

# Toets of geen toets? Is de Haaksbergen-rechtspraak staatssteunproof?

Mr. E.V.A. Henny en mr. J.M. Davidson\*

De Rechtbank Arnhem heeft op 8 december 2009 een uitspraak<sup>1</sup> toegevoegd aan de zogenoemde ‘Haaksbergen-uitsprakenreeks van de Afdeling Bestuursrechtspak van de Raad van State (hierna: Afdeling).<sup>2</sup> Aan de orde in deze zaak was onder meer de vraag of gemeentelijke bijdragen ten behoeve van de bouw en exploitatie van een zwembad kunnen worden gekwalificeerd als onrechtmatige staatssteun,<sup>3</sup> omdat zij niet waren aangemeld conform artikel 108 lid 3 VWEU. Opvallend is de wijze waarop de Rechtbank Arnhem toetst of inderdaad sprake is van staatssteun.

*Rechtbank Arnhem 8 december 2009, AWB 09/1187, 09/1331, 09/1338 en 09/1375, LJN BK6483 (Lingewaard)*

## Inleiding

De aanmeldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU geldt volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie enkel voor verboden maatregelen, dat wil zeggen maatregelen die kunnen worden gekwalificeerd als ‘steun’ in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Hiervoor moet zijn voldaan aan vijf cumulatieve voorwaarden.<sup>4</sup> De Rechtbank Arnhem gaat echter slechts in op twee van de vijf voorwaarden en concludeert, zonder te toetsen of aan de overige drie voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan, dat niet kan worden uitgesloten dat er sprake is van ongeoorloofde staatssteun.<sup>5</sup> Omdat de bouw en exploitatie van de zwembadvoorziening zonder deze steun financieel niet uitvoerbaar zijn, volgt vernietiging van het ruimtelijke-orderingbesluit tot vrijstelling van het bestemmingsplan. De uitspraak van de rechtbank staat niet op zichzelf. Ook de Afdeling laat in dit soort zaken dikwijls na te toetsen of aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan. Reden hiervoor is dat eventuele strijd met artikel 108 lid 3 VWEU vanwege de specifieke wettelijke context van ruimtelijke-orderingbesluiten (RO-besluiten) veelal kan worden ondervangen, doordat de financiële uitvoerbaarheid voldoende op andere wijze is gewaarborgd. Maar de vraag rijst of de onvolledige toetsing aan de vereisten van artikel 107 lid 1 VWEU in lijn is met het Gemeenschapsrecht wanneer het, zoals in het onderhavige geval, uiteindelijk leidt tot vernietiging van het besluit.

135

\* Mr. E.V.A. Henny is advocaat bij Allen & Overy. Mr. J.M. Davidson is advocaat bij Allen & Overy.

1. Rechtbank Arnhem 8 december 2009, AWB 09/1187, 09/1331, 09/1338 en 09/1375, LJN BK6483 (Lingewaard).
2. Specifiek aan deze lijn van uitspraken is dat eisers vernietiging vorderen van een besluit in de sfeer van de ruimtelijke ordening, omdat de financiering ervan geschiedt met niet aangemelde staatssteun. Wanneer steun in strijd met art. 108 lid 3 VWEU niet is aangemeld, is niet zeker of de Commissie deze op grond van art. 107 lid 3 VWEU verenigbaar met de gemeenschappelijke markt zal verklaren. Indien er niet voldoende alternatieve financiële middelen, niet zijnde steunmaatregelen, voorhanden zijn, is de vereiste financiële uitvoerbaarheid van een RO-besluit niet voldoende zeker en moet het besluit worden vernietigd. Strijd met de aanmeldingsplicht van art. 108 lid 3 VWEU kan in deze gevallen dus indirect leiden tot vernietiging van een besluit.
3. Volgens eisers moesten de bijdragen worden aangemerkt als ‘ongeoorloofde staatssteun als bedoeld in art. 107 lid 1 VWEU in samenhang met art. 108 lid 3 VWEU’. Verwarrend is dat eisers de term ‘ongeoorloofde staatssteun’ gebruiken, terwijl uit de context is af te leiden dat zij ‘onrechtmatige staatssteun’ bedoelen. De term *ongeoorloofde* staatssteun wordt veelal gebruikt om aan te duiden dat de steun niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, waarover enkel de Commissie (en niet de nationale rechter) bevoegd is te oordelen. Vreemd genoeg verwijzen eisers ter onderbouwing van de stelling dat sprake is van ongeoorloofde staatssteun naar art. 108 lid 3 VWEU, waarin de aanmeldingsplicht en *standstill*verplichting zijn opgenomen. Wanneer steun is verleend in strijd met een van deze verplichtingen spreekt men van *onrechtmatige* staatssteun en niet van ongeoorloofde staatssteun.

4. Bij een steunmaatregel moet het gaan om (1) een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd, (2) die de begunstigde een voordeel verschaft en die (3) het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en (4) die de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en (5) slechts ten goede komt aan *bepaalde* ondernemingen (het zogenoemde vereiste van selectiviteit/specificiteit).
5. Verwarrend is dat ook de Rechtbank de term ‘ongeoorloofde staatssteun’ zowel gebruikt om aan te duiden dat steun niet verenigbaar is als om aan te geven dat steun niet is aangemeld.

Het zou immers heel goed kunnen dat toetsing aan de andere vereisten tot de conclusie zou moeten leiden dat geen sprake is van een steunmaatregel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Er zou dan ook geen schending van de notificatieplicht zijn en dus ook geen reden tot vernietiging van het besluit op die grond.

De vraag hoe moet worden getoetst vormt onderdeel van een langlopende discussie over de reikwijdte van de aanmeldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU en de wijze waarop de nationale rechter moet vaststellen of deze plicht al dan niet is geschonden. Bestaat bijvoorbeeld enkel een meldingsplicht, wanneer een maatregel aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 voldoet? En is de nationale rechter verplicht om bij toepassing van artikel 108 lid 3 VWEU de maatregel aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU te toetsen? Het communautaire staatssteunregime en de inmiddels uitgebreide jurisprudentie van het Hof duiden erop dat beide vragen positief moeten worden beantwoord. De uitspraak van de Rechtbank Arnhem en de aanpak van de Afdeling in 'Haaksbergen'-situaties lijken echter uit te gaan van een andere interpretatie.

