursrecht vooral verwarring wekt. Het blijft zodoende schipperen tussen het effectueren van het Unierecht, het aansluiten bij de bestaande rechtsstelsels en het zoeken naar rechtseenheid.

Sterk gerelateerd aan dit punt, ten tweede, is de constatering dat er geen probleemloze manier bestaat om de nationale juridische context waarin de Nederlandse rechter bij de handhaving van de staatssteunregels opereert aan te passen. Voor een zeer belangrijk deel hangt dit samen met de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling. Geconstateerd is dat een samenstel van steunverlenende (rechts)handelingen naar huidig recht noodzakelijkerwijs in verschillende procedures aan de orde moet worden gesteld, met alle gevolgen van dien. Zo lang voor de beslechting van staatssteungeschillen bij de bestaande rechtsverhouding wordt aangesloten, zoals dit in Wts 2008 het geval was, blijft dit probleem bestaan. Zou daarentegen een apart regime voor staatssteungeschillen worden gecreëerd, dan leidt de oplossing van het ene probleem echter tot het ontstaan van een ander probleem. Meent een justitiabele namelijk dat binnen één rechtsverhouding verschillende normen zijn geschonden, dan betekent een apart regime voor staatssteungeschillen – zeker als dat exclusief zou gelden – dat hij over dezelfde rechtsverhouding verschillende procedures moet voeren wanneer een van die normen de opschortingsplicht is. Los van de nadelen hiervan uit proceseconomisch oogpunt zou dit onwenselijk zijn omdat, zoals ook uit dit onderzoek is gebleken, niet valt uit te sluiten dat tussen de diverse normen een relevant verband bestaat. Dezelfde problematiek geldt tot op zekere hoogte voor het geval een aparte staatssteunautoriteit zou worden opgericht, met dien verstande dat dit ook een potentieel dure oplossing zou zijn die overigens niet afdoet aan de zelfstandige taak van de rechter om aan een schending van de staatssteunregels de nodige gevolgen te verbinden.

Het ligt voor de hand dat op enige termijn een op de consultatieversie Wts 2016 gestoelde Wet terugvordering staatssteun in werking zal treden. Daarover kan ongetwijfeld veel worden gezegd. Wat daar ook van zij, aan de belangrijkste conclusies van dit onderzoek, dat zich immers over een grote hoeveelheid onderwerpen en terreinen uitstrekt, zal dit vermoedelijk maar weinig veranderen. Nu het voorstel zich nog in de consultatieversie bevindt, in ieder geval het volgende: het mag op zijn minst worden gehoopt, hoewel het huidige wetsvoorstel voor zulke hoop weinig grond biedt, dat de wetgever de Nederlandse rechter een handreiking biedt op het gebied van de terugvordering van steun en rente. Dit is immers het onderwerp waar de rechter het hem beschikbare gereedschap het meest ongemakkelijk heeft moeten oprekken om zijn rol bij de handhaving van de Europese staatssteunregels naar behoren te kunnen vervullen.

9 Conclusie

9.1 Inleiding

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

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

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

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

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

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

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

9.2 Het raamwerk voor de rol van de rechter in staatssteunzaken: een Europese norm en een nationale gereedschapskist

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

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

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

re aanleiding bestaat om deze partij in bewijsrechtelijke zin een steuntje in de rug te geven;

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

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

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

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

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

9.3 Samengevat: de belangrijkste lijnen uit de jurisprudentie per rechtsgebied

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

9.3.1 De belastingrechter

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

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

9.3.2 De bestuursrechter

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De overheid beroept zich op het staatssteunrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Situaties van bestaande en goedgekeurde steun

Een bijzondere situatie doet zich voor wanneer aan de orde wordt gesteld of een bestuursorgaan heeft gehandeld in strijd met de regels over bestaande steun. In zulke gevallen is de opschortingsplicht namelijk niet van toepassing, waardoor de precieze rol van de nationale rechter nog niet zo gemakkelijk valt te bepalen (§ 6.2.3). Voor zover dit uit de schaarse uitspraken valt af te leiden, lijkt het er voorlopig op dat de bestuursrechter een besluit niet zal vernietigen wanneer de Commissie de verenigbaarheid van bestaande steun onderzoekt, maar wel wanneer duidelijk is dat de Commissie twijfels heeft

over de verenigbaarheid van bepaalde specifieke aspecten van de steun en er door Nederland dienaangaande al voorstellen zijn gedaan. Betoogd is dat dit goed past binnen het Nederlands bestuursprocesrecht: relevant is met welke omstandigheden het betrokken bestuursorgaan op grond van de artikelen 3:2 en 3:4 Awb (in combinatie met het loyaliteitsbeginsel) rekening had moeten houden (§ 6.8.1). In de twee gevallen waarin de bestuursrechter heeft geoordeeld dat een besluit is genomen in strijd met de regels over bestaande steun, heeft hij het bestreden besluit vernietigd en het betrokken bestuursorgaan opgedragen een nieuw besluit te nemen met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen. Dat aan het succesvolle beroep op de staatssteunregels geen verdergaande consequenties worden verbonden zal eraan liggen dat bij bestaande steun de opschortingsplicht niet geldt. Hetzelfde geldt voor de op zich opmerkelijke omstandigheid dat de bestuursrecht in deze context één van zijn zeldzame voorlopige voorzieningen heeft getroffen – ter bescherming van de partij die ten onrechte staatssteun had ontvangen. Het nadeel van de gedupeerde derden van de tijdelijke voortzetting van de steunverlenende activiteiten zou namelijk niet opwegen tegen het nadeel voor de begunstigden van de onmiddellijke stopzetting van de activiteiten (§ 7.3.7).

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

9.3.3 De burgerlijke rechter

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Gevolgen van een schending van de staatssteunregels

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9.4 Problemen waarmee de Nederlandse rechter bij de handhaving van de Europese staatssteunregels wordt geconfronteerd

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Spillover effecten

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

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

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

Onvoorziene bronnen van staatssteunprocedures

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

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

9.5 Implicaties van dit onderzoek voor bredere wetenschappelijke discussies

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 Vgl. Tjong Tjin Tai 2011, § 6.
4 Eilmansberger 2004, p. 1232.
5 Zie in dat kader met name ook Van Harten 2011 en latere publicaties van dezelfde auteur.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9.5.3 Implicaties voor de gedachtevorming over de horizontale interactie tussen rechtsterreinen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9.6 Een blik op de toekomst

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

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

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

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

Summary

THREE JUDGES AND ONE NORM

The enforcement of the European State aid rules before Dutch courts and the limits of national procedural autonomy

This dissertation concerns the enforcement of European State aid law before Dutch judges. On the basis of EU law, national (and therefore also Dutch) judges must ensure the application of the directly effective standstill obligation laid down in Article 108(3) TFEU. This provision prohibits the putting into effect of an aid measure that has not been previously authorized by the European Commission or is exempted from notification. Where the standstill obligation has not been observed, national judges are obliged to attach all necessary consequences to that finding, including the recovery of aid already granted and the interest accrued. National judges must also ensure the application of binding decisions, including notably recovery decisions, taken by the European Commission in the context of the State aid rules.

Under the principle of national procedural autonomy, Dutch judges carry out these tasks on the basis of Dutch law, and thus within the possibilities and limitations of the applicable procedures under Dutch law. These procedures may not make the exercise of EU-rights excessively difficult or impossible in practice (the principle of effectiveness). Neither may the procedural rules for EU-law claims be less favourable than those for similar claims under national law (the principle of equivalence). Interestingly in the case of State aid law in particular, the enforcement of that law can take place, depending on the manner in which the aid has been granted, within the context of administrative (procedural) law, civil (procedural) law or fiscal (procedural) law. Against this background, this dissertation examines which role Dutch judges fulfil in the enforcement of the European State aid rules. Additionally, it asks how their role is influenced by the legal context – national on the one hand and European on the other – within which they operate. In order to answer these questions, the dissertation analyses over ten years of Dutch State aid case law, as presented in Annex II.

Before delving into this analysis, *chapter 2* explores from an EU perspective the role that Dutch judges can and must fulfil in the enforcement of the European State aid rules. Two tasks are particularly important: First, the application

of binding decisions of the European Commission and second, providing legal protection in cases of a violation of the directly effective standstill obligation. In order to assess whether such a violation has taken place, judges must determine whether a measure falls within the scope of Article 107(1) TFEU, and if so, whether it has been authorized by the Commission or, alternatively, exempted from notification. Should a court establish that a violation has taken place, it is obliged to ensure that the granting of the aid is prevented or that the aid, in so far as it has been granted, is recovered along with the interest accrued. Where necessary, the court may have to order the payment of damages or the refund of hypothecated taxes levied in breach of the standstill obligation. These are not easy tasks. It is fair to say that, in enforcing the State aid rules within the – somewhat vague – scope of national procedural autonomy, the national judge may frequently lack for the necessary clarity and support. In such cases, the possibility to refer a preliminary question to the Court of Justice or to approach the European Commission with questions may sometimes be of help.

Chapter 3 presents a birds eye view of the case law in which Dutch judges are called upon to carry out the tasks identified in chapter 2. Its basis is formed by the judgments that have been published on the website <www.rechtspraak.nl> between 1 November 2005 and 1 November 2015 and which contain the word 'staatssteun' ('State aid'). It appears that claims on the basis of the State aid rules are brought within different fields of law, by different parties, against the background of varying factual contexts and legal relationships. In the majority of cases, private parties quite traditionally challenge the granting of an alleged aid measure by the State to an undertaking, which is often their competitor. Generally, it is argued that the State has granted – or is about to grant – illegal State aid that should have been notified to the Commission. In some of these cases, while the contested aid has already been notified to and authorized by the Commission, it is argued that the aid as it has actually been granted falls outside the ambit of the Commission's authorization decision. Somewhat less frequent are cases in which parties claim the repayment of certain hypothecated taxes with which, it is argued, illegal State aid has been financed. The case law studied also shows that with some regularity, the State itself invokes State aid law in order to prevent the granting of illegal aid or to undo an aid measure that has already been put into effect. Only rarely does a case concern the enforcement of a Commission decision ordering the recovery of aid. This is not so surprising, given that only a handful of such decisions were taken around the period studied. In addition to these more 'traditional' enforcement situations, there appears to be a great volume of cases within the field of spatial planning law. In these – quantitatively important – cases, (the approval of) a zoning plan is challenged before the administrative courts because the execution of that plan would allegedly involve illegal State aid. Finally, several cases have been published in which the State aid rules

appear to be indirectly relevant in one way or another, but which do not explicitly concern the application of the standstill obligation. These last types of cases, which only indirectly address the State aid rules, remain largely outside the scope of this research.

An important observation in this chapter is that State aid judgments by fiscal courts are few and far between. For this, several explanations are presented. For instance, the amount of illegal fiscal aid granted may be limited. Also, it is plausible that it is insufficiently clear when a fiscal measure amounts to illegal State aid, while at the same time it may be excessively difficult to demonstrate the existence of a fiscal aid. It is also quite possible that the parties involved have insufficient incentives to invoke the State aid rules. Furthermore, a significant factor is likely that the applicable Dutch fiscal procedural law prevents the competitors of State aid recipients to bring a claim before the (specialized) tax courts. Some of these explanations raise concerns and may require that certain procedural rules be amended or interpreted differently. The upshot is that the subsequent chapters deal mostly with the State aid case law of the civil and administrative courts.

Chapter 4 examines the extent to which Dutch judges set requirements for the (legal) interest of parties who invoke the State aid rules. Under Dutch law, failure to fulfil an interest requirement – which can take several and different forms depending on the procedural context – may lead to the inadmissibility of the proceedings or the denial of a legal remedy. As stated, the case law shows that varying parties invoke the State aid rules with differing goals. This leads to a certain risk of 'bogus' cases in which the primary concern of the applicant may not necessarily lie in the protection against a violation of the State aid rules themselves.

In the application of interest requirements in State aid cases, the research shows that the applicable Dutch procedural law carries far greater weight than the EU legal context. For instance, in some (administrative law) cases, the qualification of an applicant as a competitor (thus qualifying for protection under Article 108(3) TFEU) took place on the basis of the definition of competitor under Dutch law. This is significant because that definition may well be more narrowly constructed than is required by the protective scope of the standstill obligation. It is striking, furthermore, that the administrative judges in particular have been tempted to use interest requirements in order to restrict the invocability of the State aid rules. Such an 'ejector seat'-approach is at odds with EU law. Having said that, applicants in such a situation may, under the division of competences under Dutch law, generally still seek redress with the civil courts. Due for the most part to the applicable procedural law, civil courts confronted with a State aid claim tend to be less inclined to rule that an interest requirement has not been met. Still, even the civil courts appear in some cases to be tempted to refrain from addressing a State aid claim in

all necessary depth – albeit on the basis not of interest requirements but of other legal concepts that are addressed in the following chapters.

The general impression is that Dutch courts perceive a need to set limits for the possibility to invoke the standstill obligation and work from the understanding that the scope of application of Article 108(3) TFEU is not indefinite. It has been noted that EU law still offers the courts little in the way of guidance concerning the scope of application of the standstill obligation. As a consequence, it appears that Dutch judges, where in doubt as to that scope, are more likely to construe it rather narrowly. It is generally accepted in line with EU case law that competitors of aid recipients (despite sometimes questionable interpretations) and those who have paid a hypothecated tax must be allowed in some way to invoke the protection of the standstill obligation. Here, a problem appears in the field of tax law. Article 26a of the State Taxes Act ('Algemene wet inzake rijksbelastingen') prevents the access of such competitors to the tax courts, and they must of necessity resort to initiating a procedure before a civil court. Based on the case law studied, this is not apparently a very attractive alternative. Thus, the judicial protection of competitors in cases of fiscal aid leaves something to be desired.

Chapter 5 concerns the way in which Dutch judges determine whether a given measure qualifies as a State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU. After all, where a measure does not qualify as a State aid, the standstill obligation does not apply. As was the case for the interest requirements discussed in chapter 4, the applicable Dutch procedural law is greatly influential in shaping the judges' approach (and thus, the outcome of the case). In theory, the role of the Dutch civil judge is a passive one. It falls to the parties to determine the facts, the necessary evidence, and the scope of the proceedings. Administrative judges theoretically play a rather more active role. For instance, they have more far-reaching competences to carry out a factual assessment in search of the substantive truth. It is also significant that an assessment of the facts has generally already taken place in the administrative proceedings before the administrative court is involved, so that the parties will generally have had a formal opportunity to dispute the facts before the court proceedings.

Having said that, these differences are becoming ever more relative, as is visible also in the State aid case law. For one, in both types of proceedings it is clearly the party invoking State aid law who must demonstrate the existence of an aid. He cannot expect much in the way of assistance in that endeavour: Particularly competitors of alleged aid recipients are assumed to be amply familiar with the relevant market – an assumption that ignores that they may lack sufficient knowledge of the specific understanding reached between the State and the alleged aid recipient. Furthermore, neither the administrative nor the civil judge have considered it necessary to examine the existence of a State aid *ex officio*, even though it is not yet certain whether civil judges are not under an obligation to do so under EU law. Admittedly,

it can be doubted whether accepting such an obligation is likely to change the outcome of State aid cases, as this research has demonstrated that contested measures are only rarely considered a State aid, even where parties have made that argument explicitly. That claims based on the State aid rules are rarely successful, especially when made by a third party, is an important finding. The remarkably low success rate of State aid proceedings can be the result of several factors that are explored in depth, all of which are likely to play some part in explaining the limited amount of successful State aid cases.

One significant difference between the case law of the administrative and civil law judges is that the latter are more inclined to give reasons for its finding of a State aid (or lack thereof). Perhaps parties before the civil judges are better at substantiating their claims than their administrative law counterparts. It is also plausible that the civil judges must, given their passive role, by necessity be more explicit in their reasoning than administrative judges. Finally, it is possible, if not entirely in the spirit of sincere cooperation, that administrative courts are simply less inclined than their civil counterparts to deal with State aid arguments in depth.

An important feature of the administrative case law studied is the so-called 'duty to ascertain' ('vergewisplicht'). It entails that an administrative authority whose decision could amount to illegal State aid must under certain circumstances determine whether this is indeed the case – if necessary approaching the European Commission for advice on the matter. Civil judges do not impose such a duty and in not doing so, approach most closely the role as it was presumably envisaged by the European Court of Justice. The administrative law duty to ascertain has been criticized in the literature, and justly so. Nevertheless, it may present opportunities in the form of a mitigation of the burden of proof where an interested party cannot, for any reason, sufficiently substantiate the existence of an aid measure. In reality, however, there have been no cases during the period studied in which sufficient facts and arguments were presented in order to trigger the duty to ascertain. It is important to note that the importance of the duty to ascertain in administrative law State aid cases seems to be decreasing, but that the highest administrative court accepted in recent years a similar duty in cases in which it is the administrative authority itself that seeks to invoke the State aid rules (coined the 'Ridderstee duty to ascertain', after the seminal judgment). This is unfortunate.

Chapter 6 addresses the situation in which both the European Commission and the Dutch courts are competent to assess the conformity of a given measure with the State aid rules. Several possible situations can arise, each of which may confront the courts with different challenges, possibilities and questions. It is concluded that Dutch judges hardly can, or would want to, ignore the European Commission in State aid matters. There exists a certain tension in the relation between the Commission and the national courts. In addition, there is only a certain level of clarity on the legal relation between

the Commission an the national judge, with their 'essential, but distinct roles', and many unanswered questions remain. The most important of these is which consequences a judge must attach to deviations from (implicit) conditions of positive decisions or exemptions. Attached to that is the question whether all deviations, however trivial, must lead to these consequences, and to what extent they can be repaired. In cases of alleged deviations from positive decisions, the problem also arises that the courts may find it exceedingly difficult to avoid addressing, indirectly at least, the compatibility of the aid measure – a task reserved exclusively to the Commission. In interpreting positive decisions, the Dutch courts logically seek a pragmatic medium between a restrictive interpretation of the decision on the one hand and a teleological approach in the light of what the Commission would have intended to authorize on the other. The Commission's instruction on this point, that the national courts should limit themselves to assessing 'whether all the conditions of the scheme are met', is unsatisfactory in this situation.

It is important to realize that the Commission has built up an extensive expertise regarding the qualification of State aid measures, while this is much less the case for individual judges. It is logical in this light that these judges, while they may not anticipate a positive Commission decision, find support in the provisional or even hypothetical assessment by the Commission concerning the qualification of a measure as a State aid. At the same time, the Dutch courts rarely – if increasingly – use the possibility to seek the Commission's advice. Perhaps this is not so surprising, given the fundamental risks pointed out in this chapter regarding the possibility of approaching the Commission for advice. While this possibility can provide solutions to some of the problems identified in this chapter, additionally, systematically doing so would require disproportionate efforts on both sides and does justice neither to the complex reality nor to the role of the judge, who in cases of uncertainty and disagreement is by its very nature suited to take the necessary decisions.

In cauda venemum; the sting is in the tail, as becomes apparent in *chapter 7*. This chapter analyses which consequences Dutch judges, according to their case law, are willing to attach to an alleged violation of the standstill obligation, and why. It emerges that State aid cases before Dutch courts do not necessarily fit the theoretic mould, in which the consequences to be attached to such a violation have been sufficiently defined by the European Court of Justice and the national court needs only to translate that consequence to the relevant national law. Practice, as always, is more unruly than that and difficult to predict. For one, it is important to realize that the court's room for manoeuvre is delimited by the legal position taken by the parties and the relevant procedural context. The tax and administrative courts are restricted in their rulings in particular by the (scope of the) contested decision, while the civil courts are dependent on the claims made by the parties.

It appears that a real difficulty lies in isolating the alleged aid from the legal acts brought to their attention. This is difficult in particular because alleged State aids more often than not form part of a set of public law and/or private law acts. Partly because of this, what is claimed in such cases (such as the termination of a certain project) may often go beyond what is necessary to remedy the distortion of competition. At the same time, it is a delicate and difficult business to determine the exact scope and nature of the alleged distortion of competition, particularly in interim proceedings. It is submitted that the case law of the Court of Justice requires, in far greater measure than seems to be the case in the Dutch case law studied, the quantification of illegal aid. Where such quantification is not possible – at least not within the context of the national court procedure – , clarity must be provided as to the appropriate method for remedying the distortion of competition as a consequence of an illegal aid measure.

Having said that, Dutch courts appear to be principally willing, within the boundaries of the relevant national law, to attach the necessary consequences to violations of the standstill obligation in the (rare) cases where such a violation has been established. At times, some courts have even chosen a positively vigorous approach, such as in the cases *Residex* and *Commerz*. Nevertheless, the courts are not willing to extend the national law too far beyond its recognised boundaries. A strong example is the difficulty, under the current case law, of recovering interest payments. In fact, the lack of a clear legal basis for the recovery of both aid and interest can be considered as one of the most fundamental obstacles for private enforcement of State aid law before the Dutch courts. However, it would be mistaken to conclude from these circumstances that Dutch judges are insufficiently aware of the (importance of the) duty to order the recovery of illegally granted aid with interest. A further interesting point is that where Dutch judges are willing, generally, to attach the necessary consequences to a violation of the standstill obligation, this is not the case where these consequences do not correspond to those that have been laid down by the Court of Justice. This is important because applicants in State aid cases can feel compelling incentives to request farther-reaching or different consequences than those laid down in the case law of the Court of Justice.

Finally, chapter 7 discusses the judicial protection of the recipient of an alleged illegal aid measure. It emerges that Dutch courts are unquestionably willing under certain circumstances to afford protection to the recipient of an alleged aid, even where this may lead to a situation that is not in conformity with EU law. It is argued that the mere existence of such a risk does not require undue restraint on the part of the judge 'just in case'. The protection given does not (yet) seem to extend to a possibility for an aid recipient to request that the State is ordered to notify a possible State aid to the European Commission.

In the light of the tensions highlighted in chapters 4 to 7, *chapter 8* examines how the Dutch legislator might create the appropriate tools for the enforcement of the State aid rules before national courts, what such tools might look like and of which risks the legislator should be aware in creating them. The chapter identifies three general ways of approaching the matter. For each approach, varying substantive choices can be made. The first approach is to devise an enforcement system that follows the existing legal relationship, but amends the applicable procedural law where this is necessary to alleviate the aforementioned tensions. This is the approach originally preferred by the Dutch legislator in a bill concerning the recovery of State aid introduced in 2008. It has, however, never entered into force. The second approach is to create a separate procedure for State aid disputes, regardless of the legal relationship within the alleged aid has been granted. This has the advantage of not requiring the amendment of three sets of procedural law, but as it departs quite significantly from the current system, it would require careful legislation as well as raising many uncertainties. The Minister for Economic Affairs has published a 'consultation version' of a new bill on the recovery of State aid in June 2016, which follows this second approach to some extent. As it is currently drafted, it will create a separate procedure, but only in cases where the Commission has ordered the recovery of an aid and where the measure in question does not constitute fiscal aid. Building on the 2008 bill, the consultation version also includes some amendments to the Dutch General Administrative Law Act in order to introduce a legal basis for recovery even where the Commission has not taken a (final) decision. The third approach would be to lighten the Dutch judges' workload by introducing a supervisory State aid authority at the national level. This is not to be expected in the Netherlands any time soon. Also, it must be kept in mind that an authority of this kind would not relieve the national courts from their obligation to attach the necessary consequences to a breach of the State aid rules.

Two important overarching comments can be made on the basis of this chapter. First, it has become clear how difficult it can be, even for the legislator, to satisfactorily 'fit' EU law within the Dutch legal system. Even with a fairly extensive legislative project such as the 2008 bill, still it appeared necessary to use legal 'ploys' in order to satisfy the demands of EU law. It seems that the legislator must walk a tightrope between EU law requirements and the coherence of, as well as between, the applicable (national) legal systems. Second, it has been concluded that there is no unproblematic method to amend the national legal context within which the Dutch courts operate in the enforcement of the EU State aid rules. This is due for a large part to the division of competences between the Dutch courts. A combination of (legal) acts by which an alleged aid is granted must under the current system necessarily be addressed in separate procedures, with all the consequences that may entail. Conversely, creating a separate procedure for State aid disputes can lead to a situation in which an interested party must initiate several proceedings if

he believes that a given (legal) act violates not only the standstill obligation but also other, national or European, norms. The same issues are likely to arise if the legislator were to introduce a national supervisory State aid authority.

It is possible that the proposed on the recovery of State aid will become law in the foreseeable future. One might hope that will provide the national courts with the necessary legal tools for the recovery of illegal State aid and interest – although its scope at the moment seems to be narrower, unfortunately.

Chapter 9, finally, gathers the most important conclusions of the research and in doing so, it outlines the problems with which Dutch judges are confronted in enforcing the State aid rules. For one, the research strikingly reveals an image in which judges are expected to determine, often on the basis of very limited information in a particularly complex legal area heavily reliant on factual information, whether the State aid rules have been violate and to attach far-reaching consequences to that finding. It should thus not be surprising that chances of successfully receiving protection against violations of the standstill obligation are slim indeed. It is fair to conclude that the EU law expectations of the Dutch courts are really rather high in comparison with the – generally limited – role they can actually play in State aid cases.

Dutch judges can also face challenges due to national procedural rules that are not optimally tailored to the requirements following from EU law. In addition to other examples, one might consider the impossibility so far to effectuate under Dutch law the recovery of illegally granted aid and interest. This impossibility should not be attributed all too easily to a limited willingness on the part of the courts to apply EU State aid law. Rather, it is explained by the lack of an explicit and sufficient legal basis for the recovery of aid and interest in Dutch law. Problematic also is the remaining ambiguity surrounding the precise scope and meaning of the applicable EU law rules. This applies in particular to the legal relationship between the national courts and the European Commission. Such ambiguity can lead to an overzealous application of the State aid rules, to the detriment of the procedural rights of the alleged aid beneficiaries. Conversely, some courts seem to have opted, in the light of the existing lack of clarity, for interpretations that do not appear to meet the requirements of EU law.

It is important to realize that attention must be devoted not only to the clarity of the European rule and the extent to which the national procedural law, within the framework of national procedural autonomy, allows for the compliance with that rule. Other, sometimes related, dimensions are also relevant in this context. To start with, national judges can only influence their role in a State aid dispute to some extent. They remain dependent for a large part on the (factual) input of the parties to the dispute and the factual circumstances of the case. The significance of this finding increases when it is paired with the possibility that parties to State aid proceedings may invoke the State

aid rules prejudicially or offhandedly. It will not be surprising in that light that there seems to be some restraint in the case law studied to attach (overly) far-reaching consequences to alleged violations of the State aid rules. Several cases point in the direction of a discrepancy between the consequences that should be attached to a violation of the State aid rules on the one hand and the perceived gravity of the violation and the confidence with which it can be established on the other. Furthermore, Dutch judges are repeatedly confronted with disputes that do not concern a violation of the standstill obligation as such, but may still be connected to it. One need only to consider the remarkable amount of cases in the field of spatial planning law. The implication of this last finding is that Dutch judges will regularly face the question to which extent the European State aid rules may be relevant for the interpretation of the substantive national law.

In the light of these findings, the chapter addresses the implications of the research for broader academic discussions. Special attention is given to the discussions concerning the role of the national courts in a multi-layered legal order, the private enforcement of EU law by the national courts and the horizontal interaction between private and public law. Looking forward, finally, two recent developments may bring important changes to the role of Dutch judges in the enforcement of EU State aid law. First, the State aid modernization initiated by the European Commission is likely to increase the potential role of the national judges as compared to that of the Commission, and may well shift the focal point of private enforcement from the qualification of aid measures to the question whether all requirements of an exemption have been met. Second, the national legal framework is due to be amended through the introduction of a new Act on the recovery of State aid, of which a consultation version has been published in June 2016. Time – and further research – will show whether and how these developments will influence the role of the Dutch judges in the enforcement of EU State aid law in the next years.

Literatuurlijst

Aalbers 2011
C.T. Aalbers, 'De bestuursrechtelijke zitting nieuwe stijl. Verslag van de VAR-studiemiddag op 10 juni 2011', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2011, 35.

Aalbers en Hessel 2011
M. Aalbers en B. Hessel, 'Beleidskansen bij de regels van staatssteun', in: B. Hessel e.a. (reds.), *Pluk de vruchten van de interne markt. Europees beleid als kans voor decentraal beleid*, Den Haag: Sdu Juridisch 2011, p. 169-203.

Aalbers en Jaarsma 2015
M. Aalbers en M.I. Jaarsma, 'Het beginsel van een marktdeelnemer in de markteconomie: rechtsontwikkelingen en praktische knelpunten in gebiedsontwikkeling. Terug naar de basis?', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2015, p. 104-113.

Adriaanse 2005
P.C. Adriaanse, 'De rol van nationale rechters bij de terugvordering van onrechtmatige staatssteun', in: W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de nationale rechter*, Deventer: Kluwer 2005, p. 57-86.

Adriaanse 2006
P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2006.

Adriaanse 2007
P.C. Adriaanse, 'Privaatrechtelijke aspecten van handhaving van het staatssteunrecht', *VrA* 2007, p. 5-42.

Adriaanse 2008
P.C. Adriaanse, 'Effectieve handhaving van het staatssteunrecht ondermijnd? Een bespreking van de zaak CELF (C-199/06) over 'passende' maatregelen in geval van onrechtmatige maar verenigbare staatssteun', *NtEr* 2008, p. 308-317.

Adriaanse 2011
P.C. Adriaanse, 'Procederen over staatssteun voor Nederlandse rechters', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2011, p. 13-21.

Adriaanse 2013
P.C. Adriaanse, 'Ex-ante- en ex-posttoezicht op groeps- en de-minimisvrijstellingen in het kader van gemoderniseerd staatssteunrecht. Een onderzoek naar de rol van de Europese Commissie en overheden en rechters in de EU-lidstaten', *Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht* 2013, p. 514-436.

Adriaanse 2015
P.C. Adriaanse, 'Een kritische reactie op de uitspraak van het Hof van Justitie van 19 maart 2015 in zaak C-672/13', *PAO Leiden* 13 april 2015 (<www.paoleiden.nl>, zoek op C-672/13).

