

JIN 2016/136, Hoge Raad, 27-05-2016, ECLI:NL:HR:2016:994, ECLI:NL:PHR:2016:34, 11/02221 (annotatie)

Gegevens

Publicatie

JIN 2016/136

Instantie

Hoge Raad

Datum uitspraak

27 mei 2016

Datum publicatie

12 juli 2016

Annotator

E.J.H. Zandbergen
Fermm advocatenL. van Halderen
Fermm advocaten

ECLI

[ECLI:NL:HR:2016:994](https://eur-lex.europa.eu/eli/other/2016/994/oj)

Zaaknummer

11/02221

Relevante informatie

[Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, Rome, 25-03-1957 \[Tekst geldig vanaf 01-07-2013\] art. 107](#), [Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, Rome, 25-03-1957 \[Tekst geldig vanaf 01-07-2013\] art. 108](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 3 \[Tekst geldig vanaf 25-06-2023\] art. 40](#)

Inhoudsindicatie

Zijn de door het havenbedrijf verstrekte garanties, ter beoordeling van de mogelijke aanwezigheid van verboden staatssteun, toerekenbaar aan overheid

Samenvatting

De Hoge Raad vernietigt na prejudiciële beslissing het oordeel van het hof dat de door het havenbedrijf verstrekte garanties toerekenbaar zijn aan de overheid en, als zijnde verboden staatssteun, zijn vernietigd op grond van art. 3:40 BW.

Commerzbank spreekt Havenbedrijf Rotterdam aan op de door haar verstrekte garanties ten behoeve van kredieten aan RDM. Deze kredietgaranties zijn verleend door de (enig) bestuurder van het Havenbedrijf die daartoe weliswaar civielrechtelijk bevoegd was, maar die eigenmachtig is opgetreden, de garantieverlening bewust geheim heeft gehouden en de statutaire voorschriften van het Havenbedrijf heeft genegeerd door geen goedkeuring van de raad van commissarissen te vragen, waarbij voorts aangenomen moet worden dat de gemeente Rotterdam (die als honderd procent aandeelhouder van het Havenbedrijf de bestuurder en de commissarissen (waaronder de voorzitter) heeft benoemd) de garantieverlening niet heeft gewild. Het hof heeft geoordeeld dat deze garantieverlening door Havenbedrijf (zijnde een openbaar bedrijf) is toe te rekenen aan de gemeente Rotterdam in de zin van art. 107 lid 1 VWEU en dat er sprake is van verboden staatssteun. Het hof verklaart deze kredietgaranties nietig op grond van art. 3:40 BW en wijst de vorderingen van Commerzbank af. In cassatie heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie wanneer er, kort gezegd, ook in een situatie waarbij een bestuurder eigenmachtig optreedt sprake is of kan zijn van toerekenbaarheid. Op grond van het antwoord van het Hof van Justitie oordeelt de Hoge Raad dat het antwoord op de toerekeningsvraag afhankelijk is van het samenstel van aanwijzingen over betrokkenheid van de overheid in het concrete geval. Nu het hof enkel aanwijzingen in algemene zin in overweging had genomen, is de cassatieklacht gegrond. Tevens heeft het hof miskend dat art. 108 lid 3 VWEU niet zonder meer ertoe strekt de kredietgaranties nietig te verklaren, maar dat dit slechts mogelijk is indien een dergelijke nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de garantieverstreking wordt hersteld. Het hof kon niet tot het oordeel van nietigverklaring komen zonder te beoordelen of ook Commerzbank door die garanties is begunstigd (hetgeen in feitelijke instanties niet is gebleken). De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst de zaak naar Hof Amsterdam.

Uitspraak

Hoge Raad:

1 Het verloop van het geding

Voor het verloop van het geding tot dusver verwijst de Hoge Raad naar:

a. zijn tussenarrest in deze zaak van 26 april 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BY6102](#), NJ 2013/260, zoals verbeterd bij arrest van 9 augustus 2013, [ECLI:NL:HR:2013:470](#), NJ 2013/420 (hierna tezamen: het tussenarrest);

b. het arrest in de zaak C-242/13 van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) van 17 september 2014, [ECLI:EU:C:2014:2224](#), NJ 2015/42, zoals gerectificeerd bij beschikking van 23 oktober 2014, [ECLI:EU:C:2014:2326](#) (hierna tezamen: het prejudiciële arrest).

2 Het verdere verloop van het geding in cassatie

Naar aanleiding van het prejudiciële arrest hebben partijen hun standpunten nader toegelicht.

De nadere conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van HbR heeft bij brief van 4 maart 2016 op die conclusie gereageerd.

3. Verdere beoordeling van het middel

3.1 De Hoge Raad verwijst voor de feiten waarvan in cassatie kan worden uitgegaan, en voor een weergave van de vordering van Commerz en de overwegingen van het arrest van het hof, naar de rov. 3.1-3.3 van het tussenarrest.

In rov. 3.4 van het tussenarrest heeft de Hoge Raad de klachten van onderdeel 1 van het middel verworpen.

Toerekening aan de overheid?

3.2 Onderdeel 2 bestrijdt het oordeel van het hof dat de verlening van de garanties aan de overheid moet worden toegerekend in de zin van art. 107 lid 1 VWEU.

Het hof heeft dat oordeel gebaseerd op de door hem in rov. 3.8 vermelde omstandigheden dat (kort gezegd) de gemeente Rotterdam (hierna: de Gemeente) 100% van de aandelen in HbR houdt, dat de leden van het bestuur en van de raad van commissarissen worden benoemd door de Gemeente, dat de havenwethouder van de Gemeente voorzitter is van de raad van commissarissen, en dat volgens de statuten van HbR toestemming van de raad van commissarissen is vereist voor het verlenen van garanties als de onderhavige; voorts gaf het hof de statutaire doelomschrijving van HbR weer.

Volgens het hof rechtvaardigen deze omstandigheden dat de garantieverlening aan de Gemeente, en dus aan Nederland als lidstaat, moet worden toegerekend, aangezien de Gemeente een sterke invloed had op het reilen en zeilen van HbR, die invloed in de praktijk ook werd uitgeoefend door de benoeming van [betrokkene] als (enig) bestuurder en van de leden van de raad van commissarissen, en de statutaire doelomschrijving van HbR in geen enkel opzicht vergelijkbaar is met die van een louter commerciële onderneming, gelet op de prominente plaats die in de doelomschrijving aan het algemeen belang is gegeven (rov. 3.9).

Volgens het hof wordt zijn oordeel niet anders door de stelling van HbR dat [betrokkene] geheel eigenmachtig optrad en de duikbotenovereenkomst en de garanties bewust geheim hield en daarvoor geen goedkeuring aan de raad van commissarissen van HbR heeft gevraagd (rov. 3.10).

3.3 Naar aanleiding van onderdeel 2 heeft de Hoge Raad, onder aanhouding van iedere verdere beslissing, op de voet van art. 267 VWEU de volgende prejudiciële vragen aan het HvJEU gesteld:

“(1) Staat aan de – voor het aanmerken als staatssteun in de zin van art. 107 en 108 VWEU vereiste – toerekening aan de overheid van een garantieverlening door een openbaar bedrijf noodzakelijkerwijs in de weg dat die garantie, zoals in het onderhavige geval, is verleend door de (enig) bestuurder van het openbaar bedrijf die daartoe weliswaar civielrechtelijk bevoegd is, maar die bestuurder eigenmachtig is opgetreden, de garantieverlening bewust geheim heeft gehouden en de statutaire voorschriften van het openbaar bedrijf heeft genegeerd door geen goedkeuring van de raad van commissarissen te vragen, en voorts aangenomen moet worden dat het desbetreffende overheidslichaam (in dit geval de Gemeente) de garantieverlening niet heeft gewild?

(2) Indien de genoemde omstandigheden niet noodzakelijkerwijs aan toerekening aan de overheid in de weg staan, zijn die omstandigheden dan zonder belang voor beantwoording van de vraag of de garantieverlening aan de overheid kan worden toegerekend, of dient de rechter dan een afweging te maken in het licht van de overige aanwijzingen die voor of tegen toerekening aan de overheid pleiten?”

3.4.1 Het HvJEU heeft deze vragen in het prejudiciële arrest als volgt beantwoord:

“31 De toerekenbaarheid aan de Staat in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU van het verlenen van die garanties kan niet worden afgeleid uit het enkele feit dat een door de Staat gecontroleerd openbaar bedrijf die garanties heeft verleend. Zelfs indien de Staat de mogelijkheid heeft om een openbaar bedrijf te controleren en een beslissende invloed op de activiteiten ervan uit te oefenen, rechtvaardigt dit namelijk niet automatisch het vermoeden dat deze controle in een concreet geval ook metterdaad wordt uitgeoefend. Daarnaast dient te worden nagegaan of de overheid op een of andere manier bij de vaststelling van de maatregelen was betrokken (zie in die zin arrest Frankrijk/Commissie, ECLI:EU:C:2002:294, punten 50-52).

32 In dit verband kan niet worden geëist dat op basis van een gedetailleerd onderzoek wordt aangetoond dat de overheid het openbaar bedrijf er concreet toe heeft aangezet de betrokken steunmaatregelen te nemen. De toerekenbaarheid aan de Staat van een steunmaatregel van een openbaar bedrijf kan immers worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen (arrest Frankrijk/Commissie, ECLI:EU:C:2002:294, punten 53 en 55).

33 In het bijzonder is elke aanwijzing relevant waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid hetzij is betrokken bij de vaststelling van een maatregel of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van deze maatregel, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden, hetzij niet is betrokken bij de vaststelling van die maatregel (arrest Frankrijk/Commissie, ECLI:EU:C:2002:294, punten 56 en 57).

34 In het licht van die rechtspraak staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of in casu de toerekenbaarheid aan de Staat van de door het Havenbedrijf Rotterdam verleende garanties kan worden afgeleid uit het samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van het hoofdgeding en de context waarin die garanties zijn verleend. Daartoe moet worden bepaald of op grond van die aanwijzingen kan worden vastgesteld dat in casu de overheid bij het verlenen van die garanties betrokken was of dat het onwaarschijnlijk was dat zij hierbij niet betrokken was.

35 Zoals met name het Havenbedrijf Rotterdam en de Commissie hebben aangevoerd en zoals de advocaat-generaal in de punten 78 en 79 van zijn conclusie heeft opgemerkt, lijkt in dit verband het bestaan in casu van organieke banden tussen het Havenbedrijf Rotterdam en de gemeente Rotterdam, zoals beschreven in punt 15 van het onderhavige arrest, er in principe op te wijzen dat de overheid bij het verlenen van die garanties was betrokken of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken was.

36 Voorts moet de omstandigheid dat de enige bestuurder van het openbaar bedrijf onwettig heeft gehandeld, worden geacht op zich een dergelijke betrokkenheid niet te kunnen uitsluiten. Zoals is opgemerkt door de verwijzende rechter zelf en door de advocaat-generaal in de punten 90 en 91 van zijn conclusie, zou immers in hoge mate worden afgedaan aan de doeltreffendheid van de staatssteunregels indien zij buiten toepassing zouden kunnen worden verklaard op de enkele grond dat de bestuurder van een openbaar bedrijf de statuten van dat bedrijf heeft genegeerd.

37 In casu merkt de verwijzende rechter evenwel op dat de enige bestuurder van het Havenbedrijf Rotterdam niet alleen onwettig heeft gehandeld en de statuten van dat bedrijf heeft genegeerd, maar ook het verlenen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde garanties bewust geheim heeft gehouden, met name omdat moet worden aangenomen dat de betrokken overheidsinstantie, te weten de gemeente Rotterdam, zich tegen het verlenen van die garanties zou hebben

verzet indien zij daarvan in kennis was gesteld. Volgens de verwijzende rechter lijken die gegevens aan te tonen dat die garanties zijn verleend zonder betrokkenheid van de gemeente Rotterdam.

38 Het staat aan die rechter om te beoordelen of op grond van die gegevens, rekening houdend met het samenstel van relevante aanwijzingen, kan worden afgeleid of uitgesloten is dat de gemeente Rotterdam bij het verlenen van die garanties was betrokken.

39 Gelet op het bovenstaande moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat artikel 107, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat, om te bepalen of door een openbaar bedrijf verleende garanties toerekenbaar zijn aan de overheidsinstantie die dat bedrijf controleert, naast het samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van het hoofdgeding en de context waarin die garanties zijn verleend, relevant is dat de enige bestuurder van dat bedrijf, die deze garanties heeft verleend, onwettig heeft gehandeld, het verlenen ervan bewust geheim heeft gehouden en de statuten van zijn bedrijf heeft genegeerd en voorts dat die overheidsinstantie zich tegen het verlenen van die garanties zou hebben verzet indien zij daarvan in kennis was gesteld. Die omstandigheden op zich kunnen in een situatie als in het hoofdgeding een dergelijke toerekenbaarheid echter niet uitsluiten.”

3.4.2 Uit deze beantwoording moet worden afgeleid dat het antwoord op de eerste prejudiciële vraag ontkennend luidt: de omstandigheden dat de garantie is verleend door de (enig) bestuurder van HbR die daartoe weliswaar civielrechtelijk bevoegd was, maar die eigenmachtig is opgetreden, de garantieverlening bewust geheim heeft gehouden en de statutaire voorschriften van HbR heeft genegeerd door geen goedkeuring van de raad van commissarissen te vragen, en dat aangenomen moet worden dat de Gemeente de garantieverlening niet heeft gewild, staan op zichzelf niet noodzakelijkerwijs in de weg aan toerekenbaarheid aan de overheid (in de zin van art. 107 lid 1 VWEU) van de door HbR verleende garanties.

Met betrekking tot de tweede prejudiciële vraag volgt uit het prejudiciële arrest dat de genoemde omstandigheden niet zonder belang zijn voor beantwoording van de vraag of de garantieverlening aan de overheid kan worden toegerekend. Voor de beantwoording van die toerekeningsvraag is bepalend of uit het gehele “samenstel van aanwijzingen”, waaronder de genoemde omstandigheden, kan worden afgeleid hetzij dat de overheid in het concrete geval bij het verlenen van de onderhavige garanties betrokken was (of dat onwaarschijnlijk is dat zij daarbij niet betrokken was), hetzij dat de overheid niet betrokken was bij het verlenen van die garanties (zie de punten 33, 34 en 39 van het prejudiciële arrest). Voor die betrokkenheid is in elk geval niet voldoende dat een door de overheid gecontroleerd openbaar bedrijf die garanties heeft verleend. Zelfs indien de overheid de mogelijkheid heeft om een openbaar bedrijf te controleren en een beslissende invloed op de activiteiten ervan uit te oefenen, rechtvaardigt dit namelijk niet automatisch het vermoeden dat deze controle in een concreet geval ook metterdaad wordt uitgeoefend; zie punt 31 van het prejudiciële arrest.

Opmerking verdient nog dat, hoewel punt 38 van het arrest op het eerste gezicht een strengere maatstaf bevat, ook die overweging, gelet op de verdere inhoud van het arrest, moet worden begrepen overeenkomstig hetgeen is overwogen in de punten 33, 34 en 39.

3.5 Gelet op het bovenstaande geeft het oordeel van het hof dat de garantieverlening op grond van de in rov. 3.8 van zijn arrest vermelde omstandigheden moet worden toegerekend aan de Gemeente (en daarmee aan Nederland als lidstaat), blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Uit die omstandigheden kan weliswaar afgeleid worden (zoals het hof in rov. 3.9 heeft gedaan) dat de Gemeente door haar aandeelhouderschap en door de statutaire bepalingen een sterke invloed had op het reilen en zeilen van HbR, dat die invloed in de praktijk werd uitgeoefend door het benoemen van de enig bestuurder en van de leden van de raad van commissarissen van HbR, en dat de statutaire doelstelling van HbR in geen enkel opzicht vergelijkbaar is met die van een commerciële onderneming, gelet op de prominente plaats die in de doelomschrijving aan het algemene belang is gegeven. Maar dat is, zeker in het licht van de hiervoor in 3.4.2 (eerste alinea) genoemde omstandigheden, onvoldoende om tot toerekening aan de Gemeente te concluderen, nu daaruit nog niet volgt dat de

Gemeente bij het verlenen van de onderhavige garanties betrokken was of dat onwaarschijnlijk is dat zij daarbij niet betrokken was.

De hierop gerichte klachten van onderdeel 2 zijn dan ook gegrond. Het onderdeel behoeft voor het overige geen behandeling.

Nietigheid

3.6 Met onderdeel 3 komt Commerz op tegen het oordeel van het hof dat – ervan uitgaande dat de garantieverlening staatssteun oplevert die op grond van art. 108 lid 3 VWEU bij de Commissie had moeten worden aangemeld – de garanties nietig verklaard moeten worden op grond van art. 3:40 BW. Aan dat oordeel heeft het hof in de rov. 4.2-4.8, kort samengevat, het volgende ten grondslag gelegd.

Volgens vaste rechtspraak acht het HvJEU het mogelijk en toelaatbaar dat de nationale rechter een handeling tot uitvoering van een steunmaatregel, zoals de verstrekking van een staatsgarantie, nietig verklaart. Nietigverklaring van de garanties is een passende sanctie. (rov. 4.3) Het ligt, in ieder geval naar Nederlands recht, bij onwettige staatssteun in de vorm van een garantie voor de hand dat de vroegere situatie wordt hersteld door nietigverklaring van de garantie (rov. 4.4). Voor terugvordering van het bedrag dat de geborgden in het normale commerciële verkeer voor een garantie als de onderhavige hadden moeten betalen, is in het onderhavige geval geen plaats omdat de garanties vanwege de daaraan verbonden risico's niet door een private, commercieel opererende onderneming zouden zijn verstrekt, ook niet indien daar wel een vergoeding tegenover zou hebben gestaan (rov. 4.5). Indien garanties als deze niet door nietigheid zouden worden getroffen, zou ongeoorloofde staatssteun ongestraft kunnen worden verstrekt door een door de overheid gegarandeerde banklening, nu terugvordering van de lening zelf afstuit op de omstandigheid dat deze niet door de overheid maar door een bank is verstrekt (rov. 4.6). Door nietigheid van de garanties wordt Commerz niet onevenredig getroffen, omdat zij niet gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen in de rechtmatigheid van de staatssteun (rov. 4.7). Voor de nietigheid van de garanties is voldoende dat de garanties een bevoordeling van de RDM-vennootschappen inhouden, zodat in het midden kan blijven of de garanties ook een bevoordeling van Commerz inhouden (rov. 4.8).

3.7 Het onderdeel stelt terecht voorop dat uitgangspunt in cassatie moet zijn dat alleen RDM steun heeft ontvangen en niet ook Commerz, nu het hof wel heeft vastgesteld dat RDM door de steunmaatregel is begunstigd maar in het midden heeft gelaten of (ook) Commerz is begunstigd. Daarvan uitgaande klaagt het onderdeel onder meer:

- dat nietigheid van de garanties geen grond biedt voor onttrekking van het voordeel aan de begunstigde (RDM) of herstel kan bieden voor de inbreuk op de mededinging tussen RDM en haar concurrenten, zodat nietigheid niet wordt gerechtvaardigd door (de strekking van) de art. 107 en 108 VWEU;
- dat nietigheid niet bijdraagt aan het 'effet utile' van de staatssteunregels maar daaraan veeleer afbreuk doet;
- dat nietigheid verder gaat dan nodig is;
- dat het oordeel van het hof dat nietigheid van de garanties “bij uitstek een passende sanctie is”, onjuist is omdat daardoor niet de aan RDM verleende steun wordt teruggevorderd of ongedaan wordt gemaakt, maar juist alleen Commerz wordt getroffen en niet RDM.

3.8.1 In zijn arrest van 8 december 2011, zaak C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, NJ 2012/124 (Residex) heeft het HvJEU, naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Hoge Raad met betrekking tot een identieke kwestie als in de onderhavige zaak

door onderdeel 3 aan de orde wordt gesteld, als volgt overwogen.

Het HvJEU benadrukt (punten 33 en 34) dat de vaststelling dat een steunmaatregel onwettig is, tot ongedaanmaking door middel van de terugvordering daarvan dient te leiden “teneinde de vroegere toestand te herstellen”, en dat “het hoofddoel” van de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun erin is gelegen de versterking van de mededinging, die voortvloeit uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft, op te heffen. Daarom is het volgens de punten 37 en 43 “strikt noodzakelijk” dat wordt vastgesteld wie de begunstigde(n) van de steun is (zijn), aangezien bij steun in de vorm van een garantie hetzij de kredietgever, hetzij de kredietnemer, hetzij beiden begunstigd kunnen zijn. Hoewel aangaande de nietigheid van de garantie wordt opgemerkt dat het Unierecht niet ertoe verplicht “een welbepaalde consequentie te verbinden aan de geldigheid van de handelingen ter uitvoering van de steun” (punt 44), dienen de maatregelen die de nationale rechter in geval van inbreuk op art. 88 lid 3 EG (thans art. 108 lid 3 VWEU) treft, ertoe te strekken om de mededingingssituatie van vóór de steunmaatregel te herstellen, zodat de rechter ervoor moet zorgen dat deze doelstelling met de maatregelen die hij ten aanzien van de geldigheid van genoemde handelingen treft, kan worden bereikt (punt 45). Daarom moet de nationale rechter nagaan of de nietigverklaring van de garantie, gelet op de omstandigheden van het geval, “met het oog op dit herstel” doeltreffender kan zijn dan andere maatregelen (punt 46). De rechter kan, “bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen”, overgaan tot nietigverklaring van de verstrekte garantie “indien hij van oordeel is dat (...) die nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de verstrekking van genoemde garantie wordt hersteld” (punt 48).

3.8.2 Nu in cassatie uitgangspunt moet zijn dat alleen RDM door middel van de garantie is begunstigd en niet ook Commerz, berusten de hiervoor in 3.6 samengevat weergegeven oordelen van het hof blijkens hetgeen het HvJEU in het Residex-arrest heeft overwogen, op een onjuiste rechtsopvatting.

Het hof heeft miskend dat art. 108 lid 3 VWEU niet zonder meer ertoe strekt de geldigheid van een daarmee strijdige garantieverstrekking aan te tasten (als bedoeld in art. 3:40 lid 3 BW), doch slechts indien nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de garantieverstrekking wordt hersteld (vgl. punt 48 van het Residex-arrest). Het hof kon niet tot het oordeel komen dat de garanties nietig moeten worden verklaard, zonder te beoordelen of ook Commerz door die garanties is begunstigd. Onderdeel 3 slaagt dan ook.

3.8.3 Indien na verwijzing geoordeeld wordt dat de garantieverlening staatssteun oplevert die op grond van art. 108 lid 3 VWEU bij de Commissie had moeten worden aangemeld, zal derhalve alsnog beoordeeld moeten worden of (ook) Commerz als begunstigde van de garanties kan worden aangemerkt. HbR heeft immers in haar memorie van antwoord in hoger beroep (onder 265 e.v.) uitdrukkelijk aangevoerd dat, naast RDM, ook Commerz door de garanties begunstigd is, aangezien (i) de in juni 2004 namens HbR afgegeven garantie in de plaats is gekomen van de in november 2003 namens GHR afgegeven garantie, tot welke laatste rechtshandeling [betrokkene] (voordat het havenbedrijf per 1 januari 2004 werd verzelfstandigd) manifest onbevoegd was, (ii) Commerz ondanks haar wetenschap van de zojuist bedoelde onbevoegdheid, de lening aan RDM heeft verstrekt en in stand gelaten, (iii) Commerz wist of behoorde te weten dat de betrokken RDM-vennootschappen ten tijde van de afgifte van de garanties door HbR reeds insolvent of failliet waren, en (iv) het verstrekken van de garantie in juni 2004 plaats vond tegen niet marktconforme voorwaarden waartoe geen enkele andere partij bereid zou zijn geweest.

Opmerking verdient nog dat de vraag of door verstrekking van een garantie sprake is van begunstigende staatssteun, beoordeeld moet worden naar het tijdstip waarop de garantie wordt verstrekt (op dat moment wordt immers de steun verleend) en niet naar het tijdstip waarop de garantie wordt aangesproken (vgl. paragraaf 2.1 van de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties, PbEU 2008, C155/12). Dat stemt overeen met de regel dat een eventuele nietigverklaring van de garantie ertoe dient te kunnen leiden of eraan dient te kunnen bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de garantieverstrekking (zoveel mogelijk) wordt hersteld.

3.9 Onderdeel 6, dat deels samenhangt met de klachten van onderdeel 3, is gericht tegen de slotzin van rov. 3.19, waarin het hof naar aanleiding van het betoog van Commerz dat geen sprake is van begunstiging omdat de garantie van 4 juni 2004 louter een vervanging van de garantie van 5 november 2003 was, overweegt dat het zich “in dit opzicht” volledig verenigt met hetgeen de rechtbank in rechtsoverweging 5.10 heeft overwogen, welke overweging het hof geheel overneemt.

Voor zover onderdeel 6 tot uitgangspunt neemt dat het hof, in navolging van de rechtbank, heeft geoordeeld dat Commerz door de garanties is begunstigd, mist het feitelijke grondslag, nu het hof in het begin van rov. 3.19 uitdrukkelijk heeft overwogen dat het niet hoeft te onderzoeken of ook Commerz door de garanties is begunstigd, en dat het op die grond niet hoeft in te gaan op het hiervoor bedoelde betoog van Commerz. Voor zover het onderdeel erover klaagt, onder verwijzing naar de klachten van onderdeel 3, dat het hof, in navolging van de rechtbank, nietigheid van de op 5 november 2003 verleende garantie heeft aangenomen zonder te hebben vastgesteld dat Commerz door die garantie is begunstigd, slaagt het op dezelfde gronden als onderdeel 3. Voor het overige behoeft onderdeel 6 geen behandeling.

Derogerende werking redelijkheid en billijkheid; beroep op nietigheid onaanvaardbaar?

3.10 Onderdeel 4 richt rechts- en motiveringsklachten tegen de overwegingen die het hof in rov. 5.2 ten grondslag heeft gelegd aan de verwerping van het betoog van Commerz dat het beroep van HbR op de nietigheid van de garanties naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Nu de gronden waarop het hof heeft geoordeeld dat de garanties nietig zijn, door onderdeel 3 met succes worden bestreden (zie hiervoor in 3.8-3.9), zal na verwijzing zo nodig opnieuw beoordeeld moeten worden of en op welke gronden nietigverklaring van de garanties een passende (effectieve) en proportionele maatregel is. Afhankelijk van het oordeel waartoe het verwijzingshof zal komen, zal in voorkomend geval ook opnieuw beoordeeld moeten worden of het beroep van HbR op een eventuele nietigheid van de garanties naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zulks mede in het licht van de door het verwijzingshof voor eventuele nietigheid gebezigde gronden. Daarom behoeft onderdeel 4 geen behandeling.

Onrechtmatige daad

3.11.1 Onderdeel 5 is gericht tegen het oordeel in rov. 6.2 dat de vordering van Commerz ook niet op de grondslag van onrechtmatige daad kan worden toegewezen.

3.11.2 Volgens het hof heeft Commerz in geen enkel opzicht feitelijk onderbouwd dat HbR bij Commerz de verwachting heeft gewekt dat zij rechtmatig verstrekte garanties in handen had. Het overwoog dat het aan Commerz was om te beoordelen of de garanties rechtsgeldig waren, en dat Commerz dat ook zelf zo gezien heeft omdat zij verlangd heeft dat ter zake ‘legal opinions’ door advocatenkantoor Spigthoff aan haar werden afgegeven. Dat HbR de bedoelde verwachting heeft gewekt door het enkele afgeven van de garanties achtte het hof voorts onvoldoende om een onrechtmatige daad aan te nemen, omdat anders de nietigheid van elke ongeoorloofd verstrekte overheidsgarantie in feite weer ongedaan gemaakt zou kunnen worden door een beroep op onrechtmatige daad te doen; daartegen verzet zich het dwingendrechtelijk karakter van de regeling van de art. 107 en 108 VWEU. Een onrechtmatige daad kan slechts worden aangenomen indien er iets ‘bij’ komt.

Deze oordelen geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, in aanmerking genomen dat Commerz met haar vordering op grond van onrechtmatige daad aanspraak maakt op betaling van de bedragen die HbR anders op grond van

de garanties had moeten betalen.

3.11.3 Het hof heeft voorts de stellingen van Commerz over het handelen of nalaten van het ‘havenbedrijf’ rond de bevoegdheidsoverschrijdingen van [betrokkene], onbesproken gelaten op de grond dat vaststaat dat HbR door [betrokkene] bij het verstrekken van de garanties bevoegd is vertegenwoordigd. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel onjuist, althans onbegrijpelijk is, omdat Commerz vergoeding van schade vordert die zij heeft geleden door niet-afdwingbaarheid van de garanties die het gevolg is (niet van onbevoegdheid van [betrokkene], maar) van strijd met het staatssteunrecht.

Het onderdeel verwijst voor de bedoelde stellingen naar de nrs. 253-258 en 431 van de memorie van grieven. In die passages wordt – ter weerlegging van het verweer van HbR dat [betrokkene] bij het afgeven van de garantie van 5 november 2003 (toen het havenbedrijf nog niet was verzelfstandigd maar een gemeentelijke tak van dienst was) civielrechtelijk niet bevoegd was de Gemeente te vertegenwoordigen – betoogd dat aan de Gemeente, vanwege haar stilzitten in reactie op de haar destijds bekende bevoegdheidsoverschrijdingen van [betrokkene], de schijn is toe te rekenen dat [betrokkene] ter zake van die garantieverlening van 5 november 2003 wel vertegenwoordigingsbevoegd was. Het oordeel van het hof dat dit betoog als irrelevant onbesproken kan blijven, is niet onjuist of onbegrijpelijk, nu de vordering van Commerz immers gebaseerd is op de garanties die door [betrokkene] in 2004 verleend zijn. In de stellingen waarnaar het onderdeel verwijst, wordt niet gesteld dat en waarom het beweerde stilzitten van de Gemeente met betrekking tot de overschrijding door [betrokkene] van zijn civielrechtelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid in de periode tot eind 2003, relevant is voor het (eventueel) aannemen van nietigheid wegens strijd met de staatssteunregels van de in 2004 door [betrokkene] namens HbR verleende garanties, derhalve nadat het havenbedrijf was verzelfstandigd en [betrokkene] als enig directeur van HbR civielrechtelijk bevoegd was om die garanties namens HbR te verlenen.

3.11.4 Op het voorgaande stuiten de klachten van het onderdeel af.

3.12 Onderdeel 7 alsmede de overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Gravenhage van 1 februari 2011;

verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt HbR in de kosten van het geding in cassatie, daaronder begrepen de kosten verband houdende met de behandeling van de zaak bij het HvJEU, tot op deze uitspraak aan de zijde van Commerz begroot op € 6051,49 aan verschotten en € 4800,= voor salaris.

In deze zaak heeft de Hoge Raad bij tussenarrest van 26 april 2013 ¹, verbeterd bij arrest van 9 augustus 2013 ², prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU). Op 17 september 2014 wees het HvJ EU een prejudicieel arrest ³, dat is gerectificeerd bij beschikking van 23 oktober 2014 ⁴. Thans is aan de orde welke gevolgen in cassatie aan het prejudiciële arrest moeten worden verbonden.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1 Feiten en procesverloop

1.1 Voor de feiten en het procesverloop tot de prejudiciële verwijzing door de Hoge Raad verwijs ik naar mijn conclusie van 7 december 2012 voor het tussenarrest van 26 april 2013 ⁵. In dat arrest heeft de Hoge Raad, na te hebben geoordeeld dat onderdeel 1 van het cassatiemiddel van Commerz faalt, met betrekking tot de vraag of de verlening van de garanties aan de overheid moet ⁶ worden toegerekend de navolgende prejudiciële vragen gesteld:

“(1) Staat aan de – voor het aanmerken als staatssteun in de zin van art. 107 en 108 VWEU vereiste – toerekening aan de overheid van een garantieverlening door een openbaar bedrijf noodzakelijkerwijs in de weg dat die garantie, zoals in het onderhavige geval, is verleend door de (enig) bestuurder van het openbaar bedrijf die daartoe weliswaar civielrechtelijk bevoegd is, maar die bestuurder eigenmachtig is opgetreden, de garantieverlening bewust geheim heeft gehouden en de statutaire voorschriften van het openbaar bedrijf heeft genegeerd door geen goedkeuring van de raad van commissarissen te vragen, en voorts aangenomen moet worden dat het desbetreffende overheidslichaam (in dit geval de Gemeente) de garantieverlening niet heeft gewild?

(2) Indien de genoemde omstandigheden niet noodzakelijkerwijs aan toerekening aan de overheid in de weg staan, zijn die omstandigheden dan zonder belang voor beantwoording van de vraag of de garantieverlening aan de overheid kan worden toegerekend, of dient de rechter dan een afweging te maken in het licht van de overige aanwijzingen die voor of tegen toerekening aan de overheid pleiten?”

1.2 De aanleiding voor de Hoge Raad om deze prejudiciële vragen te stellen was hierin gelegen dat naar zijn oordeel twijfel bestond over de vraag hoe het arrest *Stardust Marine* ⁷ moet worden uitgelegd.

Dit arrest kan volgens de Hoge Raad enerzijds aldus worden uitgelegd dat voor toerekening aan de Staat uiteindelijk het erop aankomt of (uit een samenstel van aanwijzingen kan worden afgeleid dat) de overheid “in het concrete geval” bij de vaststelling van de desbetreffende maatregel is betrokken, waarbij het dan zou moeten gaan om een “reële, feitelijke betrokkenheid van de overheid bij de litigieuze maatregel”. In een geval als het onderhavige – waarin de (enig) bestuurder van HbR bij de garantieverlening eigenmachtig is opgetreden, de garanties bewust geheim heeft gehouden en de statutaire voorschriften van HbR heeft genegeerd door geen goedkeuring van de raad van commissarissen te vragen, hij voor zijn handelen strafrechtelijk is veroordeeld, en waarin voorts moet worden aangenomen dat de Gemeente (en de Staat) de garantieverlening niet heeft (hebben) gewild – zou deze uitleg volgens de Hoge Raad meebrengen dat de garantieverlening, hoewel civielrechtelijk bindend voor HbR, niet aan de Gemeente (en daarmee aan de Staat) kan worden toegerekend als vereist voor toepassing van de staatssteunregels ⁸.

Anderzijds kan volgens de Hoge Raad worden betoogd dat voor de in het arrest *Stardust Marine* bedoelde betrokkenheid van de overheid bij de vaststelling van de desbetreffende maatregel voldoende is, mede gelet op de overige aanwijzingen daarvoor, dat (uit een samenstel van aanwijzingen kan worden afgeleid dat) de overheid met betrekking tot maatregelen als de onderhavige (het verlenen van garanties) in zijn algemeenheid “daadwerkelijk de besluitvorming binnen het openbaar bedrijf bepaalt of daarop daadwerkelijk een sterke, overwegende invloed uitoefent”. Dat in het onderhavige geval de desbetreffende maatregel door de (enig) bestuurder van het overheidsbedrijf aan het zicht van de overheid is onttrokken en dat daarbij de interne statutaire voorschriften bewust zijn genegeerd, zodat de garanties tegen de wil van de toezichthoudende organen (en tegen de wil van de Gemeente en de Staat) zijn verleend, behoeft dan, aldus de Hoge Raad, niet in de weg te staan aan toerekening van de maatregelen aan de overheid. Voor deze opvatting kan volgens de Hoge Raad pleiten (i) dat de effectiviteit van de staatssteunregels op onaanvaardbare wijze kan worden aangetast indien deze regels (ook als sprake is van een met staatsmiddelen bekostigde maatregel ten gunste van een bepaalde onderneming en die maatregel voldoet aan de overige vereisten om als staatssteun te kunnen worden beschouwd) buiten toepassing

moeten worden gelaten op grond van de omstandigheid dat de statutair bestuurder van het overheidsbedrijf bij het vaststellen van de desbetreffende maatregel de interne bevoegdheidsregels, die geen externe werking hebben, heeft overtreden, en (ii) dat in zijn algemeenheid voor derden niet kenbaar of verifieerbaar is of een maatregel van een overheidsbedrijf in een concreet geval met of zonder inachtneming van de interne voorschriften is getroffen ⁹ .

1.3 Na te hebben overwogen dat vaststaat dat het verlenen door HbR van de garanties voor de aan RDM Vehicles, RDM Finance I en RDM Finance II verleende kredieten de inzet van staatsmiddelen in de zin van art. 107 lid 1 VWEU inhoudt ¹⁰ , heeft het HvJ EU in zijn arrest van 17 september 2014, verbeterd bij beschikking van 23 oktober 2014, als volgt overwogen:

“31 De toerekenbaarheid aan de Staat in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU van het verlenen van die garanties kan niet worden afgeleid uit het enkele feit dat een door de Staat gecontroleerd openbaar bedrijf die garanties heeft verleend. Zelfs indien de Staat de mogelijkheid heeft om een openbaar bedrijf te controleren en een beslissende invloed op de activiteiten ervan uit te oefenen, rechtvaardigt dit namelijk niet automatisch het vermoeden dat deze controle in een concreet geval ook metterdaad wordt uitgeoefend. Daarnaast dient te worden nagegaan of de overheid op een of andere manier bij de vaststelling van de maatregelen was betrokken (zie in die zin arrest Frankrijk/Commissie, ECLI:EU:C:2002:294, punten 50-52).

32 In dit verband kan niet worden geëist dat op basis van een gedetailleerd onderzoek wordt aangetoond dat de overheid het openbaar bedrijf er concreet toe heeft aangezet de betrokken steunmaatregelen te nemen. De toerekenbaarheid aan de Staat van een steunmaatregel van een openbaar bedrijf kan immers worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen (arrest Frankrijk/Commissie, ECLI:EU:C:2002:294, punten 53 en 55).

33 In het bijzonder is elke aanwijzing relevant waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid hetzij is betrokken bij de vaststelling van een maatregel of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van deze maatregel, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden, hetzij niet is betrokken bij de vaststelling van die maatregel (arrest Frankrijk/Commissie, ECLI:EU:C:2002:294, punten 56 en 57).

34 In het licht van die rechtspraak staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of in casu de toerekenbaarheid aan de Staat van de door het Havenbedrijf Rotterdam verleende garanties kan worden afgeleid uit het samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van het hoofdgeding en de context waarin die garanties zijn verleend. Daartoe moet worden bepaald of op grond van die aanwijzingen kan worden vastgesteld dat in casu de overheid bij het verlenen van die garanties betrokken was of dat het onwaarschijnlijk was dat zij hierbij niet betrokken was.

35 Zoals met name het Havenbedrijf Rotterdam en de Commissie hebben aangevoerd en zoals de advocaat-generaal in de punten 78 en 79 van zijn conclusie heeft opgemerkt, lijkt in dit verband het bestaan in casu van organieke banden tussen het Havenbedrijf Rotterdam en de gemeente Rotterdam, zoals beschreven in punt 15 van het onderhavige arrest, er in principe op te wijzen dat de overheid bij het verlenen van die garanties was betrokken of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken was.

36 Voorts moet de omstandigheid dat de enige bestuurder van het openbaar bedrijf onwettig heeft gehandeld, worden geacht op zich een dergelijke betrokkenheid niet te kunnen uitsluiten. Zoals is opgemerkt door de verwijzende rechter zelf en door de advocaat-generaal in de punten 90 en 91 van zijn conclusie, zou immers in hoge mate worden afgedaan aan de doeltreffendheid van de staatssteunregels indien zij buiten toepassing zouden kunnen worden verklaard op de enkele grond dat de bestuurder van een openbaar bedrijf de statuten van dat bedrijf heeft genegeerd.

37 In casu merkt de verwijzende rechter evenwel op dat de enige bestuurder van het Havenbedrijf Rotterdam niet alleen onwettig heeft gehandeld en de statuten van dat bedrijf heeft genegeerd, maar ook het verlenen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde garanties bewust geheim heeft gehouden, met name omdat moet worden aangenomen dat de betrokken overheidsinstantie, te weten de gemeente Rotterdam, zich tegen het verlenen van die garanties zou hebben verzet indien zij daarvan in kennis was gesteld. Volgens de verwijzende rechter lijken die gegevens aan te tonen dat die garanties zijn verleend zonder betrokkenheid van de gemeente Rotterdam.

38 Het staat aan die rechter om te beoordelen of op grond van die gegevens, rekening houdend met het samenstel van relevante aanwijzingen, kan worden afgeleid of uitgesloten is dat de gemeente Rotterdam bij het verlenen van die garanties was betrokken.

39 Gelet op het bovenstaande moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat artikel 107, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat, om te bepalen of door een openbaar bedrijf verleende garanties toerekenbaar zijn aan de overheidsinstantie die dat bedrijf controleert, naast het samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van het hoofdgeding en de context waarin die garanties zijn verleend, relevant is dat de enige bestuurder van dat bedrijf, die deze garanties heeft verleend, onwettig heeft gehandeld, het verlenen ervan bewust geheim heeft gehouden en de statuten van zijn bedrijf heeft genegeerd en voorts dat die overheidsinstantie zich tegen het verlenen van die garanties zou hebben verzet indien zij daarvan in kennis was gesteld. Die omstandigheden op zich kunnen in een situatie als in het hoofdgeding een dergelijke toerekenbaarheid echter niet uitsluiten.”

1.4 Partijen hebben hun respectieve standpunten naar aanleiding van het prejudiciële arrest nader schriftelijk toegelicht en vervolgens gere- en geduplicateerd.

2 Nadere analyse en nadere bespreking van onderdeel 2 van het cassatiemiddel

2.1 De achtergrond van de door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen was helder. Volgens de Hoge Raad laat het arrest *Stardust Marine* twee uiteenlopende lezingen toe. De door de Hoge Raad gestelde vragen strekken uiteindelijk ertoe te vernemen welke van die lezingen de juiste is. Eén van die door de Hoge Raad voor mogelijk gehouden lezingen (en wel die, welke is weergegeven in rov. 3.8.2 van het tussenarrest) houdt in dat voor toerekening van een maatregel van een openbaar bedrijf aan de Staat (welke toerekening is vereist om de betrokken maatregel als staatssteun te kunnen kwalificeren) reeds voldoende is dat de overheid “in zijn algemeenheid” de besluitvorming binnen het openbaar bedrijf met betrekking tot dergelijke maatregelen bepaalt of daarop een sterke, overwegende invloed uitoefent. De andere lezing (weergegeven in – de verbeterde versie van – rov. 3.8.1 van het tussenarrest) houdt in dat (uit een samenstel van aanwijzingen moet kunnen worden afgeleid dat) de overheid “in het concrete geval” bij de vaststelling van de desbetreffende maatregel is betrokken.

2.2 Het prejudiciële arrest maakt in elk geval zoveel duidelijk, dat het HvJ EU de hiervoor (onder 2.1) als eerste genoemde lezing verwerpt en de als tweede genoemde lezing bevestigt. Dat het volgens het HvJ EU erop aankomt of de overheid “in het concrete geval” bij de gewraakte maatregel *zelf* (en niet slechts *in zijn algemeenheid* bij dergelijke maatregelen) was betrokken, blijkt reeds uit punt 31 van het prejudiciële arrest:

“31 De toerekenbaarheid aan de Staat (...) van het verlenen van die garanties kan niet worden afgeleid uit het enkele feit dat een door de Staat gecontroleerd openbaar bedrijf die garanties heeft verleend. Zelfs indien de Staat de mogelijkheid heeft om een openbaar bedrijf te controleren en een beslissende invloed op de activiteiten ervan uit te oefenen, rechtvaardigt dit namelijk niet automatisch het vermoeden dat deze controle in een concreet geval ook metterdaad wordt uitgeoefend. Daarnaast dient te worden nagegaan of de overheid op een of andere manier bij de vaststelling van de

maatregelen was betrokken (zie in die zin arrest Frankrijk/Commissie, ECLI:EU:C:2002:294, punten 50-52)” (onderstrepingen toegevoegd; LK).

Ik wijs in dit verband ook op punt 32, waarin het hof van de hand wijst dat op basis van een gedetailleerd onderzoek zou moeten worden aangetoond “dat de overheid het openbaar bedrijf er concreet toe heeft aangezet de betrokken steunmaatregelen te nemen” en toestaat dat de toerekenbaarheid (ook) wordt afgeleid “uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen”, in welk verband het hof blijkt punt 33 “elke aanwijzing waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid hetzij is betrokken bij de vaststelling van een maatregel of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van deze maatregel, op de inhoud ervan of op de daaraan verbonden voorwaarden, hetzij niet is betrokken bij de vaststelling van die maatregel”, relevant acht (onderstrepingen toegevoegd; LK).

2.3 Overigens concentreert het HvJ EU zich in het prejudiciële arrest vooral op de vraag hoe de nationale rechter te werk moet gaan om de vereiste betrokkenheid vast te stellen.

2.4 Volgens het hiervóór (onder 2.2) al genoemde punt 32 is “hard” bewijs dat de overheid het openbaar bedrijf concreet ertoe heeft aangezet de betrokken maatregel te nemen, niet vereist. Die betrokkenheid kan (ook) worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin de maatregel is genomen. Dat antwoord zal de Hoge Raad niet hebben verrast. Ook volgens de Hoge Raad komt het in de door het HvJ EU thans voor juist gehouden lezing van het arrest *Stardust Marine* erop aan “of (uit een samenstel van aanwijzingen kan worden afgeleid dat) de overheid in het concrete geval bij de vaststelling van de desbetreffende maatregel is betrokken” (rov. 3.8.1, eerste volzin).

2.5 Vervolgens gaat het HvJ EU in op de relevantie van de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden. Daartoe was het HvJ EU ook door de Hoge Raad aangezet, omdat de Hoge Raad de prejudiciële vragen hierop toespitste of de door hem gereleveerde omstandigheden al dan niet “noodzakelijkerwijs” aan toerekening aan de overheid in de weg staan en, zo neen, of die omstandigheden iedere relevantie missen, dan wel alsnog in een afweging van de overige omstandigheden die voor of tegen toerekening pleiten, dienen te worden betrokken. Daarbij ware overigens te bedenken dat de lezing van het arrest *Stardust Marine* die voor toerekening betrokkenheid “in het concrete geval” vereist, volgens de Hoge Raad met zich brengt dat de garantieverlening *niet* aan de overheid kan worden toegerekend. In rov. 3.8.1 (verbeterde versie) overwoog de Hoge Raad:

“3.8.1 (...) In een geval als het onderhavige – waarin de (enig) bestuurder van HbR bij de garantieverlening eigenmachtig is opgetreden, de garanties bewust geheim heeft gehouden en de statutaire voorschriften van HbR heeft genegeerd door geen goedkeuring van de raad van commissarissen te vragen, hij voor zijn handelen strafrechtelijk is veroordeeld, en waarin voorts aangenomen moet worden dat de Gemeente (en de Staat) de garantieverlening niet heeft (hebben) gewild – zou deze uitleg van het arrest meebrengen dat de garantieverlening, hoewel civielrechtelijk bindend voor HbR, niet aan de Gemeente (en daarmee aan de Staat) kan worden toegerekend als vereist voor toepassing van de staatssteunregels.”

Volgens de Hoge Raad staan de bedoelde omstandigheden dan (in termen van de eerste prejudiciële vraag) “noodzakelijkerwijs” aan toerekening aan de overheid in de weg. De tweede prejudiciële vraag, die de relevantie van de bedoelde omstandigheden betreft in het geval dat die omstandigheden niet “noodzakelijkerwijs” aan toerekening in de weg staan, is onmiskenbaar gesteld voor het geval dat als juiste lezing van het arrest *Stardust Marine* zou moeten worden aanvaard dat voor toerekening aan de overheid volstaat dat de overheid (niet “in het concrete geval” maar) “in zijn algemeenheid” de besluitvorming binnen het openbaar bedrijf met betrekking tot maatregelen als de litigieuze bepaalt dan wel daarop een sterke, overwegende invloed uitoefent. Dat blijkt ook uit rov. 3.8.2:

“3.8.2 Anderzijds kan betoogd worden dat voor de in het arrest *Stardust Marine* bedoelde betrokkenheid van de overheid bij de vaststelling van de desbetreffende maatregel voldoende is, mede gelet op de overige aanwijzingen daarvoor, dat (uit een samenstel van aanwijzingen kan worden afgeleid dat) de overheid met betrekking tot maatregelen als de onderhavige (het verlenen van garanties) in zijn algemeenheid daadwerkelijk de besluitvorming binnen het openbaar bedrijf bepaalt of daarop daadwerkelijk een sterke, overwegende invloed uitoefent. Dat in het onderhavige geval de desbetreffende maatregel door de (enig) bestuurder van het overheidsbedrijf aan het zicht van de overheid is onttrokken en dat daarbij de interne statutaire voorschriften bewust zijn genegeerd, zodat de garanties tegen de wil van de toezichhoudende organen (en tegen de wil van de Gemeente en de Staat) zijn verleend, behoeft dan niet in de weg te staan aan toerekening van de maatregelen aan de overheid.”

Het HvJ EU heeft, zoals hiervoor al aan de orde kwam, geoordeeld dat betrokkenheid “in zijn algemeenheid” niet volstaat en betrokkenheid “in het concrete geval” voor toerekening aan de overheid is vereist. Bij die stand van zaken had het HvJ EU de vraag naar de relevantie van de genoemde omstandigheden, strikt genomen, niet meer behoeven te beantwoorden. Het HvJ EU heeft dat laatste echter wel gedaan en heeft de door de Hoge Raad gestelde vraag (anders dan de Hoge Raad kennelijk had bedoeld) bovendien op de beoordeling van een eventuele betrokkenheid van de overheid “in het concrete geval” betrokken.

2.6 In punt 36 oordeelt het HvJ EU dat de enkele omstandigheid dat de enig bestuurder van het openbaar bedrijf onwettig heeft gehandeld, betrokkenheid van de overheid “op zich” niet kan uitsluiten. Naar het HvJ EU in punt 37 overigens onderkent, heeft de Hoge Raad in het verwijzingsarrest ook niet anders geoordeeld. De Hoge Raad heeft in rov. 3.8.1 van het verwijzingsarrest geoordeeld dat de uitleg van het arrest *Stardust Marine* volgens welke voor toerekening aan de overheid betrokkenheid “in het concrete geval” is vereist, in het onderhavige geval, waarin de (enig) bestuurder van HbR bij de garantieverlening eigenmachtig is opgetreden, de garanties bewust geheim heeft gehouden en de statutaire voorschriften van HbR heeft genegeerd door geen goedkeuring van de raad van commissarissen te vragen, alsmede voor zijn handelen strafrechtelijk is veroordeeld, en waarin voorts moet worden aangenomen dat de Gemeente (en de Staat) de garantieverlening niet heeft (hebben) gewild, met zich brengt dat de garantieverlening, hoewel civielrechtelijk bindend voor HbR, voor de toepassing van de staatssteunregels *niet* aan de Gemeente (en daarmee aan de Staat) kan worden toegerekend ¹¹. Dat oordeel houdt niet in dat het negeren van de statutaire voorschriften “op zich” aan betrokkenheid van de overheid in de weg zou staan. De overige door de Hoge Raad in zijn oordeel betrokken omstandigheden, te weten dat de enig bestuurder niet alleen onwettig heeft gehandeld, maar ook het verlenen van de litigieuze garanties geheim heeft gehouden, en dat de betrokken overheidsinstantie zich tegen het verlenen van de garanties zou hebben verzet, indien zij daarvan in kennis was gesteld, worden (mede blijkens punt 39 en het dictum van het prejudiciële arrest) ook door het HvJ EU relevant geacht. Daarbij laat het HvJ EU het (in punt 38 van het prejudiciële arrest) aan de verwijzende rechter over om die omstandigheden, gelet op het gehele samenstel van aanwijzingen, te waarderen. Overigens kan in dit verband de vraag rijzen, of zodanige waardering niet al in rov. 3.8.1 van het verwijzingsarrest ligt besloten.

2.7 Het is opmerkelijk dat het HvJ EU in punt 38 de door de nationale rechter te verrichten waardering van de door de Hoge Raad bedoelde omstandigheden, gelet op het gehele samenstel van relevante aanwijzingen, aldus voorstelt dat zij slechts kan uitmonden in de vaststelling van de vereiste betrokkenheid, dan wel in de vaststelling dat die betrokkenheid is “uitgesloten” (de Franse tekst van punt 38 luidt: “Il incombe à cette juridiction d’apprécier si lesdits éléments sont, eu égard à l’ensemble des indices pertinents, de nature à établir ou à exclure l’implication de la commune de Rotterdam dans l’octroi desdites garanties.”). Ook in (de verbeterde versie van) punt 39 en het dictum bedient het HvJ EU zich van de term “uitsluiten”: “Die omstandigheden op zich kunnen in een situatie als in het hoofdgeding een dergelijke toerekenbaarheid echter niet uitsluiten.” Een en ander wijkt af van het criterium voor toerekenbaarheid dat het HvJ EU in punt 34 (nota bene: specifiek met het oog op de vaststelling van eventuele toerekenbaarheid aan de overheid in de onderhavige zaak) heeft geformuleerd: “Daartoe moet worden bepaald of op grond van die aanwijzingen kan worden vastgesteld dat in casu de overheid bij het verlenen van die garanties betrokken was of dat het onwaarschijnlijk was dat zij hierbij niet betrokken was.” Dat betrokkenheid niet is *uitgesloten*, wettigt nog niet de conclusie dat “onwaarschijnlijk” is dat betrokkenheid heeft ontbroken, laat staan dat daadwerkelijk van betrokkenheid sprake was.

Naar mijn mening kan niet worden aangenomen dat het HvJ EU het in punt 34 geformuleerde criterium (te weten dat van toerekenbaarheid sprake is als kan worden vastgesteld “dat in casu de overheid bij het verlenen van die garanties betrokken was of dat het onwaarschijnlijk was dat zij hierbij niet betrokken was”) zonder enige nadere uitleg en motivering heeft vervangen door het wezenlijk andere criterium dat toerekenbaarheid moet worden aangenomen als betrokkenheid van de overheid niet is *uitgesloten*. Daarbij wijs ik erop dat punt 39 van het prejudiciële arrest niet een nadere uitwerking of argumentatie van het oordeel van het HvJ EU bevat, maar slechts een formulering van de antwoorden op de prejudiciële vragen waartoe de voorgaande overwegingen het HvJ EU aanleiding geven (“Gelet op het bovenstaande (...”).

Daarbij komt dat de passages waarin over het al dan niet *uitsluiten* van toerekenbaarheid wordt gesproken, kennelijk voortvloeien uit de formulering van de prejudiciële vragen, waarin steeds centraal was gesteld of de daarin bedoelde omstandigheden al