

Toezicht Nederlandse bestuursrechters op de naleving en handhaving van de Europese staatssteunregels 2011-2016

– Prof. dr. mr. J. Langer, mr. T.E. Hovius en mr. T. Groot¹

1. Inleiding

Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) volgt dat nationale rechterlijke instanties een belangrijke functie vervullen bij het toezicht op naleving en de handhaving van het Europese staatssteunregime.² Zo bieden nationale rechterlijke instanties in dit kader rechtsbescherming aan justitiabelen tegen een eventuele miskenning door de nationale autoriteiten van de in artikel 108, lid 3, VWEU voorziene aanmeldingsverplichting en het verbod tot uitvoering van de steunmaatregelen in kwestie.³ Dit zorgt niet alleen voor een correcte toepassing van de staatssteunregels en daarmee voor een gelijk speelveld binnen de EU, maar doet ook recht aan de waarborgen die voortvloeien uit artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie betreffende een recht op een doeltreffende voorziening in rechte.⁴

In dit overzichtsartikel staat de vraag centraal hoe Nederlandse bestuursrechters toezicht hebben gehouden op de naleving en handhaving van de Eu-

ropese staatssteunregels in de periode 2011-2016.⁵ Bij gebreke van een specifiek wettelijke kader in Nederland voor de terugvordering van onrechtmatige steun⁶, is het interessant te kijken naar de wijze waarop bestuursrechters rechtsbescherming aan justitiabelen bieden. Het artikel behandelt alle ons bekende uitspraken van Nederlandse bestuursrechters waarin het Europese staatssteunrecht op noemenswaardige wijze aan de orde is gekomen. De in dit artikel besproken uitspraken hebben betrekking op zeer uiteenlopende sectoren en onderwerpen, maar het merendeel heeft betrekking op gebiedsontwikkeling en infrastructuur. De besproken uitspraken betreffen onder meer bestemmingsplannen, ruimtelijke besluiten, subsidies, heffingen, garanties en andere bijdragen door overheidsinstanties.

De rechtspraak laat een wisselend beeld zien. Enerzijds zien wij dat bestuursrechters hun staatssteunrechtelijke taak serieus nemen. Soms zelfs zo serieus dat het niet-vragen van informeel advies aan de Europese Commissie (hierna: Commissie) leidt tot strijd met het in artikel 3:2 Awb vastgelegde zorgvuldigheidsbeginsel.⁷ Ondanks deze Europeesrechtelijke inbedding van de rechtspraak, hebben be-

¹ Langer is hoofd van het Hofcluster bij de afdeling Europees recht van de directie Juridische Zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken en bijzonder hoogleraar Europees recht en de Nederlandse rechtsorde aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hovius en Groot zijn als advocaten verbonden aan Stijl Advocaten. Deze bijdrage is afgerond op 14 oktober 2016. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel en is niet toe te schrijven aan de organisaties of het kantoor waarvoor de schrijvers werkzaam zijn.

² Zie o.a. HvJ EU 5 oktober 2006, C-368/04, ECLI:EU:C:2006:644 (*Transalpine Ölleitung*), r.o. 38, HvJ EU C1/09, ECLI:EU:C:2010:136 (*CELF/SIDE II*), r.o. 30 en HvJ EU 21 november 2013, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 (*Deutsche Lufthansa*), r.o. 28.

³ Zie o.m. HvJ EG 15 juli 2004, C-345/02, ECLI:EU:C:2004:448, m. nt. S. Verschuur, *Markt & Mededinging* 2005, p. 23, r.o. 31 (*Pearle e.a.*).

⁴ Voor overeenkomstige mening: zie de conclusie van Advocaat-Generaal N. Wahl van 13 februari 2014, C527/12, ECLI:EU:C:2014:90 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 55-57.

⁵ Voor dit artikel is via <www.rechtspraak.nl> met als zoekterm 'staatssteun' gezocht naar bestuursrechtelijke uitspraken in de periode 1 januari 2011 t/m 12 juli 2016 van de Afdeling bestuursrechtspraak, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en rechtbanken. De zoekopdracht levert in onze ogen 112 relevante uitspraken op. In het kader van transparantie wordt een overzicht van de uitspraken (met vindplaatsen) op aanvraag toegestuurd. Aanvraag kan verstuurd worden naar: hovius@stijladvocaten.nl. Binnenkort verschijnt van onze hand een overzichtsartikel van alle civielrechtelijke zaken in voormelde periode.

⁶ Een wetsvoorstel Terugvordering staatssteun (*Kamerstukken II* 2007/08, 31 418) is reeds in 2008 bij de Tweede Kamer ingediend. Op 3 juni 2016 is evenwel een nieuw voorstel verschenen, waarbij internetconsultatie heeft plaatsgevonden. Onduidelijk is wat de exacte planning is van dit nieuwe voorstel.

⁷ ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245, (*Ridderstee*). Zie ook voetnoot 33. Zie voor een interessante parallelie met een civiele zaak: Rb. Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812, r.o. 4.1 e.v. (geen ongunstige beïnvloeding handelsverkeer bij verkoop van het dorpshuis door de gemeente Krimperwaard onder de marktprijs, maar wel sprake van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel).

stuursrechters in de genoemde onderzoeksperiode geen enkele maal prejudiciële vragen met betrekking tot de Europese staatssteunregels aan het Hof gesteld. Anderzijds valt op dat bestuursrechters soms niet toekomen aan een inhoudelijke 'staatssteuntoets', maar via een getrapte en indirecte manier de staatssteunregels toepassen. Dit zien wij bijvoorbeeld in ruimtelijke ordeningszaken waarin een beroep op de staatssteunregels tegen een bestemmingsplan beoordeeld wordt in het kader van de financiële en economische uitvoerbaarheid van dat plan.⁸ Ook valt op dat bestuursrechters niet op voorhand en zonder concrete bewezen feiten vaststellen dat een maatregel is aan te merken als verboden steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Deze rechterlijke insteek heeft volgens ons implicaties voor de processtrategie van partijen alsmede hun bewijsvoering (zie verder ook onze slotbeschouwing).

Dit overzichtsartikel is als volgt opgezet.⁹ Wij behandelen onder (2) de (belangrijkste) uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak (hierna: de Afdeling) en daarna onder (3) die van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBB), gevolgd onder (4) die van de rechtbanken. De besproken uitspraken zijn geordend op onderwerp. Het artikel wordt afgesloten met een korte analyse per rechtscollege en enkele slotbeschouwingen.

2. Procedures over staatssteun bij de Afdeling

Het staatssteunrecht kwam bij de Afdeling in de onderzoeksperiode in verschillende zaken aan de orde. Het kwam onder meer aan bod in zaken op het gebied van de ruimtelijke ordening (par. 2.1), onteigening (par. 2.2), subsidies (par. 2.3-2.4), hoger onderwijs (par. 2.5), bijzondere projectsteun aan woningcorporaties (par. 2.6) en de vereveningsbijdrage die zorgverzekeraars ontvangen (par. 2.7).

2.1 Ruimtelijke ordening, staatssteun en financiële uitvoerbaarheid

In ruimtelijke ordeningszaken wordt geregeld door partijen betoogd dat een bepaalde overheidsbijdrage van een publiekrechtelijke rechtspersoon ter financiering van - een onderdeel van - een bestemmingsplan of een besluit niet in overeenstemming met de staatssteunregels is aangemeld bij de Commissie. Dit maakt de status van die overheidsbijdrage onzeker, waardoor de financieel-economi-

sche uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan of besluit niet zou zijn gegarandeerd. Het blijkt dat het doorgaans geen concurrenten van de ontvanger van de (vermeende) staatssteun zijn die zich in dit type zaken op het staatssteunregime beroepen¹⁰, maar andere partijen, zoals omwonenden¹¹ en/of (belangen)organisaties.¹² Meestal gaat het bij voornoemde zaken om een nieuwe of voorgenomen steunmaatregel, die - conform artikel 108, lid 3, VWEU - vooraf bij de Commissie dient te worden aangemeld. Een uitzondering hierop betreft de uitspraak over de baanverlenging van vliegveld Eelde, waarin een al *bestaande* steunmaatregel aan de orde was.¹³ In lijn met artikel 108, lid 3, VWEU en de vaste rechtspraak van het Hof oordeelt de Afdeling in die zaak dat bestaande steunregelingen geldig blijven totdat de Commissie tot de conclusie komt dat de bestaande steunregeling niet of niet langer verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.¹⁴ De Afdeling heeft als uitgangspunt in haar rechtspraak dat een eventueel beroep op de staatssteunregels in een zaak tegen een bestemmingsplan of besluit, beoordeeld moet worden in het kader van de financiële en economische uitvoerbaarheid van dat plan of besluit.¹⁵ In principe dient een appellant aannemelijk te maken dat het bestemmingsplan of besluit niet uitvoerbaar is indien geen steun zou zijn gegeven. In dit kader dient een appellant niet alleen aannemelijk te maken dat sprake is van staatssteun die kan worden teruggevorderd.¹⁶ Hij moet ook aannemelijk maken dat op voorhand in redelijkheid had moeten worden ingezien dat als gevolg daarvan het plan of het besluit binnen de planperiode niet kan worden uitgevoerd op een wijze zonder dat on-

¹⁰ ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:814 (*Golfbaan Moerdijk*), r.o. 9 en 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1585 (*Wijchen*), r.o. 12.3 hebben wel betrekking op een beroep van een concurrent.

¹¹ ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5093 (*Emmeloord*), r.o. 15-15.8, 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0795 (*Voltastraat*), r.o. 17-17.2, 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1374 (*Park Wijhezicht*), r.o. 12-12.6 en 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4428 (*Wissenkerke*), r.o. 13.

¹² ABRvS 31 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR316 (*Nieuwe Sloot*), r.o. 2.9-2.9.5, ABRvS 4 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0780 (*Distriport Noord-Holland*), r.o. 2.38, ABRvS 16 maart 2014 ECLI:NL:RVS:2014:1308 (*Bedrijfsverplaatsing*), r.o. 19-19.2, ABRvS 19 november 2014 ECLI:NL:RVS:2014:4143 (*Herbestemming Oude Pastorie*), r.o. 5 en ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:165 (*Overveerpolder*), r.o. 12.

¹³ ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5092, *M en R* 2012/109, m. nt. H.H.B. Vedder (*Eelde*).

¹⁴ HvJ EG 5 maart 1994, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100 (*Banco Exterior de España*), r.o. 20 en HvJ EU 29 april 2004, C372/97, ECLI:EU:C:2004:234 (*Commissie/Italië*), r.o. 41 en Quigley, *European State Aid Law and Policy*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 388.

¹⁵ De standaarduitspraak betreft: ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077 (*Haaren*), r.o. 2.18.3.1.

¹⁶ *Ibid.*, r.o. 2.18.3.7. Zie ook ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:814 (*Golfbaan Moerdijk*), r.o. 9.2, ABRvS 13 augustus 2014 ECLI:NL:RVS:2014:3006, r.o. 11.2 en ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4428, r.o. 13.2.

⁸ De standaarduitspraak betreft: ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077 (*Haaren*), r.o. 2.18.3.1.

⁹ Inherent aan een overzichtsartikel is dat de schrijvers keuzes maken ten aanzien van de te bespreken uitspraken: wij kunnen niet alle uitspraken bespreken, maar focussen ons op de - in onze ogen - voor de praktijk belangrijkste uitspraken.

geoorloofde steun wordt verleend.¹⁷ Voor bestemmingsplannen betekent dit dat beoordeeld moet worden of het denkbaar is dat de ontwikkelaar die de staatssteun heeft ontvangen ook zal overgaan tot uitvoering van het bestemmingsplan als de verkregen staatssteun wordt teruggevorderd of dat in plaats van de ontwikkelaar ook één of meer andere marktpartijen, al dan niet in, respectievelijk op een - overigens binnen het plan passende - aangepaste vorm en/of wijze de realisering van de voorziene ontwikkeling of ontwikkelingen (verder) kunnen uitvoeren.¹⁸

Vanuit de Awb/Wro-systematiek is de door de Afdeling gekozen insteek begrijpelijk. Er wordt geprocedeerd tegen een bestemmingsplan of besluit en in dat verband komt de financiële en economische uitvoerbaarheid van dat plan of besluit in gevaar in geval van staatssteun. Toch leidt deze insteek vanuit de staatssteunregels gezien tot enigszins gefronste wenkbrauwen. De Afdeling komt in wezen met deze insteek niet toe aan een inhoudelijke 'staatssteuntoets', maar past de staatssteunregels eerder via een getrapte manier toe. In resultaat allicht niet verschillend, maar toch een atypische toepassing van de staatssteunregels. Daarbij rust op een appellant een zware bewijslast.¹⁹ Hij moet namelijk een duidelijk begin van bewijs aanleveren, en alleen dan kan de Afdeling oordelen dat de financiële en economische uitvoerbaarheid van dat plan of besluit in gevaar is. Gelukkig voor de appellant rust op bestuursorganen (ook) de plicht om een zorgvuldig besluit te nemen (onderzoeksplicht). Dit mitigeert de bewijslast van appellant enigszins. De

Afdeling is op dit punt ook streng voor bestuursorganen. In twee zaken heeft de Afdeling bepaald dat de onderzoeksplicht ten aanzien van mogelijke staatssteun door het bestuursorgaan niet in acht is genomen.²⁰ Dit leidt overigens niet automatisch tot een voor een appellant gunstig resultaat vanwege de normale toepassing van de Awb: in beide zaken heeft de Afdeling namelijk ook de bestuurlijke lus (thans artikel 8:51a Awb) toegepast en heeft het bestuursorgaan zo het gebrek inzake staatssteun kunnen herstellen.²¹

2.2 Onteigening, staatssteun en het relativiteitsvereiste (artikel 8:69a Awb)

Met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht is per 1 januari 2013 het relativiteitsvereiste zoals vastgelegd in artikel 8:69a Awb in werking getreden.²² Op grond van dit vereiste zal de bestuursrechter een besluit niet vernietigen als het in strijd is met een wet of regel die kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Na de inwerkingtreding van deze bepaling is snel duidelijk geworden dat concurrenten in een ruimtelijke ordeningsprocedure op weinig rechtsnormen een succesvol beroep kunnen doen, nu de toepasselijke regelgeving zelden strekt tot het beschermen van het belang van concurrenten.²³ Een opzienbarende zaak waar het relativiteitsvereiste buiten het 'normale' omgevingsrecht een doorslaggevende rol speelt, is de zaak SNS REAAL en SNS Bank over het onteigeningsbesluit van deze onderneming. De zaak was aangespannen door de aandeelhouders, maar deze appellanten - in totaal 735 (!) - trekken aan het kortste eind: de Afdeling oordeelt dat de staatssteunregels niet strekken tot bescherming van de belangen van aandeelhouders.²⁴ Ter bepaling van het beschermingsbereik van de staatssteunregels staat voor de Afdeling artikel 108, lid 3, VWEU centraal. Justitiabelen kunnen er belang bij hebben zich op de rechtstreekse werking van deze bepaling te beroepen, niet alleen om de negatieve gevolgen ongedaan te laten maken van de door onrechtmatige steunverlening teweeggebrachte concurrentievervalsing, maar ook

¹⁷ In dit verband speelt 'Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (PB 1997 C 209)' een rol. Indien in een bestemmingsplanzaak wordt voldaan aan de criteria van deze mededeling dan wordt aangenomen dat de appellant staatssteun niet aannemelijk heeft gemaakt (eerste voorwaarde). De criteria zijn onder meer dat er een onafhankelijk taxatierapport is opgesteld waarin de marktwaarde van de te verkopen gronden is vastgesteld. Zie ook ABRvS 29 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ9692, (Perkpolder), r.o. 2.32.5. Indien aannemelijk is gemaakt dat wel sprake is van ongeoorloofde staatssteun die (ook) kan worden teruggevorderd, dan wordt nagegaan of aannemelijk is dat het plan niet zal worden uitgevoerd als die staatssteun wordt teruggevorderd (tweede voorwaarde). Met de op 19 juli 2016 gepubliceerde (nieuwe) Mededeling van de Commissie betreffende het begrip staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (2016/C 262/01), met name punt 229, is voormelde 'oude' mededeling inzake grondtransacties komen te vervallen en dient op dit punt gekeken te worden naar de nieuwe mededeling.

