

## Overheidsaanbestedingen

# Maastrichtse parkeergarages: de plek waar het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht elkaar ontmoeten

Mr. M.N. Weeda, mr. L.J. Terpstra en mr. C.A.M. Lombert\*

Het arrest van de Hoge Raad gewezen in januari van dit jaar in de zaak *P1 Holding/Gemeente Maastricht en Q-Park* is vanuit het perspectief van zowel aanbestedings- als staatssteunrecht interessant. Voor de tweede maal oordeelt het hoogste rechtscollege dat het *Grossmann*-verweer niet opgaat wanneer de Europese aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing is. Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voor de vaststelling of sprake is van het verstrekken van een met staatsmiddelen bekostigd voordeel, dat niet langs normale commerciële weg zou zijn verkregen, de op het moment van het aangaan van een overeenkomst kenbare marktsituatie en voorzienbare marktontwikkelingen bepalend zijn. In lijn met de uitspraak van het CBB in de *Thuiszorgservice*-zaak overweegt de Hoge Raad dat een enkele verklaring voor recht dat de uitvoering van een overeenkomst in verband met staatssteun onrechtmatig is jegens een derde, zonder een daaraan gekoppeld gebod tot herstel van de mededingingssituatie geen passende maatregel is die leidt tot een herstel van de mededingingssituatie van vóór de uitkering van de betreffende steun.

*HR 18 januari 2013, AB 2013, 108, m.nt. Metselaar, NJB 2013, 248, RvdW 2013, 171, LfJN BY0543 (P1 Holding B.V./Gemeente Maastricht en Q-Park Exploitatie B.V.)*

## Feiten

De Gemeente Maastricht (hierna: de Gemeente) heeft in 1979 en 1988 overeenkomsten gesloten met Q-Park Exploitatie B.V. (hierna: Q-Park) met betrekking tot de huur en het beheer van negen parkeergarages in Maas-

tricht. Het onderhoud van deze parkeergarages kwam voor rekening van de Gemeente. De huurovereenkomsten waren destijds gesloten op voor de Gemeente zeer ongunstige voorwaarden; er was geen indexering afgesproken, hoewel de overeenkomsten een looptijd van respectievelijk veertig en vijftig jaar hadden. Hierdoor werden de huurovereenkomsten met verloop van tijd voor Q-Park steeds lucratiever, ook al zou de huur bij aanvang van die overeenkomsten marktconform zijn geweest. Er lag derhalve een forse *goodwill* in de overeenkomsten besloten.

Vanaf 1995 tot 2002 hebben de Gemeente en Q-Park onderhandeld over de overname van de parkeergarages, de renovatie en uiteindelijk ook de uitgifte daarvan in erfpacht. De Gemeente en Q-Park hebben in juli 2003 – na een intentieovereenkomst – een samenwerkings- en erfpachtovereenkomst (gezamenlijk: de Overeenkomst) gesloten, waarbij rekening is gehouden met de onderliggende *goodwill*. In de Overeenkomst is onder meer bepaald dat de Gemeente voor een bedrag van 3,6 miljoen euro bijdraagt in de kosten van Q-Park voor sloop-, nieuwbouw- en verbouwingswerkzaamheden in diverse parkeergarages (ten bedrage van 17,8 miljoen euro) en dat zij bij het einde van de erfpacht, na dertig jaar, een bedrag van 32 miljoen euro ineens betaalt in verband met de overname van de *goodwill* en renovatie-/ onderhoudswerkzaamheden en een eventueel in verband daarmee staande fiscale claim (tot een bedrag van maximaal 9,4 miljoen euro).

De Gemeente heeft noch met andere gegadigden over de exploitatie van de garages onderhandeld, noch enige aanbestedingsprocedure daarvoor gevolgd. Dit is volgens P1 in strijd met het aanbestedingsrecht. Verder voert P1 aan dat de Overeenkomst, vanwege de daarin opgenomen financiële bepalingen, in strijd zijn met het verbod tot het verlenen van staatssteun zoals neergelegd in artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de Werking van de EU (VWEU).

