

Het arrest Residex: vragen over de privaatrechtelijke gevolgen van onrechtmatige staatssteun

mr. J.M.M. van de Hel en mr. J.M.B. Schreuder*

In het arrest Residex heeft de Hoge Raad zich voor het eerst uitgesproken over de privaatrechtelijke gevolgen van staatssteun indien deze steun is verleend in strijd met de *standstill*-verplichting van art. 108 lid 3 VWEU. Het arrest bevestigt dat een rechter bevoegd is de nietigheid van een rechtshandeling uit te spreken indien deze aan onrechtmatig verleende staatssteun ten grondslag ligt. De Hoge Raad heeft aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag gesteld of een rechter de nietigheid van een staatsgarantie ook kan of moet uitspreken indien dit niet leidt tot ongedaanmaking van het onder de staatsgarantie verleende krediet. Betwijfeld kan worden of het arrest grote gevolgen voor de staatssteunpraktijk zal hebben. Het arrest roept in ieder geval enkele vragen op.

1. Inleiding

Het zal niemand zijn ontgaan dat begin september van dit jaar de strafzaak tegen de oud-directeur van het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam, de heer Scholten, is begonnen. De oud-directeur wordt ervan verdacht betrokken te zijn bij een van de grootste omkopingszaken uit de Nederlandse geschiedenis. Wapenhandel, steekpenningen, onbevoegde miljoengaranties en vermeende dubieuze legal opinions; de zaak zou zo uit het nieuwste boek van John Grisham kunnen komen. Minder smeutig maar toch spannend, althans voor de staatssteunjuristen, is dat in een samenhangende procedure tussen Residex en de Gemeente Rotterdam (hierna: Gemeente) een beroep is gedaan op de staatssteunregels. Hieronder zal kort worden ingegaan op de staatssteunregels en in het bijzonder op de *standstill*-verplichting. Vervolgens worden de belangrijkste feiten en overwegingen uit het arrest Residex besproken. In het commentaar zal worden ingegaan op de mogelijke gevolgen voor de praktijk.

2. De *standstill*-verplichting

Eén van de hoofddoelen van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) is het scheppen van gelijke concurrentievoorwaarden voor ondernemingen. Een steunmaatregel van de overheid die de concurrentie binnen de Europese markt kan vervalsen, is daarom niet toegestaan tenzij deze door de Europese Commissie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard.¹ Hiertoe dient een voorgenomen steunmaatregel op grond van art. 108 lid 3 VWEU bij de Europese Commissie te worden aangemeld (de aanmeldingsverplichting). In de periode tussen aanmelding bij en eventuele goedkeu-

ring door de Europese Commissie mag de steunmaatregel niet worden uitgevoerd maar moet deze worden opgeschort (de *standstill*-verplichting).² Indien de steunmaatregel in strijd met de aanmeldings- of *standstill*-verplichting is uitgevoerd, wordt gesproken van onrechtmatige staatssteun.³ Indien de Europese Commissie een onderzoek naar de betreffende steunmaatregel instelt, kan zij tot opschorting of (voorlopige) terugvordering van de steunmaatregel bevelen.⁴ Op dit punt is tevens een rol voor de nationale rechter weggelegd. De *standstill*-verplichting heeft namelijk rechtstreekse werking.⁵ Dit betekent dat private belanghebbenden aan deze verplichting rechten kunnen ontleen en zich hierop ten overstaan van een nationale rechter kunnen beroepen.⁶ Een nationale rechter dient er zorg voor te dragen dat de situatie van vóór de verlening van die onrechtmatige staatssteun wordt hersteld. Uit de Europese rechtspraak blijkt dat miskenning van de *standstill*-verplichting de geldigheid

-
- * Martijn van de Hel en Jan Schreuder zijn beiden advocaat bij Boekel De Nerée te Amsterdam.
1. Art. 107 en 108 VWEU (voorheen art. 87 en 88 EG-Verdrag). Behoudens goedkeuring van de Europese Commissie zijn kort gezegd verboden alle steunmaatregelen die met staatsmiddelen zijn bekostigd en de concurrentie beperken door bepaalde ondernemingen te begunstigen voor zover deze steun de handel tussen lidstaten beïnvloedt.
 2. Art. 108 lid 3 VWEU en art. 3 Verordening (EG) nr. 659/1999 van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van art. 93 van het EG-Verdrag (*PbEG* 1999, L 83/1) (hierna: Procedureverordening).
 3. Art. 1, sub f Procedureverordening.
 4. Art. 11 en 14 Procedureverordening. Indien de Europese Commissie tot definitieve terugvordering beveelt, betekent dit dat zij de staatssteun niet alleen *onrechtmatig*, maar ook *onverenigbaar* met de interne markt acht.
 5. HvJ EG 11 december 1973, zaak C-120/73, *Jur.* 1973, p. 1471 (Lorenz), r.o. 8.
 6. Zie voor een uitgebreide beschouwing over de rol van de nationale rechter bij de (private) handhaving van art. 108 lid 3 VWEU: P.C. Adriaanse, 'Effectieve handhaving van het staatssteunrecht ondermijnd?', *NTER* 2008/11 (hierna: Adriaanse 2008), p. 310-311.

van de uitvoeringshandelingen aantast.⁷ In de Nederlandse literatuur wordt algemeen aangenomen dat art. 3:40 lid 2 BW naar Nederlands recht de grondslag vormt voor nietigheid van rechtshandelingen die aan onrechtmatige staatssteun ten grondslag liggen.⁸ Dit artikel bepaalt kort gezegd dat een rechtshandeling nietig is indien deze in strijd is met een dwingende wetbepaling. Een bevestiging van de Hoge Raad ontbrak alleen nog.