Adriaanse en van Angeren 2010
P.C. Adriaanse en J.R. van Angeren, 'De Awb en staatssteunvragen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 669-686.

Adriaanse en Den Ouden 2008
P.C. Adriaanse en W. Den Ouden, 'Effectuering van staatssteunrecht in Nederland. Een bestuursrechtelijke blik op de uitvoeringspraktijk en het wetsvoorstel terugvordering staatssteun', *NTB* 2008, p. 304-315.

Adriaanse en Joris 2010
P.C. Adriaanse en T. Joris, 'Een bespreking van het arrest CELF II (zaak C-1/09) over passende maatregelen in geval van onrechtmatige en (vooralsnog) onverenigbare staatssteun', *NtEr* 2010, p. 238-244.

Van Aerde 2009
A.M. van Aerde, 'Europees recht en het stelsel van art. 24 en 25 Rv', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2009, p. 122-141.

Akkermans e.a. 2015
B. Akkermans e.a. (reds.), *Who does what? On the allocation of regulatory competences in European Private Law*, Antwerpen: Intersentia 2015.

Allewijn 2011
D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil … De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu uitgevers 2011.

Ancery 2012
A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.

Angeli 2009
M. Angeli, 'The European Commission's "new policy" on state aid control: some reflections on public and private enforcement of recovery of illegal aid, *European Competition Law Review* 2009, p. 533-541.

Van Angeren 2006
J.R. van Angeren, 'Terugvordering van staatssteun in het Nederlands bestuursrecht', *Markt en Mededinging* 2006, p. 93-96.

Van Angeren en den Ouden 2005
J.R. van Angeren en W. den Ouden, Subsidierecht en staatssteun, VAR-congres, 2004.

Arhold, Struckmann en Zibold 2011
C. Arhold, K. Struckmann en F. Zibold, 'Germany. German Federal Court of Justice strengthens procedural rights for competitors of recipients of potential State aid (European Air wars follow up)', *European State Aid Law Quarterly* 2011, p. 195-199.

Arnull 2011
A. Arnull, 'The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?', *European Law Review* 2011, p. 51-70.

Arrowsmith 2005
S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London: Sweet&Maxwell 2005, p. 1268.

Ashmann 2010
M.J.A.M. Ashmann, 'Bewijs: verschuiving van 'bewijzen' naar 'stellen'?', in: M.J.A.M. Ashmann, Y.E. Schuurmans en D.H.J. Wigboldus, *Bewijsrecht* (preadvies Nederlandse vereniging voor procesrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 13-27.

Ashmann 2015
M.J.A.M. Ashmann, 'Motieven om te motiveren. Artikel 30p Ontwerp Rechtsvordering en motivering van het civiele vonnis in historisch perspectief', *Ars Aequi* 2015, p. 939-945.

Van Asperen 2014
P. van Asperen, 'Van Sinterklaas naar maatschappelijk financier. De weg naar een contractueel subsidiestelsel', *BR* 2014, 130.

Asser 2012
W.D.H. Asser, 'Stelplicht, een kraaienpoot op de weg van de waarheidsvinding', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2012, p. 107-108.

Asser e.a. 2006
W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken en I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Asser, Nijboer en Schuurmans 2010
W.D.H. Asser, J.F. Nijboer en Y.E. Schuurmans, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?*, (preadvies NVVR), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.

Asser/Asser 2013
W.D.H. Asser, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. Deel 3*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp 2015 (3-I)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht,* Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*)
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht,* Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-I*)
A.S Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen,* Deventer: Kluwer 2011.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015 (6-IV)
A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Van Schaick 2011 (Procesrecht II)
A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht 2. Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011.

Asser/Scholten 1974 (Algemeen Deel *)
Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Baart 2012
M.R. Baart, 'Staatssteunrecht gerelativeerd – Het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste bezien in het licht van het staatssteunrecht', *NALL* 2012, oktober-december, DOI:10.5553/NALL/.00008.

Backes en Jansen 2010
Ch. W. Jansen en A.M.L. Jansen, 'De wederkerige rechtsbetrekking als panacee voor de gebreken van de "besluiten-Awb"?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb,* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 75-96.

Backes e.a. 2014
Ch.W. Backes e.a., 'Vier jaar bestuurlijke lus – success story of teleurstelling?', *JBplus* 2014, 4.

Bacon 2009
K. Bacon, *European Community Law of State Aid*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Bacon 2013
K. Bacon, *European Union law of state aid*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Barkhuysen 2006
T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006.

Barkhuysen 2007
T. Barkhuysen, 'De inpassing van de prejudiciële procedure in het Nederlandse bestuursrecht', in: W. den Ouden en E. Steyger (reds.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van het EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 325-350.

Barkhuysen, Damen e.a. 2007
T. Barkhhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Bartosch 2002
A. Bartosch, 'The Relationship between Public Procurement and State Aid Surveillance – the Toughest Standard Applies?', *CMLR* 2002, p. 551-576.

Bartosch 2005
A. Bartosch, 'Die Durchsetzung der Beihilferechtswidrigkeit staatlicher Maßnahmen vor nationalen Gerichten, *EuZW* 2005, p. 396-400.

Bartosch 2010
A. Bartosch, 'Is there a Need for a Rule of Reason in European State Aid Law? Or How to Arrive at a Coherent Concept of Material Selectivity?', *CMLR* 2010, p. 729-752.

Becker 2012
T. Becker, 'Die parallele Prüfung beihilferechtlichter Sachverhalte durch Kommission und nationale Gerichte – Entscheidungskompetenzen und –konflikte', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2012, p. 725-730.

Beekhoven van den Boezem 2014 (Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering)
M.B. Beekhoven van den Boezem, *De Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*), artikel 611a bij: Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering.

Beenders 2012 (T&C Rv), art. 149
D.J. Beenders, 'Commentaar artikel 149', in: A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen, M.V. Polak (red.), *Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2008.

Beeston, De Meij en Geilmann 2016
S.J. Beeston, M.J. de Meij en M.C. Geilmann, 'Krimpenerwaard: privaatrechtelijke handhaving van het staatssteunrecht?', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2016, p. 61-68.

Bellantuono 2015
G. Bellantuono, 'Public and Private Enforcement of European Private Law in the Energy and Telecommunications Sectors', *European Review of Private Law* 2015, p. 649-688.

Bernat 2016
M. Bernat, 'Practitioner's (Biased) Diary on What Beneficiaries Complain About (Mainly in Conference Rooms)', *European State Aid Law Quarterly* 2016, p. 199-206.

Berrisch 2014
G.M. Berrisch, 'Mehr Fragen als Antworten – Keine Klärung der „Bindungswirkung" von beihilferechtlichen Eröffnungsentscheidungen der Kommission', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2014, p. 253-257.

Den Besten 2007
M. den Besten, 'Provisionele vordering tegenover kort geding', *Advocatenblad* 2007, p. 736-740.

Biondi 2013
A. Biondi, 'State Aid is falling, falling down: an analysis of the concept of "aid" in the acquis of the EU Courts', *CMLRev* 2013, p. 1719-1743.

Blauberger 2008
M. Blauberger, *From Negative to Positive Integration? European State Aid Control Through Soft and Hard Law* (MPIfG Discussion Paper 08/4), 2008.

Blauberger 2009
M. Blauberger, 'Of 'Good' and 'Bad' Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law', *West European Politics* 2009, p. 719-737.

Bobek 2011
M. Bobek, 'Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States', in: B. de Witte en H. Micklitz (reds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Antwerpen: Intersentia 2011.

De Bock 2011
R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), 2011.

Boekema 2015
I.M. Boekema, 'De keuze voor hoger beroep: wat is het effect van procedurele en distributieve rechtvaardigheid?', *NJB* 2015/38.

Van Boom 2007
W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 982-991.

Van Boom 2010
W.H. van Boom, 'Deel 2. Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: M.B.M. Loos en W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (pre-

adviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2010, p. 151-208.

Van Boom en Loos 2007
W. van Boom en M. Loos (reds.), *Collective Enforcement of Consumer Law. Securing Compliance in Europe through Private Group Action and Public Authority Intervention*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

Borman 2013 (*T&C Awb, Titel 4.2 Subsidies*)
T.C. Borman, 'Titel 4.2 Subsidies', in: P.J.J. van Buuren & T.C. Borman (red.), *Tekst & Commentaar, Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Borman 2013 (*T&C Awb, Titel 8.3 Voorlopige voorziening)*
T.C. Borman, 'Titel 8.3 Voorlopige voorziening en onmiddellijke uitspraak in de hoofdzaak', in: P.J.J. van Buuren & T.C. Borman (red.), *Tekst & Commentaar, Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Bos 1999
P.V.F. Bos, 'Modernisatie van de toepassing van de Europese mededingingsregels en de rechterlijke macht', *Markt en Mededinging* 1999, p. 136-143.

Bots 2009
A.M.M.M. Bots, 'De comparitie in het bestuursproces en het civiele proces als middel tot effectieve rechtspraak', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 131-156.

Boutin en Peduzzi 2015
X. Boutin en R. Peduzzi, 'Searching for "Good Aid": The Role of Evaluation', *European State Aid Law Quarterly* 2015, p. 250-259.

Bouwman en Boer 2015
J.N. Bouwman en M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting* (Wegwijs Reeks), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015.

Bovis 2005
C.H. Bovis, 'Financing Services of General Interest in the EU: How do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection?' *European Law Journal* 2005, p. 79-109.

Braeken en Eijberts 2015
B.J.H. Braeken en C.A. Eijberts, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2014', *Markt en Mededinging* 2015, p. 58-69.

Brandtner, Beranger en Lessenich 2010
B. Brandtner, T. Beranger en C. Lessenich, 'Private State Aid Enforcement', *European State Aid Law Quarterly* 2010, p. 23-32.

Brenninkmeijer 2003
A.F.M. Brenninkmeijer (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2003.

Van den Brink 2008
V. van den Brink, 'Stellen, betwisten, bewijzen – een handleiding', *Praktisch Procederen* 2008, p. 89-100.

Van den Brink 2009
J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink en A. Drahmann, *Europees*

offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie (Preadviezen Jonge VAR), 's-Gravenhage: Bju 2010, p. 63-139.

Van den Brink 2012
J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen* (diss. Leiden), Oegstgeest: Wolters Kluwer 2012.

Van den Brink 2015
V. van den Brink, 'Enkele opmerkingen naar aanleiding van het verbod op staatssteun', *WPNR* 2015, 7045.

Van den Brink en Van Dam 2014
J.E. van den Brink en J.C.A. van Dam, 'Nederlandse bestuursrechters en unierechtelijke "beleidsregels"', *JBplus* 2014, p. 3-27.

Van den Brink en Den Ouden 2014
J.E. van den Brink en W. den Ouden, 'Europeanisering door rechtsbeginselen. Op weg naar rechtseenheid en duidelijkheid of de bescherming van de Nederlandse burger in gevaar?', in: B.J. Schueler en R.J.G.M Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht* (75 jaar VAR), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 75-97.

Broberg en Fenger 2014
M. Broberg en N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Brugman 2010
D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht?* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010.

Bruyninckx 2007
T.B. Bruyninckx, 'De voorwaarde van causaliteit als obstakel voor gemeenschapsaansprakelijkheid in staatssteunzaken', *NTER* 2007, p. 232-237.

Buts, Joris en Jegers 2013
C. Buts, T. Joris en M. Jegers, 'State Aid Policy in the EU Member States. It's a Different Game They Play', *European State Aid Law Quarterly* 2013, p. 330-340.

Cafaggi en Micklitz 2009
F. Cafaggi en H.-W. Micklitz (reds.), *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Antwerpen: Intersentia 2009.

Camilleri 2013
E. Camilleri, 'A decade of EU antitrust private enforcement: chronicle of a failure foretold?', *European Competition Law Review* 2013, p. 531-537.

Van Campen 2007
M.M. van Campen, 'Privaatrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit', in: W.H. van Boom, S.D. Lindenbergh en S.B. Pape (reds.), *Privaatrecht ondersteund. Doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning door de overheid van privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 35-60.

Cauffman 2015
C.A.N.M.Y. Cauffman, 'De Richtlijn betreffende schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht', *SEW* 2015, p. 126-137.

Cherednychenko 2014
O.O. Cherednychenko, 'Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?', *European Review of Private Law* 2014, p. 37-68.
Cherednychenko 2015a
O.O. Cherednychenko, 'Public and Private Enforcement of European Private Law: Perspectives and Challenges', *European Review of Private Law* 2015, p. 481-490.
Cherednychenko 2015b
O.O. Cherednychenko, 'Public and Private Enforcement of European Private Law in the Financial Services Sector', *European Review of Private Law* 2015, p. 621-648.
Chérot 2007
J.-Y. Chérot, 'Application of EC State aid Law by national Courts: e-Competition State Aids Research Program – II', *Concurrences* 2007, p. 177-179.
Claes 2006
M.L.H.K. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford: Hart Publishing 2006.
Claes 2013
M.L.H.K. Claes, 'De rol van de rechter in het samenspel van machten in het licht van Europeanisering en de verwevenheid van rechtsordes', in: M. Diamant e.a. (reds.), *The powers that be: op zoek naar nieuwe checks and balances in de verhouding tussen wetgever, bestuur, rechter en media in de veellagige rechtsorde* (Publikaties van de Staatsrechtkring Staatrechtconferenties, 17), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 95-120.
Clayton en Segura Catalan 2015
M. Clayton en M.J. Segura Catalan, 'The Notion of State Resources: So Near and yet so Far', *European State Aid Law Quarterly* 2015, p. 260-270.
Conway 2012
G. Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.
Cortese 2014
B. Cortese (red.), *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2014.
Coutrelis 2010
N. Coutrelis, 'News from the Member States. France', *European State Aid Law Quarterly* 2010, p. 583-584.
Coutrelis 2011
N. Coutrelis, 'News from the Member States. France', *European State Aid Law Quarterly* 2011, p. 401.
Craig en de Búrca 2015
P.P. Craig en G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2015.
Creve 2014
B.A. Creve, 'Locus Standi Requirements for Annulment Actions by Competitors: The Resurfacing "Unique Position Test" Ought to Be Discarded', *European State Aid Law Quarterly* 2014, p. 233-234.

Daalder 2013
E. Daalder, 'Reactie artikel Willems-Dijkstra & Van der Leek', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2013, 8.

Van Dam 2013
J.C.A. van Dam, 'De doorwerking van Europese administratieve soft law: in strijd met Nederlandse legaliteit?', NALL 2013, januari-maart, DOI: 10.5553/NALL/.000009.

Damen e.a. 2012a
L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht, deel 1. Systeem. Bevoegdheid. Bevoegdheidsuitoefening. Handhaving*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

Damen e.a. 2012b
L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht, deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

Dammingh 2009
J.J. Dammingh, 'De veranderende rol van de rechter in het civiele proces', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 9-22.

Defares en Goossens 2005
K.J. Defares en S.M. Goosens, 'Streekgewest Westelijk Noord-Brabant: verduidelijking van de kring van beroepsgerechtigden onder de steunregels', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2005, p. 160-163.

Dekker 2009
C.T. Dekker, 'Zaak C-199/96, Centre d'exportation du livre français (CELF), Ministre de la Culture et de la Communication t. Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)', *SEW* 2009, p. 73-77.

Dekker 2015
C.T. Dekker, 'Staatssteun en tussenstaatse handel: bijbuigen van een criterium om de werklast te verminderen?', *Markt en Mededinging* 2015, p. 170-177.

Dempsey e.a.
N.T. Dempsey e.a., Rapport 'Comparative Competition Law. Private Enforcement and Consumer Redress in the Netherlands 1999-2012', beschikbaar via <http://www.clcpecreu.co.uk/pdf/final/Netherlands%20report.pdf>.

Derenne, Müller-Rappard en Kaczmarek 2010
J. Derenne, A. Müller-Rappard en C. Kaczmarek (red.), *Enforcement of EU State Aid Law at National Level 2010. Reports from the 27 Member States*, Berlijn: Lexxion 2010.

Dijkshoorn 2012
W. Dijkshoorn, 'Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en?', *NJB* 2012, p. 2467-3024.

Dilkova 2014
P.Y. Dilkova, 'The new procedural regulation in state aid – whether "modernization" is in the right direction?', *European Competition Law Review* 2014, p. 88-91.

Dougan 2004
M. Dougan, *National remedies before the Court of Justice: issues of harmonization and differentiation*, Oxford: Hart Publishing 2004.

Douma 2014
S.C.W. Douma, 'Houdt het dan nooit op? Worstelingen met selectiviteit', *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht* 2014, p. 2653.
Drahmann 2011
A. Drahmann, 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?', *De Gemeentestem* 2011, 115.
Drijber 2015
B.J. Drijber, 'Gerecht drukt Commissie met de neus op de feiten: de zaak Leidschendam', *Markt en Mededinging* 2015, p. 190-194.
Drijber en Dictus 2014
B.J. Drijber en G.A. Dictus, 'Lufthansa', *Markt en Mededinging* 2014, p. 38-31.

Eilmansberger 2004
T. Eilmansberger, 'The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link', *CMLRev* 2004, p. 1199-1246.
Ekelmans 2013 (Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering)
J. Ekelmans, *De Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Artikel 843a bij: Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, Artikel 843a.
Eliantonio 2008
M. Eliantonio, 'The Applicaton of EC Law *Ex Officio* – Some News From the Italian Administrative Courts', *Review of European Administrative Law* 2008, p. 101-111.
Eliantonio 2015
M. Eliantonio, 'The Proceduralisation of EU Environmental Legislation: International Pressures, Some Victories and Some Way to Go', *Review of European Administrative Law* 2015, p. 99-112.
Eliantonio en Muir 2015
M. Eliantonio en E. Muir, 'Concluding Thoughts: Legitimacy, Rationale and Extent of the Incidental Proceduralisation of EU Law', *Review of European Administrative Law* 2015, p. 177-204
Engra Moreno 2005
J.C. Engra Moreno, 'The SNWB and Pape Judgments: Scope of Application of the Standstill Clause of Article 88(3) EC', *European State Aid Law Quarterly* 2005, p. 119-123.
Engström 2008
J. Engström, 'National Courts' Obligation to Apply Community Law *Ex Officio* – The Court Showing new Respect for Party Autonomy and National Procedural Autonomy?', *Review of European Administrative Law* 2008, p. 67-89.
Van Ettekoven 2006
B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2006, 3.
Van Ettekoven 2009
B.J. van Ettekoven, 'Bestuursrechtspraak voor Jan & Alleman? Op weg naar een stelsel van subjectieve rechtsbescherming', in: B.J. van Ettekoven, J. Hoekstra en B.J. Schueler, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht. Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 37*, Vereniging voor Bouwrecht 2009, p. 73-125.

Fekete 2014
B. Fekete, 'Raising points of law on the courts' own motion? Two Models of European Legal Thinking', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, p. 652-675.
Feteris 2007
M.W.C. Feteris, *Formeel Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2007.
Feteris 2008
M.W.C. Feteris, *Hoe is het gesteld met de fiscale rechtsbescherming? (Jan Giele-lezing 2008)*, Amersfoort: Sdu 2008.

Gambaro en Mazzocchi 2011
E. Gambaro en F. Mazzocchi, 'Case C-521/06 P, *Athinaïki Techniki v. Commission*, Judgment of the Court of Justice (Fourth Chamber) of 17 July 2008, [2008] ECR I-5829; Case C-322/09 P, *NDSHT* v. *Commission*, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 18 November 2010, nyr; Case C-362/09 P, *AthinaïkiTechniki* v. *Commission*, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 16 December 2010, nyr.', *CMLR* 2011, p. 2083-2106.
Gambaro en Mazzocchi 2016
E. Gambaro en F. Mazzocchi, 'The Changing Nature of Commission Opening Decisions: Yet Another Obstacle to the Access of EU Courts?' *European State Aid Law Quarterly* 2016, p. 299-305.
Geelhoed en Van der Linden 2010
A.A. Geelhoed en A. van der Linden, 'Niet melden van staatssteun: nietigheid van de overeenkomst?', 118 *Bouwrecht*, p. 639.
Gerbrandy 2009
A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.
Gerbrandy 2014
A. Gerbrandy, 'The Dual Identity of National Judges in the EU and the Implausibility of Uniform and Effective Application of European Law throughout the European Union', *Review of European Administrative Law* 2014, p. 33-65.
Geursen 2009
W.W. Geursen, 'Handhaving van het objectieve gemeenschapsrecht via het effectiviteitsbeginsel vs. subjectieve rechtsbescherming via het nationaalrechtelijke verbod op reformatio in peius', *NTER* 2009, p. 131-139.
Geursen en De Muynck 2015
W.W. Geursen en Y.E. de Muynck, 'Mededingingsrecht bij de Rechtbank Rotterdam', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2015, p. 14-18.
Ghazarian 2014
L. Ghazarian, 'Binding Effect of Opening Decisions – Lufthansa AG v FFH', *European State Aid Law Quarterly* 2014, p. 108-114.
Ghazarian 2016
L. Ghazarian, 'Recovery Of State Aid. The Obligations of Member States, National Courts and National Authorities in State Aid Recovery and Recent Developments in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union', *European State Aid Law Quarterly* 2016, p. 228-234.

Giraud 2008
A. Giraud, 'A Study of the Notion of Legitimate Expectations in State Aid Recovery Proceedings: "Abandon All Hope, Ye Who Enter Here"?', *CMLR* 2008, p. 1399-1431.
Giraud 2010
A. Giraud, 'CELF v. SIDE. Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 11 March 2010 (Case C-1/09)', *European State Aid Law Quarterly* 2010, p. 661-676.
Gobbato 2013
S. Gobbato, 'Italy. EU State Aid Enforcement under Law No 234/2012', *European State Aid Law Quarterly* 2013, p. 240-241.
Gorissen 2008
N.H.A. Gorissen, *Gewekt vertrouwen in Europees Perspectief. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rol van het vertrouwensbeginsel in het Nederlandse, Belgische, Duitse en Europese (belasting)recht* (diss. Maastricht), Amersfoort: Sdu 2008.
De Graaf 2013
K.J. de Graaf, 'Verzoek naast beroep? Een rechtsvergelijkend perspectief', in: F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij*, Preadviezen voor de Vereniging voor Bestuursrecht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.
Grashof 2016
F. Grashof, *National Procedural Autonomy Revisited*, Groningen: Europa Law Publishing 2016.
Van de Griend 2007
B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursprocesrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.
De Groot 2008
G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2009.
Gunn 2011
A.F. Gunn, 'Fiscale staatssteun: dansen op de vulkaan', *NTFR* 2011, 1350.
Gunn 2014
A.F. Gunn, 'Europese consultatie over fiscale staatssteun', *NTFR-A* 2014, 5.
Gunn en Heitling 2013
A.F. Gunn en O.D. Heitling, 'Tax rulings en de Europese staatssteunregels', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2013, p. 118-122.

Haan 2014
K.E. Haan, 'De sturende rol van de bestuursrechter en onpartijdigheid – een spanningsveld', *JBplus* 2014, p. 182-193.
Haapaniemi 2009
P. Haapaniemi, 'Procedural Autonomy: A Misnomer?', in: L. ervo, M. Gräns en A. Jokela, *Europeanisation of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial*, Groningen: Europa Law Publishing 2009, p. 87-121.
Hage 2014
C.A. Hage. 'Telecomtoezicht door de ACM en de handhaving van het contractenrecht', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014, p. 55-63.
Hancher, Ottervanger en Slot 2012
L. Hancher, T. R. Ottervanger en P.J. Slot, *EC State Aids*, London: Sweet&Maxwell 2012.

Hancher en Sauter 2014
L.Hancher en W. Sauter, 'Gevoegde zaken C-399/10 P en C-401/1 0 P, Bouygues SA en Bouygues Télécom SA/Europese Commissie e.a.', *SEW* 2014, p. 32-35

Happé 1996
R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996.

Hardy 2016
E.M.J. Hardy, 'De kunst van het subsidiëren', *JBplus* 2016, 1.

Van Harten 2011
H.J. van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht. Een verkenning van de praktijk aan de hand van de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak over de vestigingsvrijheid en het vrijedienstenverkeer* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Hartkamp 2011
A.S. Hartkamp, 'De horizontale werking van het (primaire) recht van de Europese Unie en het Nederlandse vermogensrecht', in: C.P.M. Cleiren en A.S. Hartkamp (reds.), *De koning. De neutrale strafrechter en de doorwerking in privaatrechtelijke verhoudingen van het primaire recht van de Europese Unie* (Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 305-361.

Hartkamp 2013
A.S. Hartkamp, 'De verplichting tot ambtshalve toetsing van Europees recht door de Nederlandse rechter; vervolg', in: P.J.M. Von Schmidt auf Altenstadt, F.E. Vermeulen en B.T.M. van der Wiel, *Middelen voor Meijer. Liber Amicorum mr. R.S. Meijer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 133-149.

Hartkamp 2014
A.S. Hartkamp, 'EU law and general contract law', in: A.S. Hartkamp e.a., *The Influence of EU Law on National Private Law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 401-464.

Hartkamp 2015
A.S. Hartkamp, 'Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht. Een nieuw hoofdstuk: de richtlijn consumentenkoop', *Ars Aequi* 2015, p. 222-226.

Haslinger 2012
B. Haslinger, 'News from the Member States. Austria', *European State Aid Law Quarterly* 2012, p. 5-7.

Van Heeswijck 2013
A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures*, Deventer: Kluwer 2013.

Heidhues en Nitsche 2006
P. Heidhues en R. Nitsche, 'Comments on State Aid Reform – some Implications of an Effects-based Approach', *European State Aid Law Quarterly* 2006, p. 23-34.

Heise 2014
S. Heise, 'Admissibility of Third Parties' Legal Actions in State Aid Cases – One Step Forward, Two Steps Back', *European State Aid Law Quarterly* 2014, p. 574-581.

Van de Hel en Schreuder 2010
J.M.M. van de Hel en J.M.B. Schreuder, 'Het arrest Residex: vragen over de privaatrechtelijke gevolgen van onrechtmatige staatssteun', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2010, p. 34-39.

Hendrikse 2011
R.G. Hendrikse, 'Kort geding', in: A.W. Jongbloed en A.L.H. Ernes (reds.), *Burgerlijk Procesrecht Praktisch belicht,* Deventer: Kluwer 2011.

Herrmann en Kruis 2007
C. Herrmann en T. Kruis, 'Die Rückforderung vertraglich gewährter gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen unter Beachtung des Gesetzesvorbehalts, *Europarecht* 2007, p. 141-159.

Van Herwijnen 2012
A.H.G. van Herwijnen, 'Staatssteun: de nieuwe korenwolf of steenmarter. Opmars van taatssteun als gelegenheidsargument?' *Digitale publicatiereeks Recht en Overheid* 2012, <www.acwet.nl/www.acjur.nl>.

Van Herwijnen 2015
A.H.G. van Herwijnen, 'De Europese Commissie en de nationale rechter in staatssteunzaken: welke mate van inhoudelijke toetsing?', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2015, p. 225-231.

Hessel 2013
B. Hessel, 'De VNG Model Algemene Subsidieverordening "Subsidie zonder moeite": essentiële aanpassingen noodzakelijk om bij subsidiebeleid problemen met staatssteun te voorkomen', *De Gemeentestem* 2013, 33.

Hillger 2003
J. Hillger, 'The award of a public contract as state aid within the meaning of Article 87(1) EC', *Public Procurement Law Review* 2003, p. 109.

Hofstötter 2005
B. Hofstötter, *Non-Complicance of National Courts. Remedies in European Community Law and Beyond*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005.

Den Hollander 2011
P.W. den Hollander, 'Van Parijs tot Berlijn. Het onrechtmatige daadsrecht en de schending van wettelijke normen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011, 47.

Den Hollander 2012
P.W. den Hollander, 'Het bestuursrechtelijk en het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste als twee-eiige tweeling', *Ars Aequi* 2012, p. 443-454.

Honoré 2013
M. Honoré, 'News from the Member States. Denmark', *European State Aid Law Quarterly* 2013, p. 447-448.

Honoré 2015
M. Honoré, 'State Aid and Taxation: All Clear?', *European State Aid Law Quarterly* 2015, p. 306-307.

Honoré en Jensen 2011
M. Honoré en N.E. Jensen, 'Damages in State Aid Cases', *European State Aid Law Quarterly* 2011, p. 265-286.

Hugenholtz 2004
P.B. Hugenholtz, 'Een overbodige richtlijn', *Intellectuele eigendom en Reclamerecht* 2004, 53.

Hugenholtz/ Heemskerk 2012
W. Hugenholtz en W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2012.

Huisman en Jak 2010
P.J. Huisman en N. Jak, 'Bevoegdheidsgrondslagen voor Awb-besluiten in internationaal en Europees recht', *NTB* 2010, p. 117-125.
Huurnink en Van den Tweel 2014
P.P. Huurnink en R.J.M. van den Tweel, 'Modernisering van het staatssteunbeleid. Deel 1: Formeel recht', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2014, p. 88-98.
Huurnink en Van den Tweel 2015
P.P. Huurnink en R.J.M. van den Tweel, 'Modernisering van het staatssteunbeleid – Deel 2: Materieel recht', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2015, p. 8-20.

Jacobs en den Ouden 2005
M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'De toetsing getoetst. De bestuursrechter en het EG-recht inzake staatssteun, in: W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de nationale rechter*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1-18.
Jaeger 2008
T. Jaeger, 'The CELF-Judgment: A precarious Conception of the Standstill Obligation', *European State Aid Law Quarterly* 2008, p. 279-289.
Jaeger 2014
T. Jaeger, 'State Aid and Transparency: A Natural Contradiction?', *European State Aid Law Quarterly* 2014, p. 386-389.
Jans 2005
J.H. Jans, *Doorgeschoten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtspraak* (oratie Groningen), Groningen: Europa Law Publishing 2005.
Jans 2011
J.H. Jans, 'De beschermingsreikwijdte van spelregels. Enkele opmerkingen over transnationaal bestuursprocesrecht en het relativiteitsvereiste', in: J.-H. Herman e.a. (reds.), *De regels en het spel. Opstellen over recht, filosofie, literatuur en geschiedenis aangeboden aan Tom Eijsbouts*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2011.
Jans e.a. 2007
J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.
Jans, Prechal en Widdershoven 2011
J.H. Jans, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.
Jans en Van de Gronden 2005
J.H. Jans en J.W. van de Gronden, 'Zaak C-174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant t. Staatssecretaris van Financiën', *SEW* 2005, p. 234-238.
Jansen 2012 (Groene Serie Onrechtmatige daad)
K.J.O. Jansen, *De Groene Serie Privaatrecht*, Onrechtmatige daad, Kernoverzicht bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, Artikel 163.
Jestaedt, Derenne en Ottervanger 2006
T. Jestaedt, J. Derenne, T. Ottervanger, *Study on the Enforcement of State Aid at National Level*, Office for Official Publications of the European Communities: Luxemburg 2006.

