



Staatssteunvaria

T.R. Ottervanger

Drie jaar geleden lanceerde de Commissie haar 'road map for State aid reform 2005-2009', een veelomvattend meerjarenproject, beter bekend als het 'State Aid Action Plan'. Het zag het licht tegelijk met een pakket maatregelen dat 'guidance' beoogde te geven op het gebied van de financiering van diensten van algemeen economisch belang, een onderwerp waarover ook in dit tijdschrift is geschreven (M&M, 2007/nr. 4). Zo wist Commissaris Kroes zich in de zomer van 2005 te profileren als de mededingingscommissaris voor wie 'staatssteun' (althans het beter kanaliseren daarvan) prioriteit heeft, al is dit in de publieke opinie ingehaald door haar Amerikaans getinte aanpak van kartels. Het strenge staatssteunregime is en blijft overigens een typisch Europees fenomeen dat geen navolging krijgt in de V.S. Het aanmoedigen door Amerikaanse staten van investeringen met behulp van overheidsgeld wordt eerder gezien als een gezonde uiting van concurrentie (tussen deelstaten) dan als vanuit de optiek van een gemeenschappelijke markt ongezonde verstoring. Historisch gezien uiteraard verklaarbaar: concurrentievervalsing door belastinggeld was geen 'issue' ten tijde van de smelting van betrekkelijk primitieve economieën; en vandaag de dag is ondenkbaar dat de staten bevoegdheden op het terrein van dit type economische en werkgelegenheidsbeleid zouden afstaan aan de federale overheid (die er, zoals we deze zomer kunnen constateren, zelf niet voor terugdeinst de ene na de andere financiële instelling kunstmatig op de been te houden).

Het Action Plan, een consultatiedocument dat die status nooit is ontgroeid, moge publicitair minder spectaculair zijn dan zware kartelboetes, civiele handhaving, 'whistleblowing' en 'dawn raids', het heeft wel degelijk belangrijke resultaten opgeleverd, zoals een nieuw, aangescherpt kader voor regionale steun dat geldt voor de periode tot 2013 en dat met name is toegesneden op de nieuwe lidstaten die nog een lange weg

te gaan hebben om 'ons' welvaartsniveau te bereiken. Dat laatste belang, mits proportioneel, prevaleert dan boven de verstoring van de marktverhoudingen die veelal het gevolg is van gesubsidieerde investeringen. In 2006 publiceerde de Commissie nieuwe richtsnoeren over de beoordeling van (fiscale of andere) overheidsmaatregelen die particuliere investeerders moeten stimuleren deel te nemen in het risicokapitaal van o.a. 'start-ups' (C-194/2). In april van dit jaar verscheen een uitvoerig kader voor de toetsing van milieumaatregelen waarbij de energiepolitiek begrijpelijkerwijs een dominante rol speelt (C-82/1). Deze zomer verschenen twee belangrijke documenten die in dit blad niet onvermeld mogen blijven: een 'mededeling' over de toepasselijkheid van de staatssteunregels op overheidsgaranties (ter vervanging van een mededeling uit 2000) (C-155/10) en een lijvige Groepsvrijstellingsverordening (GVO) die betrekking heeft op een groot aantal categorieën staatssteun (nog niet in het *Pb* gepubliceerd).

Een overheidsgarantie heeft veelal betrekking op bancaire leningen en vormt staatssteun wanneer, kort gezegd, de overheid geen passende vergoeding (geen of een lage premie; geen marktconforme rente; of onvoldoende zekerheden) ontvangt voor het door haar te dragen risico. Gewoonlijk is de kredietnemer de begunstigde. Aan de hand van het 'private investor'-beginsel omschrijft de Commissie uitgebreid onder welke omstandigheden het bestaan van 'steun' kan worden uitgesloten, en hoe het steunbestanddeel moet worden gekwantificeerd. Steun in de vorm van een garantie onderscheidt zich (net als sommige vormen van de eerder genoemde steun ten behoeve van de verstrekking van risicokapitaal) van andere steunmaatregelen doordat de overheid niet alleen in een rechtsverhouding staat tot de begunstigde onderneming maar ook tot een derde, te weten de bank. De vraag bij zo'n tripartiete rechtsverhouding is dan of de onrechtmatigheid van de steunverlening in *civilibus* gevolgen kan hebben

