

Staatssteun als de doos van Pandora, de zaak *Harlingen / Spaansens*

mr. H.C.E.P.J. Janssen¹

Het leek zo mooi. De gemeente Harlingen (hierna: 'de Gemeente') kocht jaren geleden een stuk grond van Spaansens Holding B.V. (hierna: 'Spaansens'). De koopsom moest in twee termijnen worden betaald. De Gemeente weigerde echter de tweede termijn te betalen. Er zou sprake zijn van staatssteun. Bij de rechtbank Noord-Nederland (hierna: 'de Rechtbank') wist de Gemeente te bewerkstelligen dat zij de koopovereenkomst niet hoefde te melden bij de Europese Commissie. De koopovereenkomst werd wel partieel nietig verklaard: de Gemeente mocht de grond houden en hoefde het laatste deel van de koopprijs niet meer te betalen. Bovendien moest Spaansens nog een deel van de reeds ontvangen koopsom met rente terugbetalen.

Maar het kan verkeren. In twee arresten van 6 en 20 november 2018 komt gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (hierna: 'het Hof') tot een iets ander oordeel.² Ook in de visie van het Hof is er sprake van staatssteun. Maar nu wordt de hele koopovereenkomst nietig verklaard. Hiermee moet met name worden voorkomen dat de Gemeente profiteert van het schenden van de meldingsplicht. Vanwege de nietigheid is melding bij de Europese Commissie overigens niet meer aan de orde. Spaansens loopt nu niet alleen het tweede deel van de koopsom mis, zij moet het hele reeds ontvangen deel van de koopsom eveneens terug betalen. Zonder rente, want de rentevordering van de Gemeente wordt afgewezen. Waarschijnlijk zal Spaansens met de uitkomst niet ontevreden zijn. Zij blijkt immers nog steeds eigenaar te zijn van de grond. Maar juist dat plaatst de Gemeente in een lastig parket. Die heeft kennelijk een deel van de grond doorverkocht.³ Eventueel kan de Gemeente een nieuwe koopovereenkomst met Spaansens sluiten. Het Friesch Dagblad meent dat de Gemeente vanwege de gestegen grondprijs 'dan dieper in de buidel moet tasten dan in 2010'.⁴

We hebben te maken met een interessante kwestie die het bespreken meer dan waard is. Hierna worden eerst de casus en de arresten van het Hof beschreven. Daarna wordt ingegaan op de kwalificatie van de koopovereenkomst als een steunmaatregel, de nietigheid van de koopovereenkomst in combinatie met de meldingsplicht en de rentevordering. Het artikel wordt afgesloten met een conclusie.

1. De zaak *Harlingen / Spaansens*

1.1. De casus

De zaak draait om een stuk grond in Harlingen waar Spaansens een vloerenfabriek exploiteerde (hierna: 'het Spaansens-terrein'). Op onderstaande kaart is het Spaansens-terrein gearceerd weergegeven (zie afbeelding op de volgende pagina):

Medio 2003 moet Spaansens besloten hebben de vloerenfabriek te verplaatsen. Vanaf dat moment is Spaansens namelijk met de Gemeente en Kanaalweg B.V.⁵ gaan onderhandelen over de verkoop van het Spaansens-terrein. Partijen bereikten echter geen overeenstemming. De Gemeente en Kanaalweg B.V. waren niet bereid de vraagprijs van € 9.000.000 te betalen. Hun hoogste bod was € 7.000.000.

Eind februari 2008 liet Spaansens aan de Gemeente weten dat verplaatsing van de vloerenfabriek van de baan was. In plaats daarvan wilde zij zich gaan concentreren op het revitaliseren van het Spaansens-terrein. Dit was kennelijk voor de Gemeente aanleiding om onder andere na te gaan of zij het Spaansens-terrein zelf kon kopen. De staatssteunaspecten van de eventuele aankoop door de Gemeente, werden in opdracht van de provincie Fryslân onderzocht door DLG Grondzaken. In het eindadvies van 3 juni 2008 kwam DLG grondzaken tot de navolgende taxatie:

- onteigeningswaarde € 11.210.000;
- waarde in het economische verkeer € 6.138.000.

1. Eric Janssen is advocaat / Of Counsel bij DVAN advocaten.

2. Arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 6 november 2018 in de zaak 200.188.628/01, ECLI:NL:GHARL:2018:9636 en arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 20 november 2018 in de zaak 200.188.628/01, ECLI:GHARL:2018:10121.

3. Arrest Hof 20 november 2018, r.o. 2.4.

4. Zie: <https://frieschdagblad.nl/2018/11/7/spaansens-en-gemeente-zijn-terug-bij-af> [voor het laatst geraadpleegd op 30 april 2019]. Zie ook arrest Hof 20 novem-

ber 2018, r.o. 2.4.

5. Blijkens het arrest een joint venture tussen de woningbouwcorporatie Harlingen en Noppert Herenveen B.V.



Volgens DLG Grondzaken zou volledige schadeloosstelling op basis van de ontegeningswaarde geen staatssteun opleveren, mits er feitelijk sprake zou zijn van een voorzienbare onteigening. In de visie van DLG Grondzaken ontbrak die voorzienbaarheid evenwel.

Vervolgens traden Spaansen en de Gemeente opnieuw in onderhandeling. In juni 2009 kwamen partijen overeen dat de Gemeente het Spaansen-terrein zou kopen voor een bedrag van € 8.500.000,-. De koopsom zou in twee termijnen worden betaald:

- € 6.500.000 op het moment van levering, en
- € 2.000.000 na verplaatsing van de vloerenfabriek, doch in ieder geval uiterlijk 5 jaar na datum overdracht van het Spaansen-terrein.

In april 2010 verzocht Spaansen de Gemeente om het tweede deel van de koopsom te betalen. De Gemeente deelde Spaansen in september 2011 echter mee de gevorderde € 2.000.000 niet te zullen betalen. Uiteindelijk dagvaardde de Gemeente Spaansen in februari 2013 voor de Rechtbank. In de visie van de Gemeente had Spaansen als gevolg van de verkoop van het Spaansen-terrein immers voor een bedrag € 2.250.000 aan onrechtmatige staatssteun ontvangen. De Rechtbank werd daarom kort samengevat verzocht de mededingingssituatie van vóór de steunverlening te herstellen door Spaansen te veroordelen een bedrag van € 250.000 vermeerderd met rente aan de Gemeente terug te betalen en verder te bepalen dat de Gemeente het tweede deel van de koopsom niet meer verschuldigd was.

In een tussenvonnis van 1 juli 2015 oordeelde de Rechtbank dat Spaansen inderdaad onrechtma-

tige staatssteun had ontvangen.⁶ Voor die situatie had Spaansen in reconventie gevorderd dat de Gemeente veroordeeld zou worden de transactie bij de Europese Commissie te melden. De Rechtbank ging hier niet in mee.⁷

Vervolgens mochten partijen zich uitlaten over de vraag welke gevolgen het oordeel van de rechtbank had voor de transactie. De Gemeente bepleite partiële nietigheid, Spaansen integrale nietigheid. In een eindvonnis van 16 december 2015 vernietigde de Rechtbank uitsluitend het koopprijsbeding.⁸ De koopprijs werd door de Rechtbank vastgesteld op € 6.250.000, zodat de Gemeente het tweede deel van de oorspronkelijke koopprijs niet meer aan Spaansen hoefde te voldoen. Spaansen werd veroordeeld een bedrag van € 250.000 vermeerderd met rente aan de Gemeente terug te betalen.⁹ Tegen de toewijzing van de vorderingen van de Gemeente in conventie en de afwijzing van haar vorderingen in reconventie, ging Spaansen in hoger beroep bij het Hof.

6. Vonnis rechtbank Noord-Nederland 1 juli 2015, in zaak C-17-125121 - HA ZA 13-48 (E), ECLI:NL:RBNNE:2015:3300.

7. Vonnis Rechtbank 1 juli 2015, r.o. 6.10.

8. Vonnis van de rechtbank Noord-Nederland van 16 december 2015 in zaak C/17/125121 / HAZA 13-48, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815. Voor een annotatie zie: B. Nijhof in 'Partiële nietigheid van staatssteunbepalingen: een (gedeeltelijk) te begrijpen oplossing', BR 2016/30.