¹⁸ ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:487 (Beekveld), r.o. 11.3, ABRvS 1 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1001 (Sluis), r.o. 5.4, ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1290 (Sittard-Geleen), r.o. 10.1, ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1424 (Waddinxveen), r.o. 24.3, ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1581 (Papendrecht), r.o. 13.3, ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2072 (Marum), r.o. 14.2, ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3522 (Jsselstein), r.o. 14.3, ABRvS 6 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:943 (Oldambt), r.o. 5.2 en ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1989 (Gooise Meren), r.o. 20.2.

¹⁹ Zie recentelijk ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:201 (Culemborg), TvS 2016 (2) m. nt. A.D.L. Knook & G.A. Dictus, r.o. 12 over de verplaatsing van een in een centrum gevestigde supermarkt naar de stationsomgeving, waarbij een vereniging tevergeefs stelde dat het plan niet uitvoerbaar was zonder subsidie.

²⁰ ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5119 (Tussenuitspraak Horst aan de Maas), BR 2012/82, m. nt. A.D.L. Knook en ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7642 (Tussenuitspraak Beegden), M en R 2012, 108, m. nt. H.H.B. Vedder. In ABRvS 7 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:5 werd tevergeefs door een appellant ter onderbouwing van zijn bewijslastbetoog verwezen naar de tussenuitspraak van 15 februari 2012.

²¹ Bestemmingsplan 'De Zumpel-Kosterstat-Julianstrat Grubbenvorst', Horst aan de Maas, Stcrt. nr. 7766, 10 april 2012 en ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1688 (Beegden), r.o. 9-9.2. In de zaak Horst aan de Maas is geen einduitspraak gekomen, aangezien het beroep van de appellant kennelijk is ingetrokken.

²² Stb. 2012, 682.

²³ Zie o.m. ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1146 (Rijswijk), 5 november 2014 ECLI:NL:RVS:2014:3929 (Dinkelland) en 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1585 (Wijchen), r.o. 12.3.

²⁴ ABRvS 25 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2265 (SNS), AB 2013/146 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, r.o. 11.

om terugbetaling te verkrijgen van een heffing die in strijd met die bepaling was geïnd, aldus de Afdeling.²⁵ Echter: artikel 108, lid 3, VWEU strekt - naar het oordeel van de Afdeling - niet tot bescherming van de belangen van houders van effecten die zijn uitgegeven door of met medewerking van een onderneming waaraan staatssteun is verleend of van verstrekken van leningen aan een dergelijke onderneming. Nu de belangen van de appellanten bij het onteigeningsbesluit voortkomen uit hun positie als - kort gezegd - aandeelhouders, komt deze appellanten geen beroep op de staatssteunregels toe gelet op artikel 8:69a van de Awb.

De Afdeling betreft in haar oordeel - terecht onzes inziens - ook het 'Streekgewestarrest' van het Hof. In dit arrest gaat het Hof in op de vraag wie zich kan beroepen op het uitvoeringsverbod van thans artikel 108, lid 3, VWEU om daarmee terugbetaling te bewerkstelligen van een heffing die mogelijk deel uitmaakt van een steunmaatregel.²⁶ Volgens het Hof moet de laatste volzin van dit artikel aldus worden uitgelegd dat een justitiabele die onderworpen is aan een heffing die deel uitmaakt van een steunmaatregel en die in strijd met het uitvoeringsverbod wordt geïnd, zich op die bepaling kan beroepen, ongeacht of hij wordt geraakt door concurrentievervalsing als gevolg van die steunmaatregel. Het Hof heeft zich in dit verband - strikt bezien - niet uitgelaten over andere entiteiten dan justitiabelen die onderworpen zijn aan een heffing die integreerend deel uitmaakt van een steunmaatregel die in strijd met het in artikel 108, lid 3, VWEU neergelegde verbod tot uitvoering is gebracht. In de zaak SNS REAAL en SNS Bank zijn deze 'andere entiteiten' wel in beroep gekomen. Voor de Afdeling was dat evenwel geen hindernis en trekt zij de lijn van het Streekgewest-arrest zonder meer door: appellanten kunnen als aandeelhouders geen beroep doen op de staatssteunregels ter bescherming van hun belangen. De Afdeling kent kennelijk ook geen twijfel op dit punt (en hoeft dan in haar ogen geen vragen stellen aan Luxemburg)²⁷, want het verzoek van appellanten om prejudiciële vragen te stellen over de toepasselijkheid van de staatssteunregels is eenvoudigweg door de Afdeling terzijde gescho-

ven.²⁸ De door de Afdeling gekozen oplossing is in onze ogen te billijken: hoewel niet letterlijk af te leiden uit Streekgewest-arrest, sluit de door de Afdeling gekozen insteek goed aan bij de boodschap van dit arrest: in elk geval een justitiabele die *onderworpen* is aan een heffing en een concurrent van de begunstigde van de staatssteun kan zich op de staatssteunregels beroepen.²⁹

2.3 Subsidieverlening in de Edufax-zaken: formele rechtskracht en het belanghebbende-begrip

De 'Edufax-zaken' draaiden om de subsidieverlening van de minister van OCW aan de Stichting Nederlands Onderwijs in het Buitenland (hierna: NOB).³⁰ In beide zaken wilden (concurrenten) Edufax en Wereldschool bij de inhoudelijke beoordeling van het gewraakte subsidiebesluit aan de orde stellen dat de Europese staatssteunregels niet werden nageleefd. De Afdeling komt in deze zaken op begrijpelijke gronden niet aan een materieel oordeel over staatssteun toe. In de eerste zaak struikelde het beroep van concurrentbelanghebbenden Edufax en Wereldschool over de leer van de formele rechtskracht, aangezien zij niet tegen het vaststellingsbesluit waren opgekomen, maar tegen het verleningsbesluit.

In de tweede zaak wilden Edufax en Wereldschool wederom worden aangemerkt als belanghebbenden in de zin van artikel 1:2, lid 1, Awb. Volgens de Afdeling hebben zij in de procedure echter geen feiten of omstandigheden aangevoerd die het aannemelijk maakten dat NOB activiteiten ontplooit op de markt waarop Edufax en Wereldschool opereren. Nu zij geen concurrenten in hetzelfde marktsegment zijn van NOB, kunnen zij geen belanghebbenden zijn als bedoeld in artikel 1:2, lid 1, Awb, aldus de Afdeling. Deze uitleg van artikel 1:2, lid 1, Awb verdraagt zich volgens de Afdeling met de eisen die het Hof stelt aan de toepasselijkheid van nationale procesregels in zaken met een Unierechtelijke dimensie.³¹ Deze eisen houden in dat de desbetreffende nationale procedureregels niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkheidsbeginsel) en zij mogen de uitoefening van de door Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of

²⁵ De Afdeling wijst op HvJ EG 13 januari 2005, nr. C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 (*Streekgewest*).

²⁶ Zie ook annotaties van A.J.C. de Moor-van Vugt in AB 2005, 118 en J.H. Jans en J.W. van de Gronden in SEW 2005, 36, alsmede K.J. Defares en S.M. Goossens, 'Streekgewest Westelijk Noord-Brabant: verduidelijking van de kring van beroepsgerechtigden onder de steunregels', *NTER* 2005, 7/8, pp. 160-163.

²⁷ Voor de voorwaarden voor hoogste rechters om af te zien van prejudiciële vragen aan het Hof: HvJ 6 oktober 1982, C-281/83, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT*). Zie voor enkele beschouwingen over deze verwijzingsplicht en de recente rechtspraak van het Hof op dit punt: column 'De prejudiciële procedure en de prijs van succes' van J. Langer in *Nieuwsbrief Rechtspraak Europa* van november 2016: <www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/nre-2016-nr-11.pdf>.

²⁸ Vergelijk J.C.A. de Poorter en B.J. van Ettehoven, 'Het relativiteitsvereiste in het bestuursrecht: de ene relativiteitseis is de andere niet' in: *NTB* 2013/20, par. 5.

²⁹ Zie op dit punt ook de hieronder genoemde Edufax II-zaak, r.o. 4.1.1. Een overeenkomstige mening leiden wij af uit voormelde annotatie van A.J.C. de Moor-van Vugt alsmede uit de bijdrage van G.T.J.M. Jurgens, 'De bestuursrechtelijke relativiteitseis', in: J.C.A. de Poorter e.a., *De toegang tot de rechter beperkt (Preadviezen voor de VAR)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, pp. 90-96.

³⁰ ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195 (Edufax I), AB 2011/316 m. nt. W. den Ouden, r.o. 2.10 en 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378 (Edufax II), AB 2013/264 m. nt. W. den Ouden, r.o. 4.1.1.

³¹ Hier verwijst de Afdeling o.m. naar HvJ EG 16 december 1976, nr. 33/76, ECLI:EU:C:1976:188, (*Rewe*).

uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel). Nu (potentiële) concurrenten die rechten ontleen aan het Unierecht betreffende staatssteun³² als belanghebbenden in de zin van artikel 1:2, lid 1, Awb worden aangemerkt, onder dezelfde voorwaarden als (potentiële) concurrenten van wie de beroepsgronden uitsluitend ontleend zijn aan het nationale recht en deze voorwaarden niet zo strikt zijn dat de effectuering van deze rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk is, is aan deze eisen volgens de Afdeling voldaan.

2.4 Ridderstee - subsidieverlening en samenwerking met de Commissie

De uitspraak in de Ridderstee-zaak is een mooi voorbeeld van de Europeesrechtelijke inbedding van de rechtspraak van de Afdeling. Deze zaak heeft betrekking op de mogelijkheden tot samenwerking tussen de Commissie en nationale bestuursorganen bij de handhaving van het Europese staatssteunrecht.³³ In deze zaak lag de vraag voor of het college van GS Zuid-Holland in deze specifieke situatie in contact had moeten treden met de Commissie en deze om informeel advies had moeten vragen, alvorens op de subsidieaanvraag van Ridderstee te besluiten.³⁴

In casu ging het om de vraag of subsidieverlening boven de 'de-minimisdrempel' ertoe zou leiden dat staatssteun zou worden verstrekt. Gelet op de rol van de Commissie bij de handhaving van staatssteunregels en de specifieke deskundigheid waarover zij beschikt bij de beoordeling of een overheidsmaatregel als staatssteun kwalificeert, dient het college van GS in de omstandigheden als hier aan de orde - waarin Ridderstee uitvoerig, aan de hand van gegevens en een deskundigenadvies, heeft uiteengezet waarom volgens haar geen sprake is van staatssteun - uit oogpunt van een zorgvuldige voorbereiding van zijn besluit, in contact te treden met de Commissie en deze om advies te vragen, aldus de Afdeling.³⁵ De Afdeling wijst hierbij op de mogelijkheid voor een bestuursorgaan om de Commissie om informeel advies te vragen voorafgaande aan een eventuele aanmelding, zoals beschreven in punt 10 en verder van de door de Commissie vastgestelde 'Gedragscode'.³⁶ Dergelijke informele besprekingen kunnen ook betrekking hebben op maatregelen die zouden leiden tot een beschikking ingevolge artikel 4, lid 2, van Veror-

dening 659/1999³⁷, waarin wordt vastgesteld dat geen sprake is van steun. Bij de contacten met de Commissie moet bij voorkeur de ontvanger van de (mogelijke) steun worden betrokken, aldus de Afdeling.³⁸ Tegen deze achtergrond oordeelt de Afdeling dat het zich niet met het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb verdraagt dat het college, alvorens op de aanvraag om subsidie te besluiten, niet in contact is getreden met de Commissie en deze om informeel advies heeft gevraagd.³⁹

Deze uitspraak van de Afdeling is stevig bekritiseerd in de literatuur door Saanen, Steyger en De Moor-van Vugt.⁴⁰ Bij deze kritiek zijn onze inzichten kanttekeningen te plaatsen. Zo formuleert de Afdeling - zoals Steyger ten onrechte lijkt te veronderstellen - geen 'algemene regel', maar komt in onze ogen op basis van de bijzondere omstandigheden van het geval en de door appellant aangevoerde bewijsstukken tot een zorgvuldigheidsvernietiging. Daarnaast komt het ons voor dat de handelswijze van de Afdeling passend is binnen het beginsel van loyale samenwerking, analoog aan de Zwartveld-beschikking welke gaat over samenwerking tussen nationale rechters en de Commissie.⁴¹ Al met al een begrijpelijke uitkomst en een duidelijke boodschap voor het college van GS in deze zaak: wees zorgvuldiger en maak gebruik van de hulplijn die de Commissie heeft. Interessante vraag is wanneer en onder welke omstandigheden de mogelijkheid tot gebruik van deze hulplijn een plicht wordt. Hoewel dit niet in algemene zin te zeggen is, ligt in onze ogen de sleutel van het antwoord bij hetgeen door een belanghebbende aan de hand van gegevens of een (deskundige)rapport is aangevoerd voorafgaand aan het bestreden besluit en de inhoudelijke reactie daarop door het bestuursorgaan. Hoe gedetailleerder deze informatie hoe zorgvuldiger het bestuursorgaan die informatie (en belangen) dient te wegen. In dit kader kunnen dan vragen en discussies opspelen die het bestuursorgaan dwingen om zich tot de Commissie te wenden voor advies.

³² Hier wijst de Afdeling op HvJ EG 13 januari 2005, nr. C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 (Streekgewest), punt 21.

³³ ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245, AB 2014/290, m. nt. J.R. van Angeren (Ridderstee).

³⁴ Deze lijn van de Afdeling wordt gevolgd door rechtbanken. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag, 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726, AB 2014/301, m. nt. A.D.L. Knook, waarover meer in par. 4.2.

³⁵ ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245, AB 2014/290, m. nt. J.R. van Angeren, r.o. 5.5.

³⁶ Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures, PbEU C 136 van 16 juni 2009.

³⁷ Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag, PbEU L 83 van 27 maart 1999.

³⁸ Punt 15 van de Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures.

³⁹ Een parallel lijkt gevonden te kunnen worden in de uitspraak van de Afdeling van 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:A00236, over een EFRO-subsidieverlening in verband met de bouw van de Martinihal in Groningen. Hier ageerde de Stichting Prins Bernhardhoeve met een beroep op de staatssteunregels tegen deze steunverlening. De Afdeling vernietigde in deze zaak het bestreden besluit ook op basis van artikel 3:2 Awb, omdat het desbetreffende verrichte onderzoek naar staatssteun niet zorgvuldig was.