Jongbloed 2013 (Groene Serie Vermogensrecht)
A.W. Jongbloed, *De Groene Serie Privaatrecht*, Vermogensrecht, Belang van de titel bij: Burgerlijk Wetboek Boek 3, Titel 11 Rechtsvorderingen.

Joris 1994
T. Joris, *Nationale steunmaatregelen en het Europees gemeenschapsrecht. Een onderzoek van het communautaire beleid, met bijzondere nadruk op procedure en rechtsbescherming*, Maklu: Apeldoorn 1994.

Jurcovan 2013
A.I. Jurcovan, 'Romania. State Aid Private Enforcement – Beginning of a New Era', *European State Aid Law Quarterly* 2013, p. 34-35.

Jürimäe 2010
K. Jürimäe, 'Standing in State Aid Cases: What's the State of Play?', *European State Aid Law Quarterly* 2010, p. 303-321.

Jurgens 2014
G.T.J.M. Jurgens, 'Publiekrecht en privaatrecht: naar een herbezinning op het onderscheid', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2014/1.

Kaczmarek en Smeets 2012
C. Kaczmarek en M. Smeets, 'News from the Member States. Belgium', *European State Aid Law Quarterly* 2012, p. 8-9.

Kakouris 1997
C.N. Kakouris, 'Do the Member States Possess Judicial Procedural "Autonomy"?', *Common Market Law Review* 1997, p. 1389-1412.

Kamaris 2014
G. Kamaris, *A critical analysis of the European Union's state aid and policy implementation* (diss. Brunel), 2014, beschikbaar via <http://bura.brunel.ac.uk/handle/2438/8089>.

Kamperis 2010
M. Kamperis, 'News from the Member States. Cyprus', *European State Aid Law Quarterly* 2010, p. 8.

Karayigit 2009
M.T. Karayigit, 'Under the triangle rules of competition, state aid and public procurement: public undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest', *European Competition Law Review* 2009, p. 542-564.

Kavelaars 2012
P. Kavelaars, 'Staatssteun in the picture', *NTFR Beschouwingen* 2012-8.

Kelemen 2012
R.D. Kelemen, 'Eurolegalism and Democracy', *Journal of Common Market Studies* 2012, p. 55-71.

Keller 2013
A. Keller, 'Hungary. Which Court to Go to in State Aid-Related Disputes?', *European State Aid Law Quarterly* 2013, p. 239-240.

Kellerbauer 2014
M. Kellerbauer, 'The recent case law on the disclosure of information regarding EU competition law infringements to private damages claimants', *European Competition Law Review* 2014, p. 56-62.

Van Kempen 2009
P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Procesrechtelijke approximatie door doelmatigheidsstreven', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 267-292.

Keus 2011
L.A.D. Keus, 'Ambtshalve toepassing van Europees recht vanuit het perspectief van de Nederlandse burgerlijke rechter', in: Baumé e.a. (red.), *Today's Multi-layered Legal Order: Current Issues and Perspectives. Liber amicorum in honour of Arjen W.H. Meij*, Zutphen: Paris Legal Publishers 2011, p. 141-154.

Keus 2013
L.A.D. Keus, 'Ambtshalve toepassing van EU-recht. Bespreking van A.G.F. Ancery, Ambtshalve toepassing van EU-recht, Deventer: Kluwer 2012', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2013, p. 128-134.

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

Klamert 2014
M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Knigge 1993
A. Knigge, 'Harmonisatie van procesrecht? Een beschouwing over hoofdstuk 8 Algemene wet bestuursrecht', *Ars Aequi* 1993, p. 165-180.

Knook 2012
A.D.L. Knook, 'Kroniek staatssteunrecht 2011', *Bouwrecht* 2012, p. 149-154.

Knook 2013
A.D.L. Knook, 'De nieuwe DAEB-gids van de Europese Commissie: balanceren op drie koorden tegelijkertijd', *Nederlands Tijdschrift voor Europees recht* 2013, p. 191-196.

Koenraad en Verbeek 2011
L.M. Koenraad en J.L. Verbeek, 'Finaliseren doe je zo! De rol van de bestuursrechter bij het vaststellen van feiten na de constatering dat het bestreden besluit een gebrek kent', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2011, 12.

Köhler 2012
M. Köhler, 'Private Enforcement of State Aid Law – Problems of Guaranteeing EU Rights by means of National (Procedural) Law', *European State Aid Law Quarterly* 2012, p. 369-387.

Köhler 2013
M. Köhler, 'Civil Law Consequences of Unlawful Aid – State Guarantees and the Problem of the Recovery of Aid', *European State Aid Law Quarterly* 2013, p. 97-107.

Koenig 2003
C. Koenig, 'Nichtigkeit beihilfegewährender Verträge! Was nun?', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2003, 417.

Koenig 2014
C. Koenig, 'Where is State Aid Law heading to?', *European State Aid Law Quarterly* 2014, p. 611.

Koenig en Lindner 2015
C. Koenig en J. Lindner, 'Criminal Liability – An Efficient Tool of EU State Aid Enforcement?', *European State Aid Law Quarterly* 2015, p. 19-24.
Komninos 2008
A.P. Komninos, *EC private antitrust enforcement: decentralised application of EC competition law by national courts*, Oxford: Hart Publishing 2008.
Koopman 2006
R.J. Koopman, 'Het belang van belang hebben', *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht* 2006, 608.
Kortmann 2008
C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.
Kortmann en Sieburgh 2009
C.N.J. Kortmann en C. Sieburgh, 'Handhaving door Nederlands Privaatrecht', in: A. Scheltema e.a. (reds.), *Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt. Staatsgeheimen en het strafproces. Rechtshandhaving door het privaatrecht. Preadviezen van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, Den Haag: Bju 2009, p. 249-302.
Krans 2010
H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Deventer: Kluwer 2010.
Krans 2015
H.B. Krans, 'EU Law and National Civil Procedure Law: An Invisible Pillar', *European Review of Private Law* 2015, p. 567-588.
Kreijger 2012
P.J. Kreijger, 'De Vogelaarheffing gered voor de eindstreep', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2012, p. 10-13.

Lagzdina 2010
D. Lagzdina, 'News from the Member States. Latvia', *European State Aid Law Quarterly* 2010, p. 13-16.
Lammers (*Fiscaal Procesrecht*) 2013
M.H.W.N. Lammers, *Artikel 8:69a Awb Strikte relativiteitsregel* (Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht) 2009.
Langereis en De Roos 2010
Ch.J. Langereis en I. de Roos, *Procesrecht in belastingzaken*, Deventer: Kluwer 2010.
Lenaerts en Corthaut 2006
K. Lenaerts en T. Corthout, 'Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law', *European Law Review* 2006, p. 287-315.
Lenz 1994
C.O. Lenz, 'The Role and Mechanism of the Preliminary Ruling Procedure', *Fordham International Law Journal* 1994, p. 389-409.
Lever 2013
J. Lever, 'EU State Aid Law – Not a Pretty Sight', *European State Aid Law Quarterly* 2013, p. 5-10.
Lewin 2011
G.C.C. Lewin, 'Ambtshalve toepassing van rechtsregels', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2011, p. 12-19.

Van Lierop en Pijnacker Hordijk 2007
W.A.J. van Lierop en E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht*, preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, 2007.

Ligteringen 2011
I.P.M. Ligteringen, 'Staatssteun in de vorm van een garantie', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2011, p. 115-118.

Lindenbergh 2007
S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk. Over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Lindijer 2006
V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht* (diss. Groningen) Deventer: Kluwer 2006.

Linn 2012
A. Linn, 'Practical Implications of Fiscal Aid for Taxpayers from a German Perspective', *Intertax* 2012, p. 139-149.

Loos 2007
M.B.M. Loos, 'De invloed van het Europese richtlijnenrecht op de coherentie van het Nederlands privaatrecht. Reactie op "Europa en de erfenis van Meijers"', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2007, 20.

Loos 2011
M.B.M. Loos, 'Individuele handhaving van het consumentenrecht bij de burgerlijke rechter', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2011, p. 1-11.

De Loos-Wijker 2012 (Groene Serie Vermogensrecht)
S.A.M. de Loos-Wijker, *De Groene Serie Vermogensrecht*, artikel 42 Boek 3 BW.

Luijendijk en Senden 2011
J. Luijendijk en L.A.J. Senden, 'De gelaagde doorwerking van adminstratieve soft law in de nationale rechtsorde', *SEW* 2011, p. 312-352.

Luja 2000
R.H.C. Luja, 'De implementatie van beschikkingen tot terugvordering van staatssteun in het Nederlandse bestuursrecht', *NtEr* 2000, p. 243-255.

Luja 2005
R.H.C. Luja, 'Omzetbelasting, boetes en staatssteun', *WFR* 2005/54.

Luja 2012
R.H.C. Luja, 'Does the Modernisation of State Aid Control Put Legal Certainty and Simplicity at Risk?', *European State Aid Law Quarterly* 2012, p. 765-766.

Luja 2014
R.H.C. Luja, 'De rol van nationale rechters bij de handhaving van de standstillbepaling in fiscale zaken', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2014, p. 99-104.

Luja 2015
R.H.C. Luja, 'Fiscale rulings en staatssteun. tussen rechtszekerheid en belastingontwijking', *NJB* 2015, p. 866-872.

Van Male 2007
R.M. van Male, 'Van motiveringscontrole naar bestuursrechtelijke rechtsvinding', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2007, 58.
Van Male 2013
R.M. van Male, 'Recours objectif revisited', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2013, 11.
Mamut en Paterno 2009
M.A. Mamut en L. Paterno, 'The Wienstrom Judgment : Some Further Reflections on the Standstill Obligation', *European State Aid Law Quarterly* 2009, p. 343-349.
Markowicz en Thyri 2010
M. Markowicz en P. Thyri, 'News from the Member States. Poland', *European State Aid Law Quarterly* 2010, p. 588.
Marseille, De Waard en Laskewitz 2015
A.T. Marseille, B.W.N. de Waard en P. Laskewitz, 'De Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht in de praktijk', *Nederlands Juristenblad* 2015, p. 2006-2014.
Martin-Ehlers 2011
A. Martin-Ehlers, 'Drittschutz im Beihilfenrecht – Paradigmenwechsel in der deutschen Rechtsprechung', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2011, p. 583-592.
Martin-Ehlers 2014a
A. Martin-Ehlers, 'Die Bindungswirkung einer Eröffnungsentscheidung der Kommission im Beihilferecht', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2014, p. 247-253.
Martin-Ehlers 2014b
A. Martin-Ehlers, 'Brighter Lights at the End of the Tunnel – Continuing Private Enforcement of State Aid Law in Germany', *European State Aid Law Quarterly* 2014, p. 71-75.
Martinico 2014
G. Martinico, 'Asymmetry and Complex Adaptive (Legal) Systems: The Case of the European Union', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2014, p. 281-299.
Matsos 2014
G. Matsos, 'Systematic Misconceptions of State Aid Law in the Area of Taxation. Principles for a Conceptual Reform', *European State Aid Law Quarterly* 2014, p. 491-504.
Meij 2005
A.W.H. Meij, 'De rol van de nationale rechter en de Commissie op het gebied van staatssteun', in: W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de nationale rechter*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19-28.
Meijer 2011
R. Meijer, 'Tien jaar lidstaataansprakelijkheid: een stand van zaken vanuit civielrechtelijk perspectief', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2011, p. 104-110.
Metselaar 2014
A.J. Metselaar, 'Who can invoke State aid Law before National Judges? That Floating Question of Legal Interest in the Case Law of Dutch Courts', *European State Aid Law Quarterly* 2014, p. 250-260.

Metselaar 2015
A.J. Metselaar, 'Leaving Coherence Instruments Unapplied. The Case of Advice From the European Commission in State Aid Procedures Before Dutch Courts', *REALaw* 2015, p. 299-317.
Metselaar en Adriaanse 2011
A.J. Metselaar en P.C. Adriaanse, 'Nut en noodzaak van het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun. Verslag van het LEGSA Symposium op 19 januari 2011', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2011, p. 57-63.
Micklitz 2015
H.-W. Micklitz, 'The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Consideration', *European Review of Private Law* 2015, p. 491-524.
Van Midden en Nieuwland 2014a
G.J. van Midden en G.C. Nieuwland, 'De complexiteit van terugvordering van staatssteun', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2014, p. 232-238.
Van Midden en Nieuwland 2014b
G.J. van Midden en G.C. Nieuwland, 'Vermogensrechtelijke aspecten van ongedaanmaking onwettige staatssteun', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014, p. 145-151.
Van Mierlo 2016 (T&C Rv, art. 24)
A.I.M. van Mierlo, 'Commentaar artikel 24', in: A.I.M. van Mierlo en C.J.J.C. van Nispen (reds.), *Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2016.
Van Mierlo 2016 (T&C Rv, art. 25)
A.I.M. van Mierlo, 'Commentaar artikel 25', in: A.I.M. van Mierlo en C.J.J.C. van Nispen (reds.), *Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2016.
Montijn en Saanen 2012
J. Montijn en N. Saanen, 'Het arrest *Residex*: terugvordering moet, nietigverklaring mag', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2012, p. 126-131.
De Moor-van Vugt 2015
A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Zaak Ridderstee. Afdeling bestuursrechtspraak toetst aan staatssteuncriteria, maar doet niet zelf af', *SEW* 2015, p. 603-607.
Muñoz de Juan en Panero Rivas 2010
M. Muñoz de Juan en J.M. Panero Rivas, 'News from the Member States. Spain', *European State Aid Law Quarterly* 2010, p. 17-19.
Muñoz de Juan en Panero Rivas 2011
M. Muñoz de Juan en J.M. Panero Rivas, 'News from the Member States. Spain', *European State Aid Law Quarterly* 2011, p. 16-17.

Nebbia 2008
P. Nebbia, 'Do the rules on state aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case', *ELRev* 33 2008, p. 427-438.
Nicolaides 2008
P. Nicolaides, *Essays on Law and Economics of State Aid* (diss. Maastricht), 2008.
Nicolaides 2014
P. Nicolaides, 'Are National Courts Becoming an Extension of the European Commission?', *European State Aid Law Quarterly* 2014, p. 409-413.

Nicolaides, Kekelekis en Kleis 2008
P. Nicolaides, M. Kekelekis en M. Kleis, *State Aid Policy in the European Community. Principles and Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

Nicolaides en Schoenmaekers 2015
P. Nicolaides en S. Schoenmaekers, 'The Concept of "Advantage" in State Aid and Public Procurement and the Application of Public Procurement Rules to Minimise Advantage in the New GBER', *European State Aid Law Quarterly* 2015, p. 143-156.

Van Nispen 2003
C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, *Monografieën Nieuw BW – A11*, Deventer: Kluwer 2003.

Nowak e.a. 2011
T. Nowak, F. Amtenbrink, M. Hertogh en M. Wissink, *National Judges as European Union Judges. Knowlegde, Experiences and Attitudes of Lower Court Judges in Germany and the Netherlands*, Den Haag: Eleven International Publishing 2011.

Ølykke 2011
G.S. Ølykke, 'The Legal Basis Which Will (Probably) Never Be Used: Enforcement of State Aid Law in a Public Procurement Context', *European State Aid Law Quarterly* 2011, p. 457-466.

Ølykke 2016
G.S. Ølykke, 'Sate Aid as a Defence for Public Autorities?', *European State Aid Law Quarterly* 2016, p. 286-290.

Van Ommeren 2002
F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van de geïmpliceerde bevoegdheden?', *RMThemis* 2002, p. 123-137.

Van Ommeren 2011
F.J. van Ommeren, 'Bestuursrecht is verdelingsrecht. Iets over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht', in: De Gier e.a. (reds.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 97-107.

Van Ommeren 2012
F.J. van Ommeren, 'Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Van de "gemene rechtsleer" naar de "gemeenschappelijke rechtsleer"', *Ars Aequi* 2012, p. 562-572.

Van Ommeren en Huisman 2013
F.J. van Ommeren en P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel', in: F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij* (preadvies VAR, nr. 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 11-101.

Van Ommeren e.a. 2013
F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij* (preadvies VAR, nr. 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Ortlep 2011
R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2011.

Ortlep en Verhoeven 2008
R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven, 'De voorrangsregel versus het beginsel van nationale procedurele autonomie', *SEW* 2008, p. 471-477.

Den Ouden 2005
W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de nationale rechter*, Deventer: Kluwer 2005.

Den Ouden 2009
W. den Ouden, 'BUG-Alutechnik. De Europese invloed op het vertrouwensbeginsel bij terugvorderingszaken', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 253-262.

Den Ouden 2010
W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen. Eens gegeven blijft gegeven?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010.

Den Ouden 2011
R. den Ouden, 'Belastingrechter moet voor ontvankelijkheid voortaan ambtshalve de feiten onderzoeken, ook indien de wederpartij deze niet betwist', *NTFR* 2011, 1148.

Otken Eriksson 2011a
I. Otken Eriksson, 'News from the Member States. Sweden', *European State Aid Law Quarterly* 2011, p. 18-19.

Otken Eriksson 2011b
I. Otken Eriksson, 'News from the Member States. Sweden', *European State Aid Law Quarterly* 2011, p. 203-205.

Otken Eriksson 2012a
I. Otken Eriksson, 'News from the Member States. Sweden', *European State Aid Law Quarterly* 2012, p. 30-32.

Otken Eriksson 2012b
I. Otken Eriksson, 'News from the Member States. Sweden', *European State Aid Law Quarterly* 2012, p. 761-762.

Otken Eriksson 2013
I. Otken Eriksson, 'Sweden. Adoption of a Somewhat Toothless New Swedish Act on the Application of the EU State Aid Rules', *European State Aid Law Quarterly* 2013, p. 636-637.

Ottervanger 1985
T.R. Ottervanger, 'Steunverlening en rechtsbescherming: de problematiek rond onrechtmatig toegekende steun in de EEG', *SEW* 1985, p. 2-27.

Ottervanger 2006
T.R. Ottervanger, 'Staatssteun en de nationale rechter', *Markt en Mededinging* 2006, p. 65-67.

Papazova en Thyri 2010
M. Papazova en P. Thyri, 'News from the Member States. Bulgaria', *European State Aid Law Quarterly* 2010, p. 581-583.

Parret 2011
L. Parret, *Side effects of the modernisation of EU competition law. Modernisation as a challenge to the enforcement system of EU competition law and EU law in general*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

Parret 2014
L.Y.M. Parret, 'De modernisering voorbij: de mededingingsbeperking in het kartelverbod en in het staatssteunverbod', *NtER* 2014, p. 290-298.

Parret 2015
L.Y.M. Parret, 'Redactioneel', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2015, p. 49-50.

Pijnacker Hordijk e.a. 2009
E. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2009.

Polak 2000
J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000.

Polak 2010
J.E.M. Polak, 'Veranderende perspectieven van de bestuursrechter', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 97-113.

De Poorter 2003
J.C. A. de Poorter, *De belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht* (diss. Tilburg), 2003.

De Poorter 2015
J.C. A. de Poorter, 'Het belang van de amicus curiae voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Naar een regeling van de amicus curiae in de Algemene wet bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2015, 7.

De Poorter en Van Ettekoven 2013
J.C.A. de Poorter en B.J. van Ettekoven, 'Het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht: de ene relativiteitseis is de andere niet', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2013, p. 109-120.

De Poorter en De Graaf 2011
J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011.

De Poorter en De Waard 2003
J.C.A. de Poorter en B.W.N. de Waard, 'Het procesbelang in bestuursrechtelijke procedures', *JBplus* 2003, p. 105-114.

Power 2005
V.J.G. Power, 'A proposal for state aid reform: beneficiaries of potential state aid should be able to notify the European Commission of the proposed aid', *European Competition Law Review* 2005, p. 1-3.

Prechal 1998
S. Prechal, 'Community law in national courts: the lessons from Van Schijndel', *CMLRev* 1998, p. 681-706.

Prechal 2002
S. Prechal, 'Direct Effect Reconsidered, Redefined and Rejected', in: J.M. Prinsen en A. Schauwen (red.), *Direct Effect, Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen: Europa Law Publishing 2002, p. 17-41.

Prechal 2007
S. Prechal, 'Direct effect, indirect effect, supremacy and the evolving constitution of the European Union', in: C. Barnard (red.), *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate, Collected Courses of the Academy of European Law,* Oxford: Oxford University Press 2007.

Prechal e.a. 2005
S. Prechal, R.H. van Ooik, J.H. Jans, K.J.M. Mortelmans, '"Europeanisation" of the law: consequences for the Dutch judiciary', rapport nr. 2-2005 voor Raad voor de Rechtspraak.

Prechal en Widdershoven 2011a
S. Prechal en R. Widdershoven, 'Redefining the Relationship between "Rewe-effectiveness" and Effective Judicial Protection', *Review of European Administrative Law* 2011, p. 31-50.

Prechal en Widdershoven 2011b
S. Prechal en R. Widdershoven, 'Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship', in: T. Baumé e.a. (reds.), *Today's Multi-layered Legal Order: Current Issues and Perspectives. Liber amicorum in honour of Arjen W.H. Meij*, Zutphen: Paris Legal Publishers 2011, p. 283-296.

Prinssen 2004
J.M. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht. De verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2004.

Quigley 2009
C. Quigley, *European State Aid Law and Policy*, Oxford: Hart Publishing 2009.

Quigley 2012
C. Quigley, 'Direct Taxation and State Aid: Recent Developments Concerning the Notion of Selectivity', *Intertax* 2012, p. 112-119.

Quigley 2015
C. Quigley, *European State Aid Law and Policy*, Oxford: Hart Publishing 2015.

Rijke, Roks-Mauritz en Visser 2015
M. Rijke, W. Roks-Mauritz en M. Visser, 'Het Market Economy Operator Principle – Een tussenstand', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2015, p. 63-70.

Romão 2011
L.M. Romão, 'State Aids in Portuguese Case-Law: So Many but so Little, or Much Ado about Nothing?', *European State Aid Law Quarterly* 2011, p. 467-478.

Romão 2012
L.M. Romão, 'News from the Member States. Portugal', *European State Aid Law Quarterly* 2012, p. 545-546.

De Roos 2013
J. de Roos, 'Kroniek administratief onteigeningsrecht 2011-2012', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2013, 66.

Van Roosmalen 2007
H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland* (diss. Leiden) 2007.

Ross 2000
M. Ross, 'State aids and national courts: definitions and other problems – a case of premature emancipation?', *CMLRev* 2000, p. 401-423.
Ross 2006
M. Ross, 'Effectiveness in the European legal order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality?', *European Law Review* 2006, p. 476-498.
Rumersdorfer 2011
B. Rumersdorfer, 'News from the Member States. Austria', *European State Aid Law Quarterly* 2011, p. 189-191.

Saanen 2011
N. Saanen, 'De Vogelaarheffing', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2011, p. 46-53.
Saanen 2012
N. Saanen, 'Is het een overheid? Is het een onderneming? Nee, het is een particuliere marktinvesteerder!', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2012, p. 314-319.
Saanen 2013a
N. Saanen, *Wegen door Brussel. Staatssteun en publieke belangen in de vervoersector* (diss. Delft), Delft: Next Generation Infrastructures Foundation, 2013.
Saanen 2013b
N. Saanen, 'De uitspraak Ridderstee Holiday: een drieluik van selectiviteit, handelsverkeer en zorgvuldigheid', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2013, p. 240-246.
Saanen 2014
N. Saanen, 'De nieuwe Algemene Groepsvrijstellingsverordening', *NtER* 2014, p. 325-331.
Sandee 2015
R. Sandee, 'Vertrouwelijk informeren schiet niet op', *Staatscourant* 2015, 1.
Sandee 2016
R. Sandee, 'Verlammende werking van staatssteunrecht onnodig', *SC* 2016,11.
Sanderink 2009
V. Sanderink, *De amicus curiae in het mededingingsrecht* (masterscriptie Universiteit Utrecht), Utrecht: Celsus Juridische Uitgeverij 2009.
Schebesta 2010
H. Schebesta, 'Does the National Court Know European Law? A Note on *Ex Officio* Application after *Asturcom*', *European Review of Private Law* 2010, p. 847-880.
Schutte 2008
N.J. Schutte, 'Het Wetsontwerp Terugvordering Staatssteun. Als de Staat een fout maakt, zit de ondernemer met de brokken', *O&F* 2008, p. 76-87.
Scheltema 2012 (Groene Serie Verbintenissenrecht)
M.W. Scheltema, *De Groene Serie Privaatrecht*, Verbintenissenrecht, Artikel 203 bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, Artikel 203 Terugvordering, recht op ongedaanmaking.
Scheltema en Scheltema 2012
M. Scheltema en M.W. Scheltema, 'Wat kan het privaatrecht leren van het bestuursrecht? Vervagende grenzen tussen bestuurs- en privaatrecht', *JBplus* 2012, p. 139-149.

Scheltema en Scheltema 2013
M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Schepel 2013
H.J.C. Schepel, 'Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law', *European Review of Private Law* 2013, p. 1211-1229.

Schlössels 2004
R.J.N. Schlössels, 'Belanghebbende', in: E.C.H.J. van der Linden en F.A.M. Stroink, *Jurisprudentie Bestuursrecht Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 37-78.

Schlössels 2009a
R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: R.J.N. Schlössels, Y.E. Schuurmans, R.J. Koopman en D.A Verburg, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht wetgever of rechter?* (preadvies VAR, nr. 142), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Schlössels 2009b
R.J.N. Schlössels, 'De "civilisatie" van het bestuursproces', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 199-238.

Schlössels 2010
R.J.N. Schlössels, 'Bewijswaardering in het bestuursproces: goochelen met zekerheid', *Ars Aequi* 2010, p. 476-486.

Schlössels 2011
R.J.N. Schlössels, 'Procesrechtelijke osmose: het bestuursproces en de cassatiefunctie', *Ars Aequi* 2011, p. 704-716.

Schlössels e.a. 2009
R.J.N. Schlössels, YE. Schuurmans, R.J. Koopman en D.A Verburg, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht wetgever of rechter?* (preadvies VAR, nr. 142), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Schotanus 2013
E.W.F. Schotanus, 'Openbaar personenvervoer over binnenwater: tussen wal en schip', *Markt en Mededinging* 2013, p. 126-130.

Schreuder-Vlasblom 2011
M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2011.

Schueler 2009
B.J. Schueler, 'Tussen te veel en te weinig: subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak', in: B.J. van Ettekoven, J. Hoekstra en B.J. Schueler, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht. Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 37*, Vereniging voor Bouwrecht 2009, p. 3-70.

Schueler en van Ettekoven 2013
B.J. Schueler en B.J. van Ettekoven, 'De "losse eindjes" van Titel 8.4 Awb', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2013, 34.

Schuurmans 2005
Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2005.

Schuurmans 2007
Y.E. Schuurmans, 'De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 115-142.

Schuurmans 2009
Y.E. Schuurmans, 'De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht', in: R.J.N. Schlössels, YE. Schuurmans, R.J. Koopman en D.A Verburg, *Bestuursrechtelijk bewijsrecht wetgever of rechter?* (preadvies VAR, nr. 142), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 119-185.

Schuurmans 2010
Y.E. Schuurmans, 'Legitimatie van machtsuitoefening; een rechtsvergelijkende analyse van het bestuursrechtelijke bewijsrecht', in: W.D.H. Asser, J.F. Nijboer en Y.E. Schuurmans, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?*, (preadvies NVVR), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 59-100.

Schuurmans en Verburg 2012
Y.E. Schuurmans en D.A. Verburg, 'Bestuursrechtelijk bewijsrecht in de jaren '10: opklaringen in het hele land', *JBplus* 2012, p. 117-138.

Senden 2015
L.A.J. Senden, 'Schaduwgebieden van Europese regulering', *RegelMaat* 2015, p. 338-353.

Sinnaeve 2004
A. Sinnaeve, 'Het arrest Pearle: bekijkt het Hof het begrip staatssteun met een nieuwe bril?', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2004, p. 1-8.

Van Slooten 2008a
G.J. van Slooten, 'Het wetsvoorstel terugvordering staatssteun: een te kleine pleister op een veel grotere wonde?' (deel I), *Tijdschrift Formeel Belastingrecht* 2008-6, p. 20-31.

Van Slooten 2008b
G.J. van Slooten, 'Het wetsvoorstel terugvordering staatssteun: een te kleine pleister op een veel grotere wonde?' (deel II), *Tijdschrift Formeel Belastingrecht* 2008-7, p. 24-32.

Slot 2008
P.J. Slot, 'Terugvordering van staatssteun voordat de steun definitief is goedgekeurd', *Ars Aequi*, 2008, p. 452-458.

Slot 2009
P.J. Slot, 'Case note: Case C-199/06, *Centre d'exportation du livre Français (CELF) v. Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 February 2008, [2008] ECR I-469', *CMLRev* 2009, p. 623-639.

Slotboom 2010
M.M. Slotboom, 'France Telecom: When is State Aid Financed through State Resources?', *Journal of European Competition Law & Practice* 2010, p. 420-422.

Van der Sluis 2007
C.N. van der Sluis, *In wederzijdse afhankelijkheid. Nationaal bestuurlijk toezicht in Europees perspectief* (diss. Rotterdam), Nijmegen: van der Wolf 2007.