9. Vonnis Rechtbank 16 december 2015, r.o. 3.4

1.2. Inhoudelijk oordeel van het Hof

1.2.1. De kwalificatie als staatssteun

Het Hof toetst allereerst of de door partijen gesloten koopovereenkomst kwalificeert als een steunmaatregel in de zin van art. 107 lid 1 VWEU. In dit kader gaat het Hof met name na of Spaansen een (selectief) voordeel heeft ontvangen en of als gevolg van dit voordeel zowel de mededinging wordt vervalst als de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed. Ten aanzien van het (selectief) voordeel is het Hof het met partijen eens dat de taxatie van het Spaans-terrein door DLG Grondzaken niet toereikend is voor de vaststelling van de marktwaarde van het Spaansen-terrein op 23 juni 2009. In opdracht van de Gemeente had DTZ ZadelHoff v.o.f. (hierna: 'DTZ') in 2012 de onderhandse verkoopwaarde van het Spaansen-terrein per 23 juni 2009 getaxeerd op € 6.250.000. De bezwaren van Spaansen tegen deze taxatie, wijst het Hof van de hand. De enkele omstandigheid dat de taxatie is verricht drie jaren na de transactie, betekent volgens het Hof op zichzelf niet dat de taxatie onbetrouwbaar is. Dat DTZ bij de taxatie de methode van residuele waardeberekening heeft gehanteerd, was onder de gegeven omstandigheden toelaatbaar. Mede in het licht van het advies van DLG Grondzaken, acht het Hof op basis van het rapport van DTZ, het niet aannemelijk 'dat een particuliere partij in de gegeven omstandigheden onder dezelfde (contractuele) voorwaarden bereid zou zijn geweest een bedrag van € 8.500.000,- te betalen' voor het Spaansen-terrein.¹⁰

Onder verwijzing naar het besluit van de Commissie in de zaak *Nedalco*,¹¹ had Spaansen aangevoerd dat zij recht had op volledige schadevergoeding vanwege 'de door de Gemeente in 2008 voorgenomen onteigening van het Spaansen-terrein'.¹² Het Hof erkent dat volledige schadevergoeding in het kader van een onteigeningsprocedure geen selectief voordeel oplevert. Hiervoor hoeft de onteigeningsprocedure niet ingezet te zijn. Voldoende is dat de onteigening voorzienbaar was. Naar het oordeel van het Hof was daarvan echter geen sprake.

En dan de mededinging. Die wordt volgens het Hof vervalst op het moment dat de 'begunstigde van de steun rechtstreeks concurreert met andere ondernemingen op markten die voor concurrentie openstaat'.¹³ Hier is in de visie van het Hof aan voldaan. Spaansen is immers actief op de markt van prefab betonvloeren en wanden. Een markt die open staat voor concurrentie.

De handel tussen de lidstaten kan ook worden beïnvloed als de begunstigde ondernemingen zelf niet

aan dit handelsverkeer deelnemen. Doorslaggevend is of de binnenlandse activiteit in stand blijft of stijgt, 'met als gevolg dat de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om in die lidstaat op de markt te komen, afnemen'. Dit doet zich in het onderhavige geval voor. Daar komt bij dat de activiteiten van Spaansen naar het oordeel van het Hof 'geen zuiver lokaal karakter' hebben.¹⁴

Als een apart punt behandelt het Hof de vraag of, zoals door Spaansen was bepleit, er sprake is van de-minimissteun in de zin van Verordening 1998/2006.¹⁵ Onder verwijzing naar de taxatie van DTZ, rekent het Hof voor dat Spaansen een voordeel heeft ontvangen van ten minste € 1.676.000.¹⁶ Daarmee wordt het maximale in art. 2 lid 2 Verordening 1998/2006 genoemde drempelbedrag van € 200.000 ruimschoots overschreden.

Het Hof concludeert vervolgens dat de koopovereenkomst kwalificeert als steunmaatregel in de zin van art. 107 lid 3 VWEU, die op grond van art. 108 lid 3 VWEU bij de Europese Commissie had moeten worden gemeld.

1.2.2. Nietigheid

Nu melding achterwege is gebleven, oordeelt het Hof als nationale rechter gehouden te zijn 'de ten uitvoerlegging van de steunmaatregel te voorkomen, te beëindigen of ongedaan te maken'.¹⁷ Hoofddoel van de ongedaanmaking is dat de verstoring van de mededinging die voortkomt uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft, wordt opgeheven.¹⁸ In dit kader gaat het Hof na of partiële nietigheid in de gegeven omstandigheden het meest doeltreffende middel is om de mededingingssituatie van voor de koopovereenkomst te herstellen.

Het Hof kijkt allereerst naar de strekking van de door de Gemeente geschonden meldingsplicht, zijnde het 'verzekeren dat voorgenomen steunmaatregelen door de Commissie kunnen worden beoordeeld op hun verenigbaarheid met de interne markt'. Het is deze strekking die er in de visie van het Hof voor pleit dat de koopovereenkomst in zijn geheel wordt vernietigd. In geval van partiële nietigheid zou de Gemeente immers worden beloond voor het schenden van haar meldingsplicht. 'Daarmee wordt naar het oordeel van het Hof afbreuk gedaan aan het nuttige effect van artikel 108 lid 3 van het VWEU doordat hiermee de Gemeente een verminderde prikkel heeft de maatregel aan te melden bij de Commissie'.¹⁹

Anders dan de rechtbank, is het Hof verder van oordeel dat de koopprijs in onverbrekelijk verband

10. Arrest Hof 6 november 2018. r.o. 5.26.

11. Besluit van de Europese Commissie van 2 oktober 2013 in staatssteunzaak SA.32225 (2011/NN) – Vergoeding voor de onteigening van Nedalco in Bergen op Zoom.

12. Arrest Hof 6 november 2018. r.o. 5.27.

13. Arrest Hof 6 november 2018. r.o. 5.32.

14. Arrest Hof 6 november 2018. r.o. 5.36.

15. Verordening 1998/2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, *PbEU* 2006 L 379/5.

16. € 7.926.000 - € 6.250.000 = € 1.676.000.

17. Arrest Hof 6 november 2018. r.o. 5.7.

18. Arrest Hof 6 november 2018. r.o. 5.8.

19. Arrest Hof 6 november 2018. r.o. 5.43.

staat met de rest van de overeenkomst. Hier komt bij dat Spaansen nooit de intentie heeft gehad het Spaansen-terrein voor een bedrag van € 6.250.000 te verkopen. Om deze redenen ligt partiële nietigheid evenmin voor de hand.

Vanwege de integrale nietigheid bestaat er volgens het Hof geen noodzaak meer om de Gemeente te veroordelen de steunmaatregel bij de Commissie te melden.

1.2.3. Rente

Aangezien de koopovereenkomst integraal nietig wordt verklaard, moet Spaansen een bedrag van € 6.500.000 aan de Gemeente terug betalen. De Gemeente meende dat Spaansen ook rente aan haar verschuldigd was. In het arrest van 6 november 2018 had het Hof verzuimd over deze vordering te beslissen. Op verzoek van de Gemeente doet het Hof dat alsnog bij arrest van 20 november 2018.

De rentevordering had de Gemeente primair gebaseerd op art. 11 Verordening 794/2004.²⁰ Met Spaansen is het Hof van oordeel dat Verordening 794/2004 niet van toepassing is op de door de Gemeente ingestelde terugbetalingsvordering. Verordening 794/2004 is immers uitsluitend van toepassing op terugvorderingsbesluiten van de Europese Commissie. Een op Spaansen rustende verplichting om rente te vergoeden, is door de Gemeente onvoldoende gesteld. De rentevordering wordt bijgevolg afgewezen.

2. Bespreking

2.1. Voordeel

2.1.1. Marktwaaarde van het Spaansen-terrein

Teneinde na te gaan of Spaansen als gevolg van de verkoop van het Spaansen-terrein een voordeel heeft ontvangen, gaat het Hof na of het aannemelijk is dat een marktpartij in 2009 onder de zelfde omstandigheden ook € 8.000.000 zou hebben betaald. Het is met name de door DTZ in 2012 uitgevoerde taxatie op basis waarvan het Hof tot de conclusie komt dat marktpartijen in 2009 niet meer dan € 6.250.000 voor het Spaansen-terrein zouden hebben betaald. Gelet hierop is het begrijpelijk dat Spaansen heeft geprobeerd de DTZ taxatie te disqualificeren. De belangrijkste bezwaren waren de achteraf uitgevoerde waardering, alsmede het gebruik van de restwaardemethode.

Ten tijde van de verkoop van het Spaansen-terrein hanteerde de Europese Commissie de Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen

ten bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (hierna: 'de Mededeling').²¹ Op basis van de uitvoeringspraktijk van de Europese Commissie werd de Mededeling naar analogie toegepast op de aankoop van onroerende zaken.²²

De Mededeling hanteerde twee methoden die resulteerden in een marktconforme prijs:

1. de openbare onvoorwaardelijke biedprocedure, of
2. de taxatie door een onafhankelijk deskundige 'voor de verkooponderhandelingen'.

Indien geen van beide methoden was gebruikt, lijkt uit de bewoordingen van de Mededeling te volgen dat de transactie bij de Europese Commissie moest worden gemeld. In het algemeen werd aan de juistheid van een dergelijke interpretatie getwijfeld. Er geldt namelijk slechts een meldingsplicht indien een maatregel aan alle in art. 107 lid 3 VWEU genoemde criteria voldoet. Hierbij zijn er meerdere manieren om aan te tonen dat er geen bevoordeling heeft plaats gevonden. Ook de Europese Commissie onderkende dit. In het besluit in de zaak *Harlingen – Ludinga*, wees de Europese Commissie erop dat de twee door de Mededeling voorgeschreven methoden, 'moeten garanderen dat de prijs waarvoor grond door een openbare instantie wordt verkocht zo veel mogelijk de marktwaarde van deze grond weerspiegelt en aldus in overeenstemming is met het beginsel van de marktdeelnemer in een markteconomie, om te voorkomen dat de verkoop de koper van de grond een economisch voordeel oplevert'. Er kunnen echter ook andere waarderingsmethoden worden toegepast, 'zolang wordt gegarandeerd dat de daadwerkelijk door de koper betaalde prijs de marktwaarde van die grond zo nauwkeurig mogelijk benadert'.²³

In het geval geen onvoorwaardelijke biedprocedure was georganiseerd en er evenmin een voorafgaand taxatieverslag van een onafhankelijke deskundige voorhanden was, moest de marktwaarde van de

20. Verordening 794/2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van art. 93 EG-Verdrag, *PbEU* 2004 L 140/1.

21. Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, *PbEG* 1997, C 209/03. De Mededeling is inmiddels vervangen door Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun', *PbEU* 2016 C262/1. Laatste bedoelde mededeling wordt besproken door P.H.L.M. Kuypers & M. de Wit, in: 'Heeft u notie van staatssteun? De nieuwe Mededeling betreffende het begrip 'staatssteun'', *TBR* 2016/134 en N. Saanen, in: 'Staatssteun. Wat is dat?', *NTER* 2016, p. 311.