voor de rechtspositie van de bank, een kwestie die de gemoeieren in de financiële wereld van tijd tot tijd bezighoudt. De nieuwe mededeling geeft op dit punt niet meer duidelijkheid dan de oude: volgens de Commissie is dit een kwestie van nationaal recht, en moet de nationale rechter bij de toetsing onderzoeken of het nationale recht er aan in de weg staat dat garantieovereenkomsten worden gehonoreerd, waarbij volgens de Commissie de schending van het gemeenschapsrecht een belangrijke factor is. Rechtsonzekerheid dus voor de financiële instelling die eigenlijk steeds zou moeten verifiëren of de garantie in Brussel is gemeld, en in orde bevonden. Of de banken zo eenvoudig toegang hebben tot informatie is trouwens zeer de vraag. Het systeem is weinig transparant en zelfs begunstigden zijn voor informatievoorziening grotendeels afhankelijk van de bilaterale contacten tussen de Commissie en de lidstaat.

Zoals bekend, oordeelde de rechtbank Rotterdam begin vorig jaar in de veel besproken kwestie van door het Gemeentelijk Havenbedrijf (lees: de Gemeente) verstrekte garanties dat de garantieovereenkomst nietig is. Deze uitspraak is op 10 juli jl. bevestigd door het Hof Den Haag. Aan de criteria voor onrechtmatige steun was volgens het Hof voldaan: de Gemeente diende publieke belangen (en handelde dus niet als 'private investeerder'), de garantie drukte op de begroting (en was dus met staatsmiddelen bekostigd), en de maatregel was niet aangemeld bij de Commissie. Omdat, zo redeneert het Hof, terugvordering van de garantie op allerlei praktische en juridische bezwaren stuit, is nietigverklaring de meest passende 'sanctie'. Daarbij lijkt een rol te spelen dat de lening zonder garantie 'überhaupt' niet zou zijn verstrekt (hetgeen dus verschilt van de situatie waarin de lening zonder garantie wél zou zijn verstrekt maar op voor de kredietnemer minder gunstige condities). Het perverse gevolg is dat de banken in geval van wanprestatie (of *à la limite*, een *déconfiture*) van de begunstigde van de steun, wanneer zij tevergeefs een beroep doen op de garantie, een strop lijden; zou onder de garantie al door de overheid betaald zijn, dan zou de consequentie van nietigheid kunnen zijn dat de banken dat bedrag als zijnde onverschuldigd betaald moeten terugstorten. Dit alles zonder dat op de markt de situatie wordt hersteld die zonder steun had gegolden, en zonder dat met name de concurrentievervalsing zo veel mogelijk ongedaan wordt gemaakt. Een juridische breinbreker waarover het laatste woord nog niet is gezegd.

Het andere document, de GVO, bundelt vijf bestaande verordeningen (o.a. voor werkgelegenheids-, opleidings-, en regionale steun) en introduceert nieuwe categorieën vrijgestelde steun (o.a. voor milieu- en innovatiesteun). Een negental vormen van steun zal voortaan automatisch zijn goedgekeurd indien aan de voorwaarden van de GVO is voldaan. Te bedenken is in dit verband dat in het staatssteunrecht het concept van de 'self-assessment' zoals we dit sinds een paar jaar in het 'gewone' mededingingsrecht kennen, niet bestaat. Zo ontving de Commissie in 2007 bijna 800 aanmeldingen, en nam zij 629 beschikkingen op staatssteunterrein waarvan zo'n 50 na een formele onderzoeksperiode. De tijd zal het

leren maar de verwachting is gewettigd dat dit instrument een bijdrage levert aan de vermindering van de administratieve lasten.