⁴⁰ N. Saanen, 'De uitspraak Ridderstee Holiday: een drieluik van selectiviteit, handelsverkeer en zorgvuldigheid', in: *NtEr* 2013, 7, p. 240-246, E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: de interne situatie', in: *SEW* 2014, 2, p. 74 en A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Zaak Ridderstee. Afdeling bestuursrechtspraak toetst aan staatssteuncriteria, maar doet niet zelf af', in: *SEW* 2015, 11, p. 603-607.

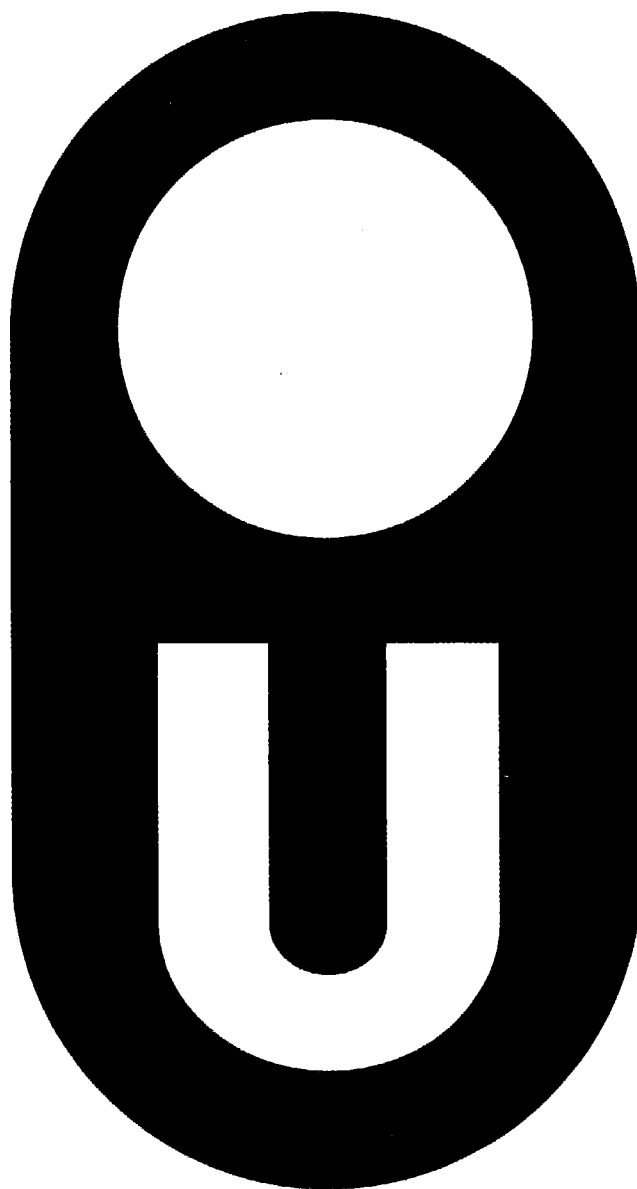
⁴¹ HvJ 13 juli 1990, C-2/88-IMM, *Jur.* 1990, p. 3365 (Zwartveld) en J. Steenbergen, 'De Zwartveld-beschikking en samenwerking met nationale rechters', in: *SEW* 2015, 11, p. 570-573.

Het is de vraag of de Afdeling niet meer ruimte had dienen te laten voor de inschakeling van andere hulplijnen, zoals het inwinnen van advies bij een deskundige. Artikel 3.2 Awb schrijft immers niet voor dat alleen adviezen van (Europese) bestuursorganen dienen te worden betrokken in een zorgvuldige besluitvorming.

2.5 Open Universiteit Nederland een onderneming waarop 107 VWEU van toepassing is?

De uitspraak in de zaak Open Universiteit Nederland (hierna: OUN) draaide om de weigering van de minister van OCW om toestemming te verlenen aan de OUN voor het verzorgen van de deeltijds bacheloropleiding HBO-rechten in de vorm van afstandsonderwijs.⁴² In de beroepsprocedure betoogden LOI en het NTI dat de OUN een onderneming is in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU, zodat de staatssteunregels zoals omschreven in artikel 107, lid 1, VWEU van toepassing zouden kunnen zijn. De Afdeling heeft vervolgens vragen gesteld aan de Commissie. De Afdeling heeft uit het advies van de Commissie afgeleid dat het aanbieden van de opleiding door de OUN niet is aan te merken als een economische activiteit en dat de OUN niet te kwalificeren is als onderneming in de zin van de artikelen 101 en 107 VWEU, zodat de Europese staatssteunregels niet van toepassing zijn.⁴³

In de literatuur is deze uitspraak niet altijd met enthousiasme ontvangen⁴⁴, bijvoorbeeld omdat de Afdeling haar eigen verantwoordelijkheid voor de correcte interpretatie van het Unierecht onvoldoende neemt door te varen op het advies van de Commissie en geen prejudiciële vragen te stellen.⁴⁵ Wij zien dit anders: heeft de Afdeling niet juist wel haar verantwoordelijkheid genomen door de Commissie die ter zake deskundig dient te worden geacht in te schakelen en niet te kiezen voor het stellen van vragen aan het Hof, hetgeen tot een vertraging van gemiddeld genomen 15-16 maanden zou hebben geleid? Misschien is het optreden van de Afdeling juist daarom navolgenswaardig. De Afdeling is één van de weinige Unierechters die niet schroomt om de informele hulplijn van de Commissie in te roepen dan wel te betrekken in haar eigen oordeel. Dit



alles neemt niet weg dat aan het inschakelen van de Commissie vanuit staatsrechtelijk perspectief ook bezwaren kleven. Het is immers een rechter die aan een 'bestuursorgaan' (in dit geval: de Commissie) om advies vraagt. Dat betekent volgens ons dat dit instrument op een verstandige wijze moet worden ingezet en dat het belangrijk is dat de rechter die het advies vraagt uiteindelijk - in licht van het deskundige advies van de Commissie - een eigen en onafhankelijke beoordeling maakt. In de OUN-uitspraak heeft de Afdeling dat ook in onze ogen gedaan. De afdoening van de Afdeling is onzes inziens verdedigbaar en niet een één-op-één toepassing van het advies, maar het resultaat van een eigen afweging van de Afdeling, mede in het licht van dit advies. Interessante vraag is evenwel hoe de OUN-zaak zich verhoudt tot de beschikking van de Commissie en het arrest van het Gerecht waarin is aangenomen dat organisaties die zich inspannen voor het behoud van natuur en landschappen zich onder bepaalde omstandigheden kwalificeren als onderneming en ter zake rekening moet worden ge-

⁴² ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9933 (LOI & OUN), AB 2014/344, m. nt. T. Barkhuysen en M. Claessens, r.o. 8-8.7.

⁴³ In ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9581 (Buytenland van Rhoon), r.o. 2.22 is overigens ook geen sprake van 'ondernemingen'. Het ging daar om een plan om 750 hectare natuur- en recreatiegebied te ontwikkelen en waar sprake was van een bijdrage van 117,5 miljoen euro van het Rijk, de provincie en de stadsregio Rotterdam. Hierbij lag de uitvoering niet in handen van ondernemingen, maar bij de betrokken overheden. Van begunstiging van ondernemingen als bedoeld in artikel 107 VWEU was dan ook geen sprake.

⁴⁴ Onder meer A.J. Metselaar, 'Leaving Coherence Instruments Unapplied - The Case of Advice from the European Commission in State Aid Procedures Before Dutch Courts', in: *REALaw* 2015, 2, pp. 307, 309-311.

⁴⁵ J.H. Jans, 'De ene opleiding/onderneming is de andere niet. Of: enige opmerkingen over zelfbewuste rechters', in: *SEW* 2015, 11, pp. 593-596.

houden met de staatssteunregels.⁴⁶ Op dit punt lijkt enige spanning te bestaan tussen de insteek van het advies van de Commissie in de OUN-zaak en de positie van de Commissie en het Gerecht in voornoemde zaken. Hoewel natuurbehoud en onderwijs - in voornoemde gevallen - als publieke taak zouden kunnen worden aangemerkt, hecht de Commissie in het kader van het begrip 'onderneming' kennelijk zwaarder aan de ruimere exploitatiemogelijkheden van natuur dan aan het heffen van verplichte collegegelden. Het heffen van collegegelden door de OUN wordt door de Commissie kennelijk als dusdanig marginaal aangemerkt dat van een onderneming geen sprake is. De mogelijkheid om opbrengsten te genereren met het exploiteren van grond, jachtgebieden en visgronden wordt door de Commissie evenwel dan weer kennelijk hoger aangeslagen en geeft aanleiding om de natuurbeschermingsorganisaties als onderneming aan te merken. Naar de redenen voor dit verschil in benadering is het gissen, maar voorstelbaar is dat voor de Commissie niet de hoogte van de opbrengsten bepalend is, maar de diverse mogelijkheden tot ondernemen voor de betrokken entiteiten.

2.6 Bijzondere projectsteun aan woningcorporaties (Vogelaarheffingen): DAEB en belanghebbenden

De eerste 'Vogelaarheffing-zaak' heeft betrekking op de oplegging van bijdrageheffingen bijzondere projectsteun - de zogenaamde Vogelaarheffing - in 2008 en 2009 aan woningcorporaties.⁴⁷ De Afdeling oordeelde in deze zaak dat de bijzondere projectsteun voor woningcorporaties die actief zijn in bepaalde aandachtswijken verenigbaar is met de Europese staatssteunregels, aangezien deze steun zou voldoen aan de voorwaarden zoals omschreven in de desbetreffende 'DAEB-beschikking'.⁴⁸ In de tweede 'Vogelaarheffing-zaak' speelde de toekenning van bijzondere projectsteun in 2008 aan 115 corporaties die werkzaam zijn in 40 aandachtswijken.⁴⁹ De 50 betalende corporaties kwamen op tegen de toekenning van de projectsteun. De Afdeling oordeelde dat de betalende corporaties niet

als belanghebbenden als bedoeld in artikel 1:2 Awb moesten worden aangemerkt bij de steunbesluiten. De financiële belangen van de betalende corporaties noch hun concurrentiebelangen waren rechtstreeks betrokken bij de steunbesluiten. Dit laatste betekent dat deze belangen evenmin worden getroffen als een individuele corporatie de bijzondere projectsteun op een met de staatssteunregels strijdige wijze zou aanwenden.

In een uitvoerige beschouwing gaat Van den Bossche in op de rechtsstrijd van voormelde woningcorporaties tegen de hun opgelegde Vogelaarheffing en de aan de aandachtswijken verstrekte projectsteun. Van den Bossche plaatst vraagtekens bij wat zij noemt de verregaande bereidheid van de Afdeling om zich aan te sluiten bij de beoordeling van de Commissie in haar goedkeuringsbeschikking in de eerste Vogelaarheffing-zaak.⁵⁰ Hoewel deze vraagtekens goed te begrijpen zijn ten aanzien van de motivering van de uitspraak, doen zij naar onze mening niet af aan de juistheid van het oordeel van de Afdeling.

2.7 Vereveningsbijdrage die zorgverzekeraars jaarlijks ontvangen, vertrouwen en terugvordering

De uitspraak van 15 april 2015 heeft betrekking op een herziening en lagere vaststelling van de vereveningsbijdrage die appellante Zorg en Zekerheid U.A. heeft ontvangen en terugvordering van het te veel betaalde.⁵¹ Kort gezegd is in deze zaak geen sprake van gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de te veel uitgekeerde onrechtmatige staatssteun als gevolg van een vergissing van het Zorginstituut Nederland.⁵² De Commissie oordeelde in het door de Afdeling gevraagde advies dat onrechtmatige staatssteun aan de orde was. De in artikel 108, lid 3, VWEU neergelegde verplichting tot terugvordering van onrechtmatige steun geldt voor de lidstaat Nederland en ook voor diens bestuursorganen, aldus de Afdeling. Daarmee is de bevoegdheidsgrondslag tot terugvordering van het aan appellante te veel toegekende gegeven, aldus de Afdeling. De Afdeling lijkt met deze uitspraak te breken met haar eerder uitgezette lijn dat bij gebreke van een grondslag van communautair recht een grondslag in het nationale recht vereist is die de bevoegdheid tot het terugvorderen van steun aan de betreffende overheid toekent.⁵³

Met Van den Brink en Den Ouden zijn wij van mening dat de rechtspraak van het Hof, met name

⁴⁶ Beschikking van de Commissie C(2009) 5080 final van 2 juli 2009 inzake staatssteun NN 8/2009 - Duitsland natuurgebieden, GvEA 12 september 2013, T-347/09, ECLI:EU:T:2013:418 (Duitsland/Commissie). Zie in dit verband ook Hancher, Ottervanger & Slot 2012, p. 423. Thans is het achterliggende juridische vraagstuk wederom onderdeel van een procedure bij het GvEA in zaak nr. T-146/16 (*Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland e.a./Commissie*), zie PbEU C 191 van 30 mei 2016.

⁴⁷ ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143 (*Vogelaarheffing I*), AB 2012/156, m.nt. S.C.G. Van den Bogaert en A.J. Metselaar.

⁴⁸ Beschikking nr. 2005/842/EG van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag (thans artikel 106, tweede lid, van het VWEU) op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, PB L 312 van 29 november 2005.

⁴⁹ ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794, AB 2013/263 m.nt. W. den Ouden (*Vogelaarheffing II*).

⁵⁰ A.M. Van den Bossche, 'Werk aan de (Vogelaar)wijk - rechters aan het werk - krachtig en grotendeels prachtig', in: SEW 2015, 11, pp. 597-602.

⁵¹ ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorginstituut*), AB 2015/226, m.nt. J. van den Brink en W. den Ouden.

⁵² Er is namelijk geen sprake van een situatie waarin er uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zijn.

⁵³ ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416 (*Fleuren Compost*), AB 2006/208, m.nt. W. den Ouden, Gst. 2006/98, m.nt. R.J.M. van den Tweel, r.o. 2.8.1.

het SOMVAO-arrest⁵⁴, tot dit oordeel noopt. Wij zien de uitspraak dan ook als een extra aansporing voor de nationale wetgever om te zorgen voor een snelle(re) invoering van voormeld wetsvoorstel Terugvordering staatssteun. Dat wetsvoorstel koppelt de bevoegdheid tot terugvordering nadrukkelijk aan een besluit van de Commissie met de plicht tot terugvordering van steun (artikel 2) en geeft voor overduidelijke schendingen van artikel 108 VWEU de bevoegdheid aan het betreffende bestuursorgaan tot wijziging van haar eerdere besluit, zodat niet aangemelde steun niet alsnog wordt verleend (artikel 7). Die laatste bevoegdheid bestaat al op grond van de rechtstreekse werking van artikel 108 VWEU en is dus niet nodig.⁵⁵ Of dit wetsvoorstel alle terugvorderingsperikelen oplost zal in de praktijk moeten blijken.⁵⁶

2.8 Hoe vaak slaagt een staatssteungrond van een appellant bij de Afdeling?

Van de 87 onderzochte zaken in de periode 2011-2016 heeft de Afdeling 5 keer het 'staatssteunberoep' van een appellant gegrond verklaard (5,7%).⁵⁷ Dit betreffen twee toegewezen voorlopige voorzieningen⁵⁸ en twee uitspraken waarin de bestuurlijke lus is toegepast, waarna het gebrek inzake staatssteun overigens is hersteld (par. 2.1). De enige bodemprocedure waarin het beroep van de appellant inzake 'staatssteun' werd gehonoreerd, betreft de uitspraak in de zaak Ridderstee (par. 2.4). De meeste ongegronde staatssteunberoepen zijn te vinden in zaken over ruimtelijke ordening, waarbij het doorgaans gaat om de vraag of het bestemmingsplan of ruimtelijke ordeningsbesluit uitvoerbaar is zonder staatssteun. Om als appellant beroep te kunnen doen op het Europees staatssteunrecht moet worden voldaan aan nationale procedureregels. In verschillende zaken wordt hier niet aan voldaan, waardoor de Afdeling het beroep op (vermeende) staatssteun ongegrond verklaart (par. 2.2, 2.3 en 2.6).⁵⁹ Een beroep van een appellant op

het vertrouwensbeginsel in een zaak rond een 'Europeesrechtelijk gereguleerde geldbijdrage' wordt blijkens par. 2.7 conform de rechtspraak van het Hof zeer terughoudend ingevuld.