22. Zie besluit van de Europese Commissie van 14 december 2004 in staatssteunzaak C 56/2003 – *Aircraft Services Lemwerder*, randnrs. 19-20. In deze zin C.T. Dekker & Y van der Wal in 'Staatssteun in de decentrale praktijk', Deventer: Kluwer 2008, pag. 93, A.M. Groeneveld, B Hessel & I. Jozepa, in: *1001 vragen over staatssteun – De praktijk van decentrale overheden*, Den Haag: SDU Uitgevers 2008, p. 41 en 64 en A.M. Serra & J.H.I. van Dijk, in: 'Vastgoedtransacties door taxatie vooraf niet automatisch staatssteunproof', *Tijdschrift voor staatssteunrecht* 2014, p. 58.

23. Besluit Europese Commissie van 30 juni 2015 in staatssteunzaak SA.34676, *Harlingen – Ludinga*, randnr. 40.

grond volgens de Europese Commissie 'uit de andere beschikbare informatie worden afgeleid'.²⁴ Als zodanig accepteerde de Europese Commissie achteraf opgestelde taxaties.²⁵

Blijkens de Mededeling diende de marktwaarde worden vastgesteld 'op grond van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria'. Er werd dus geen specifieke waarderingsmethode voorgeschreven, mits de 'reële marktwaarde' maar werd vastgesteld.²⁶ Dat roept de vraag op of een op basis van de residuele waarderingsmethode²⁷ vastgestelde waarde, een dergelijke reële marktwaarde opleverde.

De kritiek van Spaansen op de residuele waarderingsmethode is mogelijk ingegeven door het besluit van de Europese Commissie in de zaak *Leidschendam Centrum*. In die zaak vond de Europese Commissie de residuele waarderingsmethode niet geschikt 'om de marktwaarde van de [...] verkochte grond te berekenen, aangezien de verwachte daling van de opbrengst van de huizenverkoop volledig door de prijs van de grond zou worden geabsorbeerd. Om de waarde van de grond te berekenen, gaat de restwaardemethode uit van de verkoopprijzen van de huizen. Van deze prijs worden de bouwkosten en een winst- en risicovoorziening afgetrokken. Wat overblijft, is de waarde van de grond. Het is duidelijk dat met de restwaardemethode in een dalende huizenmarkt zoals hier het geval is, de waardedaling van het onroerend goed volledig naar de grondwaarde wordt verschoven. In theorie kan dit zelfs een negatieve grondwaarde als resultaat hebben'.²⁸ In beroep is de beweerdelijke ongeschiktheid van de residuele waarderingsmethode geen punt van discussie geweest. Het besluit van de Europese Commissie werd door het Gerecht vernietigd, aangezien de Europese Commissie geen volledig onderzoek had uitgevoerd naar 'alle relevante aspecten van de litigieuze transactie en haar context, met inbegrip van de situatie van de begunstigde onderneming en de betrokken markt'.²⁹ Uiteindelijk werd de op de residue-

le waarderingsmethode gebaseerde taxatie door de Europese Commissie – in de gegeven omstandigheden – alsnog geaccepteerd.³⁰

Maar er is meer. Op de dag dat het Gerecht het arrest wees in de zaak *Leidschendam Centrum*, merkte de Europese Commissie in haar besluit in de zaak *Harlingen – Ludinga* de residuele waarderingsmethode aan als een 'in Nederland een algemeen gangbare taxatiemethode' en betrok de op deze methode gebaseerde taxaties in haar oordeel.³¹ Dit was overigens geen noviteit. In 2011 bijvoorbeeld hanteerde de Europese Commissie in de zaak *Kanaalzone Apeldoorn* een vergelijkbare benadering.³² Bijgevolg moet aangenomen worden dat de residuele waarderingsmethode in het kader van de Mededeling in beginsel een acceptabele manier was om de marktwaarde van grond vast te stellen.

2.1.2. Volledige schadeloosstelling in geval van onteigening

Indien de overheid activa onteigent, heeft de eigenaar recht op een volledige vergoeding voor alle schade, die hij rechtstreeks en noodzakelijk door het verlies van zijn zaak lijdt.³³ Deze zogenaamde 'volledige schadeloosstelling' kan onder omstandigheden ook een vergoeding omvatten voor inkomensschade of verplaatsingskosten.³⁴ Een op basis van de Onteigeningswet vastgestelde schadevergoeding vormt doorgaans geen staatssteun. De vergoeding is immers uitsluitend bedoeld als evenredige compensatie voor schade die de ontvanger ten gevolge van de onteigening heeft geleden. Bovendien is de vergoeding voor iedere onderneming in dezelfde omstandigheden en onder gelijke voorwaarden beschikbaar. Bijgevolg ontbeert de op basis van de Onteigeningswet vastgestelde schadevergoeding een selectief karakter.³⁵

Ook als de onteigeningsprocedure nog niet is ingezet, kan een op basis van de Onteigeningswet vastgestelde schadevergoeding nog steeds aan de toepasselijkheid van de staatssteunregels ontsnappen. Het Hof acht hiervoor van doorslaggevend belang

24. Besluit Europese Commissie van 16 april 2013 in staatssteunzaak SA.20112 – *Konsum Nord*, randnr. 41 en Besluit Europese Commissie van 30 juni 2015 in staatssteunzaak SA.34676, *Harlingen – Ludinga*, randnr. 41.

25. Besluit Europese Commissie van 17 juni 2008 in staatssteunzaak N 209/2008 – *Zwaaiikom*, randnrs. 33 en 38, besluit Europese Commissie van 8 februari 2012 in staatssteunzaak SA.28809 – *Hammar Nordic Plugg*, randnr. 42, Besluit Europese Commissie van 16 april 2013 in staatssteunzaak SA.20112 – *Konsum Nord*, randnrs. 49-50 en besluit Europese Commissie van 30 juni 2015 in staatssteunzaak SA.34676, *Harlingen – Ludinga*, randnr. 41.

26. HvJ 16 december 2010 (*Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co KG*) zaak C-239/09, ECLI:EU:C:2010:778, r.o. 39.

27. Ook wel restwaardemethode genoemd.

28. Besluit Europese Commissie van 23 januari 2013 in staatssteunzaak SA.24123 – *Leidschendam Centrum*, randnr. 72.

29. Gerecht 30 juni 2015 (*Leidschendam Voorburg*) gevoegde zaken T-186/13, T-190/13 en T-193/13, ECLI:EU:T:2015:447, r.o. 88 en 131.

30. Besluit Europese Commissie van 15 januari 2016 in staatssteunzaak SA.24123 – *Leidschendam Centrum*, randnrs. 83-84.

31. Besluit Europese Commissie van 30 juni 2015 in staatssteunzaak SA.34676 – *Harlingen – Ludinga*, randnrs. 45-46.

32. Besluit Europese Commissie van 5 oktober 2011 in staatssteunzaak SA.31877 – *Kanaalzone Apeldoorn*, randnrs. 15 en 27.

33. Art. 40 Onteigeningswet.

34. H.C.E.P.J. Janssen & J. Hagelaars in: 'Staatssteun en onteigening: wanneer is volledige schadeloosstelling toegestaan,' *Vastgoedrecht* 2016, p. 10.

35. HvJ 27 september 1988 (*Asteris*) zaak C-106/87, ECLI:EU:C:1988:457, r.o. 23, Gerecht 1 juli 2010 (*ThyssenKrupp*) zaak T-62/08, ECLI:EU:T:2010:268, r.o. 62, besluit Europese Commissie 16 juni 2004 in staatssteunzaak N 304/2003 – *Akzo Nobel*, randnr. 25 en besluit Europese Commissie van 2 oktober 2013 in staatssteunzaak SA.32225 – *Nedalco*, randnr. 29.

of de vergoeding 'in het kader van een voorzienbare onteigening' is toegekend.³⁶ In het arrest wordt dit niet verder uitgewerkt.