3. Feiten

Residex, een venture capital fonds, heeft in 2001 aandelen verworven in helikopterfabrikant MDH, een dochtervenootschap van RDM Aerospace (hierna: Aerospace). Onderdeel van de transactie was dat Residex een recht verkreeg deze aandelen tegen een vastgestelde prijs terug te verkopen aan Aerospace (een zogeheten putoptie). In 2003 heeft Residex van dit recht gebruik gemaakt en van Aerospace betaling van de vastgestelde prijs gevorderd. Een verzoek van MDH aan Residex om haar belang in MDH uit te breiden dan wel aan MDH of aan Aerospace een lening te verstrekken heeft Residex in eerste instantie afgewezen. In reactie hierop heeft de toenmalige directeur van het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam (hierna: GHR), de heer Scholten, aangeboden een garantie te verstrekken voor een door Residex aan Aerospace te verstrekken lening.⁹ Residex is hierop ingegaan en heeft Aerospace een lening verstrekt. Dit bedrag bestond uit een in een lening omgezette vordering van Residex op Aerospace (vanwege de putoptie) en een aanvullende lening. GHR heeft zich jegens Residex garant gesteld voor het totale bedrag van de lening inclusief rente en kosten. Nadat Aerospace een deel van de lening niet aan Residex kon terugbetalen heeft Residex in 2004 de garantie ingeroepen jegens de Gemeente waarvan GHR destijds een onderdeel vormde. De Gemeente heeft echter geweigerd het resterende deel van de lening aan Residex terug te betalen. Residex heeft de Gemeente vervolgens gedagvaard. De Gemeente heeft de vordering bestreden door onder meer aan te voeren dat de oud-directeur onbevoegd was de garantie te verstrekken en dat de verleende garantie in strijd is met het verbod op staatssteun.

De Rechtbank Rotterdam (hierna: Rechtbank) heeft de vordering van Residex in 2007 afgewezen. De Rechtbank is van oordeel dat de afgegeven garantie inderdaad een steunmaatregel is.¹⁰ Uit het feit dat Residex slechts op voorwaarde van een garantie van GHR bereid was de lening te verstrekken heeft de Rechtbank afgeleid dat Aerospace een voordeel heeft ontvangen dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen. Daarom concludeert de Rechtbank dat de garantie Aerospace (en waarschijnlijk ook MDH) heeft begunstigd en dus een steunmaatregel vormt die bij de Europese Commissie had moeten worden aangemeld. Op grond van art. 3:40 lid 2 BW is de reeds verleende garantie daarom nietig, aldus de Rechtbank.

Het Hof 's-Gravenhage (hierna: Gerechtshof) heeft in 2008 het vonnis in hoger beroep bekrachtigd en het beroep van Residex verworpen dat de Rechtbank de garantie niet nietig had mogen verklaren.¹¹ Onder verwijzing naar de Europese rechtspraak concludeert het Gerechtshof dat het op zijn minst mogelijk en vanuit het oogpunt van Unierecht toelaatbaar wordt geacht dat de nationale rechter een handeling tot uitvoering van een steunmaatregel nietig verklaart. Nietigverklaring van een garantie is volgens het Gerechtshof een passende sanctie. Opschorting van een garantie is

immers niet effectief omdat de garantie al is verleend. Daarnaast stuit terugvordering van een garantie, aldus het Gerechtshof, af op allerlei praktische en juridische problemen. Naar het oordeel van het Gerechtshof ligt het bij onrechtmatige staatssteun in de vorm van een garantie voor de hand dat de vroegere situatie wordt hersteld door nietigverklaring van de garantie. Het betoog van Residex dat nietigverklaring van de garantie in dit geval niet tot ongedaanmaking van de onrechtmatige steun (waaronder Residex de lening aan Aerospace verstaat) leidt, acht het Gerechtshof onjuist. Volgens het Gerechtshof vormt niet de lening maar de garantie de onrechtmatige steunmaatregel. Terugvordering van de lening is dan ook geen alternatief voor nietigverklaring van de garantie.

Hiertegen heeft Residex cassatie ingesteld. Residex betoogt bij de Hoge Raad dat het Unierecht en met name art. 108 lid 3 VWEU niet noopt tot nietigverklaring van een onrechtmatige steunmaatregel. Daarbij verwijst Residex het Gerechtshof te hebben miskend dat art. 108 lid 3 VWEU enkel tot doel heeft de geldigheid van een uitvoeringshandeling van een onrechtmatige steunmaatregel aan te tasten, indien deze geldigheid tot ongedaanmaking van de steun en daarmee tot ongedaanmaking van de ontstane concurrentievervalsing leidt. Dat zou in dit geval de terugvordering van de lening van Aerospace zijn. Nietigheid van de garantie leidt daar niet toe.