3. Procedures bij het CBb

Het Europese staatssteunrecht kwam bij het CBb in verschillende zaken aan de orde in de onderzoeksperiode. Het staatssteunrecht kwam aan bod bij zaken over subsidies (par. 3.1.), heffingen (par.3.2) en garanties (par. 3.3). Interessant is ook de uitspraak over steunverlening aan een zorginstelling, het procesbelang en de taak van de nationale rechter (par. 3.4). Uit twee uitspraken waarbij een beroep op staatssteun speelde blijkt voorts dat net als bij de Afdeling voldaan dient te worden aan de nationale bestuursprocesregels (par. 3.5).

3.1 Procedures in het kader van subsidies

In de uitspraak van 16 februari 2011 gaat het om de vraag of het subsidieverstrekkende bestuursorgaan al dan niet de desbetreffende subsidie mag matigen om te voorkomen dat er sprake is van staatssteun (par 3.1.1.). In de tussenuitspraak van 10 juli 2014 in de Twence-zaak berust het subsidiebesluit van het bestuursorgaan in eerste instantie niet op een deugdelijke motivering, waardoor - succesvol - toepassing wordt gegeven aan de bestuurlijke lus (par. 3.1.2).⁶⁰ De laatste noemenswaardige uitspraak betreft die van 30 augustus 2011 inzake de doorvertaling van Richtsnoeren en brieven van de Commissie over regionale steunmaatregelen en staatssteun in de nationale subsidieregelgeving en de vraag welke consequentie dient te worden verbonden aan het niet-naleven van een meldplicht door een subsidieontvanger (par. 3.1.3).⁶¹

3.1.1 (Samenloop van) MEP-subsidie en Vamilregeling

Deze zaak ziet op een uiterst complexe samenloop van de MEP-subsidieregeling en de zogenaamde Vamilregeling.⁶² De MEP-subsidieregeling ziet op subsidies ter stimulering van de milieukwaliteit van elektriciteitsproductie. Een MEP-subsidie wordt verminderd vanwege cumulatie met steun op basis van de in de Wet inkomstenbelasting 2001 neergelegde regeling voor willekeurige afschrijving van bedrijfsmiddelen (hierna: de Vamilregeling). Appellanten ageren tegen de gelijklopende besluiten van TenneT waarin hun bezwaren ongegrond zijn verklaard. Zij betogen - kort gezegd - dat de

54 HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2462 (SOMVAO), AB 2015/225 m.nt. J. van den Brink en W. den Ouden.

55 HvJ EU 21 november 1991, C-354/90, ECLI:EU:C:1991:440.

56 Het wetsvoorstel ziet alleen op besluiten van de Commissie met de plicht tot terugvordering. In de praktijk komen evenwel ook staatssteunbesluiten van de Commissie voor zonder een dergelijke plicht. Zoals wij het wetsvoorstel begrijpen voorziet het voorstel niet in die situatie en zal terugvordering op een andere buiten dit nieuwe wettelijke kader moeten plaatsvinden.

57 In 94,3% van de gevallen is het beroep van een appellant op de staatssteunregels afgewezen.

58 ABRvS 15 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4922 (*Vovo Nieuw Marienpark*), r.o. 2.2. In de bodemprocedure verwerpt de Afdeling echter het beroep op staatssteun van de appellant (ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3693 (*Nieuw Marienpark*), r.o. 10-10.5). Zie in dit verband ook ABRvS 1 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3648 (*Vovo Nieuwe Sloot*), r.o. 2.11 en ABRvS 31 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR316 (*Nieuwe Sloot*), r.o. 2.9-2.9.5.

59 Een voorbeeld waarin het staatssteunbetoog sneuvelt op de grondenfiuk tussen beroep en hoger beroep is te vinden in ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2566 (*Leiden*), r.o. 11.

60 CBb 10 juli 2014, ECLI:NL:CBb:2014:277 (*Twence*) en CBb 23 juli 2015, ECLI:NL:CBb:2015:266.

61 CBb 30 augustus 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BR6940, AB 2012, 96, m.nt. W. den Ouden. In dit artikel wordt zijdelings ingegaan op het tweede punt, aangezien dit in het licht van het staatssteunrecht minder relevant is.

62 CBb 16 februari 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BP6917 (*MEP-subsidie en Vamilregeling*), r.o. 1.

netbeheerder geen juiste uitvoering heeft gegeven aan de eerdere uitspraak van het CBb.⁶³

Het CBb overweegt allereerst dat zowel de Vamil als de MEP-subsidie staatssteun vormen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Partijen zijn het daar overigens ook over eens. De Nederlandse Staat heeft in 2002 de MEP-subsidieregeling aangemeld bij de Commissie. Hierbij is overwogen dat samenloop van Vamil en MEP niet mogelijk was, omdat de Vamilregeling voor windturbines op land per 1 januari 2003 niet meer beschikbaar zou zijn. Bij de aanmelding heeft de Nederlandse Staat volgens het CBb echter niet onderkend dat voor wat betreft windturbines op land wel degelijk samenloop kon optreden van Vamil en MEP, voor zover het investeringen betrof die vóór 1 januari 2003 werden gedaan. Als in dergelijke gevallen op de Vamil-faciliteit de volledige MEP-subsidie wordt gestapeld, overtreft het totaal aan voordelen het steunplafond van het Milieusteunkader.⁶⁴ In deze situatie is de minister van EZ gehouden om de voordelen uit de Vamilregeling in mindering te brengen op de MEP-subsidie om te voorkomen dat sprake is van verboden staatssteun. De minister heeft hieraan uitvoering mogen geven door middel van de cumulatietoets, aldus het CBb. Voor dit oordeel vindt het CBb steun in de beschikking van 23 juli 2003 van de Commissie ten aanzien van een windmolenpark op zee, waarin de Commissie beziet of de exploitatiesteun op basis van onder meer de MEP-regeling in de weg staat aan het verlenen van investeringssteun op grond van de Vamilregeling. Het CBb concludeert dat TenneT op juiste wijze uitvoering heeft gegeven aan de eerdere uitspraak uit 2008.

Daargelaten of er sprake is van een gerechtvaardigd vertrouwen dat appellanten van voormelde regelingen maximaal gebruik zouden kunnen maken, overweegt het CBb onder verwijzing naar de Krücken-uitspraak van het Hof van 26 april 1988⁶⁵ overigens dat voor een beroep op het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel onvoldoende is gesteld. Aldus geeft het CBb, net als de Afdeling (par. 2.7), in onze ogen terecht een (zeer) terughoudende invulling van dit beginsel.

3.2 Twence - subsidie, anticumulatie en staatssteun

In de 'Twence-zaak' heeft een bedrijf dat zich richt op het op milieuvriendelijke wijze verwerken van afval en het produceren van energie (Twence) in 2009 een subsidieaanvraag ingediend in het kader van de 'TERM'⁶⁶ voor het project 'Innovatieve bio-

gasconversie en -verwerking in Hengelo'.⁶⁷ De minister van EZ heeft deze aanvraag in 2010 ingewilligd (€ 800.000 subsidie verleend). De subsidie op basis van de TERM bedraagt 40% van de daadwerkelijk gemaakte subsidiabele kosten en maximaal € 800.000. In 2012 heeft Twence een aanvraag tot vaststelling van de subsidie ingediend. Bij het primaire besluit heeft de minister van EZ de subsidie, afwijkend van de verlening, vastgesteld op EUR 301.000 en een bedrag van € 419.000 teruggevorderd. Ter motivering heeft de minister erop gewezen dat Twence voor hetzelfde project subsidie (€ 499.000) heeft ontvangen op basis van de provinciale Subsidieregeling Duurzame Energie & Energiebesparing (hierna: DEEO) en dat ingevolge de anticumulatiebepaling van artikel 6, lid 1, Kaderbesluit EZ-subsidies de door Twence ontvangen DEEO-subsidie op het maximale subsidiebedrag in mindering dient te worden gebracht.⁶⁸ De minister meent dat het maximale bedrag dat kan worden verstrekt op basis van het Kaderbesluit EZ-subsidies, het in de TERM genoemde maximumbedrag (€ 800.000) is. Dit sluit ook nauw aan bij de Europese staatssteunkaders, aldus de minister. Twence betoogt daarentegen dat het bedrag dat - ingevolge het Kaderbesluit EZ-subsidies - kan worden verstrekt het bedrag is dat in de beschikking tot subsidieverlening is vermeld als 'maximale steun', € 1.455.610,99. Dit is aldus Twence het bedrag waarop de DEEO-subsidie (€ 499.000) in mindering moet worden gebracht. Dit leidt volgens haar niet tot een lagere vaststelling, aangezien het saldo boven de maximale subsidie van € 800.000 blijft. Het CBb overweegt dat het betoog van de minister overtuigingskracht mist. Allereerst lijkt namelijk uit de handleiding '*Unieke kansen programma verduurzaming warmte en koude*' te volgen dat niet het maximumbedrag van € 800.000, maar het bedrag dat overeenkomt met de 'maximale steun' het uitgangspunt is van de berekening in het kader van de toepassing van de anticumulatiebepaling van artikel 6, lid 1, Kaderbesluit EZ-subsidies. Daarnaast blijkt dat de minister in een ander geval juist de methodiek heeft gevolgd die door Twence wordt bepleit. De minister heeft voor deze - tegenstrijdigheden suggererende - aspecten geen verklaring gegeven. Tegen deze achtergrond oordeelt het CBb dat het gewraakte besluit niet berust op een deugdelijke motivering. Omdat niet geheel is uit te sluiten dat de minister alsnog helderheid zal kunnen bewerkstelligen omtrent zijn gevolgde uitvoeringspraktijk en er alsnog in zou kunnen slagen dat het hier de Europese staatssteunkaders zijn die hier tot de door

63 Het betreft de volgende uitspraak: CBb 23 december 2008, ECLI: NL:CBB:2008:BD8212.

64 Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu, PbEU C 37/03 van 3 februari 2001.

65 HvJ 26 april 1988, C-316/86, ECLI:EU:C:1988:201 (Krücken), r.o. 26. Zie ook recent HvJ 20 juni 2013, C568/11, ECLI:EU:C:2013:407 (Agroferm), AB 2014/70 m.nt. J. van den Brink en W. den Ouden.

66 Tijdelijke energieregeling markt en innovatie, zie Stcrt. 2008, 173.

67 CBb 10 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:277 (Twence B.V.), r.o. 1.

68 In artikel 6, lid 1, Kaderbesluit EZ-subsidies is bepaald dat indien reeds door een bestuursorgaan of de Commissie subsidie is verstrekt voor de subsidiabele kosten of een deel daarvan, slechts een zodanig bedrag aan subsidie wordt verstrekt dat het totale bedrag aan subsidies niet meer bedraagt dan het bedrag dat krachtens dit besluit kan worden verstrekt.

de minister voorgestane uitleg van de onderhavige anticumulatiebepaling dwingen, geeft het CBb toepassing aan de bestuurlijke lus. Blijkens de einduitspraak van 23 juli 2015 weet de minister met een nadere motivering het bestreden besluit overeind te houden.⁶⁹

3.2.1 Uitspraak van 30 augustus 2011 inzake doorvertaling van soft law

Materieel betreft deze zaak een onderneming met een Duits moederbedrijf dat op 26 april 2001 een aanvraag heeft gedaan voor subsidie op basis van het Besluit subsidies regionale investeringsprojecten (hierna: BSRI) voor de vestiging van een productiefabriek voor onderdelen van batterijen te Heerlen.⁷⁰ De staatssecretaris van EZ (toenmalig: staatssecretaris van E&LI) heeft bij besluit van 21 december 2001 (ruim 2 miljoen euro) subsidie verleend. De activiteiten waarvoor subsidie is verleend, zijn evenwel beëindigd rond eind januari 2007. Doordat volgens de staatssecretaris de onderneming niet zou hebben voldaan aan twee op haar rustende subsidieverplichtingen, wordt de subsidie bij besluit van 23 juni 2008 op nihil gesteld en het betaalde voorschot teruggevorderd. De onderneming kan zich hiermee in bezwaar en beroep niet verenigen.

Een van de bovengenoemde geschonden subsidieverplichtingen heeft betrekking op de verplichting om de activiteit waarvoor de subsidie is verleend, vijf jaren te behouden. In dit kader wijst de staatssecretaris op de Nota van Toelichting bij het BSRI en paragraaf 4.10 van de Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen.⁷¹ De onderneming meent dat deze verplichting niet zou bestaan en stelt dat richtsnoeren een vorm van *soft law* zijn, een rechtsinstrument dat geen bindende werking toekomt ten laste van burgers. Uit richtsnoeren kan derhalve geen verplichting voor de onderneming worden afgeleid tot behoud van de investering voor de duur van vijf jaar.

Volgens het CBb kan uit de correspondentie tussen de Commissie en de Nederlandse regering worden afgeleid dat de opsteller van het BSRI aan artikel 16 (mede) de strekking heeft willen toekennen uitvoering te geven aan de in punt 4.10 van de Richtsnoeren opgenomen eis dat de investering minimaal vijf jaar behouden blijft. Dit betekent dat artikel 16 BSRI zo moet worden begrepen, dat daarmee is beoogd om voor ontvangers van subsidie op grond van het BSRI, naast de in dit artikel neergelegde meldingsplicht, tevens de verplichting in het leven te roepen dat de investering minimaal vijf jaar behouden dient te blijven. Het CBb meent dat de termijn van vijf jaar aanvang neemt op het

moment van subsidieverlening, in dit geval op 21 december 2001, en derhalve eindigt op 21 december 2006. Dit betekent volgens het CBb dat de onderneming haar investering meer dan vijf jaar heeft behouden. Het CBb komt tot de conclusie dat de onderneming ten onrechte is tegengeworpen dat zij niet aan deze verplichting zou hebben voldaan. Gelet hierop heeft de staatssecretaris de aan de onderneming verleende subsidie in redelijkheid niet op nihil kunnen vaststellen.