Smits 2015
J.M. Smits, 'Het privaatrecht van de toekomst', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2015, p. 517-543.
Snijders 2008
H.J. Snijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt', *WPNR* 2008, p. 541-552.
Snijders 2012
W. Snijders, 'Twintig jaar nieuw BW', *Ars Aequi* 2012, p. 946-954.
Snijders 2014
H.J. Snijders, 'New developments in national rules for ex officio raising of points of community law by national courts', in: A.S. Hartkamp e.a., *The Influence of EU Law on National Private Law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 95-117.
Snijders 2015
H.J. Snijders, 'Bewijsvermoedens nader beschouwd. Mede in het licht van de actuele discussie over vergoeding van mijnbouwschade', *NJB* 2015, p. 2664-2672.
Sohet 2014
A.V. Sohet, 'Nationale rechter moet niet-aangemelde maatregelen opschorten bij opening formele onderzoeksprocedure door Europese Commissie', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2014, p. 10-16.
Soltész 2013
U. Soltész, 'Effet Utile Taken to Extremes: Does an Opening Decision Already Trigger the "Stand-Still Obligation?", *European State Aid Law Quarterly* 2013, p. 643-645.
Van Sprundel en Touw 2016
D.E. van Sprundel en L.C. Touw, 'Nederland vaart zijn eigen (ram)koers; niet langer het braafste jongetje van de klas', *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2016, 31.
Staviczky 2015
S. Staviczky, 'Cumulation of State Aid', *European State Aid Law Quarterly* 2015, p. 117-129.
Steennot 2015
R. Steennot, 'Public and Private Enforcement in the Field of Unfair Contract Terms', *European Review of Public Law* 2015, p. 589-620.
Ştefan 2012
O. Ştefan, 'Hybridity before the court: a hard look at soft law in the EU competition and state aid case law', *European Law Review* 2012, p. 49-69.
Ştefan 2013
O. Ştefan, *Soft Law in Court. Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, Deventer: Kluwer 2013.
Stein/Rueb 2011
P.A. Stein en A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.
Stein 2011 (Groene Serie Vermogensrecht)
P.A. Stein, *De Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, artikel 13 bij: Burgerlijk Wetboek boek 3.
Sterk 2009
S.J. Sterk, 'Het staatssteun-argument als breekijzer bij bestemmingsplannen', *De Gemeentestem* 2009-7323.

Steunenberg en Voermans 2006
B. Steunenberg en W.J.M. Voermans, *The transposition of EC directives. A Comparitive Study of Instruments, Techniques and Processes in Six Member States*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
Steyger 2014
E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: de interne situatie', *SEW* 2014, p. 66-74.
Struys en Abbott 2003
M. Struys, H. Abbott, 'The role of national courts in state aid litigation', *ELJ* 2003, p. 172-189.
Stolker 2016 (T&C BW 3, art. 303)
C.J.J.M. Stolker, 'Commentaar op art. 3:303 BW', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (reds.), *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2016.

Taborowski 2012
M. Taborowski, 'Infringement Proceedings and Non-Compliant National Courts', *Common Market Law Review* 2012, p. 1881-1914.
Temple Lang 2001
J. Temple Lang, 'The duties of cooperation of national authorities and Courts under Article 10 EC: two more reflections', *ELRev* 2001, p. 84-93.
Temple Lang 2003
J. Temple Lang, 'Developments, Issues, and New Remedies – The Duties of National Authorities and Courts under Article 10 of the EC Treaty', *Fordham International Law Journal* 2003, p. 1904-1939.
Temple Lang 2014
J. Temple Lang, 'EU State Aid Rules – The Need for Substantive Reform', *European State Aid Law Quarterly* 2014, p. 440-453.
Thoe Schwartzenberg 2011
H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraktijk*, Apeldoorn: Antwerpen 2011.
Tjepkema 2010
M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.
Tjepkema 2013
M.K.G. Tjepkema, 'Damages granted by the State and their relation to State aid law', *European State Aid Law Quarterly* 2013, p. 478-492.
Tjong Tjin Tai 2011
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2011, p. 790-797.
Tjong Tjin Tai 2014 (Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering)
T.F.E. Tjong Tjin Tai 2014, *De Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, artikel 254 bij: Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering.
Tosics en Gaál 2007
N. Tosics en N. Gaál, 'Public procurement and State aid control – the issue of economic advantage', *Competition Policy Newsletter* 2007-3, p. 15-27.

Tridimas 2006
T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2008.
Van den Tweel 2005
R.J.M. van den Tweel, 'Effectieve rechtsbescherming in de praktijk', in: W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de nationale rechter*, Deventer: Kluwer 2005, p. 29-38.
Van den Tweel 2015
R.J.M. van den Tweel, 'Staatssteun en de rol van de nationale rechter, tien jaar verder', *SEW* 2015, p. 553-558.
Tzankova, Plomp en Raats 2013
I.N. Tzankova, M.J. Plomp en T. Raats, 'Handhaven en balanceren: een tussenstand van privaatrechtelijke handhaving in Europa', *Markt en Mededinging* 2013, p. 178-186.

Uzman 2013
J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

V-N 2016
Redactie Vakstudie Nieuws, 'Geheimhoudingsplicht verhindert informatieverstrekking over Ikea (art. 67 AWR)', *Vakstudie Nieuws* 2016, 17.15.
Vajda en Stuart 2010
C. Vajda en P. Stuart, 'Effects of the Standstill Obligation in National Courts – all said after CELF? An English Perspective', *European State Aid Law Quarterly* 2010, p. 629-636.
Van den Bergh 2013
R. Van den Bergh, 'Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2013, p. 12-34.
Van Cleynenbreugel 2012
P.J.M.M. Van Cleynenbreugel, 'The Confusing Constitutional Status of Positive Procedural Obligations in EU Law. Observations on effective judicial protection and national procedural autonomy in the wake of *Boxus*', *Review of European Administrative Law* 2012, p. 81-100.
Van Cleynenbreugel 2015
P.J.M.M. Van Cleynenbreugel, 'National courts and EU competition law: lost in multilevel confusion?', in: N. Bodiroga-Vukobrat (red.), *New Europe – Old Values? Reform and perseverance*, Heidelberg: Springer, 2015.
Van Gerven 2000
W. Van Gerven, 'Of rights, remedies and procedures', *CMLRev* 2000, p. 501-536.
Van Gerven en Lierman 2010
W. Van Gerven en S. Lierman, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. I: Algemeen deel: veertig jaar later : privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010.

Van der Veen 2013
G.A. van der Veen, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming voorbij het besluit', in: Van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij* (preadvies VAR, nr. 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 103-215.

Van der Veen 2015
G.A. van der Veen, 'Het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a Awb: de stand van zaken', *JBplus* 2015, 3.

Van der Veer en Marseille 2006
K.A. van der Veer en A.T. Marseille, 'Besluitvorming na een rechterlijke vernietiging: De achilleshiel van het bestuursrecht', *NJB* 2006, p. 2168-2175.

Van der Velden 2015
M.G.J. van der Velden, 'Commerz Nederland/Havenbedrijf Rotterdam: toerekenbaar, wat nu?', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2015, p. 51-54.

Verburg 2010
D.A. Verburg, 'De bestuursrechter: van des werkmans beste raadsman tot bewijsrechtelijke spelverdeler', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p.261-279.

Verheij 1992
N. Verheij, 'Een klantvriendelijke rechter', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht,* Deventer: Kluwer 1992, p. 131-149.

Verheij 1994
N. Verheij, *Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter* (Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 50), Deventer: Kluwer 1994.

Verheij 2013
N. Verheij, 'Fiscale eigenwijsheden', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2013/6.

Verheij 2015
A.J. Verheij, 'Should Private Lawyers Reconsider the Compensatory Principle in an Age of Administrative Enforcement?', *European Review of Private Law* 2015, p. 551-566.

VerLoren van Themaat en Reuder 2008
I.W. VerLoren van Themaat en B.M.M. Reuder (red.), *Editie Cremers. Mededingingsrecht 2009*, Deventer: Kluwer 2008.

Vermeulen 2001
E.M. Vermeulen, *Nederlandse rechtsbescherming in communautaire context* (diss. Tilburg), Boom Juridische Uitgevers 2001.

Verse en Wurmnest 2004
A. Verse en W. Wurmnest, 'Zur Nichtigkeit von Verträgen bei Verstößen gegen das EG-Beihilferecht', *Archiv fuer die civilistische Praxis* 2004, p. 855-882.

Van Vliet 2006
H. van Vliet, 'Steunmaatregel niet goed(gekeurd door de Commissie) maar toch geen geld terug: het Nazairdis (Distribution Casino France)-arrest', *NTER* 2006, p. 85-89.

Voermans 2005
W.J.M. Voermans, 'De communautarisering van handhaving en toezicht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, *Recht realiseren – bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, p. 70.

Voermans 2011a
W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers en C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, (preadvies NJV), Deventer: Kluwer 2011, p. 3-101.

Voermans 2011b
W.J.M. Voermans, 'Homo privaticus en homo publicus: and never the twain shall meet', *Ars Aequi* 2011, p. 703.

De Waard e.a. 2005
B.W.N. de Waard e.a., *Terugvordering van staatssteun. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, WODC, 2005.

Van der Wal en Van Heezik 2012
G. van der Wal en M.C. van Heezik, 'Arrest van het Hof (Grote kamer) van 5 juni 2012, Europese Commissie tegen Électricité de France (EDF), zaak C-124/10 P', *Tijdschrift voor Staatssteun* 2012, p. 110-116.

Weatherill 1995
S. Weatherill, *Law and Integration in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 1995.

Weatherill 2012
S. Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Weber 2012
F. Weber, *Towards an Optimal Mix of Public and Private Enforcement in Consumer Law* (diss. Rotterdam).

Weber en Faure 2015
F. Weber en M.G. Faure, 'The Interplay between Public and Private Enforcement in European Private Law: Law and Economics Perspective', *European Review of Private Law* 2015, p. 525-550.

Wesseling en Neij 2005
R. Wesseling en N. Neij, 'Kroniek van het Europees recht', *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 465-470.

Widdershoven 2005
R.J.G.M. Widdershoven, 'De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de toetsing aan het EG-recht, in: W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de nationale rechter*, Deventer: Kluwer 2005, p. 39-56.

Widdershoven 2006
R.J.G.M. Widdershoven, 'De Europese rol van de nationale rechter: rechtsbeschermer of controleur?', in: A.W. Heringa e.a. (reds.), *Het bestuursrecht beschermd. Liber amicorum F.A.M. Stroink*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 57-69.

Widdershoven e.a. 2007
R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb. Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Van der Wiel 2004
B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004.

Wieland 2013a
J. Wieland, 'De concurrent in het bestuursrecht: de relevante markt ruim afgebakend', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2013, 17.

Wiggers-Rust 2011
L.F. Wiggers-Rust, *Belang, belanghebbende en relativiteit in bestuursrecht en privaatrecht* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2011.

Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male 2011
H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R. van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch, 2011.

Willems-Dijkstra en Van der Leek 2013
T.A. Willems-Dijkstra en D.T. van der Leek, 'Misbruik van (proces)recht in het bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2013, 7.

Wilman 2015
F. Wilman, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts. The EU Legislative Framework*, Cheltenmahm: Edward Elgar Publishing 2015.

Winter 1981
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.

Winter 2004
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.

Wright 2010
K. Wright, 'The European Commission's Own "Preliminary Reference Procedure" in Competition Cases?', *European Law Journal* 2010, p. 736-759.

Zippro 2009
E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

Zwemmer 2013
J.W. Zwemmer, 'Toetsing door de rechter aan het gelijkheidsbeginsel', in: L.J.A. Peterse en J.W. Zwemmer (reds.), *Met oog voor detail. Liber amicorum voor mr. J.W. van den Berge*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2013.

Jurisprudentie

Uitspraken van de Europese rechters

Hof van Justitie

- HvJ EU 5 februari 1963, nr. 26/62 (*Van Gend & Loos*).
- HvJ EU 27 maart 1963, nr. 28/62 t/m 30/62 (*Da Costa en Schaake*).
- HvJ EU 15 juni 1964, nr. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*).
- HvJ EU 19 december 1968, nr. 13/68 (*Salgoil*).
- HvJ EU 10 december 1969, nr. 6/69 en 11/69 (*Commissie/Frankrijk*).
- HvJ EU 25 juni 1970, nr. 47/69 (*Commissie/Frankrijk*).
- HvJ EU 6 oktober 1970, nr. 9/70 (*Grad*).
- HvJ EU 15 december 1971, nr. 51-54/71 (*International Fruit Company*).
- HvJ EU 19 juni 1973, nr. 77/72 (*Capalongo*).
- HvJ EU 11 december 1973, nr. 120/73 (*Lorenz*).
- HvJ EU 12 juli 1973, nr. 70/72 (*Kohlegesetz*).
- HvJ EU 16 januari 1974, nr. 166/73 (*Rheinmühlen Düsseldorf*).
- HvJ EU 2 juli 1974, nr. 173/73 (*Italië/Commissie*).
- HvJ EU 16 december 1976, nr. 33/76 (*Rewe*).
- HvJ EU 16 december 1976, nr. 45/76 (*Comet*).
- HvJ EU 22 maart 1977, nr. 78/76 (*Steinike & Weinling*).
- HvJ EU 9 maart 1978, nr. 106/77 (*Simmenthal*).
- HvJ EU 27 januari 1980, nr. 68/97 (*Just*).
- HvJ EU 5 maart 1980, zaak 265/78 (*Ferwerda*).
- HvJ EU 17 september 1980, nr. 730/79 (*Philip Morris Holland/Commissie*)
- HvJ EU 29 oktober 1980, nr. 22/80 (*Boussac*).
- HvJ EU 6 oktober 1982, zaak 283/81 (*Cilfit*).
- HvJ EU 13 oktober 1982, nr. 213/81 t/m 215/81 (*Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*).
- HvJ EU 27 oktober 1982, gevoegde zaken 35/82 en 36/82 (*Morson en Jhanjan*).
- HvJ EU 21 september 1983, gevoegde zaken 205/82-215/82 (*Deutsche Milchkontor*).
- HvJ EU 9 november 1983, nr. 199/82 (*San Giorgio*).
- HvJ EU 10 april 1984, nr. 14/83 (*Von Colson en Kamann*).
- HvJ EU 9 oktober 1984, nr. 91/83 en 127/83 (*Heineken*).
- HvJ EU 15 januari 1986, nr. 52/84 (*Commissie/België*).
- HvJ EU 15 mei 1986, nr. 222/84 (*Johnston*).
- HvJ EU 2 februari 1989, nr. 94/87 (*Commissie/Duitsland*).
- HvJ EU 24 februari 1987, nr. 310/85 (*Deufil*).
- HvJ EU 21 mei 1987, nr. 249/85 (*Albako Margarinefabrik*).

- HvJ EU 8 oktober 1987, nr. 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*).
- HvJ EU 14 oktober 1987, nr. 248/84 (*Duitsland/Commissie*).
- HvJ EU 15 oktober 1987, nr. 222/86 (*Heylens*).
- HvJ EU 22 oktober 1987, nr. 314/85 (*Foto-Frost*).
- HvJ EU 24 november 1987, nr. 223/85 (*Rijn-Schelde/Verolme/Commissie*).
- HvJ EU 7 juni 1988, nr. 57/86 (*Griekenland/Commissie*).
- HvJ EU 27 september 1988, nr. 120/87 (*Asteris*).
- HvJ EU 22 juni 1989, nr. 103/88 (*Fratelli Costanzo*).
- HvJ EU 17 oktober 1989, nr. 109/88 (*Denfoss*).
- HvJ EU 14 februari 1990, nr. C-301/87 (*Frankrijk/Commissie*).
- HvJ EU 21 maart 1990, nr. C-142/87 (*Tubemeuse*).
- HvJ EU 12 juni 1990, nr. 8/88 (*Duitsland/Commissie*).
- HvJ EU 19 juni 1990, nr. C-213/89 (*Factortame*).
- HvJ EU 20 september 1990, nr. C-5/89 (*Commissie/Duitsland – BUG-Alutechnik*).
- HvJ EU 21 maart 1991, nr. C-303/88 (*Italië/Commissie*).
- HvJ EU 19 november 1991, nr. C-6/90 en C-9/90 (*Francovich*).
- HvJ EU 21 november 1991, nr. C-354/90 (*FNCE).*
- HvJ EU 19 mei 1992, nr. C-104/89 en C-37/90 (*Mulder e.a.*).
- HvJ EU 20 juni 1992, nr. C-312/90 (*Spanje/Commissie*).
- HvJ EU 17 maart 1993, nr. C-72/91 en C-73/91 (*Sloman Neptun*).
- HvJ EU 24 maart 1993, nr. C-313/90 (*CIRFS/Commissie).*
- HvJ EU 10 juni 1993, nr. C-183/91 (*Commissie/Griekenland*).
- HvJ EU 30 november 1993, nr. C-189/91 (*Kirsammer-Hack*).
- HvJ EU 9 maart 1994, nr. C-188/92 (*TWD Textilwerke Deggendorf*).
- HvJ EU 15 maart 1994, nr. C-387/92 (*Banco Exterior de España*).
- HvJ EU 14 september 1994, nr. C-278/92 t/m C-280/92 (*Spanje/Commissie*).
- HvJ EU 5 oktober 1994, nr. C-47/91 (*Italië/Commissie – Italgrani*).
- HvJ EU 4 april 1995, nr. C-348/93 (*Commissie/Italië*).
- HvJ EU 14 december 1995, nr. C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*).
- HvJ EU 14 december 1995, nr. C-312/93 (*Peterbroeck*).
- HvJ EU 5 maart 1996, nr. C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*).
- HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-39/94 (*SFEI*).
- HvJ EU 26 september 1996, nr. C-241/94 (*Frankrijk/Commissie – "Kimberly Clark"*).
- HvJ EU 15 oktober 1996, nr. C-311/94 (*IJssel-Vliet*).
- HvJ EU 14 januari 1997, nr. C-169/95 (*Spanje/Commissie*).
- HvJ EU 14 januari 1997, nr. C-192/95 t/m C-218/95 (*Comateb*).
- HvJ EU 20 maart 1997, nr. C-24/95 (*Alcan Deutschland*).
- HvJ EU 29 januari 1998, nr. C-280/95 (*Commissie/Italië*).
- HvJ EU 2 februari 1998, nr. 67/85, 68/85 en 70/85 (*Van der Kooy/Commissie*).
- HvJ EU 7 mei 1998, nr. C-52/97 t/m C-54/97 (*Viscido*).
- HvJ EU 15 september 1998, nr. C-231/96 (*Edis*).
- HvJ EU 1 oktober 1998, nr. C-279/95 P (*Langnese-Iglo/Commissie*).
- HvJ EU 1 december 1998, nr. C-326/96 (*Levez*).
- HvJ EU 1 december 1998, nr. C-200/97 (*Ecotrade*).
- HvJ EU 21 januari 1999, nr. C-120/97 (*Upjohn*).
- HvJ EU 19 mei 1999, nr. C-6/97 (*Italië/Commissie*).

- HvJ EU 1 juni 1999, nr. C-126/97 (*Eco Swiss*).
- HvJ EU 17 juni 1999, nr. C-75/97 (*Maribel*).
- HvJ EU 17 juni 1999, nr. C-295/97 (*Piaggio*).
- HvJ EU 28 oktober 1999, nr. C-81/98 (*Alcatel*).
- HvJ EU 16 mei 2000, nr. C-83/98 P (*Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie*).
- HvJ EU 22 juni 2000, nr. C-332/98 (*Frankrijk/Commissie*).
- HvJ EU 27 juni 2000, nr. C-404/97 (*Commissie/Portugal*).
- HvJ EU 27 juni 2000, nr. C-240/98 t/m C-244/98 (*Océano*).
- HvJ EU 12 september 2000, nr. C-180/98 t/m C-184/98 (*Pavlov*).
- HvJ EU 12 oktober 2000, nr. C-480/98 (*Spanje/Commissie*).
- HvJ EU 14 december 2000, nr. C-344/98 (*Masterfoods en HB*).
- HvJ EU 13 maart 2001, nr. C-379/98 (*PreussenElektra*).
- HvJ EU 17 mei 2001, nr. C-323/99 en C-399/00 (*Italië/Commissie*).
- HvJ EU 3 juli 2001, nr. C-378/98 (*Commissie/België*).
- HvJ EU 20 september 2001, nr. C-390/98 (*Banks*).
- HvJ EU 22 november 2001, nr. C-53/00 (*Ferring*).
- HvJ EU 9 oktober 2001, nr. C-400/99 (*Italië/Commissie – Tirrenia*).
- HvJ EU 25 oktober 2001, nr. C-475/99 (*Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz*).
- HvJ EU 8 november 2001, nr. C-143/99 (*Adria-Wien Pipeline*).
- HvJ EU 22 november 2001, nr. 53/00 (*Ferring*).
- HvJ EU 7 maart 2002, nr. C-310/99 (*Italië/Commissie*).
- HvJ EU16 mei 2002, nr. C-482/99 (*Stardust Marine*).
- HvJ EU 13 juni 2002, nr. C-382/99 (*Nederland/Commissie – Grenstankstations*).
- HvJ EU 2 juli 2002, nr. C-499/99 (*Commissie/Spanje*).
- HvJ EU 25 juli 2002, nr. C-50/00P (*Unión de Pequeños Agricultores*).
- HvJ EU 19 september 2002, zaak C-336/00 (*Huber*).
- HvJ EU 21 november 2002, nr. C-473/00 (*Codifis*).
- HvJ EU 12 december 2002, nr. C-209/00 (*Commissie/Duitsland*).
- HvJ EU 8 mei 2003, nr. C-328/99 en C-399/00 (*Italië/Commissie*).
- HvJ EU 19 juni 2003, nr. C-444/00 (*Allied Steel and Wire*).
- HvJ EU 26 juni 2003, nr. C-404/00 (*Commissie/Spanje*).
- HvJ EU 24 juli 2003, nr. C-280/00 (*Altmark Trans*).
- HvJ EU 9 september 2003, nr. C-198/01 (*CIF*).
- HvJ EU 30 september 2003, nr. C-224/01 (*Köbler*).
- HvJ EU 2 oktober 2003, nr. C-174/01 (*Weber's Wine World*).
- HvJ EU 21 oktober 2003, nr. C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster en Cleeren*).
- HvJ EU 27 november 2003, nrs. C-34/01 t/m C-38/01 (*Enirisorse SpA*).
- HvJ EU 13 januari 2004, nr. C-453/00 (*Kühne en Heitz*).
- HvJ EU 12 februari 2004, nr. C-230/03 (*Grossmann*).
- HvJ EU 1 april 2004, nr. C-263/02P (*Jégo Quéré*).
- HvJ EU 29 april 2004, nr. C-327/97 (*Italië/Commissie*).
- HvJ EU 29 april 2004, nr. C-277/00 (*Commissie/Duitsland*).
- HvJ EU 29 april 2004, nr. C-298/00 P (*Italië/Commissie*).
- HvJ EU 29 april 2004, nr. C-308/01 (*GIL Insurance*).
- HvJ EU 15 juli 2004, nr. C-345/02 (*Pearle*).
- HvJ EU 12 oktober 2004, nr. C-222/02 (*Peter Paul*).

- HvJ EU 29 november 2004, nr. C-345/03 (*Commissie/België*).
- HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*).
- HvJ EU 13 januari 2005, nr. C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*).
- HvJ EU 3 maart 2005, nr. C-172/03 (*Heiser*).
- HvJ EU 10 mei 2005, nr. C-400/99 (*Italië/Commissie*).
- HvJ EU 21 juli 2005, nr. C-71/04 (*Xunta de Galicia*).
- HvJ EU 27 oktober 2005, nr. C-266/04-C-270/04, C-276/04 en C-321/04-C-325/04 (*Casino France*).
- HvJ EU 15 december 2005, nr. C-66/02 (*Italië/Commissie*).
- HvJ EU 15 december 2005, nr. C-148/04 (*Unicredito Italiano*).
- HvJ EU 10 januari 2006, nr. C-222/04 (*Cassa di Risparmio di Firenze*).
- HvJ EU 23 maart 2006, nr. C-237/04 (*Enirisorse*).
- HvJ EU 30 maart 2006, nr. C-451/03 (*Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*).
- HvJ EU 13 juni 2006, nr. C-173/03 (*Traghetti del Mediterraneo*).
- HvJ EU 15 juni 2006, nr. C-393/04 en C-41/05 (*Air Liquide Industries*).
- HvJ EU 13 juli 2006, nrs. C-295/04-298/04 (*Manfredi*).
- HvJ EU 6 september 2006, nr. C-88/03 (*Portugal/Commissie*).
- HvJ EU 7 september 2006, nr. C-526/04 (*Laboratoires Boiron*).
- HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-368/04 (*Transalpine Ölleitung*).
- HvJ EU 5 oktober 2006, nr. C-232/05 (*Commissie/Frankrijk – Scott*).
- HvJ EU 26 oktober 2006, nr. C-168/05 (*Mostaza Claro*).
- HvJ EU 23 februari 2007, nr. C-346/03 en C-529/03 (*Atzeni*).
- HvJ EU 13 maart 2007, nr. C-432/05 (*Unibet*).
- HvJ EU 7 juni 2007, nr. C-220/05 t/m C-225/05 (*Van der Weerd*).
- HvJ EU 18 juli 2007, nr. C-119/05 (*Lucchini SpA*).
- HvJ EU 4 oktober 2007, nr. C-429/05 (*Rampion*).
- HvJ EU 18 oktober 2007, nr. C-441/06 (*Commissie/Frankrijk*).
- HvJ EU 10 januari 2008, nr. C-70/06 (*Commissie/Portugal*).
- HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*).
- HvJ EU 5 juni 2008, nr. C-401/07 (*Commissie/Nederland*).
- HvJ EU 1 juli 2008, nr. C-341/06 P en C-342/06 P (*Chronopost en La Poste*).
- HvJ EU 17 juli 2008, nr. C-206/06 (*Essent Netwerk Noord*).
- HvJ EU 17 juli 2008, nr. C-521/06 P (*Athinaïki Techniki/Commissie*).
- HvJ EU 18 december 2008, nr. C-384/07 (*Wienstrom*).
- HvJ EU 4 juni 2009, nr. C-8/08 (*T-mobile*).
- HvJ EU 11 juni 2009, nr. C-429/07 (*Belastingdienst/X BV*).
- HvJ EU 7 juli 2009, nr. C-369/07 (*Commissie/Griekenland*).
- HvJ EU 11 maart 2010, nr. C-1/09 (*CELF II*).
- HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-138/09 (*Todaro Nuziatina*).
- HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-210/09 (*Scott en Kimberly Clark*).
- HvJ EU 30 mei 2010, nr. C-677/11 (*Doux Élevage*).
- HvJ EU 10 juni 2010, nr. C-140/09 (*Fallimento Traghetti*).
- HvJ EU 2 september 2010, nr. C-399/08 P (*Commissie/Deutsche Post*).
- HvJ EU 18 november 2010, nr. C-322/09P (*NDSHT/Commissie).*
- HvJ EU 9 december 2010, nr. C-568/08 (*Combinatie Spijker*).
- HvJ EU 16 december 2010, nr. C-480/09 P (*AceaElectrabel/Commissie*).
- HvJ EU 22 december 2010, nr. C-507/08 (*Commissie/Slovaakse Republiek*).

- HvJ EU 22 december 2010, nr. C-304/09 (*Commissie/Italië*).
- HvJ EU 12 mei 2011, nr. C-115/09 (*Trianel Kohlekraftwerk Lünen*).
- HvJ EU 24 mei 2011, nr. C-83/09 P (*Europese Commissie/Kronoply*).
- HvJ EU 28 juli 2011, nr. C-403/10 P (*Mediaset*).
- HvJ EU 8 september 2011, nrs. C-78/08 t/m C-80/08 (*Paint Graphos*).
- HvJ EU 15 november 2011, gevoegde zaken C-106/09 P en C-107/09 P (*Commissie/Gibraltar*).
- HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10 (*Residex*).
- HvJ EU 21 december 2011, nr. C-465/10 (*Chambre de Commerce*).
- HvJ EU 24 januari 2012, nr. C-282/10 (*Dominguez*).
- HvJ EU 5 juni 2012, nr. C-124/10P (*EDF/Commissie*)
- HvJ EU 14 juni 2012, nr. C-618/10 (*Banco Español de Crédito*).
- HvJ EU 26 september 2012, nr. C-509/11 (*ÖBB-Personenverkehr*).
- HvJ EU 13 december 2012, nr. C-379/11 (*Caves Krie Frères Sàrl*).
- HvJ EU 24 januari 2013, nr. C-73/11 P (*Frucona Košice/Commissie*).
- HvJ EU 19 maart 2013, nr. C-303/13 (*Bouygues*).
- HvJ EU 16 mei 2013, nr. C-615/11 P (*Europese Commissie/Ryanair*).
- HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-488/11 (*Brusse/Jahani*).
- HvJ EU 18 juli 2013, nr. C-6/12 (*P Oy*).
- HvJ EU 3 oktober 2013, nr. C-32/12 (*Duarte*).
- HvJ EU 24 oktober 2013, nr. C-77/12 P (*Deutsche Post/Commissie*).
- HvJ EU 24 oktober 2013, gevoegde zaken C-214/12 P, C-215/12 P en C-223/12 P (*Land Burgenland/Commissie*).
- HvJ EU 7 november 2013, nr. C-518/11 (*UPC Nederland BV*).
- HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*).
- HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset SpA*).
- HvJ EU 27 februari 2014, nr. C-132/12P (*Stichting Woonpunt*).
- HvJ EU 3 april 2014, nr. C-559/12 P (*Franse Republiek/Commissie*).
- HvJ EU 13 mei 2014, nr. C-184/11 (*Commissie/Spanje*).
- HvJ EU 11 september 2014, nr. C-527/12 (*Commissie/Duitsland*).
- HvJ EU 17 september 2014, nr. C-242/13 (*Commerz*) (zoals gerectificeerd bij de beschikking van het Hof, van 23 oktober 2014).
- HvJ EU 18 december 2014, nr. C-559/13 (*SOMVAO*).
- HvJ EU 19 maart 2015, nr. C-672/13 (*OTP Bank*).
- HvJ EU 16 april 2015, nr. C-690/13 (*Trapeza Eurobank Ergasia*).
- HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-69/14 (*Târşia*).
- HvJ EU 6 oktober 2015, nr. C-66/14 (*Finanzamt Linz*).
- HvJ EU 17 september 2015, nr. C-33/14P (*Mory e.a./Commissie*).
- HvJ EU 15 oktober 2015, nrs. C-352/14 en C-353/14 (*Gutiérrez*).
- HvJ EU 11 november 2015, nr. C-505/14 (*Klausner Holz*).
- HvJ EU 30 juni 2016, nr. C-270/15 P, (*België/Commissie*).