Aanleiding dus voor een bespreking van de houdbaarheid van de 'Haaksbergen'-rechtspraak, in het licht van het communautaire staatssteunregime. Om te beginnen geven wij commentaar op de uitspraak van de Rechtbank Arnhem in het licht van de specifieke wettelijke context van RO-besluiten en beschrijven wij de wijze waarop de Afdeling in vergelijkbare situaties omgaat met een beroep op artikel 108 lid 3 VWEU. Vervolgens zetten wij uiteen in hoeverre de nationale rechter op grond van het communautaire recht gehouden is om in geval van een beroep op artikel 108 lid 3 VWEU – al dan niet expliciet – aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU te toetsen. Tot slot bespreken wij de verenigbaarheid van de summiere toets van de bestuursrechter in 'Haaksbergen'-situaties.<sup>6</sup>

## De uitspraak

Voorwerp van de procedure bij de Rechtbank Arnhem is een besluit van het college van B&W van de gemeente Lingewaard waarbij toestemming was verleend voor de bouw van een nieuwe zwemvoorziening met fitnessruimte. Aangezien het bestemmingsplan niet voorzag in een sportgebouw op de beoogde plek, moest naast een bouwvergunning ook vrijstelling van het bestemmingsplan

6. Als kanttekening merken wij op dat de Afdeling in gevallen waar de uitvoerbaarheid van het voorliggende RO-besluit voldoende wordt ondersteund door alternatieve financieringsbronnen, niet zijnde steunmaatregelen, vaak niet ingaat op de vraag of de aanmeldings- of *standstill*verplichting wordt geschonden en derhalve ook niet ingaat op de vraag of er sprake is van staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU. Het reikt te ver om in deze noot in te gaan op de vraag of de bestuursrechter op grond van het EU-recht gehouden is om ook in de gevallen waarin de uitvoerbaarheid van het voorliggende RO-besluit voldoende wordt ondersteund door alternatieve financieringsbronnen zelfstandig te toetsen of sprake is van strijd met art. 108 lid 3 VWEU en zo ja, daaraan gepaste consequenties te verbinden. Deze vraag vergt verder onderzoek en vormt voldoende stof voor een nieuwe artikel.

worden verleend.<sup>7</sup> Op grond van de ruimtelijke ordeningswetgeving dient een (vrijstelling van een) bestemmingsplan te zijn voorzien van een goede ruimtelijke onderbouwing. Hierbij moet zorgvuldig onderzoek plaatsvinden naar de (financiële) uitvoerbaarheid van een plan.<sup>8</sup> In het geval van het zwembad te Lingewaard bestond die financiële onderbouwing onder meer uit een eenmalige investeringsbijdrage van 3,2 miljoen euro en een jaarlijkse exploitatiebijdrage van 130.000 euro. Eiseressen in de procedure betoogden dat het project niet economisch uitvoerbaar was, omdat de investeringsbijdragen als ongeoorloofde staatssteun moesten worden aangemerkt en oneerlijke concurrentie opleverden.

Bij haar beoordeling of er sprake is van ongeoorloofde (onrechtmatige) staatssteun overweegt de rechtbank dat het feit dat de bouw en exploitatie van het zwembad zijn aanbesteed, niet per definitie betekent dat geen sprake is van staatssteun. Volgens de Rechtbank is de jaarlijkse exploitatiebijdrage geen marktconforme bijdrage, omdat deze een nadelig effect zou (kunnen) hebben op de concurrentiepositie van andere aanbieders op de markt voor zwembaden en fitness, die geen bijdrage ontvangen. De rechtbank is er, mede gelet op de omvang van de gemeentelijke bijdragen, niet van overtuigd dat *bij voorbaat* kan worden aangenomen dat ongeoorloofde staatssteun niet aanwezig is. Het college van B&W had, om definitief uitsluitel te krijgen, de maatregel derhalve moeten aanmelden bij de Europese Commissie (hierna: Commissie). Aangezien dat niet is gedaan, terwijl vaststaat dat de bijdragen nodig zijn om de exploitatie van het zwembad rendabel te maken en daarmee de uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan te garanderen, ontbreekt een goede financiële onderbouwing.<sup>9</sup> De rechtbank vernietigt dan ook het besluit.

## De specifieke wettelijke context

Zoals gezegd hoort de onderhavige uitspraak thuis in het rijtje van de 'Haaksbergen'-jurisprudentie van de Afdeling. Specifiek aan deze lijn van rechtspraak is dat strijd met de aanmeldingsplicht niet wordt ingeroepen tegen het besluit tot vaststelling van de steun zelf, maar tegen een (wijziging van een) bestemmingsplan dat met deze steun is gefinancierd. De toets of sprake is van strijd met artikel 108 lid 3 VWEU vindt daarmee plaats binnen het wettelijk kader dat van toepassing is op bestemmingsplannen. Eventuele strijd met de aanmeldingsplicht fungeert dus

7. Het college van B&W heeft de vrijstelling verleend krachtens een delegatiebesluit in de zin van art. 19 lid 1 Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO).

8. Zie art. 19 WRO (ruimtelijke onderbouwing) juncto art. 3.1.6 lid 1 sub f Besluit Ruimtelijke Ordening (BRO) (onderzoek naar uitvoerbaarheid). Ten tijde van het besluit in de onderhavige zaak was het oude Besluit Ruimtelijke Ordening 1985 (BRO 1985) nog van toepassing. In art. 9 lid 2 BRO 1985 bestond eenzelfde verplichting tot een gedegen onderzoek naar de uitvoerbaarheid van het plan.

9. De Rechtbank spreekt van een onzorgvuldige voorbereiding en ondeugdelijke motivering in strijd met art. 3:2 en 7:12 lid 1 Awb.

enkel als zelfstandige toetsingsmaatstaf voor de rechtmatigheid van het RO-besluit.

Bij de voorbereiding van besluiten tot vaststelling of wijziging van een bestemmingsplan moet het betreffende overheidsorgaan onderzoek doen naar de financiële of economische uitvoerbaarheid daarvan.<sup>10</sup> Indien een plan (mede) wordt gefinancierd door middel van onterecht niet aangemelde – en daarmee potentieel ongeoorloofde – steun, rijst de vraag of aan de eis van financiële uitvoerbaarheid is voldaan. Er bestaat immers een mogelijkheid dat de Commissie tot de conclusie komt dat de steun niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, in welk geval de Nederlandse overheid verplicht zou zijn de steun terug te vorderen. Met andere woorden: als de aanmeldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU is geschonden, is de steun – en daarmee de financiële uitvoerbaarheid van het plan – niet zeker.