Met Den Ouden menen wij dat deze casus enerzijds een voorbeeld is van een (allicht onhandige) doorvertaling van Richtsnoeren en brieven van de Commissie over regionale steunmaatregelen in de Nederlandse subsidieregelgeving en anderzijds illustreert dat hoewel *soft law* in theorie geen rechtens bindende regelgeving bevat, in de nationale uitvoeringspraktijk dat verschil vaak niet echt zichtbaar is.⁷²

3.3 Rechtszaken in het kader van heffingen

In de periode 2011-2016 is verschillende keren geprocedeerd tegen heffingsbeschikkingen die productschappen opleggen aan ondernemingen die binnen hun sector werkzaamheden verrichten. De heffingen kunnen worden onderverdeeld in algemene heffingen en bestemmingsheffingen, waarbij de opbrengsten van de algemene heffingen worden gebruikt om de algemene huishoudelijke kosten van productschappen te betalen, terwijl de opbrengsten van bestemmingsheffingen worden aangewend voor onderzoek en promotiecampagnes ten behoeve van de sector.⁷³ Het zou zo kunnen zijn dat van de bestemmingsheffing ook een steunmaatregel wordt uitgevoerd. Deze dient uiteraard te zijn aangemeld bij en goedgekeurd door de Commissie in het licht van artikel 108, lid 3, VWEU.

In heffingszaken bij het CBb spelen meestal twee vragen. Is er sprake van een steunmaatregel? Zo ja, maakt de desbetreffende heffing daarvan integerend onderdeel uit? Dat laatste is het geval als tussen het heffingsbesluit en het uitvoeren van de steunmaatregel een dwingend bestemmingsverband bestaat.⁷⁴ In de volgende subparagrafen worden zaken behandeld waarin de eerste en/of de tweede vraag (ontkennend) wordt beantwoord. In de zaak Dutch Wine Traders e.a. wordt de eerste vraag door het CBb overigens niet beantwoord,

⁶⁹ CBb 23 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:266, r.o. 6.1-6.4.

⁷⁰ CBb 30 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6940 (BSRI), AB 2012, 96, m. nt. W. den Ouden, r.o. 2.2

⁷¹ Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen, Pbeu C 74/06 van 10 maart 1998.

⁷² Zie uitvoerig J.C.A. van Dam, 'De doorwerking van Europese administratieve soft law: in strijd met Nederlandse legaliteit?', NALL 2013, januari-maart, DOI: 10.5553/NALL/.000009, p. 7.

⁷³ M. Baart, 'Staatssteunrecht gerelativeerd - Het bestuursrechtelijke relativiteitsvereiste bezien in het licht van staatssteunrecht', NALL 2012/december, DOI:10.5553/NALL/.000008, p. 8.

⁷⁴ Deze vraag stond overigens centraal in de uitspraak in de zaak Streekgewest Westelijk Noord Brabant. Zie HvJ EG 13 januari 2005, nr. C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 (Streekgewest).

maar struikelt het staatssteunbetoog van appellanten op de tweede vraag.⁷⁵

3.3.1 Roveg Fruit - algemene heffing inzake groente- en fruithandel

In de zaak Roveg Fruit komen handelaren op tegen de aan hen opgelegde heffingen in verband met de handel in groenten en fruit. De handelaren voeren aan dat de Verordening algemene heffing - op basis waarvan de heffingen zijn opgelegd - dient te worden aangemerkt als met parafiscale heffingen gefinancierde steunmaatregelen, die ook op uit andere lidstaten ingevoerde producten worden opgelegd zonder dat er een tegenprestatie tegenover staat en dat deze steunmaatregel ten onrechte niet is aangemeld bij de Commissie.⁷⁶ Dat de opbrengst van de heffingen wordt gebruikt ter financiering van huishoudelijke uitgaven van het Productschap Tuinbouw doet hier volgens de handelaren niets aan af. Het CBb overweegt dat in casu geen aanknopingspunten zijn te vinden voor het oordeel dat de Verordening algemene heffing een steunmaatregel bevat. Met de opbrengst van de heffingsgelden van de verordening worden slechts de algemene organisatiekosten van het productschap gefinancierd en geen activiteiten ten gunste van ondernemingen waardoor de mededinging door die begunstiging wordt vervalst of dreigt te worden vervalst. De heffingsgelden worden dan ook niet besteed aan steunmaatregelen in de zin van artikel 107 VWEU, aldus het CBb.

3.3.2 Compaxo - bestemmingsheffing verboden staatssteun?

Dat de vraag of een steunmaatregel bestaat in de Compaxo-zaak ontkennend wordt beantwoord, heeft de volgende achtergrond. De keuringen van roodvles na de slacht, tot 2006 ondergebracht bij de Voedsel en Waren Autoriteit, zijn per 1 januari 2006 ondergebracht bij de B.V. Kwaliteitskeuring Dierlijke Sector (hierna: KDS).⁷⁷ Het Productschap Vee en Vlees heeft een bestemmingsheffing vastgesteld om de slachterijen te laten bijdragen in de kosten van de reorganisatie van de roodvleskeuringen. Vleesverwerker Compaxo ageert tegen de heffingsverordeningen over 2006 en 2007 met drie argumenten. Allereerst betoogt Compaxo dat sprake is van verboden 'negatieve staatssteun', aangezien Nederlandse slachters door de heffing met extra kosten worden opgezadeld en zo in een slechtere positie komen dan slachters elders in de EU. Het tweede onderdeel betreft de stelling dat aan KDS verboden staatssteun wordt verleend omdat haar een opslag wordt gegeven teneinde een ver-

mogen op te bouwen. Ten slotte meent Compaxo dat de structurele matiging van de keuringskosten een voordeel oplevert voor slachterijen.

Het CBb overweegt dat een heffing als de onderhavige alleen door het verbod van artikel 108, lid 3, VWEU wordt getroffen als deze een geïntegreerd onderdeel uitmaakt van een steunmaatregel. Daarvan is sprake als er krachtens de relevante nationale regeling noodzakelijkerwijs een dwingend bestemmingsverband bestaat tussen de heffing en de steunmaatregel, in die zin dat de opbrengst van de heffing noodzakelijkerwijs voor de financiering van de steun wordt bestemd. Allereerst zal volgens het CBb moeten worden beoordeeld of sprake is van een steunmaatregel en, indien dat het geval is, vervolgens of er een dwingend bestemmingsverband bestaat tussen de heffing en de steunmaatregel. Het CBb overweegt dat het betoog van Compaxo dat sprake is van verboden negatieve staatssteun niet kan slagen, aangezien met het opleggen van de heffingen geen voordeel wordt verschaft aan de ondernemingen. Volgens het CBb is er bij de opslag voor KDS evenmin sprake van een steunmaatregel, aangezien dit KDS geen economisch voordeel oplevert. Het opbouwen van weerstandsvermogen is juist bedoeld om de roodvleskeuringen mogelijk te maken.⁷⁸ Inzake de structurele matiging van de keuringskosten overweegt het CBb dat er ook geen sprake is van staatssteun, aangezien dit voordeel niet met staatsmiddelen wordt bekostigd. De voordelen die de betrokken ondernemers uiteindelijk zullen gaan hebben van de modernisering van de feitelijke organisatie van de vleeskeuringen staan naar het oordeel van het CBb niet in een zodanig verband met deze bijzondere voorzieningen dat gezegd kan worden dat die voordelen rechtstreeks of zijdelings worden bekostigd met staatsmiddelen.

3.3.3 Blankespoor e.a. - Verordening bestemmingsheffing onverbindend?

In deze zaak komen enkele ondernemingen op tegen heffingen die het Hoofdbedrijfschap Ambachten (hierna: HBA), ingevolge de Algemene heffingsverordening en de Verordening bestemmingsheffing, heeft opgelegd.⁷⁹ De ondernemingen stellen dat beide verordeningen onverbindend zijn, onder meer wegens strijd met het staatssteunrecht. In dit kader betogen zij dat de bedragen die het HBA aan subsidies verstrekt parafiscale steunmaatregelen zijn die hadden moeten worden aangemeld bij de Commissie; nu dat niet is gebeurd had de Verordening bestemmingsheffing niet ten uitvoer mogen worden gelegd. Het HBA betoogt

⁷⁵ CBb 30 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU7298 (*Dutch Wine Traders*), r.o. 5.4.

⁷⁶ CBb 23 februari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP6893 (*Roveg Fruit*), r.o. 4.1.

⁷⁷ CBb 11 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP7722 (*Compaxo*), r.o. 5.1.

⁷⁸ Ook als de opslag wel zou moeten worden aangemerkt als een steunmaatregel, stelt het CBb dat dit onderdeel van het betoog niet zou kunnen slagen. Er is namelijk geen sprake van een dwingend bestemmingsverband; de heffing is uitsluitend bedoeld voor de vergoeding van transitiekosten en niet voor de opslag.

⁷⁹ CBb 15 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV8841 (*Blankespoor e.a.*).

daarentegen dat projecten die uit de heffing worden gefinancierd niet de individuele ondernemers ten goede komen, maar de bedrijfstak als geheel. Er is derhalve geen sprake van een situatie waarin het financieren van projecten staatssteun kan opleveren. Als dat al anders zou zijn, dan geldt de *Pearle*-rechtspraak van het Hof onverkort.⁸⁰ HBA kan niet vrijelijk over de middelen beschikken. De middelen zijn geoormerkt en de kosten die HBA voor de projecten maakt worden volledig betaald uit de opbrengst van de heffing. Zij komen ten laste van de ondernemingen die van de projecten profiteren. Indien wel sprake zou zijn van steun, dan is sprake van steun die op grond van de 'de minimis'-regeling niet hoeft te worden gemeld bij de Commissie.

Het CBb stelt dat een heffing als de onderhavige alleen door het regime van de steunmaatregelen wordt getroffen als deze een geïntegreerd onderdeel uitmaakt van een steunmaatregel en dat dus eerst zal moeten worden beoordeeld of de Verordening bestemmingsheffing een steunmaatregel bevat. Het CBb verwijst naar vaste rechtspraak van het Hof op basis waarvan aan alle in artikel 107, lid 1, VWEU bedoelde voorwaarden moet zijn voldaan, voordat gesproken kan worden van steunmaatregelen. Volgens het CBb is niet aan deze voorwaarden voldaan. Zo is niet aannemelijk gemaakt dat er sprake is of kan zijn van (dreigende) vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de interstatelijke handel. Dat betekent dat, ook al zouden de aangeslagen ondernemingen gevolgd moeten worden in hun stelling dat de 'Pearle-uitzondering' zich niet voordoet en wel geheel of gedeeltelijk sprake is van een maatregel van de overheid of een met overheidsmiddelen bekostigde maatregel - hetgeen het CBb uitdrukkelijk in het midden laat - nog niet gebleken is dat sprake is van een steunmaatregel als bedoeld in 107 VWEU. Zoals bekend kunnen nationale (bestuurs)rechters een bijdrage leveren aan het toezicht op 'de minimissteun'.⁸¹ In deze uitspraak speelt evenwel alleen een korte constatering dat wegens de hoogte van de maatregel de 'de minimisvrijstelling' overduidelijk niet toepasselijk is.⁸²

3.4 Procedure inzake garanties - VEMW: besteding veilingopbrengsten elektriciteit en staatssteun

In de periode 2011-2016 vond de Vereniging voor Energie, Milieu en Water (hierna: VEMW) haar weg naar het CBb om in beroep te gaan tegen een

besluit inzake een garantie.⁸³ De VEMW-zaak heeft betrekking op de besteding van de opbrengst van de veiling van over de landsgrenzen getransporteerde elektriciteit. Op grond van de Elektriciteitswet dient de opbrengst te worden benut voor het opheffen van beperkingen in de transportcapaciteit op het landsgrensoverschrijdende net dan wel voor andere, door de toenmalige Nederlandse Mededingingsautoriteit (de NMa is opgegaan in Autoriteit Consument en Markt, hierna ook: ACM) te bepalen doelen. De Dienst uitvoering en toezicht energie (hierna: Dte), die weer een voorganger is van de NMa, gaf in november 2000 te kennen dat zij de aankoop van de elektriciteitsbeurs APX door TenneT ondersteunt met een garantie uit de veilingopbrengsten ter dekking van een mogelijk negatieve cashflow, die ten hoogste € 27 miljoen kon bedragen. De Commissie gaf desgevraagd aan dat van de garantstelling geen melding behoefde plaats te vinden. Dientengevolge kende Dte bij besluit van 13 januari 2004 bijna € 2 miljoen toe aan TenneT. Tevens bepaalde Dte dat, als de waarde van de APX lager zou uitvallen, TenneT recht zou hebben op bijpassing van het verschil. Op 30 juli 2004 neemt Dte een besluit ter uitvoering van het voorgenoemde besluit. Hierbij kent Dte - onder verval van de gegeven garantie - bijna € 15 miljoen uit de veilingopbrengsten toe, gelet op de door accountant Deloitte bepaalde lager uitgevallen waarde van de APX.

Na een ongegrond verklaard bezwaar stelt belangenbehartiger VEMW beroep in. VEMW betoogt onder meer dat de uitwerking die is neergelegd in dit besluit strijdigheid oplevert met artikel 107, lid 1, VWEU, aangezien TenneT voor de aanwending van de veilingopbrengsten voor een ander doel - dan het opheffen van de beperkingen in de transportcapaciteit - afhankelijk is van de toestemming van de NMa (nu ACM). De NMa meent daarentegen dat van staatssteun geen sprake is, want de veilingopbrengsten kwamen al aan TenneT toe. Bovendien bekostigen de veilingdeelnemers - en niet de Staat - de veilingopbrengsten.

Het CBb meent dat Dte met het besluit van 13 januari 2004 toestemming heeft gegeven om de door TenneT op de aankoop van APX geleden verliezen uit de veilingopbrengsten te voldoen. Dit besluit heeft volgens het CBb formele rechtskracht gekregen. Dit deel van de veilingopbrengsten kwam TenneT al toe. Voor het aanwenden voor andere bestedingsdoelen dan de uitbreiding van de grensoverschrijdende transportcapaciteit behoefde zij echter de toestemming van Dte en later NMa. Niet in geschil is dat TenneT voorzienbaar op de aankoop van APX verlies zou lijden. Dte stimuleerde de aankoop van APX door TenneT, aangezien zij die beurs als van fundamentele waarde voor de (verdere) liberalisering van de elektriciteitsmarkt

⁸⁰ HvJ EG 15 juli 2004, ECLI:EU:C:2004:448 (*Pearle e.a.*), r.o. 35-37.

⁸¹ Zie P.C. Adriaanse, 'Ex-ante- en ex-posttoezicht op groeps- en de-minimisvrijstellingen in het kader van gemoderniseerd staatssteunrecht', *SEW* 2013, 12, pp. 514-536.

⁸² Het komt overigens blijkens ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8046, r.o. 2.6.1 ook voor dat een appellant weliswaar stelt dat de de-minimisdrempel is overschreden, maar dat wegens het ontbreken van een nadere toelichting door de bestuursrechter hierop niet nader op wordt ingegaan.

⁸³ CBb 4 maart 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BP7546 (*Vereniging voor Energie, Milieu en Water*).

beschouwde. APX bevordert het optimaal gebruik van de geïmporteerde elektriciteit en TenneT heeft, op aandringen van Dte, de aan de handel in rekening gebrachte beurskosten verlaagd. Het voor vergoeding in aanmerking te nemen verlies is door een accountant berekend op basis van objectieve criteria, vergelijkbaar met die welke bij de bepaling van de aankoopwaarde in aanmerking zijn genomen. Onder deze omstandigheden is het CBb van oordeel dat de in het besluit van 30 juli 2004 gegeven uitwerking van het besluit van 13 januari 2004 geen steunmaatregel inhield. Noemenswaardig in dit verband is dat het CBb voor zijn oordeel aansluiting heeft gezocht bij de Mededeling op staatssteun in de vorm van garanties van de Commissie (PB C 155 van 20 juni 2008) en daarmee Europese soft law gebruikt als interpretatie-instrument.⁸⁴

3.5 Thuiszorgservice - steun, procesbelang en de taak van de nationale rechter

Deze uitspraak van 13 september 2012 betreft het volgende.⁸⁵ De zorginstelling Stichting Continuering Uitvoering AWBZ West (hierna: HWW) heeft in 2009 de zorgtaken van de failliet verklaarde delen van de Stichting Meavita Nederland overgenomen. De Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) verleende hiervoor ongeveer EUR 22 miljoen steun aan HWW. Tegen dit besluit heeft concurrente Thuiszorgservice bezwaar gemaakt en beroep ingesteld. De steunverlening was niet gemeld bij de Commissie. Thuiszorgservice vraagt in beroep slechts om vaststelling dat er sprake is van staatssteun, waaruit de NZa dan zelf consequenties zou dienen te trekken. Volgens de NZa is er daarentegen geen begunstiging van bepaalde ondernemingen, wordt de mededinging niet vervalst en wordt het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloed. Kortom, volgens NZa is er geen sprake van staatssteun. Het CBb overweegt dat Thuiszorgservice niet-ontvankelijk is wegens het ontbreken van procesbelang. Thuiszorgservice kan immers zelf op grond van artikel 20 van Verordening 659/1999 een oordeel van de Commissie vragen over de verenigbaarheid van de staatssteun met de interne markt. Uit rechtspraak van het Hof leidt het CBb bovendien af dat het strijdig is met de taak van de nationale rechter en bestuursorganen om slechts vast te stellen of er sprake is van - niet-gemelde - staatssteun, omdat die taak ertoe strekt effectieve maatregelen te treffen om in afwachting van een eindbeslissing van de Commissie de door de bewuste steunverlening veroorzaakte verstoring van de mededinging op te heffen. Dat is door Thuiszorgservice met haar (academische)

vraag evenwel niet verzocht, waarmee voor haar het doek is gevallen.

Wij menen dat Metselaar en Den Ouden op een overtuigende wijze uiteenzetten dat de afdoening op basis van de in de uitspraak genoemde rechtspraak van het Hof niet vanzelfsprekend is, nu sprake is van andere rechtsverhoudingen en dat het voor benadeelden lastig is om hun staatssteunrecht-vordering toegewezen te krijgen voor de Nederlandse bestuursrechters. Bij dit laatste speelt volgens hen mee dat bij staatssteunberoepen de Nederlandse bestuursrechter wordt geconfronteerd met ingewikkelde feitencomplexen die een economische analyse en een gedegen kennis van het Unierecht en Europese *soft law* vergen en concurrentievervalsing vaak veel complexe vormen aanneemt. Ondanks de verschillende rollen van de nationale rechter en het Hof, is het opmerkelijk dat Thuiszorgservice als concurrent van HWW door het CBb niet ontvankelijk wordt verklaard wegens het ontbreken van procesbelang en dat het vaste rechtspraak is van het Hof om beroepen van concurrenten met betrekking tot de toepassing van artikel 108, lid 3, VWEU steeds ontvankelijk te verklaren.⁸⁶

3.6 Staatssteungronden en voldoen aan de nationale bestuursprocesregels

Ook uit de uitspraken van het CBb van 22 april 2016 en van 19 augustus 2015 blijkt dat een appellant met een 'staatssteun-beroep' dient te voldoen aan de nationale bestuursprocesregels, omdat anders niet aan een 'inhoudelijke' behandeling wordt toegekomen.⁸⁷ In de eerstgenoemde zaak treft de stelling van appellanten dat de steunverlening op basis van de Regeling GLB-inkomenssteun 2006 verboden staatssteun vormt in de zin van artikel 107 VWEU en dat de bestreden besluiten in strijd zijn met artikel 108, geen doel, nu deze niet nader is onderbouwd. In de tweede zaak over een besluit van de NZa betreffende de compensatieregeling vaste activa voor kapitaallasten bij leegstand, voerde de stichting de nieuwe beroepsgrond met betrekking tot verboden staatssteun zodanig laat aan dat deze - wegens strijd met de goede procesorde - niet bij de behandeling werd betrokken. De les voor appellanten is dat staatssteunbetogen goed onderbouwd en tijdig moeten worden aangevoerd.

3.7 Hoe vaak slaagt een staatssteungrond bij het CBb?

Van de 13 onderzochte zaken heeft het CBb geen enkele keer het beroep op schending van arti-

⁸⁴ Zie ook J.E. van den Brink en J.C.A. van Dam, 'Nederlandse bestuursrechters en unierechtelijke beleidsregels', *JBplus* 2014/1, p. 17.

⁸⁵ CBb 13 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6991 (*Thuiszorgservice*), AB 2013/115, m.nt. A.J. Metselaar en W. den Ouden, *TvGR* 2014/8.5, m.nt. J.G. Sijmons, r.o. 5.5 en 5.8.

⁸⁶ Bijvoorbeeld HvJ 11 maart 2010, C-1/09, ECLI:EU:C:2010:136 (*CELF II*), NJ 2010/365, m.nt. M.R. Mok, zie ook P.C. Adriaanse, 'Procederen over staatssteun voor Nederlandse rechters', in: *TvS* 2011 (1), pp. 13-14.

⁸⁷ CBb 22 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:87 (*Subsidie vezelvas*), r.o. 4.6 en CBb 19 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:294 (*Nederlandse Zorgautoriteit*), r.o. 3.5.

kel 108, lid 3, VWEU van een appellant gegrond verklaard; twee keer slaagt een 'staatssteunbetog' wel (één leidt tot een gegrond beroep). In de Twen- ce-zaak gaf het betog van de onderneming in de tussenuitspraak weliswaar aanleiding voor toepas- sing van de bestuurlijke lus, aangezien de motive- ring van de minister van EZ niet deugde, maar dit gebrek heeft de minister uiteindelijk hersteld (par. 3.1.2). In de uitspraak van 30 augustus 2011 is het beroep van appellant weliswaar gegrond verklaard, maar niet omdat de steunmaatregel (het BSRI) niet was aangemeld bij de Commissie (par. 3.1.3). Het CBB komt, net als de Afdeling, in verscheidene za- ken niet tot een inhoudelijk oordeel, aangezien niet wordt voldaan aan de nationale bestuursprocesre- gels (par. 3.43.5).

4. Procedures over staatssteun bij rechtbanken

Het Europese staatssteunrecht kwam in de onder- zoekperiode bij rechtbanken in verschillende zaken aan de orde. Het kwam onder meer aan bod in zaken op het gebied van de ruimtelijke ordening (par. 4.1), subsidies (par. 4.2), heffingen (par. 4.3) openbaar personenvervoer over binnenwater (par. 4.4) en belastingen (par. 4.5).

4.1 Ruimtelijke ordening, steun en financiële uitvoerbaarheid van bouwplannen

In rechtbankzaken over de ruimtelijke ordening kan de vraag of een bestuursorgaan in strijd met het bepaalde in artikel 107, lid 1, VWEU staatssteun heeft verleend - overeenkomstig rechtspraak van de Afdeling - alleen aan de orde komen in het kader van de vraag of voldoende gewaarborgd is dat een bouwplan financieel uitvoerbaar is.⁸⁸ In dit verband kan worden gewezen op een zaak over de oprich- ting van een tankstation (par. 4.1.1), de realisering van de 'Bossche wolkenkrabber' (par. 4.1.2), de oprichting van een Kulturhus (par. 4.1.3), de her- ontwikkeling van een deel van Rosmalen (4.1.4) en een binnenstedelijk watersportgebied in Rotterdam (par. 4.1.5). Opvallend in alle besproken uitspraken is dat bestuursrechters de lat hoog leggen en dat klagers zo concreet mogelijk moeten aantonen dat getwijfeld moet worden aan de financiële en econo- mische uitvoerbaarheid van een ruimtelijk besluit.

4.1.1 Bouwplan voor tankstation en herinrichting van openbare infrastructuur

De uitspraak van 16 september 2011 betreft een besluit van het college van B&W van Venlo, waarbij een vrijstelling en bouwvergunning is ver- leend voor het oprichten van een tankstation op het grensemplacement A67.⁸⁹ Appellanten betogen dat

er sprake is van mogelijke (onrechtmatige) staats- steun en dat het college de financiële haalbaarheid van het bouwplan had moeten beoordelen tegen de achtergrond dat de ontvangen staatssteun moet worden teruggevorderd. Gesteld is dat overheden de herinrichting van het emplacement financieren, terwijl alleen vergunninghoudster daarvan pro- fiteert en dat dit als (onrechtmatige) staatssteun moet worden aangemerkt. Het college meent daar- entegen dat er geen sprake is van overheidssteun, maar van aanleg en onderhoud van algemeen openbaar toegankelijke infrastructuur.

De vraag of het college in strijd met artikel 107, lid 1, VWEU steun heeft verleend, kan volgens de rechtbank in deze procedure - in lijn met de recht- spraak van de Afdeling op dit punt - alleen aan de orde komen in het kader van de beoordeling of vol- doende is gewaarborgd dat het bouwplan financieel uitvoerbaar is. De rechtbank meent dat het aanleg- gen van infrastructuur op het grensemplacement niet kan worden aangemerkt als aan vergunning- houder verleende staatssteun nu hiermee voldaan is aan een openbare taak om het gebruik van de A67 te optimaliseren en te beveiligen. Niet kan worden ontkend dat vergunninghouder profiteert van de heringerichte parkeerplaats, maar dat zou ook het geval zijn geweest als het grensemplacement niet zou zijn verwaarloosd en altijd goed was onder- houden. De herinrichting dient vooral het doel van gebruik van de verzorgingsplaats door weggebrui- kers en is niet gerealiseerd om het belang van ver- gunninghouder te dienen, aldus de rechtbank. De door de overheid gefinancierde infrastructuur op het grensemplacement is op niet-discriminerende wijze in beginsel toegankelijk voor alle potentiële gebruikers. Dat feitelijk alleen vergunninghouder in de positie is aldaar een servicepunt in te richten maakt niet dat de overheidsfinanciering moet wor- den aangemerkt als (onrechtmatige) staatssteun. Verder overweegt de rechtbank dat niet gesteld of gebleken is dat er sprake is van een vorm van staats- steun die leidt tot verlichting van lasten die eigen- lijk voor rekening van vergunninghouder behoren te komen, omdat het bouwplan geheel voor eigen rekening en risico van vergunninghouder wordt uitgevoerd.

4.1.2 'Bossche wolkenkrabber' - financiële uitvoerbaarheid bouwplan en relativiteit

Bij besluit van 9 november 2010 is namens het college van B&W van Den Bosch een projectbe- sluit vastgesteld en bouwvergunning verleend voor het realiseren van de Jheronimustoren.⁹⁰ Appellan- ten betogen in beroep dat het college aan vergun- ninghouder voor de wolkenkrabber een subsidie ter beschikking heeft gesteld van € 330.330 ingevolge

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld ABRVS 12 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011: BT7368, (Vesteda), r.o. 2.6.1.1.

⁸⁹ Rb. Roermond 16 september 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BT2450.

⁹⁰ Tevens is besloten dat het bestemmingsplan 'Partiële Herziening Plan in Onderdelen West' voor dit gebied buiten toepassing blijft. Zie Rb. 's-Hertogenbosch 22 april 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ2331.

het Nederlands Nationaal kader voor het tijdelijk verlenen van beperkte steunbedragen, een beleidsregel die is gemeld bij de Commissie. Appellanten hebben betoogd dat deze subsidie onrechtmatig is verleend, waardoor het plan financieel niet haalbaar is. Het college betoogt dat op deze beroepsgrond het relativiteitsvereiste van toepassing is, nu artikel 107, lid 1, VWEU niet strekt tot bescherming van appellanten als eigenaren van koopappartementen in de omgeving van de nieuw te bouwen woningen. De rechtbank meent dat de norm dat in de ruimtelijke onderbouwing de (financiële) uitvoerbaarheid van het plan moet zijn onderbouwd kennelijk strekt tot bescherming van de belangen van omwonenden van het bouwplan, zodat het relativiteitsvereiste op deze beroepsgrond buiten toepassing blijft. De rechtbank komt tot het oordeel dat het college in het bestreden besluit onvoldoende heeft onderbouwd dat er geen enkele kans bestaat dat de verleende staatssteun als onrechtmatig zal worden teruggevorderd. Evenmin heeft het college in dit besluit inzichtelijk gemaakt dat het plan toch financieel haalbaar is indien de staatssteun mocht wegvallen. Dit betekent dat het college het bestreden besluit op dit onderdeel onvoldoende heeft gemotiveerd, zodat de grond slaagt.

In hoger beroep weet het college volgens de Afdeling evenwel alsnog afdoende te motiveren dat de financiële uitvoerbaarheid van het project voldoende is gewaarborgd.⁹¹ Daartoe is van belang dat de aanvrager Vesteda gedurende de gehele procedure niet heeft gesteld dat het project geen doorgang zal vinden indien de financiële steun niet zou worden teruggevorderd. Door Vesteda is in de procedure bevestigd dat het project zal worden uitgevoerd, ook in het geval dat de financiële steun zal worden teruggevorderd, gelet op de beschikbare financiële middelen bij deze vergunninghouder.

4.1.3 Realisering van een Kulturhus financieel uitvoerbaar?

De uitspraak van 22 maart 2012 betreft een besluit van het college van B&W van Neerijnen, waarbij aan vergunninghouder een vrijstelling en bouwvergunning is verleend voor het bouwen van een Kulturhus met zorggeschikte appartementen.⁹² Appellanten hebben in beroep aangevoerd dat de economische uitvoerbaarheid van het bouwplan onvoldoende is gewaarborgd. Het bouwplan betreft een particulier initiatief en de kosten daarvan komen voor rekening van vergunninghouder, terwijl de exploitatie slechts met een grote financiële bijdrage van de gemeente rond kan komen. Een dergelijke bijdrage zou echter verboden staatssteun opleveren, aldus appellanten.

De rechtbank volgt de appellanten niet, aangezien is gebleken dat vergunninghouder geacht moet worden over voldoende financiële draagkracht te beschikken om het bouwplan te kunnen realiseren. Voorts heeft vergunninghouder ter zitting verklaard dat het bouwplan ook indien de uit de samenwerkingsovereenkomst met het college voortvloeiende financiële bijdrage in het exploitatietekort niet door haar zou mogen worden ontvangen, of door haar zou moeten worden terugbetaald, het bouwplan zal worden gerealiseerd. Nu vaststaat dat vergunninghouder over voldoende financiële draagkracht beschikt om het bouwplan zonder financiële bijdrage van de gemeente te kunnen realiseren, kan volgens de rechtbank - in onze ogen terecht - buiten beschouwing blijven of er sprake is van ongeoorloofde staatssteun.

4.1.4 Herontwikkeling in Rosmalen - afdekking exploitatietekort van een bouwproject

Uit de uitspraak van 19 februari 2016 blijkt dat de gemeente 's-Hertogenbosch een omgevingsvergunning mocht verlenen aan een vastgoedontwikkelaar voor de herontwikkeling van het zuidelijk deel van het centrum in Rosmalen.⁹³ Deze ontwikkelaar kreeg in 2015 de vergunning voor de bouw van appartementen en het aanleggen van openbaar gebied met winkel- en horecavoorzieningen en parkeerplaatsen. Een aantal vastgoedeigenaren van nabij gelegen panden stelde in beroep dat de gemeente ruim 10 miljoen euro aan de ontwikkelaar verstrekke, terwijl de gemeente deze staatssteun vooraf niet aan de Commissie heeft gemeld. De gemeente ontkent dat er sprake was van het verlenen van subsidie of staatssteun aan de ontwikkelaar. De gemeente besloot begin 2014 over te gaan op een actieve grondpolitiek voor het plangebied, omdat de locatie steeds meer verloederde. De actieve grondpolitiek hield in dat de gemeente alle gronden binnen het gebied verwierf, deze bouw- en woonrijp maakte en vervolgens uitgaf voor de realisatie van de bebouwing. Daarvoor maakte de gemeente afspraken met de ontwikkelaar die de meeste grond in het gebied bezat.

De rechtbank oordeelt dat het niet ongebruikelijk is dat er, als een gemeente een actieve grondpolitiek voert, exploitatietekorten ontstaan waarvoor dekking moet worden gevonden. In dit geval is die dekking gevonden doordat de gemeenteraad 9 miljoen euro ter beschikking stelde aan de gemeente. Het is niet aannemelijk geworden dat dit bedrag aan de ontwikkelaar is verstrekt, noch dat deze gelden hebben geleid tot het ter beschikking stellen van gronden aan de ontwikkelaar voor een andere dan een marktconforme prijs. Dat sprake is van - ongeoorloofde - staatssteun, zonder welke de uitvoering van het plan door de ontwikkelaar geen doorgang

⁹¹ ABRvS 12 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT7368 (Vesteda), r.o. 2.6.2.1.

⁹² Rb. Arnhem 22 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW3304.

⁹³ Rb. Oost-Brabant 19 februari 2016, ECLI:NL:ROBR:2016:586, r.o. 4.1-4.11.

zou vinden, is hiermee niet aannemelijk geworden, aldus de rechtbank.

4.1.5 Rif010 - omgevingsvergunning voor een binnenstedelijk watersportgebied in Rotterdam

Deze interessante en uitvoerig gemotiveerde uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 10 juni 2016 heeft betrekking op een omgevingsvergunning ten behoeve van de omzetting van de Steigersgracht te Rotterdam in een binnenstedelijk watersportgebied met een kunstmatig rif (project Rif010).⁹⁴

Volgens de rechtbank is er geen aanleiding voor het oordeel dat de kans bestaat dat de aan Rif010 te verstrekken subsidie het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig zal beïnvloeden als bedoeld in artikel 107 VWEU. De rechtbank verwijst hierbij naar de uitspraak van de Afdeling van 3 november 2010 inzake financiële overheidssteun voor de bouw en exploitatie van een zwembad met fitnessruimte in Bommel.⁹⁵ Gelet op de omstandigheid dat dit zwembad was gericht op de lokale doelgroep en niet werd beoogd bezoekers uit andere lidstaten aan te trekken, werd door de Afdeling geoordeeld dat de handel tussen de lidstaten niet ongunstig werd beïnvloed. Het feit dat de afstand van Bommel tot de Duitse grens ongeveer 5,5 kilometer bedraagt, deed hieraan niet af, nu het dichterbij de grens gelegen Nijmegen beschikt over meerdere vergelijkbare zwembaden. Voor het oordeel vindt de rechtbank ook steun in verscheidene beschikkingen van de Commissie die worden besproken in de uitspraak en waaruit volgens haar volgt dat financiële steun voor plaatselijke projecten geen staatssteun oplevert. De rechtbank verwijst in dit verband naar de beschikking die ziet op de haven van Lauwersoog die in hoofdzaak lokale gebruikers bedient, waardoor de concurrentie om die diensten wordt beperkt tot het lokale niveau en waarvoor de invloed op grensoverschrijdende investeringen in werkelijkheid niet meer dan marginaal is.⁹⁶ Ook wijst de rechtbank naar de beschikking die ziet op een sport- en recreatievoorziening die een overwegend lokaal publiek bedient en waarvan niet te verwachten valt dat zij klanten of investeringen uit andere lidstaten zal aantrekken.⁹⁷

Prijzenswaardig is de uitvoerige motivering van het vonnis waarbij de rechtbank precies uitlegt hoe zij een en ander ziet, ook binnen de besluitenpraktijk van de Commissie. Het oordeel van de rechtbank is naar onze mening passend binnen de op 19 mei

2016 bekendgemaakte Mededeling van de Commissie betreffende het begrip staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (2016/C 262/01).⁹⁸ Uit paragraaf 6.3 van deze mededeling kan worden afgeleid dat de Commissie vaker dan voorheen oordeelt dat, gezien de specifieke omstandigheden van het desbetreffende geval, maatregelen een zuiver lokaal karakter hebben en het handelsverkeer tussen de lidstaten dus niet beïnvloeden. Onze inschatting is dat nationale bestuursrechters getuige hierop zich vaker ervan gaan vergewissen of bepaalde begunstigde diensten (of goederen) aan een beperkt gebied binnen Nederland worden geleverd, of er weinig kans is dat deze klanten uit andere lidstaten aantrekken en of valt te voorzien dat de desbetreffende maatregel meer dan een marginaal effect zullen hebben op de voorwaarden voor grensoverschrijdende investeringen (of vestiging). Voor bestuursorganen betekent dit (meer) ruimte om bepaalde publieke activiteiten te verrichten zonder inmenging van de staatssteunregels, maar tegelijkertijd is het voor klagers en concurrenten duidelijker welke concrete elementen zij moeten aandragen om te voorkomen dat sprake is van een zuiver lokaal karakter.⁹⁹

4.2 Het Zuid-Hollands Landschap - subsidie en samenwerking met Commissie

De subsidiezaak van 28 mei 2014 kan worden gezien als een bevestiging van de Ridderstee-zaak (par. 2.4).¹⁰⁰ In deze zaak speelt het volgende. Bij primair besluit heeft het college van GS Zuid-Holland de aanvraag van Stichting Het Zuid-Hollands Landschap om een projectsubsidie (bijna EUR 1,5 miljoen) voor de aankoop van 19 hectare grasland in Wassergeest op basis van de Subsidieregeling Landelijk Gebied Zuid-Holland (hierna: SLG) afgewezen. Het college heeft het bezwaar van de stichting ongegrond verklaard. Het college heeft aan de beslissing op bezwaar ten grondslag gelegd dat de stichting een onderneming is als bedoeld in artikel 107, lid 1, VWEU, waardoor het Europese staatssteunrecht onverkort op de stichting van toepassing is. De subsidie is door het college geweigerd, omdat het in strijd is met het staatssteunrecht om gronden niet of onder de marktprijs door te leveren aan natuurmonumenten of provinciale landschappen en er geen uitzonderingen als bedoeld in de staatssteunverordeningen van toepassing zijn. De stichting betoogt dat zij niet als onderneming als bedoeld in artikel 107, lid 1, VWEU kan wor-

⁹⁴ Rb. Rotterdam 10 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4329, r.o. 9.1-9.3.

⁹⁵ ABRvS 3 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO2687, TBR 2012/46, m.nt. H.J. de Vries, r.o. 2.5.

⁹⁶ Beschikking van de Commissie C(2015) 2795 final van 26 april 2015 betreffende steunmaatregel SA.39403 (2014/N) Nederland - Investeringssteun voor de haven Lauwersoog.

⁹⁷ Beschikking van de Commissie C(2015) 2799 final van 29 april 2015 betreffende steunmaatregel SA.37963 (2014/NN) Verenigd Koninkrijk - Sportscotland Glenmore Lodge.

⁹⁸ Zie ook P.H.L.M. Kuypers en M. de Wit, 'Heeft u een notie van staatssteun? De nieuwe Mededeling betreffende het begrip 'staatssteun'', TBR 2016/134, pp. 870-877.

⁹⁹ Een recente zaak waarin het Hof geen zuiver lokaal karakter aanneemt (inzake Londense taxi's) is te vinden in HvJ 14 januari 2015, C518/13, ECLI:EU:C:2015:9 (Eventech), AB 2015/239, m.nt. A.A. al Khatib, r.o. 71.

¹⁰⁰ Rb. Den Haag, 28 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6726, AB 2014/301, m.nt. A.D.L. Knook, r.o. 4.3.

den aangemerkt. De Commissie heeft namelijk in haar beschikking van 11 juli 2011 waarnaar het college in zijn eerdere besluit heeft verwezen geen juridisch bindend oordeel gegeven over de vraag of natuurbeschermingsorganisaties ondernemingen zijn. Subsidiar betoogt de stichting dat de vier Altmark-criteria zijn vervuld.¹⁰¹ Meer subsidiar stelt de stichting dat indien het verlenen van de subsidie zou zijn te kwalificeren als staatssteun, deze staatssteun rechtmatig is, aangezien deze voldoet aan de DAEB-kaderregeling.

De rechtbank stelt voorop dat een maatregel als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU kwalificeert als cumulatief wordt voldaan aan de in dit artikellid genoemde criteria. Uit de enkele omstandigheid dat de stichting volgens het college kan worden gekwalificeerd als een onderneming in de zin van het staatssteunrecht volgt derhalve nog niet dat de gevraagde subsidie, indien verleend, kan worden aangemerkt als staatssteun, die niet in overeenstemming is met de interne markt. De rechtbank overweegt dat de Commissie bij beschikking van 13 juli 2011 heeft geoordeeld dat de opvolger van de SLG staatssteun vormt, maar ook heeft geoordeeld dat deze maatregel uit hoofde van artikel 106, lid 2, VWEU, verenigbaar is met de interne markt. In het licht hiervan had het college niet zonder meer mogen aannemen dat verlening van de gevraagde subsidie aan eiseres op grond van de SLG is aan te merken als verboden steun in zin van artikel 107, lid 1, VWEU, aldus de rechtbank. Volgens de rechtbank dient het college in dit geval - waarin aan het oordeel van de Commissie het vermoeden kan worden ontleend dat geen sprake is van strijd met de interne markt - uit oogpunt van een zorgvuldige voorbereiding van zijn besluit, in contact te treden met de Commissie en deze om advies te vragen. Onder deze omstandigheden verdraagt het zich volgens de rechtbank niet met artikel 3:2 Awb dat het college, alvorens op de aanvraag om subsidie te besluiten, niet in contact is getreden met de Commissie en deze niet om informeel advies heeft gevraagd.

Bij deze uitspraak vragen wij ons af in hoeverre voldoende acht is geslagen op de omstandigheid dat de Afdeling in de Ridderstee-zaak in onze ogen geen 'algemene regel' formuleert. Wij lezen de uitspraak in de Ridderstee-zaak als een uitkomst van de specifieke omstandigheden van dat geval en de door partijen naar voren gebrachte bewijzen. Tegen deze achtergrond vragen wij ons af of de door Knook genoemde 'in Ridderstee geformuleerde en in onderhavige uitspraak bevestigde verplichting om eerst tot informele raadpleging van de Commissie over te gaan alvorens een subsidie op staatssteunrechtelijke gronden te weigeren' niet een te brede conclusie is.

¹⁰¹ HvJ EG 24 juli 2003, nr. C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (Altmark), r.o. 88-95.

4.3 Uitspraak van 17 juni 2015 inzake saneringssteun aan onder meer woningcorporatie Vestia

Het Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting (CFV) heeft aan eiseressen (zes woningcorporaties) een bijdrageheffing saneringssteun over het jaar 2013 opgelegd.¹⁰² Het CFV heeft in 2013 saneringssteun toegekend aan twee andere woningcorporaties, met name aan Vestia. De eigen financiële middelen van CFV waren eind 2013 uitgeput en als gevolg daarvan heeft zij haar leden om een bijdrageheffing gevraagd. De zes woningcorporaties betogen dat de financiële problemen van Vestia zijn voortgekomen uit de handel in derivaten. Die handel, in de omvang waarin en de wijze waarop Vestia dat deed, diende niet het belang van de volkshuisvesting en is dus geen activiteit die toegelaten instellingen mogen ontplooiën. Het verstrekken van saneringssteun aan Vestia komt volgens de zes woningcorporaties neer op het subsidiëren van niet toegelaten activiteiten (verboden staatssteun).

De rechtbank overweegt dat de zes woningcorporaties in deze procedure de besluiten aanvechten waarin hun bijdrage aan het CFV is vastgesteld. Bij deze besluiten is niet bepaald dat aan Vestia saneringssteun wordt verleend. Het saneringsbesluit staat namelijk reeds in rechte vast waardoor de rechtbank de rechtmatigheid van dat besluit niet meer kan beoordelen. De rechtbank overweegt vervolgens wel dat in vaste rechtspraak van het Hof is geoordeeld dat indien een bijdrageheffing een integrerend deel uitmaakt van het saneringsbesluit, zij dat dit nog wel kan beoordelen. Daarvoor is vereist dat een dwingend bestemmingsverband bestaat tussen de heffing en de steunmaatregel, in die zin dat de opbrengst van de heffing noodzakelijkerwijs voor de financiering van de steun wordt bestemd en een rechtstreekse invloed heeft op de omvang ervan en dus op de beoordeling van de verenigbaarheid van deze steun met de gemeenschappelijke markt. De rechtbank is van oordeel dat in dit geval geen dwingend bestemmingsverband bestaat tussen de opgelegde bijdrageheffingen en de door de corporaties als verboden staatssteun aangemerkte saneringssteun.¹⁰³ De opbrengst van de bijdrageheffing wordt namelijk niet direct en uitsluitend aangewend om de steunmaatregel in 2012 aan Vestia te bekostigen, maar was bestemd ter aanvulling van de financiële reserves van het fonds. Deze financiële reserves heeft CFV voorts aangewend voor andere woningcorporaties. De bijdrageheffing heeft evenmin rechtstreeks invloed gehad op de omvang van de steuntoekenning aan Vestia; de hoogte van die steun is immers bepaald vóór de hoogte van de door alle toegelaten instellingen te leveren bijdra-

¹⁰² Rb. Noord-Holland 17 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4865.

¹⁰³ Dit is anders dan in de zaak die onderwerp was van de uitspraak van de Afdeling van 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:BU3143 (zie par. 2.6), waarbij werd geoordeeld dat de opbrengst van de bijzondere bijdrageheffing uitsluitend en volledig bestemd was voor de financiering van bijzondere projectsteun.

ge en is de hoogte van die bijdrage vervolgens niet alleen gebaseerd op de omvang van de aan Vestia gegeven steun. Omdat de bijdrageheffing geen integrerend deel uitmaakt van het saneringsbesluit kan de rechtmatigheid van dit besluit niet worden beoordeeld, aldus de rechtbank.¹⁰⁴

4.4 Uitvoeren van een veerverbinding, DAEB en de meldplicht

In de uitspraak van 28 maart 2013 had het college van B&W Gorinchem een veerverbinding aangewezen als DAEB en een interne dienst van de gemeente Gorinchem - de veerdienst - aangewezen als uitvoerder van deze dienst.¹⁰⁵ In navolging van een advies van de Commissie, meent de rechtbank dat een compensatie voor het verrichten van openbaar personenvervoer over binnenwater noch onder de 'PSO-verordening'¹⁰⁶, noch onder de 'DAEB-beschikking'¹⁰⁷ en het 'DAEB-besluit'¹⁰⁸ valt. Tegen deze achtergrond oordeelt de rechtbank vervolgens dat de compensatie aan de veerdienst had moeten worden gemeld bij de Commissie.¹⁰⁹ Aangezien dit niet is gebeurd en een (aansluitend) goedkeurend besluit van de Commissie ontbreekt, vernietigt de rechtbank het bestreden besluit en herroept de rechtbank het desbetreffende primaire besluit van het college. Hiermee geeft de rechtbank gehoor aan het staatssteunbetoog van de appellant.

104 In ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2568 - die valt buiten de scope van dit artikel - wordt het hoger beroep van de zes woningcorporaties ongegrond verklaard. De rechtbank heeft volgens de Afdeling terecht, zij het niet geheel op goede gronden, geoordeeld dat het CFV terecht aan hen een bijdrageheffing heeft opgelegd, als hij heeft gedaan. Volgens de Afdeling voldeed de saneringssteun aan Vestia aan de nieuwe, aangescherpte nationale regels voor de financiering van woningcorporaties die in overeenstemming zijn met de voorwaardelijke goedkeuring van de Commissie. De steun hoefde om die reden ook niet aangemeld te worden; de steunverlening aan Vestia is volgens de Afdeling derhalve rechtmatig. Dat betekent volgens haar ook dat de 'Vestia-heffing' die aan de woningcorporaties is opgelegd, rechtmatig is. Tussen de Vestia-heffing en de saneringssteun aan Vestia bestaat volgens de Afdeling immers wel een 'dwingend bestemmingsverband' wat inhoudt dat als de steun onrechtmatig zou zijn geweest, dat ook zou gelden voor de 'Vestia-heffing'. Dat is hier evenwel niet het geval, aldus de Afdeling.

105 Rb. Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824, BR 2013/86, m.nt. A.D.L. Knook.

106 Verordening 1370/2007/EU betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening 1191/69 en Verordening 1107/70, PB L 315/1 van 3 december 2007.

107 Beschikking nr. 2005/842/EG van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag (thans artikel 106, tweede lid, van het VWEU) op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, PB L 312 van 29 november 2005.

108 Beschikking van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 106 lid 2 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, PB L 7/3 van 11 januari 2012.

109 Rb. Rotterdam 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824, BR 2013/86, m. nt. A.D.L. Knook, r.o. 11 en E.W.F. Schotanus, 'Openbaar personenvervoer over binnenwater: tussen wal en schip', M&M 2013/4.

4.5 Staatssteun in het belastingrecht

In het kader van het belastingrecht is de uitspraak over de eigenaresse van een recreatiewoning te Ouddorp noemenswaardig.¹¹⁰ De eigenaresse heeft deze woning in 2009 voor meer dan 90 dagen voor zich ter beschikking gehouden. Op 31 mei 2009 is haar een aanslag forensenbelasting opgelegd. Nadat haar bezwaar ongegrond is verklaard, betoogt de eigenaresse dat de aanslag onterecht is opgelegd. Door van niet-ingezetenen geen forensenbelasting te heffen, is volgens haar sprake van een vorm van staatssteun aan ingezetenen van de gemeente. De stelling dat sprake is van ongeoorloofde staatssteun faalt volgens de rechtbank. Bij staatssteun als bedoeld in artikel 107, lid 1, VWEU gaat het om voordelen die worden verschaft aan een onderneming en die worden bekostigd met staatsmiddelen. Van voordelen die worden verschaft aan een onderneming en die worden bekostigd met staatsmiddelen is bij de heffing forensenbelasting geen sprake, aldus de rechtbank.

Voorts kan worden gewezen op de uitspraak over een verhuurderheffing die een eigenaresse van 120 huurwoningen in de zin van de Wet verhuurderheffing heeft voldaan.¹¹¹ De vraag is of de verhuurderheffing verboden staatssteun oplevert. De rechtbank beantwoordt deze vraag ontkennend. Zij overweegt daartoe dat de hier van toepassing zijnde wettekst (2013) geen steunmaatregelen bevat. Dat deze wet onderdeel uitmaakt van een geheel aan steunmaatregelen die leiden tot een onrechtmatige belemmering voor de mededinging op de markt, heeft appellante onvoldoende geconcretiseerd en niet aannemelijk gemaakt. Anders dan appellante stelt, is er volgens de rechtbank ook geen directe relatie te onderkennen tussen de verhuurderheffing en de beschikking van de Commissie van 15 december 2009.¹¹² Het enkele feit dat de Commissie in het verleden heeft geconstateerd dat bepaalde steunmaatregelen ten aanzien van woningcorporaties niet verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt en dat door de Commissie in de beschikking van 15 december 2009 in dat verband voorwaarden zijn geformuleerd, betekent niet dat ten aanzien van de desbetreffende woningmarkt geen nieuwe belastingwetgeving mag worden ingevoerd of dat die nieuwe wetgeving reeds daardoor verboden staatssteun oplevert, aldus de rechtbank. Ten slotte kan worden gewezen op een zaak van een energieproducent- en leverancier die een kolenbelasting over januari en februari 2014 heeft afgedragen.¹¹³ Volgens appellant is er sprake van ongeoorloofde staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU,

110 Rb. 's-Gravenhage 7 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BR4069, r.o. 3.6.

111 Rb. 's-Gravenhage, 1 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6282, r.o. 21.

112 Beschikking nummer C(2009)9963 final inzake de steunmaatregelen E 2/2005 en N 642/2009 - Nederland Bestaande steun en bijzondere projectsteun voor woningcorporaties.

113 Rb. 's-Gravenhage, 9 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8141, r.o. 17.

gelet op het arrest van 7 september 2006 van het Hof in de zaak C-526/04 (*Laboratoires Boiron SA*). De rechtbank komt hieraan niet toe, nu het Hof heeft geoordeeld dat ondernemingen die een heffing verschuldigd zijn, zich niet aan de betaling daarvan kunnen onttrekken met het argument dat de door andere ondernemingen genoten vrijstelling staatssteun vormt. Hieruit volgt dat, zelfs al zou de vrijstelling als een steunmaatregel moeten worden aangemerkt in de zin van artikel 107 VWEU, de eventuele onrechtmatigheid van deze steun de rechtmatigheid van de heffing als zodanig niet kan aantasten, aldus de rechtbank.¹¹⁴

4.6 Hoe vaak slaagt een staatssteungrond bij rechtbanken?

Van de 12 onderzochte zaken zijn er 3 waarin het beroep van een appellant op de staatssteunregels is gehonoreerd (25%). Dit betreft de uitspraak over de Bossche wolkenkrabber - die overigens in hoger beroep sneuvelt - (par. 4.1.2), over de Stichting Het Zuid-Hollands Landschap, waarin de Ridderstee-zaak is bevestigd (par. 4.2) en over de veerverbinding van de gemeente Gorinchem (par. 4.3).

5. Slotopmerkingen

Hierboven bespraken wij de belangrijkste uitspraken van Nederlandse bestuursrechters waarin een beroep is gedaan op het Europese staatssteunrecht in de periode 2011-2016. Daarbij is respectievelijk gekeken naar de op www.rechtspraak.nl gepubliceerde rechtspraak van de Afdeling, het CBb en rechtbanken. Het onderzoek levert een gevarieerd beeld op van procedures over (vermeende) staatssteun, waarbij verschillende - ontvankelijk geachte - partijen zich beroepen op schending van de meldingsplicht zoals omschreven in artikel 108, lid 3, VWEU of anderszins. Van de 112 onderzochte zaken zijn er 9 waarin het 'staatssteunberoep' slaagde (8 %).

Bij de Afdeling kwam het staatssteunrecht aan de orde in zaken op het gebied van de ruimtelijke ordening, onteigening, subsidies, hoger onderwijs, bijzondere projectsteun aan woningcorporaties en de vereveningsbijdrage voor zorgverzekeraars. Van de 87 onderzochte zaken zijn er 5 waarin het beroep op de staatssteunregels gegrond is verklaard. In het overgrote deel van de onderzochte zaken wordt de gestelde miskennis van artikel 108, lid 3, VWEU (tevergeefs) aangevoerd tegen besluitvorming rond - een onderdeel van - een bestemmingsplan

of besluit, met als doel de financieel-economische uitvoerbaarheid van dat plan of besluit in twijfel te trekken.¹¹⁵ In dit kader gaat het doorgaans om de vraag of het bestemmingsplan of ruimtelijke besluit uitvoerbaar is zonder staatssteun. Voorts wordt bij de Afdeling geregeld een beroep op het Europese staatssteunrecht ongegrond verklaard, omdat niet wordt voldaan aan de nationale procedureregels. Dit is bijvoorbeeld het geval in de spraakmakende SNS-zaak en de Edufax-zaken.

Het CBb werd met staatssteun geconfronteerd in zaken op het gebied van subsidies, heffingen, garanties en steunverlening aan een zorginstelling. Van de 13 onderzochte zaken is er geen enkele waarbij het CBb het beroep op miskennis door overheidsinstanties van de meldplicht gegrond heeft verklaard; in 2 zaken slaagt over een andere boeg het staatssteunbetog wel. Bij subsidiezaken speelt veelal de vraag of het subsidieverstrekken bestuursorgaan een subsidie mag matigen om te voorkomen dat sprake is van staatssteun. In de periode 2011-2016 werd verschillende keren geprocedeerd tegen heffingbeschikkingen die product-schappen opleggen aan ondernemingen. In heffingszaken werd geen enkel beroep op artikel 108, lid 3, VWEU gehonoreerd. Dit kwam bijvoorbeeld doordat er geen sprake was van een steunmaatregel of omdat de heffing geen geïntegreerd onderdeel daarvan uitmaakte. Ook uit de rechtspraak van het CBb blijkt dat bij het aanvoeren van staatssteungronden dient te worden voldaan aan de nationale bestuursprocesregels.

Bij rechtbanken werd ook geprocedeerd over staatssteun in zaken op het gebied van de ruimtelijke ordening, subsidies, heffingen, vervoer en belastingen. Bij 3 van de 12 onderzochte zaken zijn de staatssteunberoepen gegrond verklaard.

Dit alles geeft volgens ons een wisselend beeld. Enerzijds zien wij dat bestuursrechters hun staatssteunrechtelijke taak serieus nemen, ook al lijken de voorgenoemde (lage) percentages van geslaagde beroepen iets anders te suggereren. Bestuursrechters nemen hun taak zelfs zo serieus dat het niet vragen van advies aan de Commissie onder omstandigheden kan leiden tot strijd met het in artikel 3:2 Awb vastgelegde zorgvuldigheidsbeginsel. Ondanks een duidelijke Europeesrechtelijke inbedding van de rechtspraak, hebben bestuursrechters in de onderzoeksperiode geen enkele maal prejudiciële vragen met betrekking tot de Europese staatssteunregels aan het Hof gesteld. Dit is opvallend, mede in het licht van het gegeven dat Nederlandse rechters doorgaans de weg naar de Kirchberg goed

¹¹⁴ De rechtbank verwijst daarbij naar HvJ EU 15 juni 2006, nrs. C-393/04 en C-41/05, ECLI:EU:C:2006:403, r.o. 43 (*Air Liquide Industries Belgium*).

¹¹⁵ Vergelijk P.C. Adriaanse, 'Schending van de hoekstenen van het staatssteunrecht. Europese en Nederlandse rechtspraak over acties en rechtsgevolgen 'when the red line has been crossed'', *SEW* 2009, 3, p. 100-101.

weten te vinden.¹¹⁶ Een verklaring hiervoor kan zijn dat bestuursrechters niet schromen om de 'hulp-lijn' van de Commissie in te roepen via de zogeheten 'Zwartveld-doctrine' of gebruik te maken van de Europese *soft law* instrumenten zoals Mededelingen van de Commissie zoals wij zagen in de VEMW-garantiezaak¹¹⁷ en de zaak over BSRI-subsidie voor de vestiging van een fabriek voor batterijonderdelen.¹¹⁸ Anderzijds valt op dat bestuursrechters soms niet toekomen aan een inhoudelijke 'staatssteuntoets', maar via getrapte en indirecte manier de staatssteunregels toepassen. Dit zien wij bijvoorbeeld in ruimtelijke ordeningszaken waarin een beroep op de staatssteunregels tegen een bestemmingsplan beoordeeld wordt in het kader van de financiële en economische uitvoerbaarheid van dat plan.¹¹⁹ Ook valt op dat bestuursrechters niet op voorhand en zonder concrete bewezen feiten en omstandigheden vaststellen dat een maatregel is aan te merken als verboden steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Zo leggen de rechters de bewijslast hoog voor klagers in ruimtelijke orde-

ningszaken zoals wij zien in de Bossche wolkenkrabber-zaak.¹²⁰ Illustratief hiervoor zijn ook zaken over de marktconformiteit van overheidshandelen in het kader van grondpolitiek zoals wij zien bij de herontwikkeling van Rosmalen.¹²¹ Deze rechterlijke insteek heeft volgens ons implicaties voor de processtrategie van partijen alsmede hun bewijsvoering. In dit verband speelt mee dat mogelijke belanghebbenden zoals klagers en concurrenten niet over alle informatie beschikken die ten grondslag lag het genomen besluit van het bestuursorgaan. Informatievergaring via een WOB-verzoek levert doorgaans weinig tot niks op. Belanghebbenden zullen hun huiswerk goed moeten doen en moeten proberen via andere (publieke) bronnen en externe advisering hun bewijs rond te krijgen. Ondanks deze kanttekeningen menen wij dat de Nederlandse bestuursrechters op een zinvolle wijze hun belangrijke functie bij het toezicht en de naleving op het Europese staatsrechtregime vervullen zoals het zich op vele, uiteenlopende gebieden manifesteert. ●

¹¹⁶ Zie: <www.minbuza.nl/ecer/nieuws/2014/04/nederland-derde-op-ranglijst-vragenstellers-over-eu-recht.html>. In CBB 4 augustus 2016, ECLI:NL:CBB:2016:210 - die valt buiten de scope van dit artikel - zijn wel prejudiciële vragen gesteld over een zaak over LNV-subsidies die waren verleend en daarna werden verlaagd wegens staatssteun en onthouden van goedkeuring door de Commissie. Het betreft vragen over beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten en de procedure inzake aanmelding van de regeling en de afwikkeling daarvan.

¹¹⁷ CBB 4 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP7546 (*Vereniging voor Energie, Milieu en Water*).

¹¹⁸ CBB 30 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6940 (*BSRI*), AB 2012, 96, m. nt. W. den Ouden, r.o. 2.2.

¹¹⁹ De 'standaarduitspraak' betreft: ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1077 (*Haaren*), r.o. 2.18.3.1.

¹²⁰ Rb. 's-Hertogenbosch 22 april 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ2331.

¹²¹ Rb. Oost-Brabant 19 februari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:586, r.o. 4.1-4.11.