Het tegenovergestelde van de gedwongen eigendomsontneming in het kader van een onteigening, is het vrijwillig aanvaarden van een nadeel. De compensatie hiervoor levert doorgaans een selectief voordeel op en kan dus kwalificeren als staatssteun.³⁷ De gedwongen eigendomsontneming en de vrijwillige aanvaarding van een nadeel zijn de twee uitersten van een glijdende schaal. Bij een volledig doorlopen onteigeningsprocedure ligt er een rechterlijk vonnis. In dit vonnis heeft de rechter op basis van de Onteigeningswet de schadevergoeding bepaald die de overheid vanwege de onteigening moet betalen. Het vonnis maakt duidelijk dat er van een vrijwillig aanvaard nadeel geen sprake is. De rechter moest er immers aan te pas komen. In de praktijk wordt de onteigeningsprocedure echter lang niet altijd tot het eind doorlopen. Gedurende het proces moet de overheid namelijk meermaals serieuze pogingen ondernemen de te onteigenen grond minnelijk te verwerven. Als gevolg hiervan bereiken partijen geregeld in een vroegtijdig stadium overeenstemming.³⁸ De vraag is dus wat vanuit staatssteunoptiek de ondergrens is van de gedwongen eigendomsontneming. Gelet op het besluit van de Europese Commissie in de *Nedalco*-zaak, lijken er drie voorwaarden te zijn waar aan moet zijn voldaan:

- (i) het initiatief voor de verwerving van de grond ging uit van de overheid;
- (ii) op het moment dat minnelijke overeenstemming werd bereikt, had de overheid concrete plannen voor een bestemmingswijziging van de grond, en
- (iii) de overheid had daadwerkelijk de bedoeling om gebruik te maken van de bevoegdheden uit hoofde van de Onteigeningswet.³⁹

Als vervolgens gekeken wordt naar de onderhavige zaak, kan worden vastgesteld dat het initiatief van de Gemeente uitging. Desondanks had de Gemeente volgens het Hof geen concrete plannen voor herbestemming van het Spaansen-terrein. Echter, in art. 5 lid 6 van de koopovereenkomst wordt vermeld dat de Gemeente het voornemen had 'het gekochte – na sloop en eventuele sanering – te gebruiken als bouwgrond voor woningbouw zulks in het kader van

het/de in ontwikkeling zijnde/komende bestemmingsplan(nen) ter plaatse'.⁴⁰ Bovendien had de Gemeente in de dagvaarding gesteld het Spaansen-terrein nodig te hebben 'in verband met afspraken die zij met de Provincie en Rijkswaterstaat omtrent de ontwikkeling van de N31 heeft gemaakt en dat zij die afspraken niet kan nakomen indien zij niet langer de beschikking over de gronden heeft'.⁴¹ Toen partijen minnelijke overeenstemming bereikten, had de Gemeente dus wel degelijk plannen met het Spaansen-terrein. Dat de N31 inmiddels is vernieuwd en verbreed zonder gebruik te maken van het Spaansen-terrein, doet hier niet aan af. Relevant is het moment waarop de minnelijke overeenstemming werd bereikt.⁴² Of de Gemeente daadwerkelijk het voornemen had gebruik te maken van de bevoegdheden uit hoofde van de Onteigeningswet, laat het Hof in het midden. Gelet op de vonnissen van de rechtbank en de arresten van het Hof, lijken partijen tijdens de onderhandelingen niet over een mogelijke onteigening te hebben gesproken. Evenmin wordt er in de koopovereenkomst naar verwezen. Desalniettemin is het onwaarschijnlijk dat onteigening uit beeld was. De Gemeente wist op basis van de door DLG Grondzaken opgestelde taxatie wat volledige schadevergoeding haar zou gaan kosten indien de onteigeningsprocedure tot het eind zou worden doorlopen. Aangezien Spaansen te kennen had gegeven het Spaansen-terrein te willen revitaliseren, moest de Gemeente mogelijk zelfs met een hoger prijskaartje rekening houden.

2.2. Nietigheid en melding

2.2.1. Oordeel Hof

Vanwege de nietigverklaring van de koopovereenkomst, wordt de Gemeente niet veroordeeld de maatregel alsnog te melden. De nietigverklaring lijkt voornamelijk ingegeven om te voorkomen dat de Gemeente profiteert van het schenden van de meldplicht. Het Hof baseert zich daarbij op de strekking van meldplicht, namelijk het 'verzekeren dat voorgenomen steunmaatregelen door de Commissie kunnen worden beoordeeld op hun verenigbaarheid met de interne markt'.⁴³ Het is met name deze aangehaalde strekking die het arrest opmerkelijk maakt.

2.2.2. Taak nationale rechter

Volgens het Hof is de nationale rechter die een schending van art. 108 lid 3 VWEU vaststelt, 'verplicht die schending met toepassing van zijn nationale

36. Arrest hof Arnhem-Leeuwarden 6 november 2018, r.o. 5.27.

37. Besluit Europese Commissie van 11 juni 2003 in staatssteunzaak N 136/2003 – *Salmon net licences buy-out scheme*, pag. 2 en besluit Europese Commissie van 6 november 2013 in staatssteunzaak SA.35807 – *Model-subsidieverordening natuur- en landschapsbeheer*, randnr. 16 en 30.

38. H.C.E.P.J. Janssen en J. Hagelaars in 'Staatssteun en onteigening: wanneer is volledige schadeloosstelling toegestaan', in *Vastgoedrecht* 2016, pag. 11.

39. H.C.E.P.J. Janssen en J. Hagelaars in 'Staatssteun en onteigening: wanneer is volledige schadeloosstelling toegestaan', in *Vastgoedrecht* 2016, pag. 13.

40. Vonnis rechtbank Noord-Nederland 1 juli 2015 r.o. 2.13.

41. Vonnis rechtbank Noord-Nederland 16 december 2015 r.o. 2.7.

42. Besluit Europese Commissie van 2 oktober 2013 in staatssteunzaak SA.32225 – *Nedalco*, randnr. 39.

43. Arrest Hof 6 november 2018. r.o. 5.43.

recht ongedaan te maken. In het licht van deze vergaande verplichting van de nationale rechter komt naar het oordeel van het Hof geen betekenis toe aan de omstandigheid dat de Gemeente zelf artikel 108 lid 3 VWEU heeft geschonden door de koopovereenkomst niet bij de Commissie aan te (laten) melden.⁴⁴

In het Klausner Holz-arrest, waar het Hof ook naar verwijst,⁴⁵ heeft het Hof van Justitie uiteengezet dat de toepassing van de toezichtregeling voor staatssteun een taak is 'van de Commissie én van de nationale rechterlijke instanties, waarbij zij aanvullende en onderscheiden taken vervullen. Terwijl de beoordeling van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de interne markt onder de exclusieve bevoegdheid van de Commissie valt, die daarbij onder toezicht staat van de rechters van de Unie, zien de nationale rechterlijke instanties – totdat de Commissie haar eindbeslissing heeft vastgesteld – toe 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'.⁴⁶ Gelet hierop bestaat de taak van de nationale rechter 'er dan ook in maatregelen op 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 beslissing van de Commissie [...]. Daartoe kunnen de nationale rechterlijke instanties, wanneer zij vaststellen dat de betrokken maatregel staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU vormt die in strijd met artikel 108, lid 3, derde zin, VWEU ten uitvoer werd gelegd, hetzij besluiten om de uitvoering van de betrokken maatregel op te schorten en de terugvordering van de reeds verrichte betalingen te gelasten, hetzij besluiten om voorlopige maatregelen te gelasten teneinde enerzijds de belangen van de betrokken partijen te beschermen en anderzijds het nuttige effect van de latere beslissing van de Commissie te behouden'.⁴⁷

Anders dan het Hof impliceert, rust er op de nationale rechter dus geen verplichting om onder alle omstandigheden een niet-gemelde steunmaatregel definitief ongedaan te maken. De nationale rechter kan ook voorlopige maatregelen gelasten. Hierbij moet tevens bedacht worden dat de bij een niet-aangemelde steunmaatregel 'betrokken partijen' evenzeer zijn aan te merken als 'justitiabelen' wier rechten beschermd moeten worden.⁴⁸ Daar komt bij dat het de Gemeente was die de meldplicht schond, niet Spaansen. Bovendien kan de Europese Commissie de maatregel na melding alsnog verenigbaar met

de interne markt verklaren.⁴⁹ In die situatie bestaat er sowieso geen noodzaak meer de steunmaatregel definitief ongedaan te maken.⁵⁰

Dat het Hof anders had kunnen oordelen, kan worden opgemaakt uit een uitspraak van 29 december 2017 van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: 'het College').⁵¹ Deze zaak had betrekking op subsidie voor de instandhouding van 'gescheperde schaapskuddes met zeldzame rassen'. Aanvankelijk kende de staatssecretaris van Economische Zaken (hierna: 'de staatssecretaris') drie schaphouders elk een subsidie toe van maximaal € 11.397,56. De subsidie werd verleend onder de uitdrukkelijk voorwaarde van goedkeuring door de Europese Commissie.⁵² Enige tijd later kregen de schaphouders van de staatssecretaris te horen dat de Europese Commissie de regeling waar de subsidie op was gebaseerd niet had goedgekeurd. Daarom besloot de staatssecretaris de subsidie voor elk van de schaphouders te verlagen tot € 7.500,- over een periode van drie jaar.⁵³

In de procedure bij het College bleek dat een formele melding in de zin van art. 108 lid 3 VWEU achterwege was gebleven. De staatssecretaris had slechts een 'voorafgaande kennisgeving' gedaan. Dat verklaarde waarom een besluit van de Europese Commissie ontbrak.

Aangezien de staatssecretaris de subsidie had verleend onder de opschortende voorwaarde van goedkeuring door de Europese Commissie, brengt het zorgvuldigheidbeginsel volgens het College mee dat de staatssecretaris subsidieregeling alsnog aanmeldt, 'opdat de Commissie de aangemelde Regeling kan onderzoeken en een besluit kan nemen over de verenigbaarheid van de Regeling met de interne markt'. Aan de hand van een dergelijk besluit zou de staatssecretaris vervolgens moeten beoordelen of de opschortende voorwaarde is vervuld.⁵⁴ Het College kan immers niet beoordelen of de aangevraag-

44. Arrest Hof 6 november 2018, r.o. 5.7.

45. Arrest Hof 6 november 2018, r.o. 5.7.

46. HvJ 11 november 2015 (Klausner Holz) zaak C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, r.o. 20-21.

47. HvJ 11 november 2015 (Klausner Holz) zaak C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, r.o. 25-26.

48. In deze zin: M. Bernat in 'Practitioner's (Biased) Diary on What Beneficiaries Complain About (Mainly in Conference Rooms)', *StAL* 2016, pag. 201 en J.L. Buendia Sierra en M.A. Bolsa Ferruz in 'State Aid Assessment: What National Court Can Do and What They Must Do', *StAL* 2017, pag. 415.

49. Zie bijvoorbeeld: besluit Europese Commissie van 14 april 2012 in staatssteunzaak SA.34253 – *Knoops Lotrum*, randnr. 16 en besluit Europese Commissie van 29 mei 2017 in staatssteunzaak SA.43145 – *Jugendherberge Berlin Ostkreuz*, nr. 75.

50. HvJ 12 februari 2008 (CELF-I) zaak C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79, r.o. 55.

51. Uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 29 december 2017 in de gevoegde zaken 14/358, 14/359 en 14/360, ECLI:NL:CBB:2017:412.

52. De voorwaarde staat in de toelichting bij de Regeling van de Staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 18 juli 2012, nr. 282709, houdende wijziging van de Regeling LNV-subsidies, *Staatscourant* 2012 nr. 15514, pag. 4.

53. Dit was het destijds het maximale bedrag dat als de-minimis steun in de landbouw kon worden uitgekeerd. Zie art. 3 lid 2 Verordening 1535/2007, *PbEU* 2007 L 337/35. Anderhalve maand na het besluit van de staatssecretaris, werd het maximale bedrag aan de-minimis steun in de landbouw verhoogd naar € 15.000. Zie art. 3 lid 2 Verordening 1408/2013, *PbEU* 2013 L 352/9. Hierbij moet worden opgemerkt dat laatstbedoelde verordening, gelet op art. 7, terugwerkende kracht heeft.

54. Uitspraak College 29 december 2017, r.o. 9.2.

de subsidies geen staatssteun vormen in de zin van art. 107 lid 1 VWEU.⁵⁵

Maar daar was de kous niet mee af. Volgens het College was de handelwijze van de staatssecretaris ook in strijd met het fair play-beginsel. Door feitelijk onjuist te beweren dat de subsidieregeling was gemeld had hij *'geen open kaart gespeeld'*. Bij gebreke van een formele melding, hadden de schapenhouders bovendien geen eerlijke kans gehad op vervulling van de opschortende voorwaarde.⁵⁶ Het fair play-beginsel verplicht dus eveneens tot melding.

Het College lijkt zwaar te tillen aan de door de regelgever voorgeschreven opschortende voorwaarde van goedkeuring door de Europese Commissie. De vraag is of die voorwaarde relevant is voor de meldplicht.

Art. 108 lid 3 VWEU voorziet in een *'preventieve controle op voorgenomen nieuwe steunmaatregelen'*. Deze *'regeling is bedoeld om ervoor te zorgen dat enkel verenigbare steunmaatregelen tot uitvoering worden gebracht. Teneinde deze doelstelling te bereiken, wordt de uitvoering van een voorgenomen steunmaatregel opgeschort totdat de twijfel omtrent de verenigbaarheid ervan is weggenomen door de eindbeslissing van de Commissie'*.⁵⁷ Een lidstaat is dus *'verplicht'* elke nieuwe steunmaatregel te melden alvorens deze uit te voeren.⁵⁸ Deze Europeesrechtelijke verplichting geldt ongeacht een eventuele nationale wettelijke verplichting of contractuele voorwaarde dat de Europese Commissie de steunmaatregel goedkeurt. Zonder voorafgaande goedkeuring van de Europese Commissie mag een nieuwe steunmaatregel simpelweg *'nooit tot uitvoering [...] worden gebracht'*.⁵⁹ Op het moment dat de overheid besluit tot een nieuwe maatregel die kwalificeert als staatssteun en die niet van een groepsvrijstelling kan profiteren, brengt art. 108 lid 3 VWEU dus mee dat eerst de goedkeuring van de Europese Commissie wordt gezocht. Door een dergelijk besluit te nemen, neemt de overheid impliciet de verplichting op zich de maatregel te melden. Het besluit is immers genomen om te worden uitgevoerd en dat kan niet zonder melding. Of de overheid bij de besluitvorming de staatssteunregels wel of niet op het netvlies had, lijkt mij irrelevant. Het nemen van het besluit volstaat.

De zaak van de subsidie voor *'gescheperde schaapskuddes met zeldzame rassen'* was een bestuursrechtelijke casus. Van belang is dat de staatssecretaris de subsidieregeling op grond van art. 108 lid 3 VWEU had moeten melden. Een rechtstreeks werkende bepaling van Europees recht.⁶⁰ Dus zelfs los van de

'gegeven omstandigheden',⁶¹ noodzaakte het zorgvuldigheidsbeginsel⁶² mijns inziens tot melding van de subsidieregeling. In de zaak *Harlingen - Spaansen* hebben we echter te maken met een privaatrechtelijke koopovereenkomst. Het tot stand komen van een dergelijke overeenkomst vereist wilsovereenstemming. Dit betekent dat de overheid die met een onderneming een overeenkomst heeft gesloten die overeenkomst wilde aangaan onder de in de overeenkomst genoemde voorwaarden. Indien de overeenkomst de onderneming begunstigt, heeft de overheid dat dus – minst genomen impliciet – ook gewild.

Uit de vonnissen van de Rechtbank, noch de arresten van het Hof kan worden opgemaakt dat de Gemeente een beroep gedaan heeft op een wilsgebrek. Op het moment dat de Gemeente met Spaansen overeenstemming bereikte, moet zij mitsdien bereid zijn geweest het Spaansen-terrein tegen het overeengekomen bedrag te kopen. Voor zover de Gemeente niet reeds op grond van art. 6:248 BW verplicht was de koopovereenkomst te melden, volgt deze verplichting evenzeer uit art. 3:14 BW.⁶³ Dit artikel bepaalt immers dat privaatrechtelijk overheidshandelen evenmin in strijd mag zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Getit hierop was de Gemeente in ieder geval op grond van het zorgvuldigheidbeginsel verplicht de koopovereenkomst te melden.⁶⁴

Dit brengt mij bij het fair play-beginsel. Door te weigeren de koopovereenkomst alsnog te melden, heeft de Gemeente, net als in de zaak met betrekking tot de subsidie voor *'gescheperde schaapskuddes met zeldzame rassen'*, Spaansen de kans op een integrale nakoming van de koopovereenkomst ontnomen. Deze schending van het fair play-beginsel had mijns inziens voor het Hof eveneens aanleiding moeten zijn de Gemeente te veroordelen de koopovereenkomst te melden. Dit geldt te meer, nu het er alle schijn van heeft dat de Gemeente heeft geprobeerd met een beroep op de staatssteunregels uit winstbejag onder een contractuele verplichting uit te komen. De Gemeente wilde namelijk het Spaansen-terrein behouden, zonder de overeengekomen koopprijs volledig te betalen. Evenmin was de Gemeente bereid de maatregel te melden. In hun artikel, hebben J.L. Buendia Sierra en M.G. Bolsa Ferruz nationale rechters juist voor dergelijke situaties gewaarschuwd:

'Another example where the courts should be particularly prudent is in situations of 'self-reporting' by the State granting an aid. Usually

55. Uitspraak College 29 december 2017, r.o. 9.12.

56. Uitspraak College 29 december 2017, r.o. 9.5.

57. HvJ 21 november 2013 (*Deutsche Lufthansa*) zaak C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755, r.o. 25-26.

58. HvJ 12 februari 2008 (*CELF-I*) zaak C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79, r.o. 33.

59. HvJ 12 februari 2008 (*CELF-I*) zaak C-199/06, ECLI:EU:C:2008:79, r.o. 47.

60. Arrest Hof 6 november 2018, r.o. 5.7 en HvJ 11 novem-

ber 2015 (*Klausner Holz*) zaak C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, r.o. 23.

61. Uitspraak College 29 december 2017, r.o. 9.4.

62. Gecodificeerd in art. 3:2 Awb.

63. Zie: R.J. Boogers in 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijk overheidshandelen', *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht* 2014, p. 11-12.

64. Zie in dit kader bijvoorbeeld: Hoge Raad 28 oktober 2005 in zaak C04/213HR (*Janssen/Maasbree*), r.o. 3.3.

in these instances, a State first adopts a measure that potentially benefits one or more companies (which may take the form of a promise of payment or the signing of a contract with these companies).

Later, when the promise becomes redeemable by the company, the Administration may reconsider the measure it adopted (this can happen after a change of government or because of a conflict between different administrations, for example) and in an attempt to back out of the obligations it has acquired, the State notifies the European Commission of the measure as allegedly unlawful and incompatible State aid.⁶⁵

Het Hof lijkt zich in zekere zin van deze waarschuwing rekenschap te hebben gegeven. De koopovereenkomst wordt immers integraal nietig verklaard. Hiermee heeft het Hof willen voorkomen dat de Gemeente profiteert van het schenden van de meldingsplicht.⁶⁶

Indien we het Friesch Dagblad mogen geloven, pakt de integrale nietigheid van de koopovereenkomst goed uit voor Spaansen. Dit is dan het gevolg van de gestegen grondprijzen in de huidige conjunctuur. Maar we hebben ook slechtere tijden gekend. In de hiervoor besproken *Leidschendam Centrum*-casus moest de gemeente Leidschendam vanwege de conjunctuur de overeengekomen koopprijs na verloop van tijd naar beneden bijstellen teneinde het project te redden.⁶⁷ In een dergelijke situatie zou Spaansen in geval van integrale nietigheid de rekening moeten betalen voor de schending van de meldingsplicht door de Gemeente. Deze vergelijking onderstreept de conjunctuurgevoeligheid van de door het Hof gekozen oplossing.

Ook de *Klausner Holz*-zaak laat het dilemma zien waar nationale rechters zich voor geplaatst zien als de overheid zelf een beroep doet op de staatssteunregels. De Oostenrijkse onderneming Klausner Holz sloot in 2007 twee houtleveringsovereenkomsten met de Duitse deelstaat Noordrijn Westfalen. Aanleiding was de orkaan 'Kyrill', die in de Noordrijn Westfaalse bossen veel schade veroorzaakte. Tussen 2007 en 2014 zou de deelstaat een vaste hoeveelheid hout aan Klausner Holz verkopen tegen vooraf vastgestelde prijzen. Reeds na twee jaar staakte de deelstaat de leveranties en zegde een met Klausner Holz gesloten overeenkomst op. Een langdurig gerechtelijk geschil werd geboren. Aanvankelijk kwam onherroepelijk vast te staan dat de houtleveringsovereenkomsten nog steeds geldig waren. Klausner Holz wilde vervolgens haar schade vergoed hebben die zij geleden had vanwege de

gestaakte houtleveranties. Een nieuwe procedure volgde. Eerst in deze procedure stelde de deelstaat zich op het standpunt dat de houtleveringsovereenkomsten kwalificeerden als staatssteun. De Duitse rechter, het Landgericht Münster (hierna: 'het Landgericht'), stelde vragen aan de Europese Commissie. Toen er geen inhoudelijk antwoord kwam,⁶⁸ stelde het Landgericht prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Die vragen werden beantwoord in het hiervoor reeds aangehaalde *Klausner Holz*-arrest.⁶⁹ Parallel aan de schadevergoedingsprocedure bij het Landgericht, meldde Duitsland de houtleveringsovereenkomsten aan bij de Europese Commissie.⁷⁰ Daarnaast klaagden concurrenten van Klausner Holz bij de Europese Commissie over dezelfde overeenkomsten.⁷¹ Melding en klachten werden niet, althans niet kenbaar, voortvarend opgepakt. Klausner Holz probeerde daarom de Europese Commissie tevergeefs tot actie te bewegen. Een procedure bij het Gerecht bleek noodzakelijk. Helaas voor Klausner Holz, werd haar beroep niet-ontvankelijk verklaard.⁷² Na dit tweede Luxemburgse intermezzo, deed het Landgericht in juni 2018 uitspraak in de schadevergoedingsprocedure. De houtovereenkomsten werden integraal nietig verklaard wegens strijd met de staatssteunregels. Bijgevolg werd de door Klausner Holz ingestelde vordering tot schadevergoeding afgewezen.⁷³

Gelet op het *Klausner Holz*-arrest, is de uitspraak van het Landgericht opmerkelijk. In plaats van 'voorlopige maatregelen' te gelasten, zoals het Hof van Justitie het Landgericht had voorgesteld,⁷⁴ werden de overeenkomsten integraal nietig verklaard. Volgens het Landgericht zijn privaatrechtelijke overeenkomsten waardoor in strijd met art. 108 lid 3 VWEU staatssteun wordt toegekend 'grundsätzlich nach § 134 BGB nichtig'.⁷⁵ Uit de uitspraak kan niet worden opgemaakt of dit de reden is om geen 'voorlopige maatregelen' te gelasten. In ieder geval wordt Klausner Holz door deze uitspraak van het Landgericht gedwongen in beroep te gaan.⁷⁶ Klaus-

65. In deze zin: J.L. Buendia Sierra en M.A. Bolsa Ferruz in 'State Aid Assessment: What National Court Can Do and What They Must Do', *StAL* 2017, p. 416.

66. Arrest Hof 6 november 2018, r.o. 5.43.

67. Zie: N. Saanen in 'Het arrest Leidschendam: de contextbenadering als toetsingskader voor staatssteun bij gebiedsontwikkeling', *NTER* 2015, p. 346.

68. Bij brief van 19 september 2014 deelde de juridische dienst van de Europese Commissie mee geen antwoord te kunnen geven op de door het Landgericht gestelde vragen, omdat deze vragen betrekking hadden op twee bij de Europese Commissie ahangende staatssteunprocedures. De brief is te raadplegen via: http://ec.europa.eu/competition/court/sa_37113_commission_opinion_de.pdf [voor het laatst geraadpleegd op 17 mei 2019].

69. Zie voetnoot 46.

70. Staatssteunzaak SA.37113.

71. Staatssteunzaak SA.37509.

72. Besluit Gerecht 6 april 2017 (*Klausner Holz*) zaak T-101/16, ECLI:EU:T:2017:269.

73. Uitspraak Landgericht Münster 21 juni 2018 in zaak 011 O 334/12, ECLI:DE:LGMS:2018:0621.011O334.12.00.

74. HvJ 11 november 2015 (*Klausner Holz*) zaak C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, r.o. 26.

75. Uitspraak Landgericht Münster 21 juni 2018 r.o. 148.

76. Dat Klausner Holz inmiddels beroep heeft ingesteld, kan worden opgemaakt uit de brief van het Ministerie van Landbouw van Noordrijn Westfalen aan het deelstaatarlement van 30 augustus 2018. Te raad-

ner Holz moet immers kost wat kost voorkomen dat als de Europese Commissie in haar voordeel beslist,⁷⁷ de houtleveringsovereenkomsten naar Duits recht onherroepelijk nietig zijn.

Dat brengt mij bij weer terug bij het *Klausner Holz*-arrest. Indien de nationale rechter voorlopige maatregelen gelast, mogen die geen afbreuk doen aan 'het nuttige effect van de latere beslissing van de Commissie'.⁷⁸ Moet de nationale rechter dit aspect niet ook meenemen bij de afwegingen tussen definitieve maatregelen en voorlopige maatregelen? Ik zou menen van wel. Anders wordt het voor een chicaneuse overheid wel erg gemakkelijk gemaakt de staatssteunregels ongestraft te misbruiken. En daar zijn de staatssteunregels niet voor bedoeld.⁷⁹ Ook in de zaak *Harlingen - Spaansen* had het Hof, naast de veroordeling van de Gemeente de koopovereenkomst aan de Europese Commissie te melden, voorlopige maatregelen kunnen nemen. Het grootste deel van het beweerdelijke voordeel, € 2.000.000, was nog niet betaald. De betaling had dus kunnen worden opgeschort. Ten aanzien van het reeds ontvangen deel van het beweerdelijke voordeel had het Hof Spaansen kunnen veroordelen een bedrag van € 250.000 op een geblokkeerde rekening te zetten.⁸⁰ Strikt genomen zou dit bedrag vermeerderd moeten worden met rente. Over dit aspect kom ik hierna echter nog te spreken. Alles bij elkaar zou op deze wijze, in afwachting van een onherroepelijk oordeel van de Europese Commissie, de mededingingssituatie van vóór de beweerdelijke begunstiging van Spaansen in ieder geval tijdelijk zijn hersteld.

plegen via: <https://landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMV17-1020.pdf;jsessionid=C0446A685A9EBB9D-62F82A601AA56EE2.xworker> [voor het laatst geraadpleegd op 16 mei 2019].

77. Voor zover kan worden nagegaan, heeft de Europese Commissie tot op heden nog geen besluit genomen.
78. HvJ 11 november 2015 (*Klausner Holz*) zaak C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, r.o. 25-26.
79. Zie in dit kader ook: G. S. Ølykke in 'State Aid as a Defence for Public Authorities?', *StAL* 2016, p. 290. In dit artikel vraagt G. S. Ølykke zich onder andere af of het niet tijd wordt om sancties op te leggen aan overheidsinstanties die zich niet aan de staatssteunregels houden. Hij erkent dat zijn suggestie controversieel is. Aan de andere kant is het opleggen van sancties aan overheden die Unierecht schenden geen onbekend fenomeen. Zo voorziet art. 2 sexies Rechtsbeschermingsrichtlijn in de mogelijkheid om aanbestedende diensten die in strijd handelen met de aanbestedingsregels 'alternatieve sancties' op de leggen, zoals het opleggen van een boete of het verkorten van de contractstermijn.
80. In deze zin: A.J. Metselaar in '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, p. 99 en J.L. Buendia Sierra & M.A. Bolsa Ferruz in 'State Aid Assessment: What National Court Can Do and What They Must Do', *StAL* 2017, p. 415.

2.2.3. Partieel of gehele nietigheid

Onder andere uit het *Residex*-arrest volgt dat onrechtmatige staatssteun ongedaan moet worden gemaakt door het voordeel terug te vorderen. 'Het hoofddoel van de terugvordering van onrechtmatig betaalde staatssteun is de verstoring van de mededinging op te heffen die voortvloeit uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft [...]'.⁸¹ Het Unierecht verplicht de nationale rechterlijke instanties niet een overeenkomst waarbij onrechtmatige staatssteun is verleend nietig te verklaren. Zij moeten er uitsluitend voor zorgen dat de 'mededingingssituatie van vóór de uitkering van de betrokken steun' wordt hersteld. Het is vervolgens aan de nationale rechter om na te gaan of de nietigverklaring van de overeenkomst, 'in de omstandigheden die eigen zijn aan het bij hem aanhangige geding, doeltreffender kan blijken te zijn dan andere maatregelen met het oog op dit herstel. Er kunnen immers gevallen zijn waarin de nietigverklaring van een contract, voor zover dit ertoe zou leiden dat over en weer de door partijen verrichte prestaties worden teruggedraaid of dat een voordeel voor de toekomst verdwijnt, meer geschikt is ter bereiking van de doelstelling van het herstel van de mededingingssituatie van vóór de steunverlening'.⁸² Naar aanleiding van vorenbedoelde arrest, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een overeenkomst die een onrechtmatige steunmaatregel vormt 'bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen' door een rechter overeenkomstig art. 3:40 BW nietig verklaard kan worden.⁸³

De vraag of de betreffende overeenkomst geheel, dan wel partieel nietig is, wordt geregeld door art. 3:41 BW. Betreft de nietigheidsgrond slechts een deel van de overeenkomst, dan blijft deze voor het overige in stand. Voorwaarde is wel dat, gelet op inhoud en strekking van de overeenkomst, het resterende deel niet in 'onverbrekelijk verband' staat met het nietige deel. Voor de vraag of van een dergelijk onverbrekelijk verband sprake is, kunnen volgens de Hoge Raad van belang zijn 'de aard, inhoud en strekking van de rechtshandeling, de mate waarin de onderscheiden onderdelen met elkaar verband houden, en hetgeen partijen met de rechtshandeling hebben beoogd. In het licht daarvan dient de rechter te beoordelen of, mede gelet op de overige omstandigheden van het geval en de belangen van alle betrokken partijen, voor gedeeltelijke instandhouding van de rechtshandeling al dan niet voldoende rechtvaardiging bestaat'.⁸⁴

Volgens het Hof dient bij de beoordeling van het onverbrekelijk verband en de mogelijke rechtvaardiging van een partiële vernietiging van de koopovereenkomst 'de strekking van de overtreden

81. HvJ 8 december 2011 (*Residex*) zaak C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, r.o. 33-34.

82. HvJ 8 december 2011 (*Residex*) zaak C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, r.o. 44-47.

83. Hoge Raad 26 april 2013 in zaak 08/04343 (*Residex*), ECLI:NL:HR:2013:BY0539, r.o. 3.4.3.

84. Hoge Raad 20 december 2013 in zaak 12/04752 (*PB/Benschop*), ECLI:NL:HR:2013:2123, r.o. 3.7.3.

norm' te worden meegewogen. Het Hof acht partiële nietigheid niet gerechtvaardigd, aangezien dit de Gemeente een verminderde prikkel geeft de maatregel aan te melden bij de Europese Commissie. Dit lijkt de belangrijkste reden om de koopovereenkomst integraal nietig te verklaren. Had het Hof de Gemeente daarentegen veroordeeld de koopovereenkomst alsnog te melden, dan staat de aanvankelijke schending van de meldingsplicht een eventuele partiële nietigheid niet meer in de weg. In deze situatie krijgt de Europese Commissie immers de kans een oordeel te geven over de al dan niet toelaatbaarheid van de maatregel.

Indien de Europese Commissie de koopovereenkomst zou kwalificeren als een met de interne markt verenigbare steunmaatregel, kan, indachtig de hiervoor beschreven voorlopige maatregelen, de Gemeente veroordeeld worden het tweede deel van de koopsom te betalen. Het door Spaansen op de geblokkeerde rekening gestorte bedrag kan terug worden betaald. Blijkt de koopovereenkomst daarentegen onverenigbaar met de interne markt, dan komt de vraag aan de orde wat dit betekent voor de geldigheid van de koopovereenkomst. Het arrest bevat aanwijzingen dat ook in deze situatie de koopovereenkomst integraal nietig zou moeten worden verklaard. Zo stelt het Hof zich mijns inziens terecht op het standpunt dat de hoogte van de prijs in beginsel een onsplitsbaar beding is.⁸⁵ Verder staat onomstreden vast dat Spaansen niet de bedoeling had het Spaansen-terrein voor € 6.250.000 aan de Gemeente te verkopen. Ook dit subjectieve element speelt nog steeds een rol bij de beoordeling van het onverbreekelijke verband.⁸⁶

Zoals reeds opgemerkt, lijkt de integrale nietigheid van de koopovereenkomst goed uit te pakken voor Spaansen. Maar dat had ook anders kunnen zijn. De vraag is of dat relevant is. Zelf denk ik van niet. Het spiegelbeeld van de meldingsplicht van de overheid, is namelijk de vergewisplicht van de begunstigde onderneming. Recent heeft het Hof van Justitie in het *Eesti Pagar*-arrest nog eens bevestigd dat een begunstigde onderneming uitsluitend een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de ontvangen steun kan hebben wanneer deze steun met inachtneming van de in art. 108 lid 3 VWEU bedoelde procedure is toegekend. Verder wordt een 'behoedzame marktdeelnemer' normaal gesproken geacht in staat te zijn 'zich ervan te vergewissen' of de hiervoor bedoelde procedure is gevolgd. 'Met name kan de begunstigde van een steunmaatregel die onrechtmatig is, omdat hij zonder voorafgaande aanmel-

ding bij de Commissie tot uitvoering is gebracht, op dat tijdstip geen gewettigd vertrouwen hebben in de rechtmatigheid van de toekenning van de steun'.⁸⁷ Dus ook als een steunmaatregel achteraf wordt gemeld, kan het zijn dat de begunstigde onderneming op de blaren moet zitten. Maar dat is dan niet langer de consequentie van het schenden van de meldingsplicht door overheid, maar van het schenden van de vergewisplicht door de begunstigde onderneming.

2.3. Rente

Volgens de Gemeente moet Spaansen rente aan haar betalen over het 'onrechtmatig verkregen voordeel'. De Gemeente heeft zich hierbij primair beroepen op art. 11 Verordening 794/2004 en subsidiair op art. 6:119 BW. Hoewel dit niet uit het arrest blijkt, gaat het vermoedelijk om de € 250.000 die Spaansen in vergelijking met de door het Hof vastgestelde marktwaarde van het Spaansen-terrein teveel heeft ontvangen.

Het is vaste rechtspraak dat de begunstigde onderneming die een onrechtmatig voordeel heeft ontvangen, ook 'de rente betaalt die hij over het betreffende bedrag van de steun zou hebben moeten betalen indien hij dit bedrag tijdens de periode van de onrechtmatigheid op de markt had moeten lenen. [...] De nationale autoriteit is dan ook krachtens artikel 108, lid 3, VWEU verplicht om de begunstigde van de steun te gelasten rente te betalen over de periode van onrechtmatigheid'.⁸⁸ De terugvordering moet vervolgens plaatsvinden overeenkomstig het nationale recht. Dit geldt evenzeer met betrekking tot 'de regels voor de berekening van de rente'.⁸⁹ Verordening 659/1999, noch Verordening 794/2004 bevatten volgens het Hof van Justitie voorschriften 'inzake de bevoegdheden en verplichtingen' van de nationale rechterlijke instanties of de nationale administratieve autoriteiten. Bij gevolg kan bij gebreke van een terugvorderingsbesluit van de Europese Commissie de rente over onrechtmatige staatssteun niet overeenkomstig art. 11 Verordening 794/2004 worden berekend. Deze bepaling kan 'evenmin indirect of naar analogie worden toegepast'.⁹⁰

Met betrekking tot de wettelijke rente heeft de Gemeente kennelijk verzuimd hier een zelfstandige grondslag voor aan te voeren. En dat is eigenlijk best frappant. Op basis van onder andere het tussenvonnis van de rechtbank Rotterdam in de zaak *Fleuren Compost* had de Gemeente kunnen weten dat in de Nederlandse rechtspraak Verordening 659/1999 als grondslag voor een rentevordering niet

85. S.A.M. de Loos-Wijker in *GS Vermogensrecht*, art. 3:41 BW 2017, aant. 8.2, A.S. Hartkamp e.a. in *Asser 6-III Algemeen overeenkomstenrecht* 2014, aant. 645 en N. Nijhof in 'Partiële nietigheid van staatssteunbepalingen: een (gedeeltelijk) te begrijpen oplossing', *BR* 2016/30, § 5.

86. S.A.M. de Loos-Wijker, *GS Vermogensrecht*, artikel 41 boek 3 BW, aant. 6.2.2. en N. Nijhof in 'Partiële nietigheid van staatssteunbepalingen: een (gedeeltelijk) te begrijpen oplossing', *BR* 2016/30, § 3.

87. HvJ 5 maart 2019 (*Eesti Pagar*) zaak C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, r.o. 98. Zie ook: H.C.E.P.J. Janssen in 'Terugvordering van onrechtmatige staatssteun: een proces in drie fasen', *Gemeentestem* 2008 pag. 62.

88. HvJ 5 maart 2019 (*Eesti Pagar*) zaak C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, r.o. 132 en 134.

89. HvJ 5 maart 2019 (*Eesti Pagar*) zaak C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, r.o. 135-136.

90. HvJ 5 maart 2019 (*Eesti Pagar*) zaak C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, r.o. 110-111 en 136.

onomstreden is.⁹¹ Aangezien de hiervoor genoemde verordening door Verordening 794/2004 wordt uitgevoerd, geldt dit bijgevolg ook voor laatstbedoelde verordening. Het hiervoor genoemde vonnis laat tevens zien dat bij onverschuldigde betaling⁹² en ongerechtvaardigde verrijking⁹³ als grondslag voor het vorderen van wettelijke rente berekend vanaf het moment dat de onrechtmatige steun werd verstrekt, eveneens lastig is.

En dan hebben we tot slot nog art. 7 Wet terugvordering staatssteun.⁹⁴ Dit artikel beoogt een zelfstandige grondslag te bieden onder andere voor het op eigen initiatief⁹⁵ vorderen van rente in geval van onrechtmatige staatssteun die voortvloeit uit een overeenkomst. De rente moet blijken de genoemde bepaling overeenkomstig de 'procedureverordening' worden berekend. Met laatstbedoelde verordening is Verordening 2015/1589 bedoeld,⁹⁶ de opvolger van Verordening 659/1999. Met betrekking tot de rente over onrechtmatige staatssteun is er geen inhoudelijke verandering beoogd. Gelet op het reeds aangehaalde *Eesti Pagar*-arrest, is het dus maar de vraag of art. 7 Wet terugvordering staatssteun in overeenstemming is met EU recht en kan worden toegepast om rente te vorderen over de onrechtmatige steun vanaf het moment dat die werd toegekend.

3. Conclusie

Heeft de overheid het staatssteunrecht ontdekt als middel om – soms na jaren – van een onwelgevalige overeenkomst af te komen of om er een betere deal uit te slepen? Het valt niet uit te sluiten. De gemeente Bergen op Zoom (*Nedalco*) en het Havenbedrijf Rotterdam (*Residex*) gingen de Gemeente voor. Recent is daar ook nog de gemeente Zwolle bij gekomen. Die wil na 13 jaar meer geld zien voor een concessie om in de Zwolse openbare ruimte reclameobjecten te exploiteren (*JC Decaux*).⁹⁷ En we hebben

natuurlijk ook nog de Duitse deelstaat Noordrijn Westfalen (*Klausner Holz*). Een toch wel zorgelijke ontwikkeling die de acceptatie van de staatssteunregels niet ten goede komt.

Het staatssteunrecht is in de handen van de overheid over het algemeen een makkelijk wapen. Te gemakkelijk? De overheid loopt geen kans beboet te worden. Meestal zijn het de begunstigde ondernemingen die het gelag moeten betalen. Maar de arresten van het Hof laten zien dat het kan verkeren. Zoals het er nu naar uit ziet, heeft de Gemeente met een beroep op de staatssteunregels de doos van Pandora geopend. Ze blijkt nooit eigenaar geworden te zijn van het Spaansen-terrein. De betaalde koopsom moet door Spaansen weliswaar terugbetaald worden, maar ja, hoe in dit kader om te gaan met de delen van het Spaansen-terrein die de Gemeente inmiddels heeft verkocht? Rente hoeft Spaansen evenmin te betalen. Die vordering is afgewezen. En dan hebben we het nog niet over de kosten gehad. Volgens een bericht in de *Harlinger Courant* heeft de Gemeente tot op heden € 368.000 voor externe juridische bijstand betaald.⁹⁸ Hier komen vermoedelijk nog de interne kosten bij. Het einde is immers nog niet in zicht. De Gemeente blijkt cassatie te hebben ingesteld.⁹⁹ Naar verwachting nieuwe kosten dus.

De vraag dringt zich op waar het is misgegaan. Alle ellende had kunnen worden voorkomen als de Gemeente en Spaansen de mogelijke aanwezigheid van staatssteun hadden onderkend vóórdat aan de koopovereenkomst uitvoering werd gegeven. Deze gemiste kans regardeert zowel de Gemeente als Spaansen. De Gemeente schond (mogelijk) de meldingsplicht en Spaansen (mogelijk) haar vergewisplicht. Daarna kwam de tweede fase. Spaansen wilde het resterende deel van de koopsom betaald zien. Dit werd geweigerd. Er zou sprake zijn van staatssteun. In de visie van de Gemeente moest de koopsom omlaag en melding was niet meer aan de orde. Een standpunt dat de rechtbank volgde. De tweede gemiste kans. Spaansen kon niet anders dan beroep instellen. Maar ja, van het Hof hoefde de Gemeente de koopovereenkomst evenmin te melden. Dit was echter niet zonder consequentie. Teneinde de Gemeente voor het schenden van haar meldingsplicht te straffen, werd de koopovereenkomst nu integraal nietig verklaard. Hoewel deze uitkomst positief voor Spaansen lijkt uit te pakken, werd desondanks ook deze derde kans gemist.

Het tot stand komen van een overeenkomst vereist wilsovereenstemming. Dit betekent dat de overheid die met een onderneming een overeenkomst

91. Rechtbank Rotterdam 4 april 2007 in de zaak 264564 / HA ZA 06-1854, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0270. Zie over de zaak ook: H.C.E.P.J. Janssen in 'Terugvordering van onrechtmatige staatssteun: een proces in drie fasen', *Gemeentestem* 2008 en A.J. Metselaar in '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, p. 473.

92. Art. 6:203 BW.

93. Art. 6:212 BW.

94. Wet van 21 februari 2018, houdende regels voor de terugvordering van staatssteun, *Stb.* 2018, nr. 75.

95. Dus bij gebreke van een besluit van de Europese Commissie waarbij de lidstaat wordt opgedragen onrechtmatige staatssteun terug te vorderen.

96. Zie art. 1 Wet terugvordering staatssteun. Verordening 2015/1589 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van art. 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 2015 L 248/9.

97. Zie tussenvonnis van de rechtbank Overijssel van 14 maart 2018 in zaak C/08/19942 / HA ZA 17-74, ECLI:NL:RBOVE:2018:788 en tussenvonnis van de rechtbank

Overijssel van 18 juli 2018 in zaak C/08/19942 / HA ZA 17-74, ECLI:NL:RBOVE:2018:2880.

98. Zie: <https://www.harlingercourant.nl/harlingercourant/nieuws/tonnen-advocaatkosten-voor-ruzie-spaansenterrein> [voor het laatst geraadpleegd op 21 mei 2019].

99. Zie: <https://www.omropfryslan.nl/nieuws/868651-harlingen-cassatie-tegen-vonnis-spaansen-terrein> [voor het laatst geraadpleegd op 12 juni 2019].

heeft gesloten, die overeenkomst wilde aangaan onder de in de overeenkomst genoemde voorwaarden. Indien de overeenkomst de onderneming begunstigt, heeft de overheid dat dus impliciet ook gewild. In het geval deze begunstiging kwalificeert als onrechtmatige staatssteun, rust op de overheid de verplichting zich er voor in te spannen dat het voordeel langs legale weg aan de begunstigde onderneming kan worden verschaft. De staatssteunregels zijn er niet voor bedoeld om de overheid in staat te stellen zich aan contractuele verplichtingen te onttrekken. De overheid moet dus alsnog melden. Zij is de enige die dat kan. Bovendien was het de overheid die de meldingsplicht schond.

Op het moment dat de Europese Commissie een voor de onderneming positief besluit neemt, kan het voordeel worden verstrekt of gehandhaafd. Blijkt er daarentegen sprake van niet met de interne markt verenigbare onrechtmatige steun, dan zal de onderneming moeten afzien van het voordeel, dan wel het voordeel moeten teruggeven. Of daartoe de overeenkomst geheel dan wel partieel nietig moet worden verklaard, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Deze gang van zaken is natuurlijk zuur voor de begunstigde onderneming, maar is wel de consequentie van het door deze onderneming schenden van de vergewisplicht.

De in dit artikel besproken uitspraken leren ons dat als overheden en ondernemingen zaken met elkaar doen, zij tijdig serieus aandacht moeten besteden aan de staatssteunregels. Maar vermoedelijk staan deze regels bij veel overheden en ondernemingen – alsmede waarschijnlijk evenzeer bij hun adviseurs – simpelweg niet op de radar. Er is helaas ook nog een keerzijde. Op het moment dat overheden zich wel bewust zijn van de staatssteunregels, wordt niet zelden door dezelfde overheden gekozen voor een disproportioneel veilige oplossing. Het zal niet verbazen dat in dit soort gevallen de bereidheid tot melden meestal eveneens ontbreekt.