Volgens de Afdeling moet in dergelijke gevallen daarom worden nagegaan in hoeverre de financiële uitvoerbaarheid van het onderliggende project afhankelijk is van de steun. Hierbij geldt als maatstaf dat het plan ook zonder de steun moet kunnen worden uitgevoerd. Wanneer niet afdoende kan worden aangetoond dat voldoende alternatieve financiële middelen, niet zijnde steunmaatregelen, voorhanden zijn, volgt dus vernietiging van het besluit. Grondslag hiervoor is veelal (een combinatie van) strijd met de bij het voorbereiden van een besluit te betrachten zorgvuldigheid in de zin van artikel 3:2 Awb<sup>11</sup> en het ontbreken van een deugdelijke motivering,<sup>12</sup> of simpelweg strijd met het Besluit Ruimtelijke Ordening.<sup>13</sup> Slechts in een enkel geval heeft de Afdeling overwogen dat het bestemmingsplan rechtstreeks in strijd was met artikel 108 lid 3 VWEU en het besluit op deze grond vernietigd.<sup>14</sup>

## De toets door de Rechtbank Arnhem

In het onderhavige geval hebben eisers zich expliciet zowel op artikel 107 lid 1 als op artikel 108 lid 3 VWEU beroepen. Ook de rechtbank verwijst naar beide bepalingen om vervolgens *vast te stellen* dat de aanmeldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU is geschonden. Wat de rechtbank echter niet doet, is concreet nagaan of de gemeentelijke bijdragen aan *alle* in artikel 107 lid 1 vervatte voorwaarden voldoen en daarmee inderdaad als steunmaatregelen kunnen worden gekwalificeerd in de zin van 107 lid 1 VWEU. Ter onderbouwing van de stelling dat de maatregel had moeten worden aangemeld, volstaat de rechtbank met de constatering dat de bijdragen *mogelijk* niet marktconform zijn. Denkbaar is volgens de rechtbank

immers dat aanbieders op de markt voor zwembaden en fitness die geen exploitatiebijdrage krijgen, in een nadeliger concurrentiepositie komen te verkeren.

De rechtbank baseert de aanmeldingsplicht daarmee in feite op slechts twee van de vijf vereisten van artikel 107 lid 1 VWEU, namelijk: of de maatregel een voordeel oplevert en of de maatregel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen. Bovendien is de interpretatie van de rechtbank van deze twee voorwaarden niet conform het gemeenschapsrecht en de praktijk van de Commissie. In de eerste plaats gaat de rechtbank in op marktconformiteit van de gemeentelijke bijdragen. Gewoonlijk wordt dit getoetst door na te gaan of een maatregel een financieel *voordeel* verschaft die hij onder normale marktomstandigheden niet had gehad (het zogenoemde *market economy investor principle*). Om het bestaan van een dergelijk voordeel te onderbouwen, wijst de rechter echter op de mogelijk nadeligere concurrentiepositie van concurrenten. Dit is echter geen bewijs van een *voordeel*; het is eerder een indicatie van (dreigende) mededingingsvervalsing – hetgeen een apart vereiste is.

Dat de rechtbank heeft nagelaten de bijdragen te toetsen aan de overige drie voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU, staat niet alleen op gespannen voet met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG (hierna: Hof van Justitie),<sup>15</sup> maar is tegen de achtergrond van de feiten van de zaak ook onbegrijpelijk. Met name is wonderlijk dat de rechtbank niet ingaat op de vraag of de interstatelijke handel ongunstig is beïnvloed, omdat gezien de kleinschaligheid en lokale aard van het project niet voor de hand lag dat aan deze voorwaarde was voldaan. De gemeentelijke bijdragen ten behoeve van de bouw en exploitatie van het zwembad te Lingewaard, een plaats met minder dan 50.000 inwoners, gelden als een relatief lage hoeveelheid steun ten behoeve van een kleinschalig en lokaal project. Het ligt daarom in de rede dat de rechtbank de effecten van de maatregel op de interstatelijke handel zou hebben onderzocht.

Uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie in vergelijkbare gevallen volgt dat een maatregel enkel kan worden gekwalificeerd als staatssteun als deze op zijn minst *potentieel* in staat is de interstatelijke handel te beïnvloeden. Wanneer steun wordt verleend ten behoeve van diensten die op een vaste locatie worden verricht (zoals in casu het exploiteren van een zwembad), moet bij de analyse van het (potentiële) effect op de interstatelijke handel volgens de Commissie worden onderzocht in hoeverre de vraag (dat wil zeggen de bezoekers of andere exploitanten van dergelijke accommodaties) afkomstig is uit het buitenland. Tevens kunnen ook andere factoren een rol spelen, zoals doelgroep, afstand tot de grens, internationale bekendheid en de (lokale) aard van de sponsors van een project.<sup>16</sup>

10. Zie art. 3.1.6 lid 1 sub f van het BRO, voorheen art. 9 lid 2 BRO 1985.

11. ABRvS 17 december 2003, zaaknr. 200202737/1 (*Martinihal*); ABRvS 6 mei 2004, zaaknr. 200303711/1 (*Haaksbergen*).

12. ABRvS 26 september 2007, zaaknr. 200604298/1 (*de Zwaaiikom*).

13. ABRvS 10 juni 2009, zaaknr. 200808122/1/R3 (*Winkelcentrum Leens*).

14. Zie de uitspraak *Vliegveld Eelde*, die hierna nader zal worden besproken.

15. De rechtspraak van het Hof van Justitie zal verderop in deze bijdrage worden besproken.

16. Besluit van 12 januari 2001 in zaak nr. N 580/00 Duitsland (*Freizeitbad Dorsten*); besluit van 20 december 2006 in zaak nr. N 497/2006 Tsjechië (*Přerov Municipal Hall*); en besluit van 28 november 2007 in zaak nr. N 377/2007 Nederland (*Steun voor Bataviawerf*).

Zo concludeerde de Commissie ten aanzien van een zwembad in Dorsten, Duitsland, dat er geen effect op de interstatelijke handel was, aangezien 90 procent van de bezoekers uit de plaats Dorsten zelf afkomstig was en de overige 10 procent binnen een straal van 50 km woonachtig was, terwijl Dorsten op meer dan 50 km van de grens was gelegen.<sup>17</sup> In dit kader werd ook overwogen dat een zwembad van een klein kaliber en met een zodanig lokale doelgroep is te onderscheiden van bijvoorbeeld grote pretparken, die op een nationale, wellicht internationale, markt opereren. In een Tsjechische zaak over de bouw van een gemeentelijke hal werd een vergelijkbare analyse uitgevoerd. Daarbij werd rekening gehouden met het feit dat de hal geen internationaal publiek beoogde te trekken en zich op 60 tot 70 km afstand van de grens bevond. Tot slot kwam de Commissie ook in een recente Nederlandse zaak inzake de Bataviawerf in Lelystad tot de conclusie dat er geen sprake was van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, omdat de interstatelijke handel niet werd, of kon worden beïnvloed. Ongeveer 75-85 procent van de bezoekers van de werf bleek uit een straal van 75 km om Lelystad te komen. De Commissie overwoog dat het bovendien zeer onwaarschijnlijk was dat toeristen naar Nederland zouden reizen enkel om de Bataviawerf te bezoeken.

Gelet op voornoemde zaken is in het onderhavige geval niet uit te sluiten dat geen sprake is van (potentiële) invloed op de interstatelijke handel. Wij merken daarbij nog wel op dat hoewel de feiten van de zaak qua object en schaal vergelijkbaar zijn met de zaak *Dorsten*, de afstand tot de grens aanzienlijk kleiner is. De gemeente Lingewaard is namelijk op minder dan 25 km van de Duitse grens gelegen. Aan de andere kant geldt vermoedelijk ook hier dat het zwembad een lokale functie beoogt te vervullen, waarbij hoogstens mensen uit omliggende dorpen tot de doelgroep behoren. Het feit dat de stad Nijmegen, waar zich meerdere grotere zwembaden bevinden, tussen Lingewaard en Duitsland in ligt, maakt het ook minder waarschijnlijk dat mensen naar Nederland reizen, enkel met als doel het zwembad in Lingewaard te bezoeken.