Essentieel onderdeel van het Action Plan, namelijk bepalend voor de geloofwaardigheid van het beleid, is een meer effectieve handhaving van het regime. Zowel de 'civiele handhaving' (die trouwens ook van bestuursrechtelijke aard kan zijn) door middel van procedures voor de nationale rechter, aangespannen door concurrenten van de begunstigde, als ook de door het gemeenschapsrecht verlangde 'onverwijld' terugvordering van het genoten voordeel ter uitvoering van een negatieve Commissiebeschikking. Een complexe materie, al was het maar omdat in veel lidstaten niet duidelijk is welke spelregels zo'n actie tegen een op zijn minst onwillige debiteur beheersen, en welke de rechtsgrondslag is van terugvordering. Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State beslist dat de bevoegdheid tot intrekking van subsidie ter uitvoering van een verbodsbeschikking niet voortvloeit uit het gemeenschapsrecht maar een grondslag in het nationale recht vereist (*M&M* 2006, nr. 3).

Hoewel Nederland niet voorkomt in de top-10 van landen met een negatieve *track record* waar het terugvordering betreft, heeft de wetgever het Action Plan ter harte genomen en is dit voorjaar een weldoordacht wetsvoorstel gelanceerd tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Beoogd is nationale grondslagen te creëren voor een effectieve terugvordering van staatssteun, gericht op herstel van de economische situatie die bestond vóór de steunverlening (al moeten we ons wel realiseren dat het praktisch onmogelijk is de oude toestand écht te herstellen nadat de marktverhoudingen geruime tijd verstoord zijn geweest; een betere remedie dan terugbetaling, met rente, is er echter niet). Het opnemen in de wetgeving van specifieke grondslagen vermijdt de problemen die samenhangen met de leerstukken van 'onverschuldigde betaling', 'ongerechtvaardigde verrijking', en 'nietigheid'. Beoogd is niet de overheid via nationale wetgeving te verplichten een vordering in te stellen; zo'n verplichting (die zoals de Raad van State in zijn advies signaleert misschien wél in ons bestuursrecht maar niet in ons privaatrecht zou passen) is eigenlijk al vervat in art. 14 van procedureverordening nr. 659/1999.

Pièce de résistance van het voorstel is, in de eerste plaats, het nieuwe art. 6.212a BW dat het recht (dus niet de plicht) tot terugvordering introduceert voor privaatrechtelijke steunmaatregelen (leningen, kapitaalinjecties, grondtransacties, etc.) en vorderingen voortvloeiend uit feitelijk handelen van een bestuursorgaan. Terugvordering van de begunstigde, dat wil zeggen de onderneming die voordeel heeft genoten (hetgeen ook een derde, te weten de koper van die onderneming kan zijn). In de hierboven kort besproken en bij uitstek privaatrechtelijke situatie van de overheidsgarantie is niet voorzien. In de tweede plaats introduceert het voorstel een Titel 4.2A 'terugvordering van staatssteun' in de Awb, en in de derde plaats een nieuw art. 5A in de Awr.

Wat opvalt niet alleen in het Action Plan maar vooral ook in de Luxemburgse jurisprudentie is de enorme variëteit aan thema's. Zonder hier empirisch onderzoek naar te hebben gedaan, durf ik te stellen dat de verscheidenheid in de jurisprudentie groter is dan op het terrein van het 'gewone' mededingingsrecht, hetgeen vermoedelijk mede is toe te schrijven aan de relatief schaarse rechtspraak over concentratiecontrole en over art. 82 en aan, in zekere zin, de eenvormigheid van de kartelzaken. Een paar recente voorbeelden moge de diversiteit aan principiële kwesties illustreren. Ik volsta met een simpele opsomming van onderwerpen.