Gerecht

- GvEA EU 8 juni 1995, nr. T-459/93 *(Siemens/Commissie*).
- GvEA EU 13 september 1995, nr. T-244/93 en T-486/93 (*TWD Textilwerke Deggendorf*).

- GvEA EU 12 december 1996, nr. T-358/94 (*Air France II*).
- GvEA EU 30 april 1998, nr. T-214/95 (*Vlaams Gewest/Commissie*).
- GvEA EU 29 september 2000, nr. T-55/99 (*CETM/Commissie*).
- GvEA EU 12 december 2000, nr. T-296/97 (*Alitalia/Commissie*).
- GvEA EU 6 maart 2002, nr. T-127/99, T-129/99 en T-148/99 (*Demesa*).
- GvEA EU 14 januari 2004, T-109/01 (*Fleuren Compost/Commissie*).
- GvEA EU 8 juli 2004, nr. T-198/01 (*Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie*).
- GvEA EU 5 april 2005, nr. T-351/02 (*Deutsche Bahn/Commissie*).
- GvEA EU 3 mei 2006, nr. T-354/99 (*Kuweit Petrolium/Commissie*).
- GvEA 23 november 2006, nr. T-217/02 (*Ter Lembeek/Commissie*).
- GvEA EU 29 maart 2007, nr. T-366/00 (*Scott/Commissie*).
- GvEA EU 12 september 2007, nr. T-196/02 (*MTU/Friedrichshafen*).
- GvEA EU 10 april 2008, nr. T-233/04 (*Nederland/Commissie*).
- GvEA EU 24 september 2008, nr. T-20/03 (*Kahla Thüringen Porzellan/Commissie*).
- GvEA EU 28 november 2008, nr. T-254/00, T-270/00 en T-277/00 (*Hotel Cipriani SpA*).
- GvEA EU 17 december 2008, nr. T-196/04 (*Ryanair/Commissie*).
- GvEA EU 11 februari 2009, nr. T-25/07 (*Iride SpA/Commissie*).
- GvEA EU 4 maart 2009, nr. T-424/05 (*Italië/Commissie*).
- GvEA EU 11 maart 2009, nr. T-354/05 (*TF1/Europese Commissie*).
- GvEA EU 3 april 2009, nr. T-445/05 (*Associazione Italiana del risparmio gestito*).
- GvEA EU 11 juni 2009, T-297/02 (*ACEA SpA*).
- GvEA EU 11 juni 2009, nr. T-189/03 (*ASM Brescia/Commissie*).
- GvEA EU 1 juli 2009, nrs. T-81/07, T-82/07 en T-83/07 (*Jan Rudolf Maas e.a./Commissie*).
- GvEA EU 1 juli 2009, nr. T-291/06 (*Operator/Commissie*).
- GvEA EU 1 juli 2009, nr. T-83/07 (*Kliq Reïntegratie/Commissie*).
- GvEA EU 9 september 2009, nr. T-227/01 t/m T-229/01, T-265/01, T-226/01 en T-270/01 (*Territorio histórico de Álava*).
- GvEA EU 9 september 2009, nr. T-369/06 (*Holland Malt/Commissie*).
- GvEA EU 30 november 2009, nr. T-427/04 en T-17/05 (*France Télécom/Commissie*).
- GvEA EU 15 december 2009, nr. T-156/04 *(EDF/Commissie*).
- GvEA EU 15 juni 2010, nr. T-177/07 (*Mediaset*).
- GvEA EU 1 juli 2010, nr. T-62/08 (*ThyssenKrupp/Commissie*).
- GvEA EU 9 september 2010, nr. T-359/04 (*British Aggregates Association*).
- GvEA EU 16 december 2010, nr. T-231/06 en T-237/06 (*Nederlandse Omroep Stichting*).
- GvEA EU 29 september 2011, nr. T-442/07 (*Ryanair/Commissie*).
- GvEA 8 december 2011, nr. T-421/07 (*Deutsche Post t. Europese Commissie*).
- GvEA EU 16 oktober 2014, nr. T-517/12 (*Alro/Europese Commissie*).
- GvEA EU 3 maart 2015, nr. T-251/13 (*Gemeente Nijmegen/Commissie*).
- GvEA EU 30 juni 2015, nrs. T-186/13, T-190/13 en T-193/13 (*Leidschendam*).

Conclusies bij uitspraken van het Hof van Justitie

- Conclusie van A-G Warner van 30 november 1976 in de zaak 33/76 (*Rewe*).
- Conclusies van AG Tesauro van 19 september 1989 in de zaak 142/87 (*België/ Commissie – Tubemeuse*)
- Conclusie van AG Jacobs van 4 oktober 1989 in de zaak C-301/87 (*Frankrijk/ Commissie – Boussac*).
- Conclusie van A-G Jacobs van 7 mei 1996 in de zaak C-241/94 (*Frankrijk/ Commissie – "Kimberly Clark"*).
- Conclusie van A-G Jacobs van 30 april 2002 in de zaak C-126/01 (*GEMO SA*).
- Conclusie van A-G Stix-Hackl van 7 november 2002 in de gevoegde zaken C-34/01 t/m C-38/01 (*Enirisorse SpA*).
- Conclusie van A-G Geelhoed van 4 maart 2004 in de zaak C-174/02 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*),
- Conclusie van A-G Tizzano van 30 maart 2006 in de zaak C-526/04 (*Laboratoires Boiron*).
- Conclusie van A-G Colomer van 18 mei 2006 in de zaak C-232/05 (*Commissie/ Frankrijk*).
- Conclusie van A-G Wahl van 13 februari 2014 in de zaak C-527/12 (*Commissie/ Duitsland*).
- Conclusie van A-G Wahl van 17 maart 2016 in de zaak C-493/14 (*Dilly's Wellnesshotel GmbH*).

Uitspraken van de Nederlandse rechters

Hoge Raad

- HR 30 maart 1951, *NJ* 1952, 29.
- HR 22 februari 1957, *NJ* 1957, 210.
- HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568.
- HR 19 november 1976, *NJ* 1979, 216 (*Willebroordse/Staat*).
- HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 227.
- HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723, m.nt. M.W. Scheltema (*Heesch/Van de Akker*).
- HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 825, m.nt. J.B.M. Vranken.
- HR 21 april 1995, *NJ* 1996/462.
- HR 2 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1744, *NJ* 1997, 164, m.nt. M. Scheltema.
- HR 17 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1841.
- HR 15 oktober 1997, *BNB* 1997/379.
- HR 15 oktober 1997, *BNB* 1997/380.
- HR 27 februari 1998, *NJ* 1998, 764.
- HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5519.
- HR 26 januari 2001, *JB* 2001, 44, m.nt. E.C.H.J. van der Linden (*Dienst Wegverkeer/De Bruin Auto's*).
- HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2008:AD9878 (*Pape*).
- HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AB2884 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*).

- HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 (*Vreugdenhill/Floraholland*).
- HR 24 juni 2005, *NJ* 2006, 46.
- HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6370 (*AZ*).
- HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3253, *AB* 2006, 225, m.nt. G.A. van der Veen.
- HR 17 februari 2006, *NJ* 2006,158.
- HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3098 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*).
- HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AB2880 (*Pape*).
- HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3093 (*Meststoffenwet*).
- HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3116 (*Afhaaksubsidie*).
- HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3106.
- HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3110.
- HR 31 maart 2006, *NJ* 2006, 233.
- HR 16 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3119 (*Wet belastingen op milieugrondslag*).
- HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9441 (*Onteigening*).
- HR 10 november 2006, *NJ* 2008/491, m.nt. J.B.M. Vranken.
- HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6641.
- HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*MAA*).
- HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439 (*Prisma*).
- HR 28 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4082 (*Residex*).
- HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2337.
- HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2341.
- HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6102.
- HR 15 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1976 (*Tonnageregeling*).
- HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900 (*AVR-Afvalverwerking*).
- HR 25 november 2011, ECLI:NLHR:2011:BN3442 (*Inkomstenbelasting*).
- HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4934 (*EWF*).
- HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8203 (*Tonnageregeling*).
- HR 1 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9444.
- HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*).
- HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex 2*).
- HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6102 (*Commerz*).
- HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7849 (*Precariobelasting*).
- HR 25 oktober 2013, *NJ* 2014, 101 (*Rab/Mantje*).
- HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123 (*BP Europa*).
- HR 28 maart 2014, *AB* 2014, 271, m.nt. R. Stijnen.
- HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760.
- HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099.
- HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236.

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

- ABRvS 9 mei 1996, *AB* 1997, 93.
- ABRvS 7 augustus 2001, *JB* 2001/250.
- ABRvS 18 september 2002, *AB* 2003, 37, m.nt. P.J. Stolk (*Jetski's*).
- ABRvS 10 juli 2002, *AB* 2003, 123, m.nt. Verheij.

- ABRvS 4 december 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AF1476.
- ABRvS 5 februari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF3961.
- ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0234 (*Martiniplaza*).
- ABRvS 2 maart 2004, *AB* 2004, 152, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.
- ABRvS 6 mei 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO8853 (*Bestemmingsplan Haaksbergen*).
- ABRvS 29 september 2004, ECLI:NL:RBAMS:2010:AR3335.
- ABRvS 4 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5137.
- ABRvS 10 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5642.
- ABRvS 23 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU6653 (*Concessiebesluit gevaarlijk afval*).
- ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416 (*BPM*).
- ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9415 (*BPM*).
- ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8484, *AB* 2008,76.
- ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Zelfstandige loterij*).
- ABRvS 12 september 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB3426 (*BSE*).
- ABRvS 28 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8940.
- ABRvS 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6447.
- ABRvS 11 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3598 (*Luchtvaartterrein Eelde*).
- ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8291.
- ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8283.
- ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8294.
- ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009, 95, m.nt. W. den Ouden.
- ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009, 96, m.nt. W. den Ouden, *JB* 2009, 53, m.nt. AJB.
- ABRvS 13 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI3688.
- ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7245 (*Leens-Winkelcentrum*).
- ABRvS 20 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1335 (*Enecal*).
- ABRvS 11 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK2926 (*Oogstschade pootaardappelen klei*).
- ABRvS 21 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0774 (*Oogstschade Brassica Oleracea*).
- ABRvS 10 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7739 (*Leens-Winkelcentrum Centrum-1*).
- ABRvS 21 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5609 (*Enecogen*).
- ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8833 (*Meerstad-Midden*).
- ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8796 (*Berkhout is Bòós*).
- ABRvS 21 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1873 (*Bestemmingsplan Winkelcentrum Leens*).
- ABRvS 25 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4923 (*X-Flow*).
- ABRvS 13 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO0270 (*NPO*).
- ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1191.
- ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7312 (*Compressorstation Wijngaarden*).
- ABRvS 1 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3648 (*Nieuwe Sloot*).
- ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2816 (*FBTO Zorgverzekeringen*).
- ABRvS 23 februari 2011, ECLI:NLRVS:2011BP5454 (*Agis Zorgverzekeringen*).

- ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077 (*Bestemmingsplan Centrum Haaren*).
- ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1072.
- ABRvS 1 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ6827.
- ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195 (*Stichting NOB*).
- ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847 (*NPO*).
- ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*).
- ABRvS 14 februari 2012, ECLI:NL:RVS:BV5119.
- ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5119 (*Grubbenvorst*).
- ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5092 (*Luchtvaartterrein Eelde*).
- ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6579 (*Osse Overslag*).
- ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3862 (*Warandepoort*).
- ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7642 (*[locatie] te Beegden*).
- ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1076 (*Diversificaties suikersector*).
- ABRvS 8 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3969.
- ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8962 (*Adaptive and Mobile BV*).
- ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7375 (*Stichting Thuiszorg West-Brabant*).
- ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:NU9933 (*Open Universiteit Nederland*).
- ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794 (*Vogelaarwijken*).
- ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*).
- ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265 (*SNS Reaal*).
- ABRvS 6 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2014:BZ3338.
- ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378 (*Edufax*).
- ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2913 (*Stichting Innovatieprojecten OIZ*).
- ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3691 (*Vereniging tot behoud van Natuurmonumenten in Nederland*).
- ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1754.
- ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1986 (*QliQ*).
- ABRvS 17 september 2014, *AB* 2015, 396, m.nt. J.E. van den Brink en R.D. van Oevelen.
- ABRvS 19 november 2014, *AB* 2015, 93, m.nt. E.C. Pietermaat.
- ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:86 (*Omgevingsvergunning Haaksbergen*).
- ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:96.
- ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:852.
- ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*).
- ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258.
- ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3175 (*Herbestemming Kasteel Klimmen*).
- ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3587.
- ABRvS 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:106.
- ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:732.
- ABRvS 6 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:943 (*Blauwestadhoeve B.V.*).
- ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1295.

College van Beroep voor het bedrijfsleven

- CBb 7 april 2004, ECLI:NL:CBb:2004:AO7843.
- CBb 17 mei 2005, *JB* 2005/241, m.nt. L.J.M. Timmermans.
- CBb 14 december 2006, ECLI:NL:CBb:2006:AZ5838 (*DSM*).
- CBb 10 juli 2007, ECLI:NL:CBb:2007:BB0096.
- CBb 19 oktober 2007, ECLI:NL:CBb:2007:BB6760 (*Radlon Media Limited*).
- CBb 15 januari 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BC1932 (*NMa*).
- CBb 8 juli 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BD8217 (*Oudelandertocht*).
- CBb 8 juli 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BD8217 (*MEP-subsidie*).
- CBb 31 juli 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BF0915 (*Vergistingsinstallaties*).
- CBb 5 september 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BG7077 (*Dutch Wine Traders BV*).
- CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BG1734 (*Bus Streek overig*).
- CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BG1736 (*Openbaar Vervoer Zuidoost Fryslân 2008-2016*).
- CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BG7753 (*Connexxion*).
- CBb 19 december 2008, ECLI:NL:CBb:BH2627.
- CBb 29 januari 2009, ECLI:NL:CBb:2009:BH3017 (*Slotervaart Ziekenhuis*).
- CBb 11 januari 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BK9744 (*Westland Bloemen Export*).
- CBb 29 juni 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BM9616 (*HBAG heffingen aardappelen*).
- CBb 20 juli 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BN5472 (*Regeling Retributies*).
- CBb 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BN4954 (*Bloemkwekerijheffing*).
- CBb 16 februari 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BP6917 (*MEP subsidie*).
- CBb 4 maart 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BP7546 (*VEMW*).
- CBb 10 februari 2012, ECLI:NL:CBb:2012:BV7299 (*Solanic*).
- CBb 15 februari 2012, ECLI:NL:CBb:2012:BV8841 (*Blankespoor*).
- CBb 6 juni 2012, ECLI:NL:CBb:2012:BW7946 (*Zondagopenstelling Albert Heijn*).
- CBb 13 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6991 (*Thuiszorg Service Nederland*).
- CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBb:2014:29 (*Visserijbedrijf*).
- CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBb:2014:30 (*Visserijbedrijf*).
- CBb 30 januari 2014, ECLI:NL:CBb:2014:31 (*Broadcast Newco Two*).
- CBb 18 mei 2014, *AB* 2014, 380, m.nt. J. Wieland.
- CBb 20 maart 2015, ECLI:NL:CBb:2015:93 (*Wrakingsverzoek Stichting Rivierduinen*).
- CBb 1 mei 2015, ECLI:NL:CBb:2015:176 (*Mestdroogsysteem*).
- CBb 13 mei 2015, ECLI:NL:CBb:2015:146.
- CBb 19 augustus 2015, ECLI:NL:2015:294 (*Stichting Rivierduinen*).

Centrale Raad van Beroep

- CRvB 2 mei 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AW7290.
- CRvB 8 april 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ0845.
- CRvB 27 juni 2012, ECLI:NL:CRVB:2013:770.

Gerechtshoven

- Hof 's-Gravenhage 15 juli 1999, nr. 96/3827.
- Hof Leeuwarden 8 maart 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AD9972 (*Afhaaksubsidie*).
- Hof Amsterdam 1 april 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO6912 (*AZ*).
- Hof Amsterdam 30 november 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV0177 (*CFM-regime*).
- Hof Amsterdam 29 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1425 (*Baby Dan*).
- Hof Amsterdam 18 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6508 (*UPC Nederland).*
- Hof Amsterdam 12 september 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB3356.
- Hof 's-Gravenhage 5 juni 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6256 (*Orange Nederland*).
- Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6981 (*Residex*).
- Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:GHSGR:2008:BD7068 (*BARIN en MAA*).
- Hof Amsterdam 14 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH4444 (*OESO-modelverdrag*).
- Hof 's-Gravenhage 25 augustus 2009, ECIL:NL:GHSGR:2009:BN5744 (*Reclamebelasting*).
- Hof 's-Gravenhage 15 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK6928 (*AVR*).
- Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*).
- Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO0843.
- Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO0027.
- Hof 's-Gravenhage 1 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP6129 (*Commerz*).
- Hof 's-Hertogenbosch 1 maart 2011, nr. HD 200.018.435 (n.n.g.) (*P1*).
- Hof Amsterdam 30 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR0295 (*Tonnageregeling*).
- Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6548.
- Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8434 (*Apotheek Amerongen-Elst*).
- Hof 's-Gravenhage 20 december 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU9031 (*Electrabel Nederland*).
- Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*).
- Hof Leeuwarden 15 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6167 (*Montagne II).*
- Hof 's-Gravenhage 29 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX5770 (*Forensenbelasting*).
- Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BY9350.
- Hof 's-Hertogenbosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281 (*Shanks Nederland*).
- Hof Den Haag 9 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4216 (*Snellaadpalen elektrische auto's*).
- Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:540 (*Shanks*).
- Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:404 (*Metterwoon Holding*).
- Hof Amsterdam 14 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2959 (*Dutch Flower Group B.V.*).

- Hof Amsterdam 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3167 (*De Pieterman Volendam*).
- Hof Den Haag 16 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3415 (*Kolenbelasting*).

Rechtbanken

- Rb 's-Gravenhage 17 februari 1995, ECLI:NL:RBSGR:1995:AH5132 (*VEWIN*).
- Rb Leeuwarden 12 mei 2000, ECLI:NL:RBLEE:2000:AA5771 (*SCI-affaire*).
- Rb Alkmaar 5 december 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AF1207 (*AZ*).
- Rb Zutphen 20 mei 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AF9788 (*Demarol*).
- Rb Groningen 3 september 2004, ECLI:NL:RBGRO:2004:AQ8920 (*Essent Kabelcom*).
- Rb 's-Hertogenbosch 26 november 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AR6630 (*BPM*).
- Rb. Zutphen 30 december 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AR8495.
- Rb Rotterdam 9 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AW2324 (*Radlon Media Limited*).
- Rb Maastricht 19 mei 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AX3105 (*Sint Servatius*).
- Rb Rotterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6273 (*VCR*).
- Rb Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9229 (*UPC Nederland*).
- Rb 's-Gravenhage 26 september 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BB2397 (*Wet op de kansspelen*).
- Rb Middelburg 7 november 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:BA2471 (*Zeeland Seaports*).
- Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6904 (*Residex*).
- Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6902 (*Commerz*).
- Rb Rotterdam 4 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270 (*Fleuren Compost*).
- Rb Maastricht 19 juli 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB0521 (*Wyckerveste*).
- Rb 's-Gravenhage 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB1424 (*NEA*).
- Rb Rotterdam 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB1401 (*Belangenvereniging ID Rotterdam*).
- Rb 's-Gravenhage 18 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB5302 (*E-functionaliteit*).
- Rb 's-Gravenhage 12 oktober 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007BB5509 (*Taskforce Woningbouw*).
- Rb Rotterdam 4 januari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC3244 (*Slam!FM*).
- Rb Groningen 25 januari 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BC2790.
- Rb 's-Gravenhage 19 maart 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC7128 (*BARIN*).
- Rb Breda 24 april 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD3313 (*Bioscoop Exploitatie Minerva*).
- Rb Almelo 3 september 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BE9871 (*dutCH4 BV*).
- Rb 's-Gravenhage 24 september 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BF4232 (*De Raad Bouw*).
- Rb Rotterdam 7 oktober 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BM8038 (*Broadcast NewCo Two*).
- Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*).
- Rb Amsterdam 3 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH1388 (*Westergasfabriek*).

- Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva Openbaar Vervoer*).
- Rb Middelburg 14 januari 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BH9867 (*Beursgebouw Vlissingen*).
- Rb Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1202 (*Tele2*).
- Rb Arnhem 4 februari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH1923 (*Stichting Vilente*).
- Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*).
- Rb Arnhem 22 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ1171 (*E.ON*).
- Rb 's-Gravenhage 25 augustus 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ5981 (*AVR Afvalverwerking*).
- Rb Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK0260.
- Rb Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK0224.
- Rb 's-Gravenhage 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK6917 (*Commissariaat voor de Media*).
- Rb Alkmaar 3 december 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BL4512 (*Kringloopbedrijf Goedwerk Alkmaar*).
- Rb Groningen 7 januari 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BK9423 (*Aanleg stoomnetwerk Oosterhorn*).
- Rb 's-Gravenhage 8 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK8654 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*).
- Rb 's-Gravenhage 13 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK9316 (*Stichting Duurzaam Verpakkingsglas*).
- Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*).
- Rb 's-Gravenhage 28 april 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM2864 (*Electrabel Nederland*).
- Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM).*
- Rb Zwolle 6 juli 2010, ECLI:NL:RBZWO:2010:BN0654 (*Natuurbeheerplan Overijssel*).
- Rb 's-Hertogenbosch 9 juli 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN2990 (*Stichting NOB*).
- Rb 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN2363 (*Universal Music*).
- Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*).
- Rb 's-Gravenhage 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN4777.
- Rb Utrecht 26 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO5098 (*Vogelaarheffing*).
- Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWF*).
- Rb Amsterdam 24 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8591 (*NPO*).
- Rb Utrecht 4 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP6990 (*Huidekoper*)
- Rb Assen 21 maart 2011, ECLI:NLRBASS:2011:BU2048 (*Omwonenden Luchthaven Eelde*).
- Rb 's-Hertogenbosch 28 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9487 (*Shanks Nederland*).
- Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2302 (*EWF*).
- Rb 's-Hertogenbosch 22 april 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ2331 (*Bouwvergunning woontoren*).
- Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR0389 (*Sita Recycling*).

- Rb 's-Gravenhage 7 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4069 (*Forensenbelasting*).
- Rb Leeuwarden 8 juni 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BQ7838 (*Ludinga Vastgoed*).
- Rb Groningen 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8211 (*Montagne II*).
- Rb 's-Gravenhage 19 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2010:BR2483 (*Baker Tilly Berk*).
- Rb Rotterdam 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR6507 (*KLIQ Reïntegratie*).
- Rb 's-Gravenhage 28 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT7119 (*Tijdelijke Verordening stimulering Voordelta*).
- Rb Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:BU3569 (*P1 Holding*).
- Rb 's-Gravenhage 16 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6720 (*Parkeer Management Nederland*).
- Rb Rotterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3091 (*Connexxion Openbaar Vervoer*).
- Rb Arnhem 8 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV9934 (*Reclamebelasting Wageningen*).
- Rb 's-Gravenhage 27 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0018 (*Veolia Transport*).
- Rb Haarlem 2 mei 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY6465 (*Distriport*).
- Rb Zutphen 22 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2010:BW6294 (*Quarosand Zorgontwikkeling*).
- Rb Assen 30 mei 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW7185 (*Apotheek X*).
- Rb Almelo 25 juli 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX3635 (*Ruilverkaveling Rijssen West*).
- Rb Amsterdam 21 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9050 (*CBS Outdoor*).
- Rb Breda 16 oktober 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY2238 (*Woz-Waarde*).
- Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland)*.
- Rb Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY5837 (*Eigen Veerdienst Terschelling*).
- Rb Oost-Nederland 16 januari 2013, *JOR* 2013, 129, m.nt. B.M. Katan.
- Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*).
- Rb Overijssel 12 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1474 (*Coöperatieve Rabobank*).
- Rb Den Haag 25 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9096 (*Snellaadpunten elektrische auto's*).
- Rb Amsterdam 30 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4769 (*GDF SUEZ*).
- Rb Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591 (*MuzyQ*).
- Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*).
- Rb Den Haag 18 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15949 (*Stichting Wonen Wateringen*).
- Rb Midden-Nederland 19 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7374.
- Rb Den Haag 31 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18370 (*Terschellingse veerdienstbedrijf EVT*).
- Rb Den Haag 7 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5582 (*Metterwoon*).
- Rb Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5878 (*Stichting Energy Claim*).
- Rb Den Haag 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726 (*SLG Zuid-Holland*).

- Rb Noord-Nederland 4 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2790 (*Accolade/Ludinga*).
- Rb Zeeland-West-Brabant 27 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4421 (*Beelen Groep*).
- Rb Den Haag 12 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10589 (*Kolenbelasting*).
- Rb Limburg 26 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8299 (*Petronella*).
- Rb Amsterdam 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7570.
- Rb Rotterdam 2 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7917 (*Vodafone*).
- Rb Overijssel 5 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6281 (*Gemeente Haaksbergen/Rotij*).
- Hof Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3702 (*Andes*).
- Rb Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:15722.
- Rb Oost-Brabant 16 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:756 (*Energielaadpunten*).
- Rb Amsterdam 29 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2388.
- Rb Den Haag 1 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6282 (*Verhuurderheffing*).
- Rb Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3285 (*Omgevingsvergunning bioscoopvoorziening*).
- Rb Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8141 (*Kolenbelasting*).
- Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*).
- Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*).
- Rb Limburg 9 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10461 (*Stichting Laurentius en Petronella*).
- Rb Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815 (*Spaansen Holding*).
- Rb Oost-Brabant 19 februari 2016, ECLI:NL:RBBOBR:2016:586 (*Kom Zuid Rosmalen*).

Conclusies bij uitspraken van de Nederlandse rechters

- Conclusie van A-G Bakels bij HR 14 april 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA5519.
- A-G de Wit 7 juli 2005, Bijlage bij de conclusies 33.037, 33.484, 35.525, 38.115, 40.242 en 40.243.
- Conclusie van A-G Keus bij HR 7 oktober 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT6370 (*AZ*).
- Conclusie van A-G Keus bij HR 29 mei 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BL4082 (*Residex*).
- Conclusie van A-G Keus bij HR 26 april 2013, ECLI:NL:PHR:2012:BY0539 (*Residex 2*).
- Conclusie van A-G Keus bij HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*).
- Conclusie van A-G Keus bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:PHR:2013:875 (*BP Europa*).
- Conclusie van A-G Wattel van 22 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2206 (*X/Staatssecretaris van Financiën*).

· Conclusie van staatsraad A-G Widdershoven van 2 december 2015, ECLI:NL: RVS:2015:3680.

Uitspraken van rechters uit de andere EU-lidstaten

· Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg 7 november 2005, *NVwZ* 2006, 104.
· Conseil d'État 27 juli 2009, ECLI:FR:CESSR:2009:312098.20090727 (*Société Boucherie du Marché*).
· Conseil d'État 27 juli 2009, ECLI:FR:CESSR:2009:313502.20090727 (*Montaudis*).
· Bundesgerichtshof 10 februari 2011, *I ZR* 136/09 (*Frankfurt Hahn*), *EuZW* 2011, 440.
· Bundesgerichtshof 5 december 2012, I ZR 92/11 (*CEPS Pipeline*).

Annotaties

· P.C. Adriaanse, 'Noot bij ABRvS (2008-06-21)(Vliegveld Eelde)', *AB* 2008, 371.
· P.C. Adriaanse, 'Noot bij ABRvS (2008-07-11)(Vernietiging bestreden besluit omtrent verlenging start- en landingsbaan vliegveld Eelde)', *AB* 2008, 371.
· P.C. Adriaanse, 'Annotatie bij CBb (2015-03-20)(Afwijzing wrakingsverzoek na procesbeslissing)', *AB* 2015, 377.
· P.C. Adriaanse en W. den Ouden, 'Noot bij CBb (2007-07-10)(Beantwoording vragen van het CBb door de Europese Commissie, subsidiëring binnen de grenzen van het Milieusteunkader), *AB* 2008, 68.
· A.A. al Khatib en T. Barkhuysen, 'Annotatie bij Rb Den Haag (2013-09-11)(Rechtmatigheid financiële garantstelling door gemeente)', *JG* 2013, 68.
· J.R. van Angeren, 'Noot bij ABRvS (2013-02-13)(Niet zonder meer aannemelijk dat subsidieverlening staatssteun inhoudt)', *AB* 2014, 290.
· J.R. van Angeren en W. den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2010-08-25)(Beëindiging anti-afhaaksubsidie. Redelijke termijn. Strijd met het staatssteunrecht?)', *AB* 2011, 3.
· T. Barkhuysen en A.A. al Khatib, 'Noot bij Rb Noord-Nederland (2015-12-16)(Staatssteun, bedrijfsverplaatsing, partiële nietigheid)', *JG* 2016, 1.
· T. Barkhuysen en M. Claessens, 'Noot bij ABRvS (2013-01-30)(Hoger onderwijs. Beoordeling macrodoelmatigheid en staatssteun bij een opleiding van de Open Universiteit), *AB* 2014, 344.
· R.D. Boesveld, 'Noot bij ABRvS (2011-04-13)(Haaren)', *Gst* 2011,108.
· H.J. Bos, 'Annotatie bij Rb Noord-Nederland (2015-07-01)(Onrechtmatige staatssteun, onteigening…)', *JBO* 2015, 238.
· J.E. van den Brink, 'Noot bij CBb (2013-09-20)(Europese subsidie. Bevoegdheid tot verrekening)', *AB* 2014/298.
· J.E. van den Brink en W. den Ouden, 'Noot bij HvJ EU (2014-12-18)(Legaliteitsbeginsel)', *AB* 2015, 225.
· J.E. van den Brink en W. den Ouden, 'Annotatie bij ABRvS (2015-04-15)(Geen gewettigd vertrouwen), *AB* 2015, 226.
· L.J.A. Damen, 'Annotatie bij ABRvS (2012-02-22)(Marginale toetsing)', *AB* 2012, 318.