Naar onze mening had de bestuursrechter, op grond van zijn onderzoeksplicht, moeten onderbouwen waarom de gemeentelijke bijdragen effect sorteerden op de interstatelijke handel, alvorens te kunnen concluderen dat er mogelijk sprake was van staatssteun. Indachtig de feiten van onderhavige zaak en de beschikkingenpraktijk van de Commissie valt niet uit te sluiten dat de Rechtbank Arnhem, bij een volledige toets aan alle voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU, tot de conclusie zou zijn gekomen dat niet aan het interstatelijke handelsvereiste was voldaan. Aangezien dan ook niet geoordeeld zo kunnen worden dat sprake is van onrechtmatige staatssteun, zou de financiële uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan voldoende zijn gewaarborgd en het beroep om deze reden niet gegrond zijn verklaard. De zaak *Lingewaard* krijgt nog een kans nu partijen in beroep bij de Afdeling zijn gegaan.

17. Besluit van 12 januari 2001 in zaak nr. N 580/00 Duitsland (*Freizeitbad Dorsten*).

## De praktijk van de Afdeling

De toets van de Rechtbank Arnhem aan slechts enkele van de vereisten van artikel 107 lid 1 VWEU is in lijn met de vaste rechtspraak van de Afdeling in vergelijkbare zaken. De specifieke wettelijke context heeft een grote invloed voor de wijze waarop in dit soort zaken aan artikel 107 lid 1 VWEU wordt getoetst. Daarbij moet allereerst een onderscheid worden gemaakt tussen de gevallen waarin het besluit in stand wordt gelaten en de gevallen waarin het besluit wordt vernietigd.

In de overgrote meerderheid van de gevallen komt de Afdeling tot de conclusie dat de uitvoerbaarheid van het voorliggende RO-besluit voldoende wordt ondersteund door alternatieve financieringsbronnen, niet zijnde steunmaatregelen. In deze gevallen komt de Afdeling simpelweg niet toe aan de vraag of de aanmeldingsplicht daadwerkelijk is geschonden. De beweerde steunmaatregel hoeft dus ook niet te worden getoetst aan de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU.<sup>18</sup>

Wanneer verweerders gemotiveerd aanvoeren dat aan één of meer voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU niet is voldaan, gaat de Afdeling overigens wel in op de vraag of is voldaan aan de door verweerder betwiste voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU. Een toets aan de overige voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU blijft in deze gevallen echter achterwege. Veelal oordeelt de Afdeling namelijk dat reeds op basis van hetgeen door verweerders is aangevoerd 'niet aannemelijk is dat sprake is van staatssteun'. Zo laat de Afdeling in het midden aan welke voorwaarde van artikel 107 lid 1 VWEU niet is voldaan. Een definitieve kwalificatie van de maatregel is volgens de Afdeling niet nodig, omdat de financiële uitvoerbaarheid voldoende op andere wijze wordt gegarandeerd.<sup>19</sup>

Dit ligt anders wanneer niet gesteld of aannemelijk is gemaakt dat de uitvoerbaarheid van het plan ook zonder de vermeende steunmaatregel gegarandeerd is. Zo oordeelde de Afdeling in *Belthure Park*<sup>20</sup> dat wel degelijk moest worden beoordeeld of de betreffende maatregel aanleiding gaf voor het vermoeden van een verboden steunmaatregel in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. De toets van de Afdeling in deze zaak bleef overigens beperkt tot hetgeen door appellanten was aangevoerd. Omdat bleek dat de maatregel marktconform was en de betwisting daarvan het enige punt was waarop appellanten hun beroep op artikel 107 lid 1 VWEU hadden gebaseerd, zag

18. Dit blijkt onder meer uit ABRvS 21 april 2004, zaaknr. 200307666/1 (*AZ stadion*); ABRvS 13 april 2005, zaaknr. 200407291/1 (*Doorwerth*); ABRvS 18 juli 2007, zaaknr. 200607648/1 (*Wassenaarse bouwstichting*); en ABRvS 21 oktober 2009, zaaknr. 200809198/1/R2 (*Waaalsdorperlaan Wassenaar*).

19. Zie onder meer ABRvS 26 juli 2006, zaaknr. 200507407/1 (*Rijswijkseplein*); ABRvS 6 september 2006, zaaknr. 200602477/1 (*Bouwvergunning Gouda*); ABRvS 9 augustus 2006, zaaknr. 200506368/1 (*Zorgcentrum Hintham*); ABRvS 25 april 2007, zaaknr. 200700989/2 (*Inbreiding Riethoven*); ABRvS 7 november 2007, zaaknr. 2006067726/1 (*Olst-centrum*); ABRvS 14 november 2007, zaaknr. 200605362/1 (*Bedrijventerrein Westpoort Groningen*); en ABRvS 16 januari 2008, zaaknr. 200700989/1 (*Riethoven*).

20. ABRvS 7 oktober 2009, zaaknr. 200805248/1/R1 (*Belthure Park*), punt 2.16.2.



de Afdeling geen aanleiding het beroep gegrond te verklaren.

In de gevallen waarin de Afdeling overgaat tot vernietiging van het besluit, blijft de toets van de Afdeling veelal ook beperkt tot hetgeen door partijen is aangevoerd. Zo ging de Afdeling in de zaak *Martinihal* enkel in op het effect op de interstatelijke handel en een tweetal formele vereisten van de vrijstellingsregeling van Verordening (EG) nr. 70/2001.<sup>21</sup> In de recentere zaken *De Zwaaiikom* en *Winkelcentrum Leens*, ging de Afdeling na of de vereiste taxatie in de zin van de Mededeling inzake steun voor grond had plaatsgevonden.<sup>22</sup>

Los van de vraag of deze toets voldoende is om te kunnen vaststellen of sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU<sup>23</sup> staat voorop dat de Afdeling niet toekomt aan een duidelijke kwalificatie van de maatregel. In al deze zaken is de conclusie van de Afdeling dat ‘niet kan worden uitgesloten’ dat sprake is van meldingsplichtige staatssteun. De Afdeling stelt bij het vernietigen van het RO-besluit in het merendeel van de gevallen dus niet onomwonden vast dat de aanmeldingsplicht is geschonden of dat er sprake is van onrechtmatige steun; er vindt ook geen toets plaats aan artikel 108 lid 3 VWEU. De Afdeling kijkt enkel naar de eventuele gevolgen die een eventuele terugvordering van de steun zou kunnen hebben voor de financiële uitvoerbaarheid van het RO-besluit. Het maakt niet uit of de bestuursrechter nu een (sterk) vermoeden heeft, het niet uitgesloten acht, of onomwonden vaststelt dat sprake is van een steunmaatregel. Het *vermoeden* dat er sprake *kan* zijn van staatssteun lijkt voldoende voor de Afdeling om een RO-besluit te vernietigen.

Anders ligt dit in de zaak *Haaksbergen*, waaraan deze lijn van jurisprudentie haar naam te danken heeft.<sup>24</sup> De Afdeling verrichtte hier weliswaar geen expliciete toets aan de in artikel 107 lid 1 VWEU genoemde voorwaarden, maar uit de uitspraak blijkt wel dat ten tijde van de verlening van de vermeende steunmaatregel, ‘bekend’ was dat aanmelding hiervan nodig was.

De belangrijkste uitzondering op de doorgaans onvolledige toets aan de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU en de indirecte toets aan artikel 108 lid 3 VWEU is de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Vliegveld Eelde*.<sup>25</sup> In deze zaak heeft de Afdeling expliciet rekening gehouden met alle voorwaarden van het communautaire staatssteunbegrip. Verweerders hadden ten stelligste betwist dat sprake was van een onderneming in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. De uitspraak ging echter verder dan het

verplicht gemotiveerd weerleggen van dit punt van beroep. Allereerst besloot de Afdeling advies in te winnen bij de Commissie over de vraag of de betreffende maatregel voldeed aan de in artikel 107 lid 1 VWEU vervatte voorwaarden. Ten tweede signaleerde de Afdeling, na vast te hebben gesteld dat volgens haar wel degelijk sprake was van een onderneming, dat niet in geschil was dat aan alle overige vereisten van artikel 107 lid 1 VWEU was voldaan en dat *derhalve* sprake was van strijd met artikel 108 lid 3 VWEU.<sup>26</sup> Ten derde besloot de Afdeling de onderliggende RO-besluiten rechtstreeks te vernietigen op grond van strijd met artikel 108 lid 3 VWEU en niet zoals in eerdere zaken op grond van strijd met de Awb of het BRO. Om meerdere redenen was de uitspraak in *Vliegveld Eelde* dus bijzonder. Aangezien de Afdeling in recentere uitspraken weer lijkt terug te vallen op de summier toets in lijn met het gros van de *Haaksbergen*-jurisprudentie, zullen wij ons in dit artikel richten op de verenigbaarheid van die lijn van uitspraken.

## De aanmeldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU- Welke toets?

Zoals in de inleiding al aangestipt, menen wij dat de wijze waarop de rechter in voornoemde procedures de maatregelen toetst aan artikel 108 lid 3 VWEU, niet conform het gemeenschapsrecht geschiedt. Waarom eigenlijk niet? Ter beantwoording van deze vraag is het noodzakelijk eerst de reikwijdte van de aanmeldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU te bespreken.

Volgens de eerste zin van artikel 108 lid 3 VWEU wordt de Commissie ‘van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken’. Deze aanmeldingsplicht is verder uitgewerkt in artikel 2 van Verordening (EG) nr. 659/1999, op grond waarvan ‘elk voornemen om nieuwe steun te verlenen tijdig door de betrokken lidstaat bij de Commissie [wordt] aangemeld’. Op grond van de tekst van deze artikelen geldt de aanmeldingsplicht derhalve voor respectievelijk ‘steunmaatregelen’ en ‘steun’. Artikel 1 sub a van Verordening (EG) nr. 659/1999 definieert ‘steun’ als elke maatregel die aan alle in artikel 107 lid 1 VWEU vervatte voorwaarden voldoet. Dit alles wijst erop dat de aanmeldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU enkel geldt voor steunmaatregelen in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.

Toch is er in de literatuur, maar ook op het niveau van de nationale overheid en de Commissie, lange tijd discussie geweest over de vraag of de aanmeldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU enkel geldt voor maatregelen die aan alle in artikel 107 lid 1 VWEU genoemde voorwaarden voldoen. Oorzaak hiervan is voor een deel de wijze waarop het gemeenschapsrecht in het nationale recht doorwerkt. Uit het beginsel van rechtstreekse werking in samenhang met het beginsel van loyale samenwerking vloeit voort dat

21. ABRvS 17 december 2003, zaaknr. 200202737/1 (*Martinihal*).

22. ABRvS 10 juni 2009, zaaknr. 200808122/1/R3 (*Winkelcentrum Leens*); ABRvS 26 september 2007, zaaknr. 200604298/1 (*De Zwaaiikom*). In de *Zwaaiikom* werd ook overwogen dat aan het vereiste van staatsmiddelen was voldaan.

23. Ten aanzien van *De Zwaaiikom* en *Winkelcentrum Leens* geldt dat, wanneer niet is voldaan aan de voorwaarden van de Mededeling inzake steun voor grond, er sprake zal zijn van steun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU.

24. ABRvS 6 mei 2004, zaaknr. 200303711/1 (*Haaksbergen*).

25. ABRvS 11 juni 2008, zaaknr. 200603116/1 (*Vliegveld Eelde*); voor een uitgebreide bespreking van deze zaak wordt verwezen naar de noot van Nienke Saanen in *NTER* 2008, p.356-362 (*Vliegveld Eelde: een baanverlenging op de lange baan geschoven*).

26. Zie r.o. 2.21.4.3 en 2.21.4.5 *Vliegveld Eelde*.

communautaire bepalingen die duidelijk en onvoorwaardelijk zijn, rechtstreeks door de nationale rechter moeten worden toegepast. De in artikel 108 lid 3, laatste zin, VWEU vervatte procedurele verplichting voor lidstaten om steunmaatregelen pas te implementeren nadat de Commissie ze verenigbaar met de gemeenschappelijke markt heeft verklaard (de zogenoemde *standstill* verplichting) voldoet aan deze eisen en heeft rechtstreekse werking. Zo is de bestuursrechter verplicht na te gaan of de lidstaat aan haar *standstill* verplichting heeft voldaan waarbij tegelijkertijd moet worden beoordeeld of aan de in artikel 108 lid 3, eerste zin VWEU vervatte aanmeldingsplicht is voldaan. Voor artikel 107 VWEU, dat materiele rechtelijke bepalingen bevat voor de toepassing van de vraag of de steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, geldt een dergelijke rechtstreekse werking niet. Zoals reeds opgemerkt is de reikwijdte van de aanmeldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU echter afhankelijk van welke benadering wordt gekozen ten aanzien van het begrip ‘steunmaatregel’. Er bestaan twee benaderingen.

De eerste benadering pleit voor een ruimere aanmeldingsplicht. In dat kader zou een maatregel al moeten worden aangemeld zodra vaststaat dat voldaan is aan de vereisten overheidsmiddelen, voordeel en selectiviteit. Argument hiervoor is dat aanmelden in die gevallen de meest veilige weg is, nu vrij snel wordt aangenomen dat is voldaan aan de vereisten mededingingsvervalsing en ongunstige beïnvloeding van de interstatelijke handel.<sup>27</sup> Bovendien zouden deze twee vereisten van communautaire aard zijn waardoor alleen de Commissie bevoegd en in staat zou zijn om te beoordelen of aan deze vereisten is voldaan.<sup>28</sup> Deze ruime en lichtere benadering werd in de jaren tachtig overigens ook gedeeld door de Commissie die van mening was dat er ook een meldingsplicht bestond wanneer de maatregel niet aan alle vereisten van artikel 107 lid 1 voldeed.<sup>29</sup> Bij twijfel melden was de insteek. Binnen de Nederlandse overheid is lange tijd dan ook de heersende opvatting geweest dat bij twijfel of er sprake was van staatssteun, moest worden gemeld.<sup>30</sup>

De tweede benadering pleit voor een beperkte uitleg van de aanmeldingsplicht. Als uitgangspunt geldt dat aan alle vereisten van artikel 107 lid 1 VWEU moet zijn voldaan, wil er sprake zijn van een aanmeldingsplicht onder artikel 108 lid 3 VWEU. Hieruit vloeit logischerwijs voort dat een nationale rechter ter beantwoording van de vraag of er sprake is van onrechtmatig steun, moet nagaan of de

betreffende maatregel ook voldoet aan de vijf cumulatieve vereisten van artikel 107 lid 1 VWEU. Volgens deze benadering is ook de nationale rechter dus bevoegd om te oordelen of is voldaan aan de vereisten mededingingsvervalsing en ongunstige beïnvloeding van de interstatelijke handel. Waarom zou de nationale overheid immers beter in staat zijn om te beoordelen of is voldaan aan de vereisten overheidsmiddelen, voordeel en selectiviteit, dan aan de vereisten van mededingingsvervalsing en ongunstige beïnvloeding van de interstatelijke handel? – aldus de aanhangers van deze visie.<sup>31</sup>

De laatstgenoemde benadering lijkt ons ook de meest logische. Immers, waarom zouden er twee verschillende maatstaven bestaan voor de vraag of een maatregel moet worden gemeld en voor de vraag of er wel daadwerkelijk sprake is van een steunmaatregel? Dit zou leiden tot onnodige kunstgrepen terwijl de toepassing van deze bepalingen voor een nationale rechter al allerminst eenvoudig is. Stel bijvoorbeeld dat een maatregel aan de drie eerste vereisten voldoet. Dan zal een rechter overwegen dat gemeld had moeten worden, hetgeen in afwezigheid van alternatieve financieringsbronnen kan leiden tot vernietiging van een RO-besluit. Maar stel dat de Commissie meent dat er uiteindelijk niet is voldaan aan de vervalsing van de mededinging en dus dat geen sprake is van staatssteun, dan was de financiële uitvoerbaarheid van het RO-besluit achteraf bezien toch niet in gevaar geweest.

Een ruimere interpretatie van de meldingsplicht brengt dan ook rechtsonzekerheid met zich en kan tot gevolg hebben dat maatregelen die wellicht aan het einde van de rit niet kwalificeren als staatssteun toch als dusdanig worden beschouwd in het kader van de rechterlijke toetsing van RO-besluiten. Dit heeft vergaande consequenties voor de projecten die voorwerp van een RO-besluit zijn en door middel van een dergelijke maatregel worden gefinancierd.

De vele onduidelijkheden over de reikwijdte van de aanmeldingsplicht hebben als gevolg van prejudiciële vragen geleid tot uitgebreide rechtspraak van het Hof van Justitie. Deze heeft de tweede, beperkte, benadering bevestigd. In verschillende uitspraken is geoordeeld dat om te bepalen of een steunmaatregel is ingevoerd in strijd met artikel 108 lid 3 VWEU, een nationale rechter zich genoodzaakt kan zien het begrip ‘steunmaatregel’ van 107 lid 1 VWEU uit te leggen.<sup>32</sup> In de zaken *Namur* en *Xunta* oordeelde het Hof van Justitie zelfs dat de nationale rechter het begrip ‘steunmaatregel’ als bedoeld in artikel 107 lid 1 VWEU moet uitleggen en toepassen om uit te maken of een overheidsmaatregel die niet is aangemeld onrechtmatig is.<sup>33</sup> Er is dan ook meerdere malen bevestigd dat de aanmeldings-

27. Zie B. Hessel en A. Neven, *Staatssteunrecht en EG-recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 25 en 26.

28. Zie B.J. Drijber, *Enkele tendensen in het staatssteunrecht*, M&M 2004, p. 272-282, met verwijzing naar B. Hessel en A. Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Deventer: Kluwer 2001 en diverse publicaties in de *Gemeentestem*.

29. Mededeling van de Commissie over *illegally granted aid*, 1983, C318/3. Mededingingsrecht in de Europese Gemeenschappen, Deel IIA, regels van toepassing op staatssteun, Brussel-Luxemburg, 1995, p. 27.

30. Zie *Informatiewijzer staatssteun voor de decentrale overheden*, p. 15. Deze Informatiewijzer is een uitgave van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en het Kenniscentrum Europa decentraal. Deze publicatie is onder meer te downloaden via de volgende websites: <www.minbzk.nl/staatssteun> of <www.europadecentraal.nl>.

31. Zie B.J. Drijber, ‘Enkele tendensen in het staatssteunrecht’, M&M 2004, p. 272-282.

32. HvJ EG 5 oktober 2006, zaak C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, Jur. 2006, p. I-9957, punt 39; HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-345/02, *Pearle*, Jur. 2004, p. I-7139, punt 31; HvJ EG 22 maart 1977, zaak 78/76, *Steinike & Weinlig*, Jur. 1977 p. 595, punt 14; HvJ EG 30 november 1993, zaak C-189/91, *Kirsammer-Hack/Sidal*, Jur. 1993, p. I-6185, punt 14; HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, *SFEI*, Jur. 1996, p. I-3547, punt 49.

33. HvJ EG 9 augustus 1994, zaak C-44/93, *Namur/België*, Jur. 1994, p. I-3829, punt 16; en HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-71/04, *Xunta de Galicia*, Jur. 2005, p. I-7419, punt 33.

procedure van artikel 108 lid 3 VWEU enkel geldt voor steunmaatregelen in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.<sup>34</sup>

Het Hof van Justitie legt derhalve, op basis van de rechtstreekse werking van artikel 108 lid 3 VWEU, een duidelijke verplichting op aan nationale rechterlijke instanties om te toetsen of aan het begrip ‘steunmaatregel’ als bedoeld in artikel 108 lid 3 VWEU is voldaan. Om tot een juist oordeel te kunnen komen of sprake is van onrechtmatige staatssteun, moet de rechter waar noodzakelijk daarbij alle vereisten van artikel 107 lid 1 VWEU toe passen.

Ook uit de mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties<sup>35</sup> (hierna: Mededeling) valt duidelijk op te maken dat een toets aan alle vereisten van artikel 107 lid 1 VWEU onvermijdelijk is. Sterker nog: volgens de Commissie is de *eerste vraag* waarmee nationale rechterlijke instanties bij de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag te maken krijgen, of de betrokken maatregel daadwerkelijk staatssteun in de zin van het Verdrag is.<sup>36</sup>

De Mededeling bevat een uitgebreide definitie van het begrip steun, waarin onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie alle elementen van artikel 107 lid 1 VWEU zijn opgenomen.<sup>37</sup> Volgens de Commissie heeft het Hof van Justitie uitdrukkelijk verklaard dat de nationale rechterlijke instanties net als de Commissie bevoegd zijn om het begrip staatssteun uit te leggen.<sup>38</sup> Daarbij kunnen de rechtspraak van het Hof van Justitie en de richtsnoeren en beschikkingenpraktijk van de Commissie houvast bieden.<sup>39</sup> Ook zou de rechter bij zijn behoordeling de eventuele toepasselijkheid van een groepsvrijstellingsverordening of vergelijkbare regelingen moeten beoordelen. Hierbij mag de nationale rechterlijke instantie zich ertoe beperken na te gaan of aan alle in de verordening genoemde vereisten is voldaan.<sup>40</sup> In geval van twijfel over de vraag of er sprake is van staatssteun, wijst de Commissie erop dat de nationale rechterlijke instanties de Commissie om advies kunnen vragen of prejudiciële vragen kunnen stellen.<sup>41</sup>

Het hiervoor genoemde geeft aanleiding om te concluderen dat nationale rechterlijke instanties bij het toepassen van artikel 108 lid 3 VWEU en het beantwoorden van de

vraag of er sprake is van onrechtmatige staatssteun zich ervan moeten vergewissen dat aan alle cumulatieve vereisten van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan.

Deze opvatting wordt overigens door de Nederlandse civiele rechter (voor alle duidelijkheid, te onderscheiden van de bestuursrechter) uitdrukkelijk onderkend. Een belangrijke uitspraak op dit vlak is de zaak *Pearle*,<sup>42</sup> waarin de Hoge Raad opheldering vroeg aan het Hof over de vraag of de aanmeldingsplicht van artikel 108 lid 3 VWEU slechts van toepassing kan zijn als de maatregel ook als steun kwalificeert in de zin van 107 lid 1 VWEU. Naar aanleiding van de bevestigende uitspraak van het Hof in *Pearle*, overwoog de Hoge Raad in de zaak tussen de gemeente Alkmaar en de bedrijvenvereniging Huiswaard/Overstad (*AZ stadion*)<sup>43</sup> dat de taak van de nationale rechter om de rechtstreekse werking van artikel 108 lid 3 VWEU te waarborgen mee kan brengen dat de nationale rechter moet beslissen over de vraag of een voorgenomen maatregel een steunmaatregel is in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. De Hoge Raad verwees hierbij niet alleen naar de overwegingen van het Hof in de zaak *Pearle*, maar ook naar de interpretatie die de Commissie aan deze jurisprudentie heeft gegeven in haar Mededeling. Indien een maatregel niet als steunmaatregel in de zin van 107 lid 1 VWEU kwalificeert is – aldus de Hoge Raad – artikel 108 lid 3 VWEU niet van toepassing.

In een kortgedingprocedure aangespannen tegen de gemeente Amsterdam, waarin UPC opschorting verzocht van de aanleg van een gedeelte van een glasvezelnet, legde de voorzieningenrechter bovengenoemde uitspraak zo uit, dat ook wanneer een maatregel is aangemeld bij de Commissie, er een zelfstandige verplichting op de nationale rechter rust om aan de vereisten van artikel 107 lid 1 VWEU te toetsen alvorens vast te stellen of de *standstill* verplichting van artikel 108 lid 3 VWEU is geschonden. Van belang is hierbij dat de gemeente haar participatie in het glasvezelnetwerkproject enkel zekerheidshalve bij de Commissie had aangemeld en in de aanmelding niet het standpunt had ingenomen dat er sprake zou zijn van een steunmaatregel. De voorzieningenrechter kwam uiteindelijk tot het oordeel dat in casu niet aannemelijk was dat sprake was van staatssteun, met name omdat zou zijn voldaan aan het zogenoemde *market economy investorsprinciple*, waardoor de maatregel dus geen selectief voordeel verschafte. Artikel 108 lid 3 VWEU en de daarin opgenomen *standstill* verplichting waren derhalve niet van toepassing.<sup>44</sup>

Overigens is het voor een rechter door middel van prejudiciële vragen en samenwerking met de Commissie steeds makkelijker om een goede interpretatie te geven aan de voorwaarden neergelegd in artikel 107 lid 1 VWEU. Zo heeft de bestuursrechter in de zaak *Vliegveld Eelde* ten behoeve van haar beoordeling of er sprake was van staatssteun eerst een aantal vragen gesteld aan de Commissie

34. HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-71/04, *Xunta de Galicia*, punten 31-32; HvJ EG 28 november 2008, gevoegde zaken T-254/00, T-270/00 en T-277/00, *Commissie/Hotel Cipriani*, *Jur.* 2008, p. II-3269, punt 107; en HvJ EG 9 oktober 1984, gevoegde zaken 91 en 127/83, *Heineken Brouwerijen*, *Jur.* 1984, p. 3435, punt 11.

35. Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties, Pb. EU 2009, C 85/1.

36. Mededeling, randnummer 8.

37. Mededeling, randnummer 11.

38. Mededeling, randnummer 10. De mededeling verwijst hierbij naar HvJ EG 22 maart 1977, zaak 78/76, *Steinike & Weinlig*, punt 14; HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, *SFEI*, punt 49; HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354/90, *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires/Frankrijk*, *Jur.* 1991, p. I-5505, punt 10; en HvJ EG 5 oktober 2006, zaak C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, punt 39.

39. Mededeling, randnummer 12.

40. Mededeling, randnummer 16.

41. Mededeling, randnummer 13.

42. Hoge Raad van 27 september 2002, nr. C00/308, *Pearle c.s./Hoofdbedrijfschap ambachten*, *RvdW* 2002, 149.

43. Hoge Raad 7 oktober 2005, *Gemeente Alkmaar/Bedrijvenvereniging Huiswaard Overstad e.a.*, *LJN* AT6370.

44. Nu de maatregel reeds niet voldeed aan een van de vereisten van art. 107 lid 1 VWEU, kon de rechter de andere vereisten onbesproken laten.



over de toepassing van de staatssteunregels.<sup>45</sup> In haar adviezen beperkt de Commissie zich thans tot het verschaffen van de informatie waarom is verzocht, zonder nader in te gaan op de bij de nationale rechter aanhangige zaak ten gronde.<sup>46</sup>

## Slotbeschouwingen

Uit het voorgaande blijkt dat volgens de huidige Europese regelgeving en rechtspraak, de nationale rechter bij de toepassing van artikel 108 lid 3 VWEU concreet moet nagaan of aan alle vereisten van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan. Wij zien geen reden waarom dit niet ook voor de Nederlandse bestuursrechter zou gelden. Het betoog dat bij complexe zaken deze taak aan de Commissie moet worden overgelaten vindt geen steun in de rechtspraak van het Hof. Ook het adagium ‘bij twijfel melden’, dat als beleidslijn door de steunverlener kan worden gehanteerd, gaat voor de rechter niet op. Ongeacht het kader van het geschil, moet de vraag of er sprake is van onrechtmatige staatssteun worden beantwoord aan de hand van de vijf vereisten zoals neergelegd in artikel 107 lid 1 VWEU. Bij onzekerheid kan medewerking van de Commissie worden gevraagd.

Tegen deze achtergrond is een aantal slotopmerkingen over de toets van de bestuursrechter aan de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU in *Haaksbergen*-situaties op zijn plaats.

Ten eerste valt op dat de Afdeling, door enkel te toetsen binnen het wettelijke kader dat van toepassing is op RO-besluiten, de toets of sprake is van strijd met artikel 108 lid 3 VWEU een ondergeschikte rol toedicht. Zolang er voldoende alternatieve financieringsbronnen, niet zijnde steunmaatregelen, voorhanden zijn, komt de bestuursrechter niet toe aan de vraag of de aanmeldingsplicht is geschonden. Het argument ‘onrechtmatige steun’ voor de vernietiging van een RO-besluit is in die gevallen irrelevant. Met als gevolg dat ook als sprake is van onrechtmatige steun, het RO-besluit op zich dus rechtmatig kan zijn. Waarschijnlijk meent de bestuursrechter dat hij zijn taak als *juge de droit communautaire*<sup>47</sup> naar behoren uitvoert, nu het bestuursrecht hem in *Haaksbergen*-situaties niet voldoende ruimte biedt om ambtshalve op de staatssteunvraag in te gaan. Wanneer er voldoende alternatieve financieringsbronnen voorhanden zijn, heeft de overheidinstelling immers geen zorgvuldigheidsplicht geschonden

en is het RO-besluit op grond van de WRO en BRO rechtmatig genomen. Zoals in de inleiding al opgeworpen, kan men zich echter afvragen of de bevoegdheid van de bestuursrechter in bovengenoemde *Haaksbergen*-situaties daadwerkelijk zo beperkt is.<sup>48</sup> In ieder geval is de uitkomst van de zorgvuldigheidstoets in bovengenoemde gevallen nogal verwarrend, met name omdat de vraag naar de financiële uitvoerbaarheid van het project in wezen theoretisch van aard wordt: als voldoende andere financieringsbronnen beschikbaar zijn dan mag het project plaatsvinden en zal de subsidie toch nog worden uitgekeerd.

Ten tweede is onbevredigend dat de rechter in bepaalde gevallen wel ingaat op de staatssteunargumenten die partijen in het geschil hebben aangevoerd maar vervolgens hierover geen definitief oordeel velt, omdat de financiële uitvoerbaarheid reeds op andere wijze voldoende is gegarandeerd. Door in te gaan op bepaalde voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU en door een voorlopige stelling in te nemen ten aanzien van de vraag of sprake is van staatssteun (de rechter acht het ‘niet aannemelijk dat er sprake is van staatssteun’), wekt de rechter de suggestie dat de aanmeldingsplicht in deze zaken niet is geschonden. Van een definitieve kwalificatie van de maatregel is echter geen sprake. Naar onze mening zou de rechter, daar waar partijen betwisten dat aan specifieke voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU is voldaan slechts twee opties hebben. De rechter zou zich ofwel geheel moeten onthouden van een analyse van de argumenten van partijen, op grond van het feit dat er voldoende andere financiële middelen voorhanden zijn. De argumenten van partijen vallen als zodanig buiten het beoordelingskader van de rechter en kunnen aldus buiten beschouwing blijven. Als de rechter daarentegen besluit wél in te gaan op de argumenten van partijen, dan moet hij voldoende onderbouwen waarom er geen sprake is van staatssteun waarbij hij dan zal moeten aangeven aan welke voorwaarde(n) van artikel 107 lid 1 VWEU niet is voldaan.

Tot slot menen wij dat het feit dat een RO-besluit volgens de huidige praktijk van de Afdeling kan worden vernietigd, omdat de financiële uitvoerbaarheid ervan afhankelijk is van maatregelen die *mogelijk* als staatssteun kwalificeren, een heikel punt vormt. Omdat het RO-besluit in deze gevallen vernietigd wordt, zou aan deze beslissing een zorgvuldige motivering ten grondslag moeten liggen. De constatering dat aannemelijk is dat sprake is van staatssteun, is in onze ogen onvoldoende. Waar niet duidelijk vaststaat dat sprake is van een steunmaatregel, moet de bestuursrechter aan alle vereisten van artikel 107 lid 1 VWEU of van een groepsvrijstellingsverordening toetsen.

Dit vergt dus meer onderzoek van de rechter dan de simpele constatering dat er geen sprake is van marktconformiteit of dat de bijdrage een voordeel oplevert. Ook inhoudelijk zal de toets van deze voorwaarden zorgvuldig moeten plaatsvinden. Uiteraard zullen de door partijen aangevoerde argumenten een belangrijke rol spelen bij de

45. Zie ‘2009 update of the 2006 Study on the enforcement of State aid rules at national level’ October 2009, Lovells, p.3. <[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/enforcement\\_study\\_2009.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/enforcement_study_2009.pdf)>.

46. Mededeling, randnummer 93. Het advies van de Commissie is niet bindend.

47. Als uitgangspunt geldt dat het toepasselijk nationale recht zoveel mogelijk gemeenschapsconform moet worden toegepast; als dit niet mogelijk is, moeten nationale bepalingen op grond van de effectieve werking van het rechtstreeks werkende gemeenschapsrecht buiten beschouwing worden gelaten. Wanneer private belanghebbende zich beroepen op de rechtstreekse werking van art. 108 lid 3 VWEU, laatste zin, moeten nationale rechters volgens het Hof van Justitie waarborgen dat overeenkomstig hun nationale recht alle consequenties worden getrokken uit de schending van dit artikel.

48. Een eerste tegenbewijs hiervan vormt de uitspraak van de Afdeling in *Vliegveld Eelde*, waarin de Afdeling het RO-besluit rechtstreeks vernietigd op grond van art. 108 lid 3 VWEU.



beoordeling van de rechter. Maar de rechter heeft volgens het communautaire recht ook een zelfstandige onderzoeksplicht die verder strekt dan het ingaan op de aangevoerde argumenten. Een onvolledige of summier toets aan de voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU leidt volgens ons dan ook tot een motiveringsgebrek. In feite is in die gevallen niet voldoende gemotiveerd waarom er sprake zou zijn van steunmaatregel. Zo geldt dit uitgangspunt bij uitstek voor de uitspraak van de Rechtbank Arnhem in *Lingemaard* waar een aantal voorwaarden enkel op summier wijze is getoetst en de vraag of de bijdragen de interstatelijke handel konden beïnvloeden volledig is overgeslagen.