153

\* Mr. M.N. Weeda is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam. Mr. L.J. Terpstra is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam. Mr. C.A.M. Lombert is werkzaam als juriste bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

## Het geding in feitelijke instanties

De rechtbank heeft de vorderingen van P1 bij vonnis in eerste aanleg<sup>1</sup> afgewezen. Ook in hoger beroep,<sup>2</sup> waarin Q-Park zich aan de zijde van de Gemeente had gevoegd, heeft het Hof 's-Hertogenbosch bijna alle vorderingen van P1 afgewezen. Volgens het Hof 's-Hertogenbosch dienden deskundigen te rapporteren over de vraag of de Overeenkomst tegen marktconforme voorwaarden is aangegaan of dat daarin staatssteun besloten lag. Partijen hebben tegen het arrest tussentijds (incidenteel) beroep in cassatie ingesteld. Ondanks dat het arrest gewezen is na tussentijds beroep in cassatie, heeft de Hoge Raad zowel op aanbestedingsrechtelijke als op staatssteunrechtelijke gronden een inhoudelijk oordeel geveld.

## Het aanbestedingsrechtelijke aspect

### Dienstenconcessie en grensoverschrijdend belang

Het Hof 's-Hertogenbosch heeft de Overeenkomst gekwalificeerd als een concessieovereenkomst voor diensten en niet als concessieovereenkomst voor werken. Het verschil tussen beide is dat een concessieovereenkomst voor diensten niet onder het bereik van Richtlijn 2004/18/EG<sup>3</sup> (hierna: de Richtlijn) valt,<sup>4</sup> terwijl een concessieovereenkomst voor werken wel (beperkt) aanbestedingsplichtig is.<sup>5</sup> Dit oordeel van het Hof 's-Hertogenbosch en de daaraan ten grondslag liggende overweging, dat de Overeenkomst meer kenmerken van een dienstenopdracht dan van een aanbesteding van werken vertoonde, getuigen volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting.

P1 voerde ook aan dat de Gemeente in strijd handelde met haar verplichting om transparantie te betrachten bij het aangaan van de Overeenkomst. Deze verplichting volgt uit vaste Europese rechtspraak met betrekking tot de gunning van concessieovereenkomsten voor diensten met een grensoverschrijdend belang op grond van (thans) artikelen 49 en 56 VWEU.<sup>6</sup> De Hoge Raad over-

weegt dat het Hof 's-Hertogenbosch zonder schending van enige rechtsregel heeft geoordeeld dat de diensten die het onderwerp vormen van de Overeenkomst zogenoemde 'B-diensten'<sup>7</sup> betreft. Bij dergelijke diensten bestaat het vermoeden dat er geen grensoverschrijdend belang aanwezig is.<sup>8</sup> Het is dan aan de partij die zich op het niet-naleven van de transparantieplichting beroept om een duidelijk grensoverschrijdend belang te stellen en zo nodig te bewijzen. De Hoge Raad volgt het oordeel van het Hof 's-Hertogenbosch dat P1 hier niet in is geslaagd.

### Rechtsverwerking

De Gemeente en Q-Park stelden in hoger beroep dat P1 haar rechten had verwerkt en derhalve niet meer in rechte tegen de gesloten Overeenkomst kon opkomen. Dit argument ging volgens het Hof 's-Hertogenbosch echter niet op, omdat hiervoor onvoldoende voor bewijs vatbare feiten zijn gesteld en zich – anders dan in de zogenoemde *Grossmann*-jurisprudentie<sup>9</sup> – niet de situatie voordeed dat een van de inschrijvers bij een aanbesteding, aan welke inschrijver de opdracht niet is gegund, zich over de werkwijze van de aanbestedende dienst beklagt.

De Hoge Raad acht het oordeel van het Hof 's-Hertogenbosch, dat zuiver tijdsverloop op zichzelf een beroep op rechtsverwerking niet rechtvaardigt, juist; voor het aannemen van rechtsverwerking zijn bijzondere omstandigheden vereist.<sup>10</sup> Hij overweegt bij de beoordeling van

1. Rb. Maastricht 8 oktober 2008, zaak 119309/HA ZA 07-419, *LJN* BF7031.  
 2. Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2009, 8 december 2009 en 1 maart 2011 in zaak HD 200.018.435, n.n.g.  
 3. In het arrest van de Hoge Raad wordt over de toepasselijkheid van Richtlijn 92/50/EEG, de oude Richtlijn voor Diensten, gesproken. Deze richtlijn is inmiddels vervangen door Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Pb. EU* 2004, L 134/114.  
 4. Vgl. art. 17 Richtlijn.  
 5. Vgl. art. 56 t/m 65 Richtlijn.  
 6. Zie onder meer HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98, *Telaustria en Telefonadress*, *Jur.* 2000, p. I-10745, r.o. 60-62; HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, *Coname*, *Jur.* 2005, p. I-7287, r.o. 28; HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03, *Parking Brixen*, *Jur.* 2005, p. I-8585, r.o. 46-49; en HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08, *Wall*, *Jur.* 2010, p. I-2815, r.o. 33.