- A. Gerbrandy en M.J.M. Verhoeven, 'Noot bij HvJ EU (2009-06-04)(Bewijsvermoeden bij art. 81 EG onderdeel van materieel begrip)', *AB* 2009, 273.
- J.F. de Groot, 'Noot bij Rb Rotterdam (2007-01-24)(Nietigheid garanties)', *JOR* 2007, 290.
- A.S. Hartkamp, 'Noot bij Rb Noord-Nederland (2014-06-04)(Verboden staatssteun door gemeente)', *JOR* 2014, 287.
- P.W. den Hollander, 'Noot bij Rb Arnhem (2010-12-17)(Preferentiebeleid zorgverzekeraar)', *Gezondheidszorg Jurisprudentie* 2011, p. 207-8.
- M.I. Jaarsma, 'Noot bij Vzr. Rb Groningen (2011-06-10)(Montagne II BV)', *Bouwrecht* 2011, 142.
- M.I. Jaarsma, 'Noot bij Hof Leeuwarden (2012-06-10)(Art. 107 en 108 lid 3 VWEU; hoger beroep; gebiedsontwikkeling)', *Bouwrecht* 2012, 111.
- M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2003-12-17)(Subsidieverlening en de aanmeldingsplicht van art. 88, derde lid EG (staatssteun))', *AB* 2004, 262.
- A.D.L. Knook, 'Noot bij ABRvS (2013-05-29)(Hier wordt de vraag beantwoord wanneer…)', *BR* 2013, 102.
- A.D.L. Knook, 'Annotatie bij Rb Den Haag (2014-05-28)(Niet zonder meer aannemelijk dat subsidieverlening staatssteun inhoudt)', *AB* 2014, 300.
- H.C. Lagrouw en M.K.G. Tjepkema, 'Noot bij ABRvS (2014-01-29)(Tegemoetkoming tijdelijk aalvisverbod), *AB* 2014, 177.
- T.E.P.A. Lam, 'Noot bij ABRvS (2011-04-13)(Bestemmingsplan. Financiële uitvoerbaarheid en staatssteun. Aanbestedingsrecht)', *AB* 2011, 12.
- A.T. Marseille, 'Noot bij CRvB (2011-04-08)(Bewijslast. Feitenonderzoek door de rechter)', *AB* 2012, 214.
- A.J. Metselaar, 'Noot bij HvJEU (2013-11-21)(Staatssteun. de inleiding door de Europese Commissie van de formele onderzoeksprocedure bindt de nationale rechter)', *AB* 2014, 113.
- A.J. Metselaar en J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Noot bij ABRvS (2012-07-11)(Schaarse subsidie. Loting. Rechtsherstel. Staatssteun)', *AB* 2013, 64.
- A.J. Metselaar en W. den Ouden, 'Noot bij CBb (2012-09-13)(Procesbelang)', *AB* 2013, 115.
- A.J. Metselaar en W. den Ouden, 'Noot bij HR (2013-01-18)(Staatssteun. Geen enkele verklaring voor recht…)', *AB* 2013, 108.
- G.T.K. Meussen, 'Noot bij HR (2002-03-08)(Vormt de heffing van belasting op afvalstoffen een steunmaatregel, een onlosmakelijk onderdeel van een steunmaatregel of een …)', *BNB* 2002/254.
- M.R. Mok, 'Noot bij HvJEU (2006-09-07)(Staatssteun. heffing op rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen)', *Nederlandse Jurisprudentie* 2006, 280.
- M.R. Mok, 'Annotatie bij HvJ EU (2008-02-12)(Staatssteun)', *NJ* 2008, 185.
- M.R. Mok, 'Noot bij HvJ EU (2009-06-04)(Begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging)', *NJ* 2009, 432.
- M.R. Mok, 'Noot bij HR (2011-11-18)', *NJ* 2012,/111.
- A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Noot bij HvJ EU (2005-01-13)(Ook justitiabelen die als gevolg van een steunmaatregel niet werden getroffen door vervalsing van grensoverschrijdende mededinging)', *AB* 2005, 118.

- N. van Nuland, 'Noot bij HR (2010-05-28)(Residex Capital IV CV vs. Gemeente Rotterdam)', *Bouwrecht* 2010, 133.
- R. Ortlep, 'Noot bij ABRvS (2011-01-07)(Bevoegdheidsgrondslag voor een besluit in een Unierechtelijke verordening)', *AB* 2011, 244.
- R. Ortlep, 'Noot bij ABRvS (2012-03-12)(Zelf in de zaak voorzien), *AB* 2012, 233.
- R. Ortlep, 'Noot bij ABRvS (2013-05-01)(Toetsing, Eisen EU-recht aan rechterlijke toetsing van de bestuurlijke feitenvaststelling)', *AB* 2013, 345.
- R. Ortlep, 'Annotatie bij CBb (2013-09-06)(Toekenning van terugwerkende kracht)', *AB* 2014, 86.
- R. Ortlep, 'Annotatie bij CBb (2014-02-21)(Bevoegdheidsgrondslag in een Unierechtelijke verordening)', *AB* 2015, 273.
- W. den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2006-01-1)(Intrekking BPM-subsidies)' *AB* 2006, 208.
- W. den Ouden, 'Noot bij ABRvS (2013-02-06)(Dwingend bestemmingsverband tussen heffing en subsidie maakt van betalers…)', *AB* 2013/263.
- W. den Ouden, 'Noot bij Rb Amsterdam (2014-10-1)(Bestuursorgaan. Stichting Impuls Nieuw-West is een bestuursorgaan dat subsidies verstrekt)', *AB* 2015, 124.
- R.J.B. Schutgens, 'Noot bij HR (2009-09-04)(EG-recht, Vliegbelasting, Kort geding, Steunmaatregel)', *JB* 2009, 229.
- G.J. van Slooten, 'Noot bij HR (2006-06-16)(Bezinkingsslib afvalwaterzuiveringsinstallatie is geen ontinktingsresidu)', *BNB* 2007, 281.
- E. Steyger, 'Noot bij HvJEU (2006-09-07)(Verplichting uit eigen hoofde nationale rechter tot opvragen bewijs bij schending EG-recht)', *AB* 2006, 355.
- R.J.M. van den Tweel, 'Noot bij ABRvS (2006-01-11)(Intrekking en terugvordering subsidie, onrechtmatige staatssteun), *Gst.* 2006, 98.
- S.C.G. Van den Bogaert en A.J. Metselaar, 'Noot bij ABRvS (2011-11-2)(Staatssteun. Vogelaarheffing)', *AB* 2012, 156.
- J. Wieland, 'Noot bij CBb (2014-05-28)(Concurrentiebelang niet rechtstreeks geraakt door steunverlening dus geen belanghebbende', *AB* 2014, 380.
- J. Wieland, 'Noot bij CBb (2015-12-28)(Verlenging ov-concessie), *AB* 2016, 131.
- C.J. Wolswinkel, 'Noot bij CBb (2010-04-28)(Schaarse vergunningen. vergunningverlening op volgorde van binnenkomst), *AB* 2010, 186.

Lijst van documenten van de instellingen van de Europese Unie

1 Besluiten en brieven van de Europese Commissie over vermeende steunmaatregelen

- Beschikking 96/369/EG van de Europese Commissie van 13 maart 1996 betreffende een fiscale steunmaatregel in de vorm van een afschrijvingsregeling ten behoeve van de Duitse luchtvaartmaatschappijen, *PbEU* 1996, *L* 146/42.
- Brief van de Europese Commissie van 30 april 1999, 'Uitnodiging overeenkomstig artikel 88, lid 2 (voorheen artikel 93, lid 2), van het EG-Verdrag opmerkingen te maken betreffende de steunmaatregel C 22/99 (ex NN 117/98) – Spanje –Ramondín', *PbEU* 1999, *C* 194/12.
- Brief van de Commissie van 12 januari 2001 aan Duitsland inzake steunmaatregel Nr. N 258/2000 (Freizeitbad Dorsten) SG(2001) D/285046.
- Beschikking van de Commissie van 25 juli 2001, steunmaatregel N 597/1998 betreffende compensatie voor de gestrande kosten in de elektriciteitssector, *PbEU* 2001 *C* 268/6.
- Beschikking nr. 2001/521/EG van de Europese Commissie van 13 december 2001 betreffende de steunregeling die het Koninkrijk der Nederland ten uitvoer heeft gelegd ten gunste van zes mestverwerkingsbedrijven, *PbEU* 2001, *L* 189/13.
- Brief van de Commissie van 27 februari 2002 aan Ierland inzake steunmaatregel Nr. N 608/2002 (Capital Allowances for Hospitals), COM(2002)608fin..
- Beschikking van de Commissie van 17 juli 2002, steunmaatregel N 157/2002, vrijstelling heffing oppervlaktewateren, *PbEU* 2002 *C* 238/10.
- Brief van de Europese Commissie van 19 maart 2003 met betrekking tot Steunmaatregel der Staten N 707/2002 – Nederland, C(2003)642fin.
- Beschikking van de Europese Commissie van 29 oktober 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregelen ten gunste van jachthavens zonder winstoogmerk in Nederland, *PbEU* 2004, *L* 34/63.
- Beschikking van de Commissie van 3 mei 2005 betreffende steunmaatregelen nr. N 541/2004 en N 542/2004 – Nederland, C(2005)139 fin.
- Beschikking 2006/743/EG van de Commissie van 15 januari 2006 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde staatssteun ten gunste van AZ en AZ Vastgoed BV, *PbEU* 2006, *L* 307/194.
- Brief van de Europese Commissie van 25 september 2007, Staatssteunmaatregel C 41/07 (ex NN 49/07) – Privatisering van Tractorul. Uitnodiging overeenkomstig artikel 88, lid 2, van het EG-Verdrag om opmerkingen te maken', *PbEU* 2007, *C* 249/21.
- Beschikking van de Europese Commissie van 23 oktober 2007 betreffende staatssteun C 23/06 (ex NN 35/06) door Polen toegekend ten gunste van staalproducent Technologie Buczek Group, *PbEU* 2008, *L* 116/26.

- Beschikking van de Commissie van 11 december 2007 betreffende een steunmaatregel ten gunste van Glasvezelnet Amsterdam voor een investering in een glasvezeltoegangsnetwerk door de gemeente Amsterdam, Steunmaatregel Nr. C 53/2006 (ex N 262/2005, ex CP 127/2004), C(2007) 6072 def.
- Beschikking van de Europese Commissie van 6 november 2008 betreffende staatssteun C 17/05 (ex N 194/05 en PL 34/04) die door Polen is toegekend ten gunste van Stocznia Gdynia, *PbEU* 2010, *L* 33/1.
- Beschikking van de Commissie van 15 april 2009 betreffende steunmaatregel N 606/2009 – Nederland, C(2009)9942 def.
- Beschikking van de Europese Commissie van 19 november 2009 betreffende steunmaatregelen C 38/A/04 (ex NN 58/04) en C 36/B/06 (ex NN 38/06) die Italië ten uitvoer heeft gelegd ten faveure van Alcoa Trasformazioni, *PbEU* 2010, *L* 227/62.
- Beschikking van de Commissie van 13 december 2009, 'State aid No E 2/2005 and N 642/2009 – The Netherlands', C(2009)9963 fin
- Besluit van de Europese Commissie van 15 december 2009 inzake steunmaatregelen E 2/2005 en N 642/2009 – Nederland – Bestaande steun en bijzondere projectsteun voor woningcorporaties, C(2009)9963 def.
- Besluit van de Europese Commissie van 26 januari 2010 betreffende steunmaatregel E 5/2005 (ex NN 170b/2003) – Nederland – Jaarlijkse financiering van de Nederlandse publieke omroep, *PbEU* 2010, *C* 74/4.
- Besluit van de Europese Commissie van 11 december 2012 inzake steunmaatregel zaak SA.33083 (2012/C) (ex 2012/NN) en SA. 35083 (2012/C) (ex 2012/NN) – Italië, *PbEU* 2012, *C* 381/32.
- Brief van de Europese Commissie van 1 oktober 2014, 'Steunmaatregel SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) – Uitvoering van arbitrale uitspraak Micula/Roemenië van 11 december 2013', *PbEU* 2014, *C* 393/27.
- Brief van de Europese Commissie van 11 juni 2015, 'Steunmaatregel SA.39235 (2015/C) (ex 2015/NN) – Advertentiebelasting', *PbEU* 2015, *C* 136/7.
- Besluit van de Europese Commissie van 22 juli 2015 betreffende steunmaatregel SA.13869 (C 68/2002) (ex NN 80/2002) – Herclassificatie van de belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen voor de vervanging van het hoogspanningsnet als kapitaal die door Frankrijk ten uitvoer is gelegd ten gunste van EDF, *PbEU* 2016, *L* 34/152.
- Besluit van de Commissie van 21 oktober 2015 met als kenmerk C(2015) 7143 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) die Nederland ten gunste van Starbucks ten uitvoer heeft gelegd, C(2015) 7142 def.

2 Verordeningen, richtlijnen en andere besluiten van de instellingen van de Europese Unie

Richtlijn 89/665

Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, *PbEU* 1989 *L* 395, 33.

Richtlijn 93/13/EEG (richtlijn oneerlijke bedingen)
Richtlijn 93/13/EEG Van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEU* 1993, *L* 95/29.

Verordening 994/98 (oude machtigingsverordening)
Verordening 994/98/EG van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, *PbEG* 1998, *L* 142/1

Verordening 659/1999 (Procedureverordening – oud)
Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, *PbEU* 1999, *L* 83/1.

Verordening 1/2003 (mededingingsverordening)
Verordening nr. 1/2003/EG van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2003, *L* 1/1.

Richtlijn 2003/87
Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad, *PbEU* 2003, *L* 275/32.

Commissieverordening 773/2004
Verordening 773/2004/EG van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2004, *L* 123/18.

Commissieverordening 794/2004 (uitvoering Procedureverordening)
Verordening 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening 659/1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-verdrag, *PbEU* 2004, L 140/1.

Commissiebeschikking 2005/842 (DAEB-beschikking)
Beschikking 2005/842/EG van de Europese Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, *PbEU* 2005, *L* 312/67.

Richtlijn 2006/54 (gelijke behandeling mannen en vrouwen)
Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, *PbEU* 2006, *L* 204/23.

Commissieverordening 1998/2006 (oude de-minimisverordening)
Verordening 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, *PbEU* 2006, L 379/5.

Richtlijn 2007/66 (rechtsbeschermingsrichtlijn)
Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, *PbEU* 2007, *L* 335/31.

Commissieverordening 360/2012 (DAEB de-minimisverordening)
Verordening nr. 360/2012/EU van de Commissie van 25 april 2012 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun verleend aan diensten van algemeen economisch belang verrichtende ondernemingen, *PbEU* 2012, *L* 114/8.

Commissiebesluit 2012/21 (DAEB-besluit)
Besluit nr. 2012/21/EU van de Europese Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van art. 106 lid 2 VWEU op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, *PbEU* 2012, *L* 7/3.

Verordening 733/2013 (machtigingsverordening)
Verordening Nr. 733/2013/EU van de Raad van 22 juli 2013 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 994/98 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, *PbEU* 2013, *L* 204/11.

Verordening 734/2013 (wijziging Procedureverordening)
Verordening Nr. 734/2013/EU van de Raad van 22 juli 2013 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 659/1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 EG-Verdrag, *PbEU* 2013, *L* 204/15.

Commissieverordening 1407/2013 (de-minimisverordening)
Verordening Nr. 1407/2013/EU van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun, *PbEU* 2013, *L* 352/1.

Commissieverordening 1408/2013 (landbouw de-minimisverordening)
Verordening Nr. 1408/2013/EU van de Commissie van 18 december 2013 inzake de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie in de Landbouwsector, *PbEU* 2013, *L* 352/9.

Commissieverordening 651/2014 (AGGV)
Verordening 651/2014/EU van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard, *PbEU* 2014 *L* 187/1.

Commissieverordening 702/2014 (landbouwvrijstellingsverordening)
Verordening 702/2014/EU van de Europese Commissie van 25 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun in de landbouw- en de bosbouwsector en in plattelandsgebieden op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie met de interne markt verenigbaar worden verklaard, *PbEU* 2014, *L* 193/1.

Commissieverordening 717/2014 (visserij de-minimisverordening)
Verordening nr. 717/2014/EU van de Commissie van 27 juni 2014 inzake de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun in de visserij- en aquacultuursector, *PbEU* 2014, *L* 190/45.

Richtlijn 2014/104 (richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht)
Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht

wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *PbEU* 2014, *L* 349/1.

Verordening 2015/1589 (Procedureverordening)

Verordening (EU) nr. 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (codificatie), *PbEU* 2015, *L* 248/9.

3 Overige documenten van de instellingen van de Europese Unie

Mededelingen en overige soft law van de Europese Commissie

- Mededeling van de Europese Commissie van 8 juli 1989, Steun aan de synthetische vezelindustrie in de Gemeenschap, *PbEU* 1989, *C* 173/5.
- Mededeling van de Europese Commissie van 10 juli 1997 betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, *PbEU* 1997, *C* 209/3.
- Mededeling van de Europese Commissie van 10 december 1998 over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, *PbEU* 1998, *C* 384/3.
- Mededeling van de Commissie van 3 februari 2001, Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu, *PbEU* 2001, *C* 37/03.
- Kaderregeling van de Commissie van 30 december 2003 inzake staatssteun aan de scheepsbouw, *PbEU* 2003, *C* 317/11.
- Mededeling van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2004, *C* 101/54.
- Mededeling van de Commissie van 1 oktober 2004, Communautaire richtsnoeren inzake
  reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden, *PbEU* 2004, *C* 244/2.
- Actieplan staatssteun "Minder en beter gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009)", COM(2005)795.
- Mededeling van de Europese Commissie van 9 december 2005 inzake communautaire richtsnoeren voor financiering van luchthavens en aanloopsteun van de overheid voor luchtvaartmaatschappijen met een regionale luchthaven als thuishaven, *PbEU* 2005, *C* 312/1.
- Bekendmaking van de Commissie van 15 november 2007, 'Naar een doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen', *PbEU* 2007, *C* 272/4.
- Mededeling van de Europese Commissie van 20 juni 2008 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-verdrag op staatssteun in de vorm van garanties, *PbEU* 2008, *C* 155/08.
- Mededeling van de Commissie van 9 april 2009 over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, *PbEU* 2009, *C* 85/1 (Mededeling 2009).

- Mededeling van de Commissie van 16 juni 2009 betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde soorten staatssteun, *PbEU* 2009, *C* 136/3.
- Mededeling van de Commissie van 16 juni 2009 'Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures', *PbEU* 2009, *C* 136/13.
- Mededeling van de Europese Commissie van 27 oktober 2009 betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep, *PbEU* 2009, *C* 275/1.
- Mededeling van de Commissie van 11 januari 2011 betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie, *PbEU* 2012, *L* 8/4.
- Werkdocument van 4 oktober 2011 van de diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ('publiek-publieke samenwerking'), SEC (2011) 1169.
- Mededeling van de Commissie van 8 mei 2012 aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, De modernisering van het EU staatssteunbeleid, COM(2012) 209 def.
- Mededeling van de Commissie van 5 juni 2012, Richtsnoeren betreffende bepaalde staatssteunmaatregelen in het kader van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten na 2012, *PbEU* 2012, *C* 158/4.
- Regelement voor de procesvoering van het Hof van Justitie, *PbEU* 2012 *L* 265/1
- Mededeling van de Commissie van 26 januari 2014, EU-richtsnoeren voor de toepassing van de staatssteunregels in het kader van de snelle uitrol van breedbandnetwerken, *PbEU* 2013 *C* 25/1.
- Mededeling van de Commissie van 27 juni 2014, Kaderregeling betreffende staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, *PbEU* 2014 *C* 198/1.
- Mededeling van de Commissie van 28 juni 2014, Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020, *PbEU* 2014, *C* 200/01.
- Mededeling van de Commissie van 31 juli 2014, Richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan niet-financiële ondernemingen in moeilijkheden, *PbEU* 2014, *C* 249/1.
- Mededeling van de Commissie betreffende de thans bij terugvordering van staatssteun toe te passen rentepercentages en de referentie- en disconteringspercentages voor 28 lidstaten, zoals die vanaf 1 juli 2016 gelden, *PbEU* 2016, *C* 219/27.
- Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2016, *C* 262/1.

Overig

- Toetredingsakte 2003
  Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond, *PbEU* 2003 *L* 236/33.

- Verzoekschrift van de Europese Commissie, ingesteld op 29 augustus 2007, nr. C-401/07 (*Commissie/Nederland*).
- Europese Rekenkamer (Speciaal verslag 15/2011)
  Europese Rekenkamer, *Waarborgen de procedures van de Commissie een effectief beheer van de controle op staatssteun?*, Speciaal Verslag nr. 15/2011.
- Resolutie van het Europees Parlement van 17 januari 2012 over de modernisering van het staatssteunbeleid, 2012/2920 (RSP).
- Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures, *PbEU* 2012, *C* 338/1.
- Voorstel van de Europese Commissie van 5 december 2012 voor een verordening van de Raad tot wijziging van Verordening nr. 659/1999/EG van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, COM(2012) 725 def., p. 4.
- Scorebord Staatssteun 2012
  Verslag van de Commissie van 21 december 2012, Scorebord Staatssteun – Editie 2012, COM(2012) 778 def.
- Persbericht van de Europese Commissie van 29 april 2015 (IP/15/4889).
- Jaarverslag Hof van Justitie van de Europese Unie 2015
  Hof van Justitie van de Europese Unie, *Jaarverslag 2015. Gerechtelijke werkzaamheden*, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2016.
- DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings (3 juni 2016).

Overige documenten

- ICER-rapport 2002
  Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), *Werkgroep Trends in de rechtspraak, Terugvordering van staatssteun*, (rapport van 27 juli 2002, ICER 2002-03/30b rev).
- Jaarverslag Hoge Raad 2009-2010
  Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag over 2009-2010.*
- Brief van de NOB 2008
  De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, brief aan de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 22 mei 2008.
- Rapport 'Olagligt statsstöd' 2011
  Rapport 'Olagligt statsstöd. Betänkande av Statsstödsutredningen, Stockholm 2011, SOU 2011:69, beschikbaar via <http://www.regelradet.se/wp.content/files_mf/13328484642011_465_ce872586.pdf >.
- Schriftelijke opmerkingen van de Nederlandse regering van 24 september 2012 in de zaak C-284/12 (*Lufthansa*).

Trefwoordenregister

A

Aanbesteding | 37, 95, 113, 118, 191-2, 206, 208-210, 255, 268-271, 292, 306, 459, 476, 482, 491, 542-3, 565, 566

Aanmelding | **52-3**, 286, 421, 493
- Gevolgen van | 276, 345-6
- Om redenen van rechtszekerheid | 53, 347
- Pre-notificatie | 52
- Uitleg van | 373-4, 293
- Uitzonderingen | 51, **54-5**, 59-60, 86, 141, 226-7, 286, 290, 388, 495, 558, 586
- Vereenvoudigde procedure | 53
- Veroordeling tot | 111, 360, 482, 494-5

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur | 244, 245, 284-6, 291-2, 298-300, 372, 381-2, 417, 436, 440, 495, 540, 563, 576, 585
- Concurrentiepositie | 307-8, 381

Ambtshalve
- Toepassing door rechter | 15, 135-6, 168, 188, 235-6, 242-3, 245, **255-261**, 267, 418, 432, 483, 573, 574
- Onderzoek door Commissie | 58-9

Amicus curiae: zie vragen aan de Europese Commissie

Arbitrage | 204, 367-8

Autonomie van partijen | 15, 117, 234, 483, 563

B

Begunstigde
- Definitie | 25
- Vaststellen van | 64-5, 67, 90, 430, 481, 515, 569
- Rechten en plichten van | 53, 54, 70, 83, 163, 246, 415, 421, 425, 438, 453, 466, 513, 524, 559, 563
- Aansprakelijkheid van: zie schadevergoeding
- Kring van begunstigden | 95, 96, 98, 446
- Meerdere begunstigden | 468-471, 569

Belang
- Belangvereisten | 148, **150-6**, 307, 309, 526, 556, 559, 575
- Belanghebbende | 15, 53, 58, 60, 70, 83, 122, 125, 128, 132, 150-2, 162-3, 167, 169, 409, 516, 555, 558, 561
- Concurrentiebelang | 70, 83, 117-8, 122-3, 136, 148, 150-1, 160-1, 163, 166-9, 173-184, 191, 199-201, 206, 485, 510, 546, 554, 556, 558, 562, 566, 578
- Procesbelang | **155-6**, 166, 394, 180-184, 286, 445, 559
- Voldoende belang | **155-6**, 187, 191, 199-203, 206, 208-201, 414, 536, 566
- Relativiteit | **152-5**, 161, 170-2, 179-180, 184-5, 188-190, 192-4, 199, 558, 561-2, 566
- Belangenvereniging | 207
- Kring van belanghebbenden | 161, 177, 199-201, 205
- Belangenafweging | 416, 420, 453, 484-9, 567

Beschermingsbereik | 153-4, 160-3, 178, 188-9, 193, 206, 208, 259, 419, 480, 489-490, 562, 572, 574

Bestaande steun | **55-6**, 86-7, **332-6**, 364-5, 380-7, 453-4, 562-3

Bestemmingsplan: zie ruimtelijke ordening
Bestuurlijke lus | 292, 409, 411, 450, 557
Bewijs
· Bewijslast | 244-5, 286, 296-7, 564
· Bewijslastomkering | 238, 245, 250, 557
· Bewijslastverlichting | 238, 250, 565
· Vermoeden | 238, 245, 250, 270, 292, 305, 565
· Stelplicht | 80, 236-9, 263-7, 279-280, 282, 557, 564
· Verzwaarde stelplicht | 238, 250, 267-8, 274, 305, 349 , 564
Bewijsstandaard: zie toetsingsmaatstaf
Bezwaar: zie voorprocedure
Brieven (van de Commissie) | 66, 289, 349-352, 368, 393

C
Coherentie | 9-11, 49, 105, 309, 367, 531, 534
Concessies: zie aanbesteding
Concurrentiebelang: zie belang
Concurrentievervalsing | 43-5, 48, 231, 279, 428
Condemnatoire vordering: 414, 417, 479, 482
Conforme interpretatie: zie Unierechtconforme interpretatie
Consumentenrecht | 5, 13, 31, 257, 258, 422, 483
Conversie: zie nietigheid
Costanzo-verplichting | 64, 427, 560
Cumulatie | 45, 54, 48, 369-374

D
DAEB | 36-7, 45, 87, 204-5, 233, 269, 281, 286, 289, 290, 386, 452
· DAEB-besluit | 54, 141, 290, 375-8
De minimis | 44-5, 54, 65, 86, 117, 296, 415, 435, 439
Deskundigenonderzoek | 120, 204-5, 240, 358, 242, 281, 290, 296, 298, 476
Dienstige maatregelen: zie bestaande steun
Doeltreffendheid: zie Nationale procedurele autonomie
Dubbele bevoegdheidsgrondslag | 430, 432, 560
Dwingend bestemmingsverband: zie heffingen

E
Eerlijk proces: zie procedurele waarborgen
Effectiviteitsbeginsel: zie Nationale procedurele autonomie
Europese subsidies | 41, 427-8, 430
Evenredigheidsbeginsel | 439
Ex nunc / ex tunc | 382-3
Expertise | 22, 112, 133-4, 137, 226, 298-9, 306, 324, 338, 345, 353, 389, 546, 570

F
Faillissement | 67, 119, 471-3, 516
Finale geschilbeslechting | 244, 285, 288, 292, 408, 411, 437-8, 349-443, 556-7
Financiële uitvoerbaarheid: zie ruimtelijke ordening
Formele onderzoeksprocedure | **52-3**, 86, 276, 325,330, 356-360, 485, 518
Formele rechtskracht | 147, 151, 157, 167

G
Geheimhouding: zie informatie (toegang tot)
Gelijkheidsbeginsel | 168-9, 180, 190, 299, 439
Gelijkwaardigheidsbeginsel: zie Nationale procedurele autonomie
Gezag van gewijsde | 67, 80-1, 185, 300, 438
Goede procesorde | 148, 185, 372
Goedkeuring

· Besluit | 53, 128, 321-2, 331-2, 361-380, 394-5, 426, 453, 471, 558, 563, 572
· Essentiële elementen van | 364-6
· Onder voorwaarden | 53, 331, 362

H
Handelsverkeer: zie interstatelijk effect
Handhaving
· Publieke | 12-4, 16, 23-4, 221, 307, 309, 545-7, 582
· Private | 12-4, 23-4, 412, 416, 475, 478, 575, 576, 580-2, 584
· Verzoek | 539, 543
Heffingen | 41, 83, 95-6, 102, 120, 124, 128-130, 132-3, 160-1, 169-172, 184, 203, 227-8, 286, 406, 412, 447-8, 541, 555, 561
· Dwingend bestemmingsverband | 47-8, 50, 95, 124, 171-2, 447-8, 561
Hoorplicht: zie procedurele waarborgen

I
Informatie (toegang tot) | 134-5, 239-240, 245-6, 249-251, 260, 266, 280, 281-2, 292, 305-7, 493, 511, 526, 565, 571
Inbreukprocedure | 68-9, 434, 511, 538
Inlichtingen: zie vragen aan de Europese Commissie
Interstatelijk effect | 45-8, 231, 233, 284, 290, 307

K
Kennisparadox | 337-8, 389
Klacht | 58-9, 112, 137, 162-3, 182, 303, 318, 345-8, 392-3
Kwantificatie | 65-6, 84, 468, 481, 524

L
Leer van de dubbele bevoegdheidsgrondslag: zie dubbele bevoegdheidsgrondslag
Legaliteitsbeginsel | 425, 429-433, 560
Lijdelijkheid | 15, 234, 288, 341, 563
Loyaliteitsbeginsel | 63, 68, **72-4**, 82, 136, 164, 256, 323, 334-5, 376-7, 381-2, 431-2, 520, 547, 563