4. Arrest

De Hoge Raad stelt bij de beoordeling van de cassatiemiddelen van Residex onder verwijzing naar de Europese rechtspraak voorop dat in het geval van onrechtmatige staatssteun de nationale rechters de belangen dienen te beschermen van partijen die zijn geraakt door een verstoring van de concur-

7. HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354-1990, *Jur.* 1991, p. I-5505 (FNCE) r.o. 12; HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, *Jur.* 1996, p. I-3547 (SFEI), r.o. 40; HvJ EG 20 september 2001, zaak C-390/98, *Jur.* 2001, p. I-6117 (Banks/Secretary of State), r.o. 73; HvJ EG 5 oktober 2006, zaak C-368/04, *Jur.* 2006, p. I-9957 (Transalpine Olleitung), r.o. 46; HvJ EG 12 februari 2008, zaak C-199/06, *Jur.* 2008, p. I-469, *LJN* BC9123 (CELF/SIDE), r.o. 41. Zie tevens P.C. Adriaanse, 'Schending van de hoeksteen van het staatssteunrecht', *SEW* 2009/41 (hierna: Adriaanse 2009), p. 88-102.
8. Zie onder andere P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. Leiden) 2006, p. 298-304; A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus, *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* 2007, p. 352; *Asser-Hartkamp 3-J** 2008, nr. 34, p. 29; Adriaanse 2008, p. 308-317; P.C. Adriaanse 2009, p. 88-102.
9. Deze garantie (en veertien anderen) zou door de oud-directeur zijn verstrekt als compensatie voor het nadeel dat het RDM-concern (waarvan Aerospace deel uitmaakt) zou lijden door onder druk van China geen duikboottechnologie aan Taiwan te leveren. China had bedreigd de Rotterdamse haven niet langer aan te doen als RDM deze technologie aan Taiwan zou leveren. Dit zou zijn vastgelegd in twee zogenoemde 'duikbootovereenkomsten' tussen RDM en GHR. De Gemeente betwist dat deze overeenkomsten zouden zijn getekend.
10. Rb. Rotterdam 24 januari 2007, *LJN* AZ6904.
11. Hof 's-Gravenhage 10 juli 2008, *LJN* BD6981.

rentie.¹² Het herstel van de situatie van vóór de verlening van die onrechtmatige steun vormt een noodzakelijke vereiste voor handhaving van de nuttige werking van de staatssteunregels. Ongedaanmaking van onrechtmatige steun door middel van terugvordering is het logische gevolg van de vaststelling dat steun onrechtmatig is en nationale rechters moeten een verzoek om teruggave in beginsel toewijzen. De geldigheid van handelingen tot uitvoering van steunmaatregelen wordt aangetast indien deze zonder goedkeuring van de Europese Commissie ten uitvoer worden gelegd. Nationale rechters moeten dus, overeenkomstig hun nationale recht, waarborgen dat uit een schending van de *standstill*-verplichting alle consequenties worden getrokken. Dit geldt zowel voor wat betreft de geldigheid van de handelingen tot uitvoering van de steunmaatregelen, als voor wat betreft de terugvordering van in strijd met de *standstill*-verplichting verleende steun. Hieruit kan volgens de Hoge Raad zonder redelijke twijfel worden afgeleid dat het Gerechtshof bevoegd was zo nodig een ter uitvoering van een onrechtmatige steunmaatregel verrichte rechtshandeling op grond van art. 3:40 lid 2 BW nietig te verklaren. Uit de Europese rechtspraak volgt immers dat de *standstill*-verplichting van art. 108 lid 3 VWEU tot doel heeft de geldigheid van rechtshandelingen aan te tasten in zoverre als vereist is voor ongedaanmaking van de gevolgen van schending van deze verplichting.¹³

Ook lijkt het volgens de Hoge Raad geen twijfel dat het in stand laten van de onderhavige garantie zou meebrengen dat verder uitvoering zou worden gegeven aan de onrechtmatige steunmaatregel indien de garantie door de Gemeente zou worden nagekomen. Nietigverklaring ligt daarom voor de hand. Een indicatie hiervoor is volgens de Hoge Raad te vinden in het arrest van het Hof van Justitie inzake *Commissie/Portugal*¹⁴ waarin de Europese Commissie de garantie als de onrechtmatige en met de interne markt onverenigbare steunmaatregel beschouwde en - naast terugvordering van het rentevoordeel dat de begunstigde als gevolg van de garantie had ontvangen - intrekking van de garantie eiste als onderdeel van de ongedaanmaking van de onrechtmatige steun. Daarnaast verwijst de Hoge Raad naar de Mededeling garanties van de Europese Commissie¹⁵ waarin wordt gesignaleerd dat de onrechtmatige toekenning van staatssteun (garantie) gevolgen kan hebben voor de kredietgever en dat de nationale rechter mogelijk zal moeten onderzoeken of het nationale recht eraan in de weg staat dat een garantieovereenkomst wordt gehonoreerd. Volgens de Mededeling garanties hebben kredietgevers er belang bij om, telkens wanneer garanties worden verstrekt, te controleren of de staatssteunregels zijn nageleefd indien een garantie wordt verstrekt. Ook hieruit kan volgens de Hoge Raad worden afgeleid dat de onrechtmatigheid van de in een vorm van een garantie verleende staatssteun tot ongedaanmaking van de garantie kan leiden.¹⁶

Aan de andere kant kan naar het oordeel van de Hoge Raad echter worden betwijfeld of de nietigverklaring van de onderhavige garantie een effectieve maatregel is tot herstel van de situatie vóór de kredietverlening, gelet op de bescherming van de belangen van partijen die zijn geraakt door de verstoring van de concurrentie. Nietigverklaring van de garantie leidt immers niet tot ongedaanmaking van het concurrentievervalsende effect, namelijk het aan Aerospace verleende krediet. Daartoe is terugvordering noodzakelijk van hetgeen Aerospace als gevolg van het concurrentievoordeel

heeft genoten. Deze terugvordering volgt niet zonder meer uit ongedaanmaking van de garantie, terwijl terugvordering op zichzelf ook denkbaar is zonder dat daarvoor ongedaanmaking van de garantie noodzakelijk is. De Hoge Raad acht het, onder aanhouding van iedere beslissing, voor de beantwoording van de vraag of dit laatste aan nietigverklaring van de garantie in de weg staat, noodzakelijk de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen:

‘Strekt het bepaalde in de laatste zin van art. 88 lid 3 EG, thans art. 108 lid 3 VWEU, ertoe dat, in geval als het onderhavige waarin de onrechtmatige steunmaatregel is uitgevoerd doordat aan de kredietgever een garantie is verstrekt met als gevolg dat de kredietnemer in staat was die kredietgever een krediet te verkrijgen dat hem onder normale marktcondities niet ter beschikking zou zijn gesteld, de nationale rechterlijke instantie in het kader van haar verplichting tot ongedaanmaking van de gevolgen van die onrechtmatige steunmaatregel, gehouden, althans bevoegd is tot ongedaanmaking van de garantie, ook indien dit laatste niet tevens ertoe leidt dat het onder de garantie verleende krediet wordt ongedaan gemaakt?’

5. Commentaar

De Hoge Raad heeft met zich met dit arrest voor het eerst uitgelaten over de privaatrechtelijke gevolgen van een overeenkomst die aan onrechtmatige staatssteun ten grondslag ligt. Dat deze problematiek niet eerder in de Nederlandse rechtspraak aan de orde is geweest is niet verwonderlijk. Doorgaans zijn het derden, zoals concurrenten of omwonenden die zich met een beroep op de staatssteunregels tegen een overheidsbesluit of een overeenkomst tussen de overheid en een private partij proberen te verzetten. In dit geval wordt door deze derden veelal geprobeerd het betreffende besluit te laten vernietigen of de onderliggende overeenkomst te laten opschorten totdat de Europese Commissie de voorgenomen steun heeft goedgekeurd. Een beroep op de nietigheid van de onderliggende overeenkomst is hiervoor niet noodzakelijk. Voor zover ons bekend is het niet eerder voorgekomen dat een Nederlandse overheidsinstelling in een procedure zelf een beroep op de staatssteunregels heeft gedaan.¹⁷ De reden dat de Gemeente dit doet, is ongetwijfeld gelegen in de dubieuze omstandigheden waaronder de toenmalige directeur van GHR voor ruim honderd miljoen euro aan garanties heeft verstrekt ten behoeve van bankfinancieringen aan het RDM-concern. Zowel vanuit financieel als vanuit politiek oogpunt is het begrijpelijk dat de Gemeente zich met alle mogelijke middelen tegen uitbetaling

12. HR 28 mei 2010, *LJN* BL4082, r.o. 3.5.4.

13. HR 28 mei 2010, *LJN* BL4082, r.o. 3.5.5.

14. HvJ EG 27 juni 2000, Zaak C-404/97, *Jur.* 2000, I-4897 (Commissie/Portugal).

15. Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (*PbEG*, C-155/19).

16. HR 28 mei 2010, *LJN* BL4082, r.o. 3.5.7.

17. Wel komt het in toenemende mate voor dat overheden een slecht onderhandelingsresultaat uit het verleden achteraf met een beroep op de staatssteunregels proberen te herstellen. Tot procedures heeft dit - althans voorzover ons bekend - nog niet eerder geleid.

van deze garanties probeert te verzetten.¹⁸ Het oordeel van de Hoge Raad is kort en bondig. Het Gerechtshof was bevoegd de garantie op grond van art. 3:40 lid 2 BW nietig te verklaren. De Hoge Raad betwijfelt echter of de nietigverklaring van de garantie een effectieve maatregel is tot herstel van de situatie vóór de kredietverlening. Om deze reden besluit de Hoge Raad het Hof van Justitie de prejudiciële vraag te stellen of de nationale rechter in een dergelijk geval tot nietigverklaring van een garantie gehouden of bevoegd is. Uit dit arrest kan een enkele algemene conclusie worden getrokken over de privaatrechtelijke gevolgen van een rechtshandeling die ten grondslag ligt aan onrechtmatige staatssteun. Of het arrest voor de dagelijkse staatssteunpraktijk gevolgen zal hebben kan worden betwijfeld. Verder roept dit arrest enkele vragen op. Wij lichten dit hieronder toe. De belangrijkste en naar ons oordeel logische conclusie van dit arrest is dat een nationale rechter bevoegd is de nietigheid van een rechtshandeling uit te spreken indien deze rechtshandeling aan onrechtmatige staatssteun ten grondslag ligt. De Europese rechtspraak laat er geen twijfel over bestaan dat op de nationale rechter de verplichting rust onrechtmatig verleende steun in economische zin ongedaan te maken. Daarbij dient een nationale rechter alle consequenties te trekken voor wat betreft de rechtsgeldigheid van rechtshandelingen die aan de onrechtmatige staatssteun ten grondslag liggen.¹⁹ Dat een rechter een dergelijke rechtshandeling op grond van art. 3:40 lid 2 BW nietig kan verklaren, lijkt ons dan ook vanzelfsprekend.

Minder vanzelfsprekend vinden wij de vraag van de Hoge Raad of een nationale rechter tot ongedaanmaking van een garantie is gehouden dan wel hiertoe is bevoegd indien dit niet leidt tot terugvordering van het verkregen concurrentievoordeel. Met advocaat-generaal Keus zijn wij van oordeel dat art. 108 lid 3 VWEU enkel tot doel heeft de geldigheid van rechtshandelingen aan te tasten voor zover de nietigheid daarvan dienstig kan zijn aan het ongedaan maken van de gevolgen van de onrechtmatige steun en het herstel in de oude toestand door ontneming van het verkregen voordeel.²⁰ Indien ongedaanmaking van een garantie niet leidt tot ontneming van het toegekende voordeel dan lijkt ons voor nietigheid geen plaats te zijn. Het gaat naar ons oordeel te ver dat in het arrest Commissie/Portugal een indicatie te vinden zou zijn dat een nationale rechter in dit geval wel de nietigheid van een garantie dient uit te spreken. Dit arrest betrof een zogenoemde inbreukprocedure waarin de Europese Commissie bij het Hof van Justitie beroep had ingesteld wegens niet-nakoming door Portugal van de door de Europese Commissie opgelegde verplichting een bepaalde garantie in te trekken. Deze aan Portugal opgelegde verplichting had tot doel de onrechtmatige steun van de begunstigde terug te vorderen. Dit staat naar ons oordeel los van de verplichtingen die op grond van art. 108 lid 3 VWEU op een nationale rechter rusten en met name de eventuele verplichting van een nationale rechter om de nietigheid van een rechtshandeling uit te spreken. Hoogstens kan uit dit arrest worden afgeleid dat van een nationale rechter mag worden verwacht dat deze de intrekking van een garantie gelast teneinde de terugvordering van de onrechtmatige steun van een begunstigde te bewerkstelligen. Dit is in het geschil tussen Residex en de Gemeente juist niet aan de orde. Overigens had de Europese Commissie niet alleen tot intrekking van de garantie gelast maar Portugal tevens opgedragen het verleende rentevoordeel terug te vorderen.²¹ Hierbij was dus sprake van

een combinatie van verplichtingen waarbij de verplichting tot terugvordering van het verleende rentevoordeel de situatie van vóór de verlening van de onrechtmatige steun trachtte te herstellen.²²

Ook de verwijzing naar de Mededeling garanties van de Europese Commissie lijkt ons niet terecht. Daaruit volgt juist dat in het geval van aan garantie doorgaans de kredietnemer wordt begunstigd en niet de kredietgever. Slechts in bepaalde omstandigheden kan een garantie ook rechtstreeks aan de kredietgever ten goede komen.²³ In dat geval ligt nietigheid van een garantie uiteraard wel voor de hand. Dat Residex door de garantie zou zijn begunstigd is hier niet aan de orde. Het Gerechtshof heeft zich daar niet over uitgelaten.²⁴ Daarbij heeft Residex in haar cassatiemiddelen aangevoerd dat voor zover het Gerechtshof zich daar wel over uit heeft gelaten dit oordeel onjuist is. Overigens is op het eerste gezicht niet ondenkbaar dat Residex met de garantieverlening door GHR een voordeel heeft genoten. Residex had immers een vordering op Aerospace (vanwege de putoptie). Deze vordering is omgezet in een lening waarvoor GHR garant stond. Residex heeft hiermee volledige zekerheid voor haar oorspronkelijke vordering gekregen. Dit is juist één van de uitzonderingen die in de Mededeling garanties van de Europese Commissie worden genoemd waarin een garantie mede rechtstreeks aan de kredietgever ten goede komt.²⁵ Wellicht

18. De Gemeente heeft zich met succes tegen verschillende garanties verzet. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 29 maart 2006, *LJN* AV7355 en Rb. Rotterdam 24 juli 2007, *LJN* AZ6902. In deze laatste zaak is eveneens het beroep van de Gemeente op de staatssteunregels gehonoreerd. Voorzover bekend is tegen deze zaken geen hoger beroep ingesteld.
19. HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354-1990, *Jur.* 1991, p. I-5505 (FNCE) r.o. 12; HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, *Jur.* 1996, p. I-3547 (SFEI), r.o. 40; HvJ EG 20 september 2001, zaak C-390/98, *Jur.* 2001, p. I-6117 (Banks/Secretary of State), r.o. 73; HvJ EG 5 oktober 2006, zaak C-368/04, *Jur.* 2006, p. I-9957 (Transalpine Olieleitung), r.o. 46; HvJ EG 12 februari 2008, zaak C-199/06, *Jur.* 2008, p. I-469, *LJN* BC9123 (CELF/SIDE), r.o. 41. Zie tevens Adriaanse 2009, p. 9.
20. HR 28 mei 2010, *LJN* BL4082, concl. A-G Keus, o.v. 2.36.
21. HvJ EG 27 juni 2000, zaak C-404/97, *Jur.* I-4897 (Commissie/Portugal).
22. Uit de conclusie van A-G Colomer bij het arrest Commissie/Portugal (punt 27) blijkt dat de Europese Commissie met de intrekking van de garantie de 'eliminatie van de effecten van de garantie' beoogde. De terugvordering van het rentevoordeel was bedoeld 'tot herstel van de status quo'.
23. De Europese Commissie noemt als voorbeeld een garantie ter dekking van een reeds aangegane lening of andere financiële verplichting zonder dat de voorwaarden van de lening of verplichting worden aangepast. Een ander voorbeeld dat door de Europese Commissie wordt genoemd is een gegarandeerde lening die wordt gebruikt om aan dezelfde kredietinstelling een andere niet-gegarandeerde lening terug te betalen. Zie de Mededeling garanties, randnummers 2.3.1. en 2.3.2.
24. De Rechtbank heeft in eerste instantie in het midden gelaten of ook Residex als begunstigde kan worden aangemerkt: Rb. Rotterdam 24 januari 2007, *LJN* AZ6904, r.o. 5.6.
25. Zie voetnoot 23.

dat het Hof van Justitie bij de beantwoording van de prejudiciële vraag zal proberen de Hoge Raad alsnog deze kant op te sturen. Indien immers vast komt te staan dat ook *Residex* door de garantie van GHR is bevoordeeld dan zal nietigverklaring van de garantie in ieder geval tot ongedaanmaking van de aan *Residex* verleende onrechtmatige staatssteun leiden. Wij betwijfelen alleen of de Hoge Raad deze ruimte heeft. De Hoge Raad dient zich in beginsel immers te beperken tot de cassatiemiddelen en is gebonden aan de feiten zoals deze uit het arrest van het Gerechtshof blijken. Daarmee lijkt deze vraag niet alsnog aan de orde te kunnen komen. Een vraag die het arrest bij ons oproept is of een rechter ook *verplicht* is de nietigheid van een rechtshandeling uit te spreken die aan onrechtmatige staatssteun ten grondslag ligt. Dit blijkt niet uit het VWEU of de Europese rechtspraak. Hieruit volgt dat een nationale rechter alle consequenties uit een schending van art. 108 lid 3 VWEU dient te trekken, zowel wat betreft de geldigheid van handelingen die aan onrechtmatige steun ten grondslag liggen, als wat betreft de terugvordering van onrechtmatig verleende steun. Dit impliceert volgens ons niet dat een nationale rechter ook verplicht is de nietigheid van een rechtshandeling uit te spreken. Er zou ook uit kunnen worden afgeleid dat het aan de nationale rechter is overgelaten om de consequenties te trekken die de nationale rechter noodzakelijk acht voor ongedaanmaking van de onrechtmatige steun. Indien hiervoor verschillende oplossingen bestaan dan zou een rechter in dit geval met één van deze oplossingen kunnen volstaan. Dat een nationale rechter een zekere mate van beoordelingsruimte lijkt te hebben, blijkt ons inziens ook uit de ruimte die door het Hof van Justitie aan de nationale rechter is gelaten om te onderzoeken of er bijzondere omstandigheden zijn die zich tegen terugvordering van de onrechtmatige steun verzetten.²⁶ Ook de Hoge Raad suggereert dat een Nederlandse rechter beoordelingsruimte heeft. Zo overweegt de Hoge Raad dat het hof ‘*zo nodig*’ bevoegd was de garantie nietig te verklaren. Naar het oordeel van de Hoge Raad volgt uit de Europese rechtspraak immers dat een rechtshandeling nietig is ‘*in zoverre als vereist is*’ voor de ongedaanmaking van de steun.²⁷ Deze overwegingen lijken te impliceren dat een rechtshandeling die ten grondslag ligt aan onrechtmatige steun door de Hoge Raad niet van rechtswege nietig wordt geacht. Van nietigheid van rechtswege is immers sprake indien de wet zonder meer het beoogde rechtsgevolg aan een rechtshandeling onthoudt. In dat geval laat de wet een rechter geen keuze en verplicht hem de nietigheid van de rechtshandeling uit te spreken.²⁸ De Hoge Raad lijkt er echter vanuit te gaan dat een rechter een bepaalde mate van keuzevrijheid heeft en naar eigen inzicht de meest aangewezen beslissing kan nemen. Daarbij verlangt de Hoge Raad kennelijk dat de nietigheid noodzakelijk moet zijn om de situatie van vóór de steunverlening te herstellen. Een rechter zal dus een afweging moeten maken en indien mogelijk met minder ingrijpende maatregelen, zoals terugvordering of opschorting, moeten volstaan. In de praktijk zijn er vaak verschillende alternatieven denkbaar. Dit zou betekenen dat de gevolgen van dit arrest minder verstrekkend zijn dan het arrest op het eerste gezicht doet vermoeden.²⁹ Indien het juist is dat uit het arrest kan worden afgeleid dat een rechtshandeling die aan onrechtmatige steun ten grondslag ligt niet van rechtswege nietig is dan betwijfelen wij of de nietigheid van een dergelijke rechtshandeling wel een absoluut karakter heeft. Absolute nietigheid werkt tegenover

iedereen. Relatieve nietigheid geldt alleen tussen de betrokken partijen. De staatssteunregels schrijven – anders dan bijvoorbeeld het kartelverbod zoals bepaald in art. 101 VWEU – geen absolute nietigheid voor. De ongeldigheid van uitvoeringshandelingen dient te worden bepaald naar nationaal recht.³⁰ Naar Nederlands recht geldt dat alleen rechtshandelingen die van rechtswege nietig geacht worden, absoluut nietig zijn.³¹ Het gevolg hiervan zou zijn dat derden, zoals concurrenten, geen beroep kunnen doen op de nietigheid van een rechtshandeling die ten grondslag ligt aan onrechtmatige steun. In dit geval dringt de vraag zich op of hiermee niet het nuttig effect van art. 108 lid 3 VWEU wordt beroofd (het effectiviteitsbeginsel). Private partijen kunnen immers rechtstreeks rechten aan dit artikel ontleen en zij moeten zich hierop ten overstaan van de rechter kunnen beroepen. Hier staat echter tegenover dat een nationale rechter vaak (juridische) alternatieven zal hebben om de situatie van vóór de steunverlening te herstellen en daarmee de rechten van de private partijen veilig te stellen. In zoverre zien wij dan ook niet meteen dat hiermee het nuttig effect aan art. 108 lid 3 VWEU wordt ontnomen. Dit zou betekenen dat de gevolgen van dit arrest voor de praktijk beperkt zijn. Het zal namelijk niet vaak voorkomen dat een bestuursorgaan of een begunstigde partij in een procedure een beroep zal doen op de nietigheid van een rechtshandeling vanwege overtreding van de staatssteunregels. Het geschil tussen de Gemeente Rotterdam en *Residex* is zoals eerder gezegd uniek. Een andere interessante vraag is wat de gevolgen voor de nietigheid van een rechtshandeling zijn indien de Europese Commissie de steun op een later moment alsnog goedkeurt. Hierover is in de literatuur naar aanleiding van het CELF-arrest uitvoerig gediscussieerd.³² Het Hof van Justi-

26. Bijvoorbeeld HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89, *Jur.* 1990, p. I-3437 (Commissie/Duitsland), r.o. 16; HvJ EG 12 februari 2008, zaak C-199/06, *Jur.* 2008, p. I-469, *LJN* BC9123 (CELF/SIDE), r.o. 43.
27. HR 28 mei 2010, *LJN* BL4082, r.o. 3.5.5.
28. *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III* 2010, nr. 607, p. 516-517. Adriaanse heeft er ook op gewezen dat de ongeldigheid van een rechtshandeling die aan onrechtmatige steun ten grondslag ligt niet perse nietigheid van rechtswege behoeft te impliceren: Adriaanse 2006, p. 209.
29. Geelhoed en Van Der Linden hebben gesteld dat de Hoge Raad ‘in zijn algemeenheid’ zou hebben geoordeeld dat een rechtshandeling ter uitvoering van een onrechtmatige steunmaatregel nietig is. Dit lijkt ons gelet op deze overwegingen van de Hoge Raad niet juist. Zie A.A. Geelhoed en A. van der Linden, ‘Niet melden van staatssteun: nietigheid van de overeenkomst?’, *Bouwrecht* 118, p.639-649.
30. A-G Keus wijst er in zijn conclusie bij het arrest ook op dat de door het Hof van Justitie bedoelde ongeldigheid geen absolute nietigheid impliceert: Zie HR 28 mei 2010, *LJN* BL4082, concl. A-G Keus, o.v. 2.16. De Rechtbank en het Gerechtshof waren overigens van oordeel dat de nietigheid van een rechtshandeling wegens strijd met de *standstill*-verplichting wel absoluut is. Zie Rb. Rotterdam 24 januari 2007, *LJN* AZ6904, r.o. 5.10 en Hof ‘s-Gravenhage 10 juli 2008, *LJN* BD6981, r.o. 6.3.
31. *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III* 2010, nr. 612, p. 521-523.
32. HvJ EG 12 februari 2008, zaak C-199/06, *Jur.* 2008, p.

tie heeft in dit arrest bepaald dat een nationale rechter niet verplicht is de terugvordering van onrechtmatige steun te gelasten indien deze door de Europese Commissie (later) alsnog wordt goedgekeurd.³³ Met Hartkamp zijn wij van oordeel dat het gelet op art. 3:40 lid 2 BW voor de hand ligt om uit te gaan van de nietigheid van een rechtshandeling en deze (zonder terugwerkende kracht) als geldig aan te merken vanaf het moment van een positieve beschikking van de Europese Commissie.³⁴ Geelhoed en Van der Linden hebben onlangs betoogd dat het hiervoor noodzakelijk zou zijn een beroep op conversie (art. 3:42 BW) te doen. Daarbij hebben zij zich afgevraagd of conversie wel in lijn is met het Unierecht en met het nuttig effect van de staatssteunregels.³⁵ Naar ons oordeel is conversie niet nodig. Evenals Hartkamp zouden wij de oplossing in art. 3:40 lid 2 BW willen zoeken. Volgens dit artikel is een rechtshandeling in strijd met een dwingende wetsbepaling nietig voorzover uit de strekking van die wetsbepaling niet anders voortvloeit. Gesteld kan worden dat deze strekking aldus moet worden verstaan dat de rechtshandeling nietig is en blijft indien de steun onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard. Er lijkt geen bezwaar te bestaan deze rechtshandeling vervolgens als geldig aan te merken vanaf het moment van goedkeuring door de Europese Commissie.³⁶ Daarbij lijken de staatssteunregels zich ook niet tegen conversie te verzetten. De staatssteunregels schrijven zoals gezegd niet voor dat een rechtshandeling die aan onrechtmatig verleende steun ten grondslag ligt van rechtswege (absoluut) nietig is. Het Hof van Justitie heeft het aan de nationale rechter overgelaten om de consequenties van onrechtmatig verleende steun te bepalen. Een rechter dient er uitsluitend voor te zorgen dat de concurrentiebeperkende gevolgen van onrechtmatige steun ongedaan worden gemaakt. Wij zien niet gelijk in dat conversie van een rechtshandeling hieraan afbreuk zou doen.

Het voorgaande geeft in ieder geval aan dat nog altijd niet geheel duidelijk is in hoeverre onrechtmatig verleende steun nietig is op grond art. 3:40 BW. Dit is voor de wetgever één van de redenen geweest om een zelfstandige titel in het Burgerlijk Wetboek te introduceren op grond waarvan tot terugvordering of ongedaanmaking van steun kan worden overgegaan. In de Memorie van Toelichting is hierbij opgemerkt dat op deze manier gecompliceerde vragen over de juridische kwalificaties van rechtshandelingen, zoals over de nietigheid op grond van art. 3:40 BW, worden vermeden.³⁷ Het is de bedoeling dat een nieuw art. 6:212a wordt toegevoegd op grond waarvan een overheidsorgaan dat staatssteun heeft verstrekt, van de begunstigde terugvordering of ongedaanmaking van de steunmaatregel kan vorderen. Een zelfstandig beroep op art. 3:40 BW (of enig andere bepaling) zal dan niet meer nodig zijn. Geelhoed en Van der Linden hebben hierover opgemerkt dat dit niet wegneemt dat het nog altijd mogelijk blijft om de nietigheid van een onderliggende overeenkomst in te roepen. Het is echter de vraag of een rechter in dit geval ook bereid is de nietigheid uit te spreken. Als onze conclusie juist is dat een rechter alleen de nietigheid dient uit te spreken indien dit noodzakelijk is om de situatie van vóór de steunverlening te herstellen, dan zal dit niet veel voorkomen. Er zullen vaak alternatieven voorhanden zijn. Daarbij is de vraag in hoeverre derden een beroep op de nietigheid van een rechtshandeling kunnen doen die aan onrechtmatige staatssteun ten grondslag ligt.³⁸ Onze in-

druk is dan ook dat de gevolgen van dit arrest voor de praktijk beperkt zullen zijn.

Wij zijn in ieder geval benieuwd naar het antwoord van het Hof van Justitie. Onze verwachting is dat het Hof van Justitie onder verwijzing naar de vaste Europese rechtspraak zal antwoorden dat een rechter tot ongedaanmaking van een garantie kan besluiten voor zover daarmee de gevolgen van de steunmaatregel ongedaan worden gemaakt. Mogelijk dat het Hof van Justitie de Hoge Raad daarbij in de kantlijn zal meegeven dat daarvoor moet worden beoordeeld of de kredietgever een bepaald voordeel heeft genoten. Voor een dergelijke analyse lijkt in deze procedure echter geen plaats meer te zijn. Dit zou betekenen dat de garantie van GHR voor de lening van Residex aan Aerospace wel degelijk rechtsgeldig is. De tijd zal het leren.

I-469, *LJN* BC9123 (CELF/SIDE). Zie onder ander P.C. Adriaanse en W. den Ouden, 'Effectuering van staatssteunrecht in Nederland. Een bestuursrechtelijke blik op de uitvoeringspraktijk en het wetsvoorstel terugvordering staatssteun', *NTB* 2008/9, p. 304-315; M.R. Mok, 'Regels betreffende de mededinging, Kartelrecht en bepalingen over staatssteun', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht I* (2007), p. 23-27; Adriaanse 2009, p. 100; *Asser-Hartkamp 3-I** (2008), nr. 32-34.

33. Wel is de nationale rechter verplicht maatregelen te nemen om het onrechtmatig genoten voordeel terug te vorderen (door bijvoorbeeld een bepaalde rentevergoeding te verlangen).

34. *Asser-Hartkamp 3-I** (2008), nr. 32-34.

35. A.A. Geelhoed en A. van der Linden, 'Niet melden van staatssteun: nietigheid van de overeenkomst?', *Bouwwrecht* 118, p.647. Geelhoed en Van der Linden geven ons inziens terecht aan dat bekrachtiging (art. 3:58 BW) zich in ieder geval niet leent voor herstel van een rechtshandeling die aan onrechtmatige staatssteun ten grondslag ligt.

36. *Asser-Hartkamp 3-I** (2008), nr. 34.

37. *Kamerstukken II* 2007/08, 31418, nr3, p. 16.

38. Een andere interessante vraag is of een rechter verplicht is ambtshalve aan de *standstill*-verplichting te toetsen als hier door de betrokken partijen in een procedure geen beroep op is gedaan. De Rechtbank was hier - hoewel dit niet aan de orde was - wel vanuit gegaan. Zie Rb. Rotterdam 24 januari 2007, *LJN* AZ6904 (Residex/Havenbedrijf Rotterdam), r.o. 5.10.