Op 12 februari 2008 (zaak C-199/06, 'CELF') oordeelde het Hof in een belangrijke en niet onomstreden prejudiciële beslissing over de cruciale taak van de nationale rechter ter zake van 'terugvordering' in de casuspositie waarin steun weliswaar onrechtmatig (namelijk in strijd met de aanmeldingsplicht) is toegekend maar later door de Commissie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard, welke beschikking vervolgens door het Gerecht in beroep is vernietigd. Een nieuwe (inmiddels derde) positieve beschikking van de Commissie in dezelfde zaak is trouwens, kort na de uitspraak van het Hof, op 15 april 2008 door het Gerecht (zaak T-348/04) opnieuw vernietigd. Eveneens op 12 februari 2008 deed het Gerecht in 348, ook nog eens ongewoon lange, rechtsoverwegingen uitspraak in de zogenaamde 'BUPA'-zaak (T-289/03). Zoals in vele andere procedures moest het Gerecht oordelen over de ontvankelijkheid van derden die geen adresaat van de aangevochten beschikking zijn, en over de reikwijdte van de verplichting van de Commissie om de formele onderzoeksprocedure van art. 88(2) te openen. Belangrijkste aspect van de zaak is de versoepeling van de 'Altmark-criteria' en, met name, de vrijheid die lidstaten genieten om 'diensten van algemeen economisch belang' te definiëren en goeddeels aan de staatssteunregels te onttrekken. Voor de uitleg van het begrip 'staatssteun' is, om andere redenen dan 'BUPA', het arrest van het Gerecht (zaak T-233/04) uit april van dit jaar relevant: over het Nederlandse systeem van verhandelbare emissierechten voor stikstofdioxide. Anders dan de Commissie oordeelde het Gerecht dat de maatregel weliswaar een met staatsmiddelen bekostigd voordeel oplevert, en dus steun oplevert, maar niet selectief is en dus niet aan alle voorwaarden voor toepassing van art. 87(1) voldoet.

Drie laatste voorbeelden van deze zomer. De uitspraak van 1 juli jl. van het Hof (zaak C-341/06 P) in de fameuze 'Chronopost'-affaire. Ging de hierboven genoemde zaak C-199/06 waarover het Hof op 12 februari 2008 oordeelde terug op een klacht (over subsidie op export van boeken) uit 1992, Chronopost betreft een klacht uit 1990 (over kruissubsidiëring door La Poste van haar dochter actief op de niet-gereserveerde delen van de postmarkt). Deze procedure is van belang voor de criteria ter beoordeling van de vraag onder welke omstandigheden kruissubsidiëring staatssteun vormt (en dus ook voor de poging van de Nederlandse wetgever met eigen regelgeving op dit terrein te komen door in de mededingingswet 'gedragsregels' voor de overheid op te nemen). Tot slot noem ik nog twee arresten van het Hof van 17 juli

2008. Het eerste arrest (in de zaak C-521/06 P) waarvan de betekenis het staatssteunrecht overschrijdt waar het gaat om de uitleg van het begrip 'beschikking', en dat overigens wat meer duidelijkheid verschaft over de rechten van klagers, een steeds weer terugkerend door case law ontwikkeld thema in staatssteunkwesties waar het primair gaat om de door de Commissie gekoesterde constitutionele relatie Commissie-lidstaat; het Hof trekt heldere vergelijkingen met de positie van klagers in het 'gewone' mededingingsrecht. Het tweede arrest (in de zaak C-206/06) betreft een prejudiciële beslissing naar aanleiding van vragen van de rechtbank Groningen over o.a. de staatssteunaspecten van de liberalisering van de Nederlandse elektriciteitssector, met name de toeslag ten behoeve van 'stranded costs'.

Dit zomernummer bevat weer een rijke oogst aan onderwerpen die geïnteresseerden in het mededingingsrecht zoal bezighouden, inbegrepen zowel een artikel als een annotatie over de problematiek van de civiele handhaving van het mededingingsrecht, een thema dat de gemoederen nog jaren zal bezighouden. Verder zijn wij verheugd dat Marcel Canoy zich bereid heeft verklaard in een column periodiek zijn licht te laten schijnen over met het thema van ons tijdschrift verband houdende interessante maatschappelijke ontwikkelingen. In dit nummer treft u zijn eerste bijdrage aan. Namens de redactie wens ik u veel leesplezier.