M
Mededingingsvervalsing: zie concurrentievervalsing
MEOP | 35-6, 358, 231, 264, 279
Misbruik
· Van steun | 58, 62
· Van recht | 156, 204, 461
Modernisering | 31-2, 49, 54-5, 57, 139, 141, 251, 309, 320-1, 387, 508-9, 582, 586

N
Nakoming (vordering tot) | 203, 278-9, 475, 565
Nationale procedurele autonomie | 4-6, 25, 63, 73, **75-81**, 158-160, 253, 406, 523, 533, 553, 573, 576, 580
· Gelijkwaardigheidsbeginsel | 77, 80-1, 126, 158, 208, 249, 255-6, 443, 451, 474, 493
· Effectiviteitsbeginsel | 9, 76-82, 159, 177-8, 190, 192, 202, 208, 249, 256-7, 268, 433, 443, 451, 474, 556, 560
· Effectieve rechtsbescherming | 72, 78, 81-2, 159, 200, 208, 257, 451, 478
· Bevoegdheid = verplichting | **77-8**, 256, 259
· Procedurele *rule of reason* | **79-80**, 164, 256, 275
Nietigheid | 92-4, 119, 201, 204, 259, 278, 414, **417-9**, 460, 470, 475, 477, 480, 486, 489, 513, 566, 568-9, 572
· Partiële nietigheid | 419, 420-2, 453-468, 479-480, 567, 569, 575
· Conversie | 419, 420-2, 466, 575
Nieuwe zaaksbehandeling | 15, 243, 245, 408

O
Onaantastbaarheid | 147, 181, 442, 543

Omvang van de steun: zie kwantificatie
Onderneming | 37, 232, 233, 289
Ongerechtvaardigde verrijking | 96, 417, 469-470, 471, 569
Ongeschreven recht | 297, 424-6, 429, 431, 491, 560
Onrechtmatige daad | 167, 413-4, 417, 419, 452, 473, 479
Ontbinding (vordering tot) | 416-7, 475, 482, 484, 513, 566
Onteigening | 120, 192-4, 207-8, 466, 569
Onverschuldigde betaling | 412, 417, 419, 460, 467, 513, 568
Openbaarheid: zie informatie (toegang tot)
Openbaredienstverplichting: zie DAEB
Opschortingsbevel | 60, 68

P
Partijautonomie: zie autonomie van partijen
Prejudiciële vragen | 70, 83, **103-4**, 119, 129, 153, 162, 170-1, 178, 193, 205, 208, 248, 253, 257, 258, 259, 260, 281, 292, 306, 329, 332, 336-7, 342, 368, 369, 378, 382, 387, 390-1, 395, 462, 489, 558, 579
Private marktinvesteerder: zie MEOP
Procedurele waarborgen | 10, 81, 194, 327, 337-8, 340-2, 391, 393, 494, 527
Procesbelang: zie belang
Publiek-private samenwerking | 115

R
Rechtsmachtverdeling | **114-7**, 147, 152, 156-7, 167, 192, 413, 433, 526, 533, 542-3, 571, 583-4
Rechtstreekse werking | 72, **74-5**, 83, 84, 160, 427, 495, 518, 519, 560
Rechtszekerheid | 53, 55, 63, 36, 382, 388, 418, 425, 480, 514, 522
Redelijkheid en billijkheid | 238, 245, 417, 420, 461, 466, 469
Relativiteit: zie belang
Rente: zie terugvordering
Ruimtelijke ordening | 115, 125-6, 153, 186-190, 194, 227-8, 285, 350, 352, 449-452, 453, 543, 561, 576
Ruling | 132-5

S
Schadevergoeding
· Van de overheid | 75, 83, 96-8, 102, 183, 201, 307, 406, 412-3, 438, 452-454, 471, 475, 541, 490-2, 556, 568
· Van de begunstigde | 98-9, 121, 492-4, 568
Selectiviteit | 37-9232, 233
Soft law | 37, 48-9, 51-2, 126-7, 130, 248, 268-9, 279, 319-320, 369, 370, 387, 435
· Als grondslag | 391, 393
· Mededeling definitie staatssteun | 35, 47, 48-9, 134, 248
Specialiteitsbeginsel | 185
Stelplicht: zie bewijs
Staatsmiddelen | 39-43, 232, 233, 286
Staatssteunautoriteit | 545-7
Staatssteunmodernisering: zie modernisering
Subjectivering | 15, 153, 175, 241
Subsidieverordening | 296-7

T
Taxatie | 264, 274, 312, 467-8
Termijnen
· Nationaal | 246, 256, 356, 510, 521-524
· Europees | 52
· Verjaring | 63, 67, 90
Terugvordering
· Besluit (Commissie) | **61-70**, 80, **82-4**, 86, 90, 118-9, 123, 331, 360, 406, 427, 432, 434, 460, 511, 518-9, 538-9, 560
· Bevel (Commissie) | 60, 68
· Grondslag | 67, 424-433, 460, 467, 474-5, 477-480, 510-521, 538-541, 556, 560, 569, 571, 575

· Gelasten van (rechter) | **89-94**, 183, 406, 410, 434, 440, 450,482-3, 518-9, 539-510
· Uit eigen beweging (overheid) | 124, 163-5, 301, 424-434, 443, 459-475, 519-521, 540-1, 544, 560
· Vordering tot | 307, 467, 480-1, 566
· Bij verenigbare steun | **100-3**, 406, 517
· Van rente | 66, **93-4**, 101-2, 123, 420, 431-4, 473-5, 510, 514, 517, 560, 568, 569
Toegang tot informatie: zie informatie
Toerekenbaarheid: zie staatsmiddelen
Toetsingsmaatstaf | 187, 251-3, 271, 306-7, 349, 421, 449-450,493-4, 511, 526-7, 541, 561
· In kort geding | 238, 254-5, 271-5, 282, 293-4, 352-4, 358, 486

U

Unierechtconforme interpretatie | 72, **73**, 75, 88, 251, 410, 421, 426, 431, 465, 469-470, 472, 473-4, 569

V

Verenigbaarheid | **50-2**, 87, 105, 436, 493, 562
· Besluit: zie goedkeuring
Vergewisplicht | 284-6, 290, 291-3, 306, 381, 556-7
· Ridderstee | 298-301, 520, 541, 561, 584-5
Verklaring voor recht | 156, 201-2, 343, 414-5, 417, 419, 475, 477-9, 566
Vertrouwensbeginsel | 63, 67, 82, **90-2**, 129, 180, 190, 300, 357, 395, 461
Voordeel | **34-5**, 231, 233, 268-271, 306, 470
Voorlopig oordeel (rechter) | 274, 344, 352
Voorlopige rechtsbescherming | 22, 83, **99**, 194-5, 210-1, 275, 276, 350-1, 353-4, 359-360, 409, 415-6, 452-454, 476, 486-9, 492, 511, 525, 557-8, 563, 565, 570
Voorkomen van steun | **94-5**, 406, 435-9, 475-7, 481-490, 525, 541
Voorprocedure | 113, 241, 356, 408, 450, 541, 555
Voorrang | **73-5**, 521
Voorwaardelijk besluit: zie goedkeuring
Vragen aan de Europese Commissie | 73, 87, **104-5**, 245, 286, 289, 292, 318, 328-9, **336-9**, 341, 351, 362, 368, 378, 387-375, 430, 442, 473, 527, 558, 565
· *Amicus curiae* | 105, 387, 391
Vrijstelling: zie aanmelding

W

Weigering | 297, 299-301, 435,437, 512, 520, 559, 560
Wet KEI | 15-7, 25, 236, 240
Wet markt en overheid | 545, 546
Wetsvoorstel terugvordering staatssteun
· Wts 2008 | 90, 94, 123, 402, 434, 474, 508-9, **511-534**
· Wts 2016 | 297, 300-1, 402, 426, 434, 508-9, 512, 518, 520, 524, 526, 535-6, 537, 538-541, 544-5, 586-7

Bijlagen

Bijlage I

Bestudeerde uitspraken per categorie

1 Staatssteunuitspraken van de burgerlijke rechter

1.1 Uitspraken waarin aan een concurrent een voordeel zou zijn toegekend

- Vzr. Rb Zeeland-West-Brabant 17 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4614 (*Royalton Hill*).
- Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:404 (*Metterwoon Holding*).
- Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:540 (*ShanksNederland*).
- Hof Den Haag 9 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4216 (*Snellaadpunten elektrische auto's*).
- Hof Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3702 (*Andes*).
- Vzr. Rb Limburg 26 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8299 (*Petronella*).
- Rb Zeeland-West-Brabant 27 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4421 (*Beelen Groep*).
- Rb Den Haag 8 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19337 (*Essent Energie Productie*).
- Rb Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5878 (*Stichting Energy Claim*).
- Vzr. Rb Den Haag 7 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5582 (*Metterwoon*).
- Hof 's-Hertogenbosch 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281 (*Shanks Nederland*).
- Rb Den Haag 31 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18370 (*Terschellingse veerdienstbedrijf EVT*)
- Vzr. Rb Den Haag 18 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15949 (*Stichting Wonen Wateringen*).
- Rb Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5591 (*MuzyQ*).
- Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675 (*Sita Nederland*).
- Vzr. Rb Den Haag 25 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9096 (*Snellaadpunten elektrische auto's*).
- Rb Midden Nederland 15 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA0341 (*DOF Development*).
- Rb Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986 (*Attero Zuid*).
- HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*).

- Rb Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY5837 (*Eigen Veerdienst Terschelling*).
- Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110 (*Shanks Nederland*).
- Rb Amsterdam 21 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9050 (*CBS Outdoor*).
- Rb Almelo 25 juli 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX3635 (*Ruilverkaveling Rijssen West*).
- Rb Assen 30 mei 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW7185 (*Apotheek X*).
- Rb Zutphen 22 mei 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW6294 (*Quarosand Zorgontwikkeling*).
- Vzr. Rb 's-Gravenhage 27 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW0018 (*Veolia Transport*).
- Rb Rotterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3091 (*Connexxion Openbaar Vervoer*).
- Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1367 (*Shanks*).
- HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900 (*AVR-Afvalverwerking*).
- Rb 's-Gravenhage 16 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6720 (*Parkeer Management Nederland*).
- Rb Arnhem 2 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3569 (*P1 Holding*).
- Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8434 (*Apotheek Amerongen-Elst*).
- Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR0389 (*SITA Recycling*).
- Hof Arnhem 26 april 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ3090 (*P1 Holding*).
- Rb Alkmaar 20 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2032 (*EWF*).
- Rb 's-Hertogenbosch 28 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9487 (*Shanks Nederland*).
- Vzr. Rb Utrecht 4 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP6990 (*Huidekoper*)
- Rb Alkmaar 26 november 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BO5112 (*EWF*).
- Rb Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4451 (*P1 Holding*).
- Rb 's-Gravenhage 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN4777 (*P1 Holding*).
- Vzr. Rb Maastricht 3 mei 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM3162 (*AZM*).
- Rb Leeuwarden 27 januari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL0852 (*Sita Nederland*).
- Hof 's-Gravenhage 18 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL7630 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*).
- Rb 's-Gravenhage 13 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK9316 (*Stichting Duurzaam Verpakkingsglas*).
- Vzr. Rb 's-Gravenhage 8 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BK8654 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg*).
- Hof 's-Gravenhage 15 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK6928 (*AVR*).
- Rb Alkmaar 3 december 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BL4512 (*Kringloopbedrijf Goedwerk Alkmaar*).
- Rb 's-Gravenhage 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK6917 (*Commissariaat voor de Media*).

- Rb 's-Gravenhage 25 augustus 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ5981 (*AVR-Afvalverwerking*).
- Vzr. Rb Dordrecht 12 mei 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI3617 (*Stichting Behoud Polders Graafstroom*).
- Vzr. Rb Arnhem 4 februari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH1923 (*Stichting Vilente*)
- Rb Middelburg 14 januari 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BH9867 (*Beursgebouw Vlissingen*).
- Vzr. Rb Rotterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH5000 (*Arriva*).
- Rb Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031 (*P1 Holding*).
- Rb 's-Gravenhage 24 september 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BF4232 (*De Raad Bouw*).
- Hof 's-Gravenhage 5 juni 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6256 (*Orange Nederland*).
- Rb 's-Gravenhage 12 oktober 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB5509 (*Taskforce Woningbouw*).
- Rb 's-Gravenhage 18 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB5302 (*E-functionaliteit*).
- HR 1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1825 (*Tankslag*).
- Hof Amsterdam 18 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6508 (*UPC Nederland*).
- Vzr. Rb Amsterdam 22 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX9229 (*UPC Nederland*).

1.2 Uitspraken over de handhaving van een terugvorderingsbesluit van de Commissie

- Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330 (*KG Holding*).
- Rb Rotterdam 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR6507 (*Kliq Re-integratie*).
- Rb Rotterdam 4 juli 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270 (*Fleuren Compost*).

1.3 Uitspraken waarin de overheid terugkomt op een verleend voordeel of weigert een voordeel toe te kennen

- Hof Amsterdam 4 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3167 (*De Pieterman Volendam*).
- Rb Noord-Nederland 1 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3300 (*Spaansen Holding*).
- Rb Overijssel 5 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6281 (*Gemeente Haaksbergen/Rotij*).
- Rb Gelderland 23 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5523 (*Regiotaxi Gelderland*).
- Rb Noord-Nederland 4 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2790 (*Accolade/Ludinga*).
- Rb Overijssel 12 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1474 (*Rabobank*).

- HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6012 (*Commerz 2*).
- HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex 2*).
- Hof Leeuwarden 15 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6167 (*Montagne II*).
- Rb Haarlem 2 mei 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY6465 (*Bedrijventerrein Distriport*).
- Hof 's-Gravenhage 20 december 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU9031 (*Electrabel Nederland*).
- Vzr. Rb Groningen 10 juni 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8211 (*Montagne II*).
- Hof 's-Gravenhage 2 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP6129 (*Commerz*).
- Hof 's-Gravenhage 29 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BQ3239 (*PKB Investments*).
- Rb Middelburg 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN9817 (*Zeeland Seaports*).
- HR 28 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4082 (*Residex 1*).
- Rb 's-Gravenhage 28 april 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM2864 (*Electrabel Nederland*).
- Rb Amsterdam 3 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH1338 (*Westergasfabriek*).
- Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6981 (*Residex*).
- Vzr. Rb Rotterdam 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB1401 (*Belangenvereniging ID Rotterdam*).
- Rb 's-Gravenhage 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB1424 (*NEA*).
- Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6904 (*Residex*).
- Rb Rotterdam 24 januari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ6902 (*Commerz*).
- Rb Middelburg 7 november 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:BA2471 (*Zeeland Seaports*).

1.4 Uitspraken over opgelegde heffingen waarmee steun wordt gefinancierd

- Hof Amsterdam 14 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2959 (*Dutch Flower Group*).
- HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3451 (*Maastricht Aachen Airport*).
- Hof 's-Gravenhage 17 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD7068 (*BARIN en MAA*).
- Rb 's-Gravenhage 19 maart 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC7128 (*BARIN*).

1.5 Uitspraken over onteigening

- HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4934 (*EWF*).
- HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6641 (*Besluit luchtkwaliteit*).
- HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9441 (*Onteigening*).

1.6 Geschillen tussen de vermeende steunontvanger en een andere private partij

- Rb Leeuwarden 8 juni 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BQ7838 (*Ludinga Vastgoed*).
- Rb 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN2363 (*Universal Music*).
- Rb Amsterdam 24 augustus 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ5889 (*Markthal Rotterdam*).
- Hof Amsterdam 29 juni 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1425 (*Baby Dan*).

1.7 Uitspraken waarin staatssteun indirect aan de orde komt

- Rb Rotterdam 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6319 (*Stichting Havensteder*).
- Hof Amsterdam 28 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3058 (*Pensioen ex-bestuurders ING*).
- HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661 (*Schadeloosstelling SNS Reaal*).
- Rb Gelderland 17 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8171 (*Vervoersovereenkomst*).
- Rb Noord-Nederland 10 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4951 (*Baggeren Oldehoofse kanaal*).
- Rb Noord-Holland 5 augustus 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:7225 (*AZ*).
- Hof Amsterdam 15 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1461 (*Pensioenindicatieregeling*).
- Rb Midden-Nederland 5 maart 2014, ECLI:NL:RBME:2014:866 (*Variabele beloning*).
- Rb Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14465 (*Topinkomens directeuren woningcorporaties*).
- Rb Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBDAH:2013:14466 (*Topinkomens directeuren woningcorporaties*).
- Rb Midden-Nederland 13 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3758 (*Volendammer Schoonmaakbedrijf Succes*).
- Hof Amsterdam 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966 (*Schadeloosstelling SNS Reaal*).
- Rb Amsterdam 9 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2922 (*Stichting Collectieve Actie Pensioengerechtigden ING Nederland*).
- Rb Amsterdam 22 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY0769 (*Belangenvereniging ING-Directiepensioenen*).
- Rb Rotterdam 13 juni 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW8951 (*SEQ International*).
- Rb Utrecht 21 maart 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1070 (*NS Groep*).
- Rb 's-Gravenhage 19 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR2483 (*Baker Tilly Berk*).
- Rb 's-Gravenhage 22 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ8751 (*Vereniging Vrije Theaterproducenten*).
- Hof 's-Gravenhage 3 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ7192 (*Ontslagvergoeding*).
- Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8660 (*Ontslagvergoeding*).

- Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8808 (*Ontslagvergoeding*).
- Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8830 (*Ontslagvergoeding*).
- Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN9767 (*Ontslagvergoeding*).
- Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:NO0027 (*Ontslagvergoeding*).
- Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO0843 (*Ontslagvergoeding*).
- Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8537 (*Ontslagvergoeding*).
- Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8425 (*Ontslagvergoeding*).
- Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8464 (*Ontslagvergoeding*).
- Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8468 (*Ontslagvergoeding*).
- Rb Alkmaar 19 oktober 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BK0570 (*Faillissement DSB Bank*).
- Rb Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ9942 (*Ontslagvergoeding*).
- Rb Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ9943 (*Ontslagvergoeding*).
- Rb Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ9950 (*Ontslagvergoeding*).
- Rb Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK0055 (*Ontslagvergoeding*).
- Rb Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK0199 (*Ontslagvergoeding*).
- Rb Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK0224 (*Ontslagvergoeding*).
- Rb Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK0260 (*Ontslagvergoeding*).
- Rb Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ9807 (*Beëindigingsvergoeding*).
- Rb Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK0053 (*Ontslagvergoeding*).
- Rb Amsterdam 7 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ9678 (*Bonus bestuurder ABN Amro*).
- HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3450 (*BARIN*).
- Rb Utrecht 25 april 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BA4263 (*P&A Beloningsmanagement*).
- Rb Middelburg 16 augustus 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AZ0572 (*Koninklijke Schelde Groep*).
- Rb Middelburg 16 augustus 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AZ0568 (*Koninklijke Schelde Groep*).

2.1 Uitspraken waarin aan een concurrent een voordeel zou zijn toegekend

- ABRvS 14 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3175 (*Herbestemming kasteel Klimmen*).
- CBb 19 augustus 2015, ECLI:NL:CBb:2015:294 (*Stichting Rivierduinen*).
- CBb 20 maart 2015, ECLI:NL:CBb:2015:93 (*Wrakingsverzoek Stichting Rivierduinen*).
- Rb Rotterdam 2 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7917 (*Frequentievergunningen*).
- ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:3394 (*NICIS*).
- ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1207 (*VVBV*).
- CBb 30 januari 2014, ECLI:NL:CBb:2014:31 (*Broadcast Newco Two*).
- ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378 (*Edufax*).
- Rb Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824 (*Veerverbinding Boven Hardinxveld*).
- ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265 (*SNS Reaal*).
- ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794 (*Vogelaarwijken*).
- ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (*Open Universiteit Nederland*).
- ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7375 (*Stichting Thuiszorg West-Brabant*).
- ABRvS 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8962 (*Adaptive and Mobile*).
- CBb 13 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6991 (*Thuiszorg Service Nederland*).
- CBb 6 juni 2012, ECLI:NL:CBb:2012:BW7946 (*Zondagopenstelling Albert Heijn*).
- ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847 (*NPO*).
- ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195 (*Stichting NOB*).
- CBb 4 maart 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BP7546 (*VEMW*).
- ABRvS 23 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP5454 (*Agis Zorgverzekeringen*).
- ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2816 (*FBTO Zorgverzekeringen*).
- Rb Amsterdam 24 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO8591 (*NPO*).
- ABRvS 13 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO0270 (*NPO*).
- CBb 20 juli 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BN5472 (*Regeling Retributies*).
- Rb 's-Hertogenbosch 9 juli 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN2990 (*Stichting NOB*).
- Vz ABRvS 21 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5609 (*Enecogen*)
- ABRvS 20 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1335 (*Enecal*).
- CBb 29 januari 2009, ECLI:NL:CBb:2009:BH3017 (*Slotervaart Ziekenhuis*).
- Rb Rotterdam 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1202 (*Tele2*).
- Vzr. CBb 12 december 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BG7753 (*Connexxion*).
- Vzr. CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BG1736 (*Openbaar Vervoer Zuidoost Fryslân 2008-2016*).
- Vzr. CBb 28 oktober 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BG1734 (*Bus Streek Overig*).
- Rb Rotterdam 7 oktober 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BM8038 (*Broadcast NewCo Two*).

- CBb 5 september 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BG7077 (*Dutch Wine Traders BV*).
- Rb Rotterdam 4 januari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC3244 (*Slam!FM*).
- CBb 19 oktober 2007, ECLI:NL:CBb:2007:BB6760 (*Radlon Media Limited*).
- ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9831 (*Zelfstandige loterij*).
- Rb Rotterdam 12 maart 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA5115 (*VCR*).
- Rb 's-Gravenhage 26 september 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:BB2397 (*Wet op de Kansspelen*).
- Rb Rotterdam 1 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6273 (*VCR*).
- CBb 3 maart 2006, ECLI:NL:CBb:2006:AV3464 (*VCR*).
- Rb Rotterdam 9 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AW2324 (*Radlon Media Limited*).

2.2 Uitspraken over de handhaving van een terugvorderingsbesluit van de Commissie

- ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416 (*BPM*).
- ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9415 (*BPM*).

2.3 Uitspraken waarin de overheid een begunstiging weigert of terugkomt op een eerdere begunstiging

- CBb 23 juli 2015, ECLI:NL:CBb:2015:266 (*Twence B.V.*).
- CBb 17 juli 2015, ECLI:NL:CBb:2015:248 (*Interconfessionele Stichting Gezondheidszorg Rivierenland*).
- CBb 17 juli 2015, ELCI:NL:CBb:2015:251 (*Stichting MCA Gemini Groep*).
- CBb 17 juli 2015, ECLI:NL:CBb:2015:252 (*Stichting Kennemer Gasthuis*).
- ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*).
- CBb 10 juli 2014, ECLI:NL:CBb:2014:277 (*Twence B.V.*).
- Rb Den Haag 28 mei 201, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726 (*SLG Zuid-Holland*).
- ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1986 (*QliQ*).
- CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBb:2014:30 (*Visserijbedrijf*).
- CBb 29 januari 2014, ECLI:NL:CBb:2014:29 (*Visserijbedrijf*).
- ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3691 (*Vereniging tot behoud van Natuurmonumenten in Nederland*).
- ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2913 (*Stichting Innovatieprojecten OIZ*).
- ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*).
- ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1076 (*Diversificaties suikersector*).
- CBb 10 februari 2012, ECLI:NL:CBb:2012:BV7299 (*Solanic*).
- Rb 's-Gravenhage 28 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT7119 (*Tijdelijke Verordening stimulering Voordelta*).
- CBb 16 februari 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BP6917 (*MEP subsidie*).
- ABRvS 25 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4923 (*X-Flow*).
- Rb Groningen 7 januari 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BK9423 (*Aanleg Stoomnetwerk Oosterhoorn*).
- Rb Arnhem 22 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ1171 (*E.ON*).
- CBb 8 juli 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BD8217 (*MEP-subsidie*).

- CBb 8 juli 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BD8212 (*MEP-subsidie*).
- CBb 24 juni 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BD6044 (*Denkavit Nederland*).
- CBb 17 januari 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BC3556 (*Connexxion*).
- ABRvS 19 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BC0537 (*Sint Servatius*).
- Rb Maastricht 19 juli 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB0521 (*Wyckerveste*).
- Rb Maastricht 19 mei 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006: AX3105 (*Sint Servatius*).

2.4 Uitspraken over opgelegde heffingen waarmee steun wordt gefinancierd

- Rb Noord-Holland 17 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4865 (*Bijdrageheffing saneringssteun*).
- CBb 15 februari 2012, ECLI:NL:CBb:2012:BV8841 (*Blankespoor*).
- ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing*).
- CBb 20 november 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BU7298 (*Dutch Wine Traders BV*).
- CBb 11 maart 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BP7722 (*Compaxo Vlees Zevenaar*).
- CBb 7 maart 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BP6893 (*Heffingen handel groeten en fruit*).
- Rb Utrecht 26 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO5098 (*Vogelaarheffing*).
- CBb 14 oktober 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BO2556 (*Compaxo Vlees Zevenaar*).
- CBb 14 oktober 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BO2557 (*Compaxo Vlees Zevenaar*).
- CBb 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BN4954 (*Bloemkwekerijheffing*).
- CBb 29 juni 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BM9616 (*Poton Overseas*).
- CBb 11 januari 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BK9744 (*Westland Bloemen Export*).
- CBb 14 januari 2009, ECLI:NL:CBb:2009:BH2632 (*Compaxo Vlees Zevenaar*).
- CBb 14 januari 2009, ECLI:NL:CBb:2009:BH0994 (*A te B*).
- CBb 26 november 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BG8046 (*Financierings- en fondsheffing HPA*).
- CBb 11 juli 2007, ECLI:NL:CBb:2007:BB0419 (*Eneco*).

2.5 Uitspraken in de sfeer van de ruimtelijke ordening

- ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2072 (*Bestemmingsplan Marum Centrum*).
- ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1585 (*Bestemmingsplan Thermen Berendonck*).
- ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1581 (*Bestemmingsplan Slobbengors*).
- Rb Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3285 (*Omgevingsvergunning bioscoopvoorziening*).
- ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1424 (*Bestemmingsplan Glasparel+*).
- ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1290 (*Uitwerkingsplan Dr. Nolenslaan*).
- Vz. ABRvS 10 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1156 (*Wijzigingsplan De Clinkckhoeff*).
- ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1089 (*Stichting Cello*).

- ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1085 (*Bestemmingsplan Westergasfabriek*).
- ABRvS 1 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1001 (*Kustversterking en jachthaven Cadzand-Bad*).
- ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:487 (*Bestemmingsplan Beekveld*).
- Rb Oost-Brabant 16 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:756 (*Energielaadpunten*).
- ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:315 (*Haren, Dilgt Hemmen Essen*).
- ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:165 (*Bestemmingsplan Overveerpolder*).
- ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:86 (*Omgevingsvergunning Haaksbergen*).
- ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:89 (*Omgevingsvergunning Haaksbergen*).
- ABRvS 7 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:5 (*Projectbesluit Grubbenvorst*).
- ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4428 (*Bestemmingsplan Centrumplan Wissenkerke*).
- ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4143 (*Bestemmingsplan Herbestemming Oude Pastorie*).
- ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3926 (*Bestemmingsplan Schinkelkwadrant-Zuid*).
- ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3806 (*Bestemmingsplan Scheveningen Haven*).
- Vz. ABRvS 19 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3539 (*Bestemmingsplan De Hulst II*).
- ABRvS 24 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3470 (*Glastuinbouwgebied Westland*).
- ABRvS 10 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3360 (*Bestemmingsplan Centrum Heesch*).
- ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3060 (*Bedrijventerrein Nieuw Reijerwaard*).
- ABRvS 13 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3006 (*Bestemmingsplan Stationsstraat*).
- ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2838 (*Bestemmingsplan Kempenbaan West 2013*).
- ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2566 (*SLS Wonen*).
- ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2478 (*Bestemmingsplan Hoofddorp Graan voor Visch Zuid*).
- ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1884 (*Recreatieve zone de Heihorsten*).
- ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1308 (*Bedrijfsverplaatsing Lodderlandsedijk*).
- ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1298 (*Bestemmingsplan W4*).
- ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:814 (*Bestemmingsplan Golfbaan Moerdijk*).
- ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:844 (*Bestemmingsplan Scheemda-Centrum*).
- ABRvS 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:749 (*Bestemmingsplan Hennekenshof*).

- ABRvS 28 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:809 (*Bestemmingsplan Heesch*).
- ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2666 (*Bestemmingsplan Centrum Vlijmen*).
- ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2470 (*Vrijstelling Bergen*).
- ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2329 (*Kraaijenbergse Plassen*).
- ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2026 (*Bestemmingsplan De Waterkanten*).
- ABRvS 9 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1426 (*Bestemmingsplan Centrum Heesch*).
- ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1260 (*Bestemmingsplan Centrum 's-Gravenzande*).
- ABRvS 4 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1002 (*Veendam Centrum, Kerkstraat-West*).
- ABRvS 4 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1047 (*Oude Westen*).
- ABRvS 31 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:575 (*Bestemmingsplan Herbestemmen Raambordelen Binnenstad*).
- ABRvS 31 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:565 (*Damplein/Sluiskant*).
- ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:212 (*Elst Centraal*).
- ABRvS 9 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:359 (*Huisdijk – Gerichtenweg*).
- ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3693 (*Nieuw Mariënpark*).
- ABRvS 30 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2000 (*Sigarenfabriek*).
- ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7510 (*Oude Enschedeseweg*).
- ABRvS 15 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4922 (*Nieuw Mariënpark*).
- ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1688 (*Eerdweg 4 te Beegden*).
- ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1247 (*Doorsteek Centrum*).
- ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0795 (*Bestemmingsplan Voltastraat 5*).
- ABRvS 16 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY8562 (*TT-Institute*).
- ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5093 (*Emmeloord – De Deel*).
- ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2519 (*Maankwartier*).
- Rb Maastricht 31 augustus 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX6378 (*Albert Heijn XL*).
- ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3254 (*Haaksbergen-dorp*).
- ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9575 (*De Kwinkelier Bilthoven*).
- ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9581 (*Buytenland van Rhoon*).
- ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7642 (*[locatie] te Beegden*).
- ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4561 (*Gasopslag Bergermeer*).
- ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3862 (*Warandepoort*).
- ABRvS 4 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0780 (*Distriport Noord-Holland*).
- Rb Arnhem 22 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW3304 (*Kulturbus*).
- ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8046 (*Bouwvergunning*).
- ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7269 (*EPA*).
- ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5119 (*Grubbenvorst*).
- ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5115 (*Waterdunen*).
- ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5092 (*Vliegveld Eelde*).
- ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3215 (*Windenergie*).
- ABRvS 18 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV1212 (*Molenstraat*).