7. De Richtlijn maakt onderscheid tussen op Bijlage II genoemde A- en B-diensten. Zie art. 21 Richtlijn: 'Voor de plaatsing van opdrachten voor het verlenen van in bijlage II B vermelde diensten zijn alleen artikel 23 en artikel 35, lid 4, van toepassing.' Op A-diensten is het 'volledige' aanbestedingsregime van toepassing.  
 8. Vgl. HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03, *An Post*, *Jur.* 2007, p. I-9777, r.o. 25.  
 9. Met *Grossmann*-jurisprudentie wordt bedoeld de rechtspraak van het Hof van Justitie, die met het *Grossmann*-arrest (HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-230/02, *Jur.* 2004, p. I-1829) werd ingeleid. Volgens de Gemeente en Q-Park strekt het Unierecht zich uit tot een ieder die belang heeft bij gunning althans verlening van een bepaalde opdracht en die door een beweerde schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten is of dreigt te worden geschaad. Zij menen dat het in overeenstemming is met de doelen van de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen en het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel dat sancties bestaan die meebrengen dat onwettige besluiten van aanbestedende diensten, zodra de belanghebbenden daarvan kennis krijgen, zo snel mogelijk worden aangevochten en hersteld, en dat met een 'conforme' uitleg van het nationale recht inzake rechtsbescherming daarom ook de nuttige werking, de volledige verwerklijking van de doelen en de effectiviteit van deze richtlijnen en dit beginsel in het geding zijn.  
 10. Het nationale leerstuk van rechtsverwerking is gebaseerd op art. 6:2 jo. 6:248 BW, c.q. de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Om rechtsverwerking aan te nemen is nodig dat sprake is van ofwel gerechtvaardigd vertrouwen of van onredelijk nadeel aan de kant van de wederpartij. Bij rechtsverwerking op grond van de redelijkheid en billijkheid wordt gesproken van het niet (meer) geldend kunnen maken van een aanspraak (HR 7 juni 1991, *NJ* 91, 708 r.o. 3.3.1; zie ook R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking* (BW Monografieën), Deventer: Kluwer 2007, p. 47). Voor rechtsverwerking is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden vereist (HR 21 juni 2003, *LJN* AE1529, r.o. 4.2 onder verwijzing naar HR 24 april 1998, *NJ* 1998, 621). De toetsing of daarvan sprake is, moet met terughoudendheid plaatsvinden. Een beroep op rechtsverwerking zal slechts in uitzonderingsgevallen gegrond moeten worden geoordeeld (Tjittes 2007, p. 1 en HR 20 mei 2005, *LJN* AS4406, r.o. 5).

de middelen in de incidentele beroepen – onder verwijzing naar zijn overwegingen verderop in het arrest met betrekking tot het middel in het principale beroep – dat de Gemeente en Q-Park geen belang hebben bij hun klacht over de onjuiste toepassing van de norm uit het *Grossmann*-arrest.<sup>11</sup> Nu de Gemeente en P1 niet aannemelijk hebben kunnen aantonen dat sprake is van een grensoverschrijdend belang, kan een beroep op rechtsverwerking onder verwijzing naar de Europeesrechtelijke *Grossmann*-jurisprudentie hen volgens de Hoge Raad niet baten.

### Commentaar

De Hoge Raad bevestigt met deze uitspraak dat de bewijslast in het kader van een klacht over het in acht nemen van transparantie voorafgaand aan de gunning bij een (concessie voor) B-diensten bij de klager ligt. Dit strookt met de conclusie uit het *An Post*-arrest dat vanwege het uitgangspunt dat buitenlandse partijen doorgaans niet snel geïnteresseerd zullen zijn in de gunning van B-diensten, degene die klaagt over onderhandse gunning daarvan moet aantonen dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.<sup>12</sup> Door het oordeel van het Hof 's-Hertogenbosch in stand te laten dat P1 haar stelling aangaande de activiteiten van buitenlandse parkeerondernemingen op de Nederlandse markt ten tijde van het aangaan van de Overeenkomst onvoldoende heeft onderbouwd, maakt de Hoge Raad duidelijk dat niet snel aan deze bewijslast wordt voldaan.

Verder heeft de Hoge Raad, zoals te doen gebruikelijk, het oordeel zo beperkt mogelijk gehouden. Hierdoor is de vraag of het *Grossmann*-verweer toepassing kan vinden bij gunning van een dienstenconcessie niet beantwoord. De Hoge Raad had, als meest omvattend oordeel, kunnen overwegen dat dit verweer in het geheel geen toepassing kan vinden in de Nederlandse rechtspraktijk omdat het nationale leerstuk van rechtsverwerking een verdergaande bescherming biedt, zoals sommige lagere rechters menen.<sup>13</sup> Aangezien blijkens de formulering van artikel 1 lid 4 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn<sup>14</sup> sprake is van minimumharmonisatie, kan een lidstaat ook daadwerkelijk deze verdergaande bescherming bieden.<sup>15</sup> Als minder omvattend oordeel heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat het *Grossmann*-verweer niet kan slagen, omdat de Gemeente en Q-Park

wegens de overwegingen ten principale geen belang hebben bij hun klachten.

Voor zover ons bekend, heeft de Hoge Raad zich slechts eenmaal eerder over het *Grossmann*-verweer uitgelaten.<sup>16</sup> De bedoelde kwestie betrof een nationale aanbesteding, waarop het *Grossmann*-arrest niet van toepassing was. Ook in dit arrest deed de Hoge Raad (hetzij nu wel expliciet) de zaak af met de overweging dat de Rechtsbeschermingsrichtlijn niet van toepassing was en dat deze aan particulieren niet rechtsreeks verplichtingen kan opleggen. Anderzijds lagen cassatietechnische aspecten ten grondslag aan het, naar onze mening, beperkte oordeel van de Hoge Raad in die zaak: hij overwoog dat mogelijk procedurele verplichtingen voor de inschrijver aangenomen hadden kunnen worden op grond van richtlijnconforme uitleg van de nationale aanbestedingsregels. Op dit punt is de Hoge Raad echter niet verder ingegaan, aangezien dit in hoger beroep niet aan de orde was gekomen en hier geen klacht in cassatie tegen was gericht.<sup>17</sup>

Geconcludeerd kan worden dat de twee arresten van de Hoge Raad over het *Grossmann*-verweer op hetzelfde neerkomen: het verweer kan geen toepassing vinden als de Rechtsbeschermingsrichtlijn niet van toepassing is. Met dien verstande dat de ene zaak een openbare niet-Europese aanbesteding betrof en de andere een B-dienst zonder grensoverschrijdend belang.

## Het staatssteunrechtelijke aspect

155

P1 heeft zich in feitelijke instanties en in cassatie op het standpunt gesteld dat zowel in de oude huurovereenkomsten van 1979 en 1988, als in de Overeenkomst staatssteun is vervat, wegens de financiële bepalingen die de Gemeente en Q-Park zijn overeengekomen. Om als staatssteun te kwalificeren dient een maatregel aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU te voldoen. Allereerst moet het gaan om een maatregel van de Staat of met staatsmiddelen bekostigd. In de tweede plaats dient de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig te beïnvloeden. In de derde plaats moet de maatregel de begunstigde (onderneming) een voordeel verschaffen. En ten slotte moet de maatregel de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen. Indien deze voorwaarden vervuld zijn, is er sprake van staatssteun die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en dus verboden, tenzij de Europese

11. In lagere rechtspraak wordt vaak aangenomen dat dit arrest meebrengt dat inschrijvers gedurende de aanbesteding over onregelmatigheden moeten klagen en dat, wanneer zij dit niet doen, hun recht verwerken hierover op een later moment alsnog te klagen.

12. Vgl. HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03, *An Post, Jur.* 2007, p. 1-9777, r.o. 25 en 32.

13. Zie onder meer Rb. Amsterdam (vzr.) 18 augustus 2011, *LJN* BR6264, r.o. 4.3 en Rb. Amsterdam (vzr.) 24 mei 2012, *LJN* BX3388, r.o. 4.3.

14. Richtlijn 89/665 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, *Pb. EG* 1989, L 395/33, zoals – laatstelijk – gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, *Pb. EU* 2007, L 335/31.

15. Op grond van het nationale leerstuk voor rechtsverwerking zijn bijzondere omstandigheden vereist, terwijl voor de 'Grossmann-rechtsverwerking' louter stilzitten voldoende is.

16. HR 26 juni 2009, *LJN* BI0467.

17. Een discussie over de vraag of het Hof 's-Hertogenbosch dit wel (ambtshalve zoals de Hoge Raad impliceert) had kunnen doen en of een inhoudelijke beoordeling over richtlijnconforme interpretatie wel tot een andere uitkomst had kunnen leiden, gaat het bereik van dit artikel te buiten. Over het arrest van de Hoge Raad van 26 juni 2009 is in de literatuur al wel eerder gediscussieerd in het tijdschrift *Bouwwrecht*, door G. 't Hart, 'Het Grossmann-verweer verwerkt', *BR* 2009, p. 903 en P.F.C. Heemskerk en M. Semmekrot, 'Het Grossmann-verweer verwerkt: een gevaarlijke conclusie', *BR* 2010, p. 208.

Commissie na aanmelding van de maatregel een beroep op een van de in het VWEU vermelde uitzonderingen honoreert.<sup>18</sup>

### Bepalingen in strijd met het verbod tot het verlenen van staatssteun?

De huurovereenkomsten voor de Vrijthofgarage (1979) en de OLV-garage (1988) waren destijds gesloten op voor de Gemeente steeds ongunstiger wordende voorwaarden, omdat hierin indexeringsclausules van de huurprijs ontbraken. De Overeenkomst beëindigt de eerdere huurovereenkomsten en bevat onder meer de bepaling dat de Gemeente bijdraagt in de kosten van Q-Park. Overige relevante elementen voor de beoordeling of sprake is van staatssteun zijn: de verplichting van de Gemeente om bij het einde van de erfpacht na dertig jaar een bedrag van 32 miljoen euro ineens te betalen als *goodwill* en renovatie/onderhoudscompensatie, en overname van een mogelijke belastingschuld van maximaal 9,4 miljoen euro.

### De marktomstandigheden ten tijde van het aangaan van de overeenkomst zijn doorslaggevend

Het vijfde onderdeel van P1 betreft de vraag of in de Overeenkomst staatssteun is vervat en richt zich tegen de verwerping door het Hof 's-Hertogenbosch van de stelling van P1 dat (reeds) de overeenkomsten in 1979 en 1988 staatssteun inhielden. Volgens de Hoge Raad faalt de klacht van P1 dat het Hof 's-Hertogenbosch zijn onderzoek niet mocht beperken tot het moment van het sluiten van de overeenkomsten van 1979 en 1988. De Hoge Raad overweegt dat voor de beantwoording van de vraag of bij een overeenkomst een voordeel is verstrekt dat niet langs normale commerciële weg zou zijn verkregen, de ten tijde van het aangaan van de overeenkomst kenbare marktsituatie en voorzienbare marktontwikkelingen bepalend zijn. Volgens het Hof 's-Hertogenbosch was niet gesteld of gebleken dat de nominale huur zoals die in 1979 en 1988 werd afgesproken niet marktconform zou zijn.<sup>19</sup> De Hoge Raad voegt hieraan toe dat indien op het moment van het sluiten van die overeenkomst geen sprake is van een verstoring van de concurrentieverhoudingen, de omstandigheid dat op een later tijdstip (in casu in 2003) onder dezelfde voorwaarden gesloten overeenkomst niet marktconform zou zijn, dus niet mee brengt dat alsnog van een zodanige verstoring moet worden uitgegaan. Het Hof 's-Hertogenbosch

heeft eveneens overwogen dat gesteld noch gebleken is dat in 1979 en 1988 reeds sprake was van op enige schaal van belang internationaal opererende parkeerbedrijven en dat in zoverre onvoldoende 'aanwijzingen' voor een ongunstige beïnvloeding van het tussenstaatse handelsverkeer voorhanden zijn.

In lijn met Europese jurisprudentie<sup>20</sup> heeft de Hoge Raad overwogen dat voor de bepaling van marktconformiteit van overeenkomsten de marktomstandigheden op het moment van totstandkoming van de overeenkomst onderzocht moeten worden. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft de gebruikelijke toets van marktconformiteit toegepast en bekeken of Q-Park een voordeel heeft ontvangen, dat onder normale marktomstandigheden niet zou zijn gegeven. Volgens P1 zou het Hof 's-Hertogenbosch hebben miskend dat, indien eerst (enig moment) na het verrichten van de litigieuze handeling van staatssteun sprake is, dit meebrengt dat de daaraan verbonden rechtsgevolgen alsnog intreden, zodat het Hof 's-Hertogenbosch zijn onderzoek niet had mogen beperken tot het moment van het verrichten van de litigieuze handelingen (1979 en 1988). Volgens advocaat-generaal Keus miskent P1 dat de rol van de nationale rechter in het Europese regime van toezicht op staatssteun in beginsel beperkt is tot toezicht op de naleving van de notificatieverplichting van artikel 108 lid 3 VWEU.<sup>21</sup> Dat latere omstandigheden die met zich brengen dat anders over het staatssteunkarakter van een reeds uitgevoerde of in uitvoering zijnde overheidsmaatregel moet worden geoordeeld, roept geen, althans geen ter beoordeling van de nationale rechter staande rechtsgevolgen in het leven, aldus advocaat-generaal Keus in zijn conclusie.<sup>22</sup>

### Passende maatregelen

Verder verduidelijkt de Hoge Raad wat niet als passende maatregel wordt beschouwd ingeval van een inbreuk op artikel 108 VWEU; hij sluit hiermee onder meer aan bij de recente uitspraak van het CBB in de *Thuiszorgservice*-zaak.<sup>23</sup> In rechtsoverweging 4.6.2 van het arrest overweegt de Hoge Raad dat een enkele verklaring voor recht dat de (verdere) uitvoering van de overeenkomst in verband met staatssteun onrechtmatig is jegens P1, zonder dat daaraan een gebod of verbod is gekoppeld dat strekt tot herstel van de mededingingssituatie, in dit geval niet kan worden aangemerkt als passende maatregel die leidt tot een herstel van de mededingingssituatie van voor de uitkering van de betreffende steun. Een steunmaatregel die ten uitvoering wordt gebracht met een schending van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 108 lid 3 VWEU is onwettig. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is het logische gevolg van de vaststelling dat een steunmaatregel onwettig is, de ongedaanmaking door middel van de terugvor-

18. De overeenkomsten in casu zijn echter niet bij de Europese Commissie aangemeld.

19. Bovendien zou het verschijnsel dat de daadwerkelijk verschuldigde huur en een marktconforme huur uiteen gaan lopen door de afwezigheid van indexeringsclausules, zich eerst na verloop van tijd gaan manifesteren. In overeenstemming met het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg in *Hamsa/Commissie*, beoordeelde het Hof van Justitie of er sprake is van staatssteun aan de hand van de situatie waarin de aangevochten handelingen werden verricht. Door partijen is niet toegelicht of het in die tijd ook bij verhuur van parkeergarages gebruikelijk was dat een indexeringsclausule werd opgenomen. Het lijkt voor de hand te liggen dat als zulks wel gebruikelijk was en dit in de overeenkomst achterwege is gelaten, dat duidelijk moet zijn geweest dat daarin een bevoordeling besloten zou kunnen liggen.

20. GvEA 11 juli 2002, zaak T-152/99, *Hijos de Andrés Molina, SA/Commissie*.

21. Conclusie A-G Keus onder 2.53 laatste alinea.

22. Conclusie A-G Keus onder 2.53 laatste alinea.

23. CBB 13 december 2012, LJV BX6991, AB 2013, 115 (*Thuiszorg Service Nederland B.V. en Stichting Thuiszorgservice Groningen/Nederlandse Zorgautoriteit*).

dering daarvan om de vroegere toestand te herstellen.<sup>24</sup> Ingeval van een inbreuk op artikel 108 VWEU is het aan de nationale rechterlijke instanties om ervoor te zorgen dat maatregelen getroffen worden die ertoe leiden of ertoe bijdragen dat de mededingingssituatie van voor de uitkering van de desbetreffende staatssteun wordt hersteld. De terugbetaling van de steun heeft als gevolg dat de begunstigde het voordeel verliest dat hij op de markt ten opzichte van zijn concurrenten genoot en dat de toestand van vóór de steunverlening wordt hersteld.<sup>25</sup> Slechts wanneer zich ‘uitzonderlijke omstandigheden’ voordoen, kan het volgens het Hof van Justitie niet aangewezen zijn de terugbetaling van de steun te gelasten.<sup>26</sup> Het valt namelijk niet uit te sluiten dat de ontvanger van onrechtmatig toegekende steun zich kan beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen, en zich bijgevolg tegen de terugbetaling ervan kan verzetten.<sup>27</sup> Ingeval van uitzonderlijke omstandigheden is het aan de nationale rechter om de omstandigheden van het geval te beoordelen.<sup>28</sup>

Uit het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Residex* volgt dat de rechter bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen over kan gaan tot nietigverklaring van de rechtshandeling waarbij staatssteun is verleend. Hiervan uitgaande valt niet in te zien waarom artikel 108 VWEU zich principieel zou verzetten tegen het uitspreken van partiële nietigheid van een rechtshandeling. Volgens de Hoge Raad in rechtsoverweging 4.6.2. heeft het Hof 's-Hertogenbosch terecht overwogen dat een enkele verklaring voor recht dat (verdere) 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 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. Bij onrechtmatige staatssteun vervult de nationale rechter namelijk juist de essentiële rol om ervoor te zorgen dat de mededingingssituatie van voor de uitkering van de betreffende staatssteun wordt hersteld.

In de *Thuiszorgservice*-zaak voor het CBB heeft Thuiszorgservice haar verzoek tijdens de loop van de procedure gewijzigd als gevolg van veranderende omstandigheden. Zij verzocht het CBB het besluit op bezwaar van

de NZa te vernietigen en de NZa op te dragen met inachtneming van de uitspraak een nieuw besluit op bezwaar te nemen. Eveneens volgens de *Residex*-jurisprudentie zou het CBB naar aanleiding van het beroep van Thuiszorgservice bij vaststelling dat de NZa staatssteun heeft verleend, in beginsel gehouden zijn om – nu die steun niet bij de Commissie is aangemeld – terugbetaling van die steun te gelasten, althans zodanige beslissing te nemen dat de toestand van vóór de steunverlening aan de begunstigde wordt hersteld.<sup>29</sup> Het gewijzigde verzoek van Thuiszorgservice strekte er evenwel toe dat aan het normale gevolg van de vaststelling dat sprake is van niet aangemelde staatssteun zou worden ontkomen. Zou het CBB de vraag of sprake is van staatssteun bevestigend beantwoorden, dan zou het op basis van het verzoek van Thuiszorgservice moeten volstaan dat sprake is van verlening van niet aangemelde staatssteun door de NZa, waarbij het vervolgens aan de NZa zou moeten worden overgelaten om te beslissen welke consequentie aan die vaststelling moet worden verbonden: alsnog aannemen bij de Commissie of het nemen van maatregelen tot terugvordering van de verleende steun. Volgens het CBB zou een dergelijke uitspraak – die ertoe zou strekken dat de verlener van ten onrechte niet aangemelde staatssteun het in zijn macht krijgt om het oordeel van de Commissie over de verenigbaarheid daarvan met de interne markt af te wachten en dat de steun tot dat moment ongewijzigd in stand blijft – in strijd zijn met de taak die de nationale rechter en de nationale overheid blijkens de Europese jurisprudentie heeft.<sup>30</sup> Die taak strekt er immers toe om, indien wordt vastgesteld dat sprake is van niet aangemelde staatssteun, effectieve maatregelen te treffen om in afwachting van een eindbeslissing van de Commissie de door de steunverlening veroorzaakte verstoring van de mededinging op te heffen.<sup>31</sup> Bij het nemen van de beslissing zoals door Thuiszorgservice verzocht zou hiervan geen sprake zijn. Evenals het CBB in de *Thuiszorgservice*-zaak oordeelt de Hoge Raad dat de door P1 verzochte enkele verklaring voor recht – in dit geval – niet tot herstel van de mededingingssituatie leidt.

#### Onvoldoende toelichting voor opschorting van de overeenkomst

Ook voor een opschorting van de Overeenkomst is volgens de Hoge Raad, onder verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Keus, geen plaats. Het Hof 's-Hertogenbosch achtte het onvoldoende toegelicht dat de Overeenkomst tot een niet-marktconforme bevoordeling zal kunnen leiden door de voldoening van *goodwill* door de Gemeente ineens bij het einde van de erfpacht van Q-Park, vóórdat de totale duur van die

24. Zie onder meer HvJ EG 8 mei 2003, zaak C-328/99 en C-399/00, *Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie*, r.o. 66; HvJ EU 28 juli 2011, zaak C-403/10, *Mediaset/Commissie*, punt 122; HvJ EU 8 december 2011, zaak C-275/10, *Residex*, r.o. 33-35.

25. CBB 13 december 2012, LJV BX6991, AB 2013, 115, r.o. 5.4 (*Thuiszorg Service Nederland B.V. en Stichting Thuiszorgservice Groningen/Nederlandse Zorgautoriteit*).

26. HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, *SFEI*, r.o. 70; HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89, *Commissie/Duitsland*, r.o. 16; HvJ EG 12 februari 2008, zaak C-199/06, *CELF en Ministre de la Culture et de la Communication/SIDE*, r.o. 42; HvJ EU 8 december 2011, zaak C-275/10, *Residex*, r.o. 35.

27. HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 *Commissie/Duitsland*, r.o. 16; HvJ EG 12 februari 2008, zaak C-199/06, *CELF en ministre de la Culture et de la Communication/SIDE*, r.o. 42.

28. Zie de arresten genoemd in *supra* noot 26.

29. CBB 13 december 2012, LJV BX6991, AB 2013, 115, r.o. 5.5 (*Thuiszorg Service Nederland B.V. en Stichting Thuiszorgservice Groningen / Nederlandse Zorgautoriteit*).

30. Onder meer: HvJ EG 21 oktober 2003, gevoegde zaken C-261/01 en C-262/01, *Van Calster e.a.*, r.o. 75; HvJ EU 8 december 2011, zaak C-275/10, *Residex*, r.o. 33-35 (en aldaar aangehaalde jurisprudentie).

31. CBB 13 december 2012, LJV BX6991, AB 2013, 115, r.o. 5.5 (*Thuiszorg Service Nederland B.V. en Stichting Thuiszorgservice Groningen/Nederlandse Zorgautoriteit*).

overeenkomst is verstreken en de afspraken omtrent de betaling van het additionele bedrag worden uitgevoerd. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft hierbij de vraag onderzocht of aannemelijk is dat voordat de additionele contante vergoeding tot uitkering toekomt, door de uitvoering van de Overeenkomst reeds zoveel extra (en op zichzelf genomen niet-marktconforme voordelen) aan Q-Park zullen toevallen, dat deze voordelen de waarde van de aanspraken op *goodwill* ingevolge de oude overeenkomsten zullen overstijgen. Het Hof 's-Hertogenbosch achtte onvoldoende toegelicht dat reeds de uitvoering van de Overeenkomst, vóórdat betaling van de contante vergoeding aan het einde van de Overeenkomst aan de orde is, voordelen biedt, die niet voorshands tegen de aanspraken van Q-Park op *goodwill*-vergoeding kunnen worden 'weggestreept'.<sup>32</sup> Het Hof 's-Hertogenbosch heeft in tegenstelling tot hetgeen P1 veronderstelt, allerminst uitgesloten dat de Overeenkomst Q-Park buiten de additionele contante vergoeding gelegen en op zichzelf genomen – afgezien van de *goodwill*-vergoeding – niet-marktconforme voordelen biedt, aldus de advocaat-generaal. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft hier bovendien aan toegevoegd dat wanneer uitvoering is gegeven aan de hier genoemde afspraken, dat zou kunnen worden volstaan met partiële nietigheid terzake van alleen die afspraken. Volgens de Hoge Raad is dit oordeel niet onbegrijpelijk en kon het Hof 's-Hertogenbosch zonder schending van enige rechtsregel of motiveringseis komen tot zijn oordeel dat voor opschorting van de Overeenkomst geen plaats is.

158

### Commentaar

De staatssteunrechtelijke relevantie is driedelig en volgt hierin ook de lijn in de Europese jurisprudentie. Voor de bepaling of een maatregel staatssteun inhoudt, zijn de ten tijde van het aangaan van een overeenkomst kenbare marktsituatie en voorzienbare marktontwikkelingen bepalend. Dat de marktomstandigheden in de (nabije) toekomst veranderen, doet niet af aan de vaststelling of een overeenkomst op het moment van sluiten al dan niet staatssteun inhoudt. Bovendien onderstreept de Hoge Raad nogmaals de rol die de nationale rechter speelt ingeval van een inbreuk op artikel 108 VWEU. Waar de Europese Commissie de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt beoordeelt, is het volgens de Hoge Raad aan de nationale rechterlijke instanties om bij een inbreuk op artikel 108 VWEU ervoor te zorgen dat passende maatregelen worden getroffen die ertoe leiden of ertoe bijdragen dat de mededingingssituatie van voor de uitkering van de desbetreffende staatssteun wordt hersteld. Een enkele verklaring voor recht dat de uitvoering van een overeenkomst in verband met staatssteun onrechtmatig is, kan echter niet als passende maatregel worden aangemerkt zonder een daaraan gekoppeld gebod of verbod dat strekt tot herstel van de mededingingssituatie. De Hoge Raad beperkt de toepasselijkheid van deze overweging echter wel door de toevoeging 'in dit verband' in rechts-

overweging 4.6.2. De toekomst zal moeten uitwijzen of een enkele verklaring voor recht in geen enkel geval zal voldoen. Per situatie zal de passendheid van de maatregel moeten worden onderzocht in die zin dat deze de mededingingssituatie van voor de uitkering van de desbetreffende staatssteun herstelt.

32. Conclusie A-G Keus onder 2.79.