- ABRvS 28 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BV0095 (*Woerdblokeiland te Naaldwijk*).
- ABRvS 28 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU9460 (*Hoge Dennen/ Kerckebosch*).
- ABRvS 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7059 (*Kom Heeze*).
- ABRvS 23 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5380 (*Stadionplein*).
- ABRvS 12 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT7368 (*Hofvijver 1 t/m 187*).
- Rb Roermond 16 september 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BT2450 (*Tankstation A67*).
- ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT2126 (*Warandepoort*).
- ABRvS 31 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR6316 (*Nieuwe Sloot*).
- ABRvS 16 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5644 (*Eindhoven Airport terminal en hotel*).
- ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4602 (*Regge en Dinkel*).
- ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1430 (*Landgoed Gulbergen*).
- ABRvS 29 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ9692 (*Perkpolder*).
- ABRvS 27 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ2679 (*Fortuna Stadion e.o.*).
- Rb 's-Hertogenbosch 22 april 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ2331 (*Bouwvergunning woontoren*).
- ABRvS 20 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ2620 (*De Vijzeltuin*).
- ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077 (*Centrum Haaren*).
- ABRvS 3 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7118 (*Molenstraat*).
- Rb 's-Hertogenbosch 24 februari 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP6059 (*Live your Loft*).
- ABRvS 1 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3648 (*Nieuwe Sloot*).
- ABRvS 12 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP0556 (*Zuiderzeestraatweg*).
- ABRvS 24 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO9172 (*De Zumpel-Kloosterstraat*).
- ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7312 (*Compressorstation Wijngaarden*).
- ABRvS 15 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO7313 (*Lobith Geerlingshofstraat 2008*).
- ABRvS 8 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO6602 (*Buitengebied 1997 Markelo*).
- ABRvS 1 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO5721 (*De Zwaaikom*).
- ABRvS 1 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO5731 (*Torenzicht*).
- ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3438 (*Centrumgebied Waalwijk*).
- ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3445 (*Dorpshart*).
- Rb Haarlem 5 november 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO3787 (*Floriadeterrein*).
- ABRvS 3 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO2687 (*Van Nispenlaan*).
- ABRvS 29 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN8584 (*Lange Goorstraat*).
- Rb Arnhem 28 september 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN8603 (*Bouwvergunning zwembad*).
- Rb Roermond 17 september 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BN7778 (*Bouwvergunning restaurant en shop*).

- ABRvS 15 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN7909 (*Hoge Dennen/ Kerckebosch*).
- ABRvS 21 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1873 (*Leens – Winkelcentrum Centrum-1*).
- ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1097 (*Centrumplan Kerkdriel*).
- ABRvS 7 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1062 (*Buitengebied 1997 Markelo*).
- ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8833 (*Meerstad-Midden*).
- ABRvS 10 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7739 (*Leens-Winkelcentrum Centrum-1*).
- ABRvS 3 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL6995 (*Van Nispenlaan*).
- Rb Zutphen 23 december 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK7504 (*Zorg-wooncentrum Den Bouw*).
- Vz. ABRvS 9 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK6702 (*Compressorstation Wijngaarden*).
- Rb Arnhem 8 december 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK6483 (*Zwembad en fitnessruimte*).
- ABRvS 21 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0846 (*Waalsdorperlaan Wassenaar*).
- ABRvS 23 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ8288 (*Boxtel*).
- ABRvS 12 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ5504 (*Uden*).
- ABRvS 5 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ4612 (*Militair luchtvaartterrein Eindhoven*).
- ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7245 (*Leens-Winkelcentrum*).
- ABRvS 3 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI0411 (*Wassenaar*).
- ABRvS 11 maart 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5498 (*Stappegoor*).
- ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8616 (*Leens-Winkelcentrum*).
- ABRvS 22 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG1152 (*Heerhugowaard*).
- ABRvS 11 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3598 (*Luchtvaartterrein Eelde*).
- Rb Breda 24 april 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD3313 (*Bioscoop Exploitatie Minerva*).
- ABRvS 16 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2320 (*Inbreiding Riethoven*).
- ABRvS 14 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB7794 (*Bedrijventerrein Westpoort Groningen*).
- ABRvS 7 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB7328 (*Olst-Centrum*).
- ABRvS 26 september 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB4338 (*De Zwaaikom*).
- ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9838 (*Wassenaarsche Bouw Stichting*).
- ABRvS 25 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4143 (*Inbreiding Riethoven*).
- Vz. ABRvS 9 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2258 (*Wassenaarsche Bouw Stichting*).
- ABRvS 27 september 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY8904 (*Veluwe*).
- ABRvS 6 september 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY7593 (*Vrijstaande woning*).
- ABRvS 9 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5874 (*Zorgcentrum Hintham*).
- ABRvS 26 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5061 (*Rijswijkseplein*).
- ABRvS 3 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW7343 (*Reconstructieplan Gelderse Vallei*).
- Vz. ABRvS 18 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW3964 (*Vrijstaande woning*).

- Vz ABRvS 6 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW1255 (*Rijswijkseplein*).
- Rb 's-Gravenhage 9 maart 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AY6231 (*Stichting Actiegroep Het vergeten Dorp*).

2.6 Uitspraken waarin staatssteun indirect aan de orde komt

- CBb 8 oktober 2015, ECLI:NL:CBb:2015:319 (*Radio 538*).
- CBb 8 oktober 2015, ECLI:NL:CBb:2015:318 (*Q-Music*).
- CBb 8 oktober 2015, ECLI:NL:CBb:2015:317 (*Sky Radio*).
- CBb 1 mei 2015, ECLI:NL:CBb:2015:176 (*Mestdroogsysteem*).
- CBb 13 mei 2015, ECLI:NL:CBb:2015:145 (*Subsidieregeling Pieken in de Delta 2007*).
- CBb 23 oktober 2014, ECLI:NL:CBb:2014:406 (*Biocandeo N.V.*).
- Rb Oost-Brabant 15 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1878 (*Verplaatsing intensieve veehouderijen*).
- CBb 29 augustus 2013, ECLI:NL:CBb:2013:230 (*Kaderwet EZ subsidies*).
- ABRvS 20 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4940 (*Urgentiebepaling Woningzoekenden Rijnmond*).
- CBb 14 november 2012, ECLI:NL:CBb:2012:BY3667 (*Regeling GLB-inkomenssteun 2006*).
- ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8934 (*EPS*).
- ABRvS 22 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV6579 (*CO2-reductie*).
- Hof 's-Gravenhage 29 september 2011, ECLI:NL:GH:SGR:2011:BU4672 (*ANBI*).
- CBb 15 april 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BQ1319 (*MEP-subsidie*).
- Rb Assen 21 maart 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU2048 (*Omwonenden Luchthaven Eelde*).
- CBb 29 september 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BO1045 (*Regeling GLB-inkomenssteun 2006*).
- CBb 23 juni 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BN0344 (*Twence BV*).
- CBb 1 juni 2010, ECLI:NL:CBb:2020:BM8418 (*Kaderwet EZ-subsidies*).
- ABRvS 11 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK2926 (*Tegemoetkoming oogstschade*).
- ABRvS 21 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0774 (*Tegemoetkoming oogstschade*).
- ABRvS 8 maart 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH6354 (*Oogstschade pootaardappelen klei*).
- CBb 3 december 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BG8036 (*Regeling GLB-inkomenssteun 2006*).
- ABRvS 12 november 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG4100 (*Glastuinbouw*).
- CBb 16 oktober 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BG1048 (*Regeling GLB-inkomenssteun*).
- Rb Almelo 3 september 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BE9871 (*dutCH4*).
- CBb 31 juli 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BF0915 (*A Beheer BV*).
- CBb 31 juli 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BF0853 (*Varkensbedrijf A BV*).
- CBb 17 juni 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BD6516 (*Greenpower Zuidvelde 2*).

- CBb 29 mei 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BD2834 (*Subsidieregeling opwekken duurzame elektriciteit in vergistingsinstallaties*).
- ABRvS 12 september 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB3426 (*BSE-tests*).
- CBb 14 december 2006, ECLI:NL:CBb:2006:AZ5838 (*DSM*).
- ABRvS 11 oktober 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY9919 (*Glasopstanden*).
- CBb 23 februari 2006, ECLI:NL:CBb:2006:AV3575 (*Omnivent Sp.z.o.o.*).

2.7 Overige uitspraken

- ABRvS 26 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2702 (*Dienst Wegverkeer*).
- Rb Amsterdam 30 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4769 (*GDF SUEZ*).
- ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2545 (*Stichting Behoud Damplein Leidschendam*).
- Rb Zwolle 8 september 2010, ECLI:NL:RBZWO:2010:BN6283 (*Vaststelling Natuurbeheerplan Overijssel*).
- Rb Rotterdam 26 augustus 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN5097 (*UMTS-Repeater*).
- Rb Zwolle 6 juli 2010, ECLI:NL:RBZWO:2010:BN0654 (*Natuurbeheerplan Overijssel*).
- ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8796 (*Berkhout is Bòós!*).
- CBb 7 mei 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BD1064 (*Nozema Services*).
- CBb 15 januari 2008, ECLI:NL:CBb:2008:BC1932 (*Nederlandse Mededingingsautoriteit*).
- Rb Roermond 29 november 2006, ECLI:NL:RBROE:2006:AZ3626 (*Stichting Streekarcheologie Peel*).
- Rb Rotterdam 19 december 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AV7339 (*Blovo*).
- ABRvS 23 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU6653 (*Openbaarmaking van documenten*).

3 Staatssteunuitspraken voor de belastingrechter

3.1 Uitspraken waarin de overheid een beroep doet op het staatssteunrecht

- HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7849 (*Precariobelasting*)
- Hof Arnhem 13 oktober 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK1124 (*Vennootschapsbelasting*).
- Hof Amsterdam 30 november 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:BV0177 (*CFM-regime*).

3.2 Beroepen tegen heffingen waarmee staatssteun zou worden gefinancierd

- Hof Den Haag 16 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3415 (*Kolenbelasting*).
- Rb Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8141 (*Kolenbelasting*).

- Rb Den Haag 1 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6282 (*Verhuurderheffing*).
- Rb Den Haag 12 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10589 (*Kolenbelasting*).
- Hof 's-Gravenhage 29 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX5770 (*Forensenbelasting*).
- Rb Arnhem 8 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV9934 (*Reclamebelasting Wageningen*).
- Rb 's-Gravenhage 7 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4069 (*Forensenbelasting*).
- Hof 's-Gravenhage 25 augustus 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BN5744 (*Reclamebelasting*).
- HR 16 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3119 (*Wet belastingen op milieugrondslag*).
- HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3116 (*Afhaaksubsidie*).
- HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU2110 (*Afhaaksubsidie*).
- HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3106 (*Afhaaksubsidie*).
- HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3098 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*).
- HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3093 (*Meststoffenwet*).
- HR 10 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AB2880 (*Pape*).

3.3 Uitspraken waarin staatssteun indirect aan de orde komt

- HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW8359 (*Monumentenwet*).
- HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8203 (*Tonnageregeling*).
- Rb Leeuwarden 14 juli 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BR3001 (*MKZ*).
- Hof Amsterdam 30 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR0295 (*Tonnageregeling*).
- HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO13701 (*Winst uit zeescheepvaart*).
- HR 15 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1976 (*Tonnageregeling*).
- Hof Amsterdam 14 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH4439 (*OESO-modelverdrag*).
- Hof Amsterdam 14 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH4444 (*OESO-modelverdrag*).

3.4 Staatssteunrecht bij het vaststellen van de feiten: overheid tegen begunstigde?

- Rb Breda 16 oktober 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY2238 (*WOZ-waarde*).

3.5 Zaken waarin het staatssteunrecht niet relevant is

- Rb Zeeland-West-Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:8962 (*Inkomstenbelasting*).
- Hof 's-Gravenhage 17 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3585 (*Dividendbelasting*).
- HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442 (*Inkomstenbelasting*).

- Hof 's-Gravenhage 20 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU4672 (*ANBI*).
- HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9830 (*Douanerechten*).
- HR 12 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BC6458 (*Wet op de accijns*).
- HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA8217 (*Vennootschapsbelasting*).
- HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AW2191 (*Communautair douanewetboek*).
- HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7742 (*Valutaverliezen*).

3.6 Staatssteunuitspraken gewezen na de bestudeerde periode (voor zover zij in het onderzoek zijn meegenomen)

- Rb Oost-Brabant 19 februari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:586 (*Kom Zuid Rosmalen*).
- Rb Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (*De Stolp*).
- Rb Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815 (*Spaansen Holding*).
- Rb Limburg 9 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10461 (*Stichting Laurentius en Petronella*).
- ABRvS 6 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:943 (*Blauwestadhoeve B.V.*).

Bijlage II

Instanties met wie interviews zijn gevoerd en experts

INSTANTIES

- Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
- College van Beroep voor het bedrijfsleven
- Europese Commissie, Juridische Dienst
- Europese Commissie, DG Mededinging
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, afdeling civiel recht
- Hoge Raad, parket
- Rechtbank Rotterdam, afdeling bestuursrecht

OVERIGE PERSONEN MET WIE INTERVIEWS ZIJN GEVOERD OF DIE HEBBEN DEELGENOMEN AAN EEN EXPERT MEETING

- Mr. drs. T.M.C. Arons – Universitair docent RU
- Mr. T. Boesman – (ten tijde van het interview) Advocaat bij Houthoff Buruma
- Mr. J.C. van Haersolte – EU law counsel bij Haersolte Legal
- Prof. mr. A.S. Hartkamp – Hoogleraar Europees privaatrecht RU
- Mr. G. van Heezik – Advocaat bij Houthoff Buruma
- Prof. mr. J. Hijma – Hoogleraar burgerlijk recht UL
- Mr. dr. A.D.L. Knook – (ten tijde van het interview) Advocaat CMS Derks Star Busman
- Mr. I.P.M. Ligteringen – Promovenda RU
- Mr. M.M.C. van de Moosdijk – Promovenda RU
- Prof. mr. T.R. Ottervanger – Hoogleraar Europees recht UL en advocaat bij Allen & Overy LLP
- Mr. dr. A.J.P. Schild – (ten tijde van het interview) Medewerker Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad
- Mr. R.J.M. van den Tweel – (ten tijde van het interview) Advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn
- Mr. F.J. de Vries – (ten tijde van het interview) Rechter bij de rechtbank Arnhem

Bijlage III

Wet terugvordering staatssteun (consultatieversie juni 2016)

Regels voor de terugvordering van staatssteun (Wet terugvordering staatssteun)

VOORSTEL VAN WET (3-6-2016)
Bron: <https://www.internetconsultatie.nl/wetterugvorderingstaatssteun>

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:
Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat er met het oog op de naleving van Europeesrechtelijke verplichtingen een voorziening beschikbaar dient te zijn waarmee effectief uitvoering kan worden gegeven aan een besluit van de Europese Commissie tot terugvordering van staatssteun, en het derhalve wenselijk is te voorzien in een algemene wettelijke grondslag en regels voor de terugvordering van staatssteun;
Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel 1

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:
begunstigde: onderneming in de zin van de artikelen 101, eerste lid, en 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, die staatssteun ontvangt als gevolg van een steunmaatregel als bedoeld in laatstgenoemd artikelonderdeel;
beschikking tot betaling: beschikking die verplicht tot betaling van een geldsom;
bestuursorgaan dat het aangaat:
a. bestuursorgaan dat de desbetreffende staatssteun heeft verstrekt;
b. bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor:
1°. de verstrekking van de desbetreffende staatssteun door de publiekrechtelijke rechtspersoon waarvan het deel uitmaakt, of
2°. het direct of indirect uitoefenen van overheidszeggenschap in de privaatrechtelijke rechtspersoon die de staatssteun heeft verstrekt of in de niet krachtens het publiekrecht ingestelde entiteit door middel waarvan de staatssteun is verstrekt, en er geen ander bestuursorgaan met een dergelijke verantwoordelijkheid is dat reeds uitvoering geeft of heeft gegeven aan het desbetreffende Commissiebesluit;
c. bestuursorgaan dat belast is met de uitvoering van de wet- of regelgeving die rechtstreeks tot de verstrekking van de desbetreffende staatssteun heeft geleid;

Commissiebesluit: terugvorderingsbesluit van de Europese Commissie in de zin van artikel 16, eerste lid, van de procedureverordening;
procedureverordening: verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU L 248).

Artikel 2

1. De terugvordering van staatssteun die ingevolge een Commissiebesluit moet worden teruggevorderd, geschiedt uitsluitend op grond en met inachtneming van het bepaalde in deze wet.
2. Indien ingevolge een Commissiebesluit staatssteun dient te worden teruggevorderd en die staatssteun voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onder a, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen of de Invorderingswet 1990, wordt die staatssteun, in afwijking van het eerste lid, op grond van de hoofdstukken IVbis van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en VIIbis van de Invorderingswet 1990, teruggevorderd en ingevorderd.

Artikel 3

1.Het bestuursorgaan dat het aangaat vordert de ingevolge een Commissiebesluit van een begunstigde terug te vorderen staatssteun terug door het geven van een tot die begunstigde gerichte beschikking tot betaling.
2. Voor zover het Commissiebesluit de hoogte van de rente die deel uitmaakt van de terug te vorderen staatssteun niet bepaalt, wordt de rente berekend overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens de artikelen 16, tweede lid, en 33, onderdeel e, van de procedureverordening.
3. In de beschikking tot betaling bepaalt het bestuursorgaan dat het aangaat dat nog openstaande betalingsverplichtingen jegens de desbetreffende begunstigde vervallen, indien naleving ervan zou leiden tot de verstrekking van gelijksoortige staatssteun als op grond van het Commissiebesluit moet worden teruggevorderd.

Artikel 4

Een begunstigde die de op de verstrekking van staatssteun betrekking hebbende of met die verstrekking samenhangende informatie niet gedurende de termijn, bedoeld in artikel 17, eerste en tweede lid, van de procedureverordening heeft bewaard, kan zich niet beroepen op krachtens Nederlands recht geldende verjarings-, bewaar- of vernietigingstermijnen, tenzij hij aannemelijk maakt dat hij niet wist of behoorde te weten begunstigde te zijn.

Artikel 5

1. De afdelingen 4.4.2, met uitzondering van artikel 4:97, en 4.4.3 van de Algemene wet bestuursrecht zijn niet van toepassing op een geldschuld vastgesteld bij een beschikking tot betaling als bedoeld in artikel 3, eerste lid.

2. Het bestuursorgaan dat het aangaat kan de door een begunstigde te betalen geldsom invorderen bij dwangbevel.
3. Een door het bestuursorgaan dat het aangaat geïnde geldsom komt toe aan de rechtspersoon die de desbetreffende staatssteun heeft verstrekt of waartoe het bestuursorgaan behoort dat de desbetreffende staatssteun heeft verstrekt.

Artikel 6

Het bestuursorgaan dat het besluit tot verstrekking van staatssteun heeft genomen dan wel het bestuursorgaan dat belast is met de uitvoering van de wet- of regelgeving die rechtstreeks tot de verstrekking van de desbetreffende staatssteun heeft geleid, kan in verband met de terugvordering van die staatssteun op grond van deze wet, ter nadere regeling van de rechtsverhouding met een begunstigde besluiten tot het ambtshalve wijzigen of intrekken van een aan een begunstigde gegeven beschikking dan wel tot het ambtshalve geven van een beschikking aan een begunstigde.

Artikel 7

1. Zolang er geen sprake is van een Commissiebesluit, is een bestuursorgaan gehouden een door hem gegeven beschikking te wijzigen, indien die beschikking in strijd met artikel 108, derde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is vastgesteld.
2. Bij de toepassing van het eerste lid is rente verschuldigd over het te vorderen bedrag die wordt berekend overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens de artikelen 16, tweede lid, en 33, onderdeel e, van de procedureverordening.
3. Artikel 4:57, eerste en tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht is van overeenkomstige toepassing en de afdelingen 4.4.2, met uitzondering van artikel 4:97, en 4.4.3 van de Algemene wet bestuursrecht zijn niet van toepassing.

Artikel 8

Indien voor de inwerkingtreding van artikel 2 al rechtshandelingen zijn verricht ter uitvoering van een Commissiebesluit, is op die terugvordering de verplichting van artikel 2, eerste lid, niet van toepassing.

Artikel 9

De Algemene wet bestuursrecht wordt gewijzigd als volgt:

A
Aan artikel 4:35 wordt een lid toegevoegd, luidende:
3. De subsidieverlening wordt voorts geweigerd indien de verstrekking van subsidie naar het oordeel van het bestuursorgaan niet verenigbaar is met het bepaalde in de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

B
In artikel 4:43, tweede lid, wordt '4:35, tweede lid' vervangen door: 4:35, tweede en derde lid.

C
In de alfabetische rangschikking van artikel 4 van bijlage 2 wordt ingevoegd:
Wet terugvordering staatssteun: artikel 3

Artikel 10

Na artikel 20 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen wordt een hoofdstuk ingevoegd, luidende:

Hoofdstuk IVbis. Terugvordering van staatssteun

Artikel 20a
1. Indien een terugvorderingsbesluit van de Europese Commissie als bedoeld in artikel 16, eerste lid, van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2015, L 248) verplicht tot terugvordering van staatssteun en die staatssteun voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet, vordert de inspecteur de staatssteun als belasting terug met toepassing van de voor de uitvoering van die belastingwet geldende regels.
2. Bij terugvordering op grond van het eerste lid zijn de ingevolge andere bepalingen van de belastingwet ter zake geldende verjaringstermijnen en voorwaarden niet van toepassing.
3. Artikel 4 van de Wet terugvordering staatssteun is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 20b
In afwijking van hoofdstuk VA wordt de rente ter zake van op grond van een terugvorderingsbesluit als bedoeld in artikel 20a, eerste lid, terug te vorderen staatssteun berekend overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens de artikelen 16, tweede lid, en 33, onderdeel e, van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2015, L 248).

Artikel 11

Na artikel 63a van de Invorderingswet 1990 wordt een hoofdstuk ingevoegd, luidende:

Hoofdstuk VIIbis. Terugvordering en invordering van teruggevorderde Staatssteun

Artikel 63aa
1. Indien een terugvorderingsbesluit van de Europese Commissie als bedoeld in artikel 16, eerste lid, van Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2015, L 248) verplicht tot terugvordering van staatssteun en die staatssteun voortvloeit uit de toepassing van deze wet, wordt die staatsteun voor de toepassing van deze wet aangemerkt als in te vorderen belasting.
2. Bij invordering op grond van het eerste lid:
a. zijn de ingevolge andere bepalingen van deze wet ter zake geldende verjaringstermijnen en voorwaarden niet van toepassing; en
b. zijn artikel 20b van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en artikel 4 van de Wet terugvordering staatssteun van overeenkomstige toepassing.

Artikel 63ab
1. Ten aanzien van de invordering van teruggevorderde staatssteun als bedoeld in artikel 20a van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en van staatssteun die ingevolge artikel 63aa is aangemerkt als in te vorderen belasting, zijn niet van toepassing:
a. de artikelen 25, 26 en 27;
b. de afdelingen 4.4.2 en 4.4.3 van de Algemene wet bestuursrecht, met uitzondering van artikel 4:97 van die wet.
2. Geen invorderingsrente wordt in rekening gebracht:
a. voor zover de belastingaanslag is opgelegd vanwege de terugvordering van staatssteun, bedoeld in artikel 20a van de Algemene wet inzake rijksbelastingen;
b. ter zake van staatssteun die ingevolge artikel 63aa is aangemerkt als in te vorderen belasting.

Artikel 12

Aan bijlage I, onder A, van de Gemeentewet, wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:
6. Wet terugvordering staatssteun.

Artikel 13

De artikelen van deze wet treden in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.

Artikel 14

Deze wet wordt aangehaald als: Wet terugvordering staatssteun.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister van Economische Zaken,

De Staatssecretaris van Financiën,

Curriculum vitae

Alke Metselaar is op 5 juli 1987 geboren in Amstelveen. In 2005 behaalde zij het bilingual International Baccalaureate diploma aan de Frankfurt International School (Duitsland). Tussen september 2005 en oktober 2010 rondde zij cum laude de bachelor (honours) en master European Law School af aan de rechtenfaculteit van Maastricht University. Sinds december 2010 is zij als promovenda (en sinds juni 2016 als universitair docent) werkzaam aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Tussen april 2012 en oktober 2015 is zij tevens werkzaam geweest als redactiesecretaris van het open-access tijdschrift *Netherlands Administrative Law Library* (*NALL*).

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2015 en 2016 verschenen:

MI-240 H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2015, ISBN 978 94 6290 031 8

MI-241 A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015, ISBN 978 90 1312 911 3

MI-242 F.G. Wilman, *The vigilance of individuals. How, when and why the EU legislates to facilitate the private enforcement of EU law before national courts,* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014

MI-243 C. Wang, *Essays on trends in income distribution and redistribution in affluent countries and China* (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2015, ISBN 978 94 6108 895 6

MI-244 J. Been, *Pensions, Retirement, and the Financial Position of the Elderly,* (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2014, ISBN 978 94 6108 942 7

MI-245 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis & H.A. ten Oever (red.), *De meerpartijenovereenkomst,* BWKJ nr. 29, Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 9013 13 106 2

MI-246 C. Vernooij, *Levenslang en de strafrechter. Een onderzoek naar de invloed van het Nederlandse gratiebeleid op de oplegging van de levenslange gevangenisstraf door de strafrechter* (Jongbloed scriptieprijs 2014), Den Haag: Jongbloed 2015, ISBN 979 70 9001 563 2

MI-247 N. Tezcan, *Legal constraints on EU member states as primary law makers. A Case Study of the Proposed Permanent Safeguard Clause on Free Movement of Persons in the EU Negotiating Framework for Turkey's Accession*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 828 8

MI-248 S. Thewissen, *Growing apart. The comparative political economy of income inequality and social policy development in affluent countries*, (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2015, ISBN 978 94 6233 031 3

MI-249 W.H. van Boom, *'Door meten tot weten'. Over rechtswetenschap als kruispunt,* (oratie Leiden), Den Haag: BJu 2015, ISBN 978 94 6290 132 2

MI-250 G.G.B. Boelens, *Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht* (diss. Leiden), 's-Hertogenbosch: BoxPress 2015, ISBN 978 94 6295 285 0

MI-251 S.C. Huis, *Islamic Courts and Women's Divorce Rights in Indonesia. The Cases of Cianjur and Bulukumba*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 865 3

MI-252 A.E.M. Leijten, *Core Rights and the Protection of Socio-Economic Interests by the European Court of Human Rights*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 864 6

MI-253 O.A. Haazen, *Between a Right and a Wrong. Ordinary Cases, Civil Procedure, and Democracy,* (oratie Leiden), Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, ISBN 978 90 8555 099 0

MI-254 A. Marrone, *The Governance of Complementary Global Regimes and the Pursuit of Human Security. The interaction between the United Nations and the International Criminal Court,* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015

MI-255 M. Dubelaar, R. van Leusden, J. ten Voorde & S. van Wingerden, *Alleen voor de vorm? Frequentie, organisatie en praktijk van pro-formazittingen,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, ISBN 978 94 6290 156 8

MI-256 Y. Li, *Inter-creditor Equity in Sovereign Debt Restructuring. Towards the Establishment of a Multilateral Legal Framework*, (diss. Leiden) Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, ISBN 978 90 8555 103 4

MI-257 M.A.K. Klaassen, *The right to family unification. Between migration control and human rights* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 945 2

MI-258 J.C.W. Gooren, *Een overheid op drift* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 973 5

MI-259 S. Tjandra, *Labour Law and Development in Indonesia* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016, ISBN 978 94 6203 981 0

MI-260 R.H.C. van Kleef, *Liability of football clubs for supporters' misconduct. A study into the interaction between disciplinary regulations of sports organisations and civil law* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing (BJu) 2016, ISBN 978 94 6236 670 1

MI-261 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden & H.A. ten Oever (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code. Continuously in Motion*, BWKJ nr. 30, Deventer: Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 725 5

MI-262 P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, ISBN 978 94 6290 235 0

MI-263 W. Wels, *Dead body management in armed conflict: paradoxes in trying to do justice to the dead*, (Jongbloed scriptieprijs 2015), Den Haag: Jongbloed 2015, ISBN 979 70 9003 825 9

MI-264 E.A. Fredericks, *Contractual Capacity in Private International Law,* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016

MI-265 J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands: legal principles versus practical reality,* Research Report, Den Haag: Eleven International Publishing (BJu) 2016, ISBN 978 94 6236 687 9

MI-266 B.E.E.M. Cooreman, *Addressing global environmental concerns through trade measures: Extraterritoriality under WTO law from a comparative perspective*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016

MI-267 J.E. van de Bunt, *Het rampenfonds*, (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 8219 685 6

MI-268 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht,* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 885 6

MI-269 D. van der Blom, *De verhouding van staat en religie in een veranderende Nederlandse samenleving,* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016, ISBN 978 94 6328 032 7

MI-270 J.M. Hartmann, *A blessing in disguise?! Discretion in the context of EU decision-making, national transportation and legitimacy regarding EU directives,* (diss. Leiden), Amsterdam University Press 2016.

MI-271 J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten,* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing (BJu) 2016

MI-272 J. Wang, *Trends in social assistance, minimum income benefits and income polarization in an international perspective*, (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2016, ISBN 978 94 6233 373 4

MI-273 A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie,* Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 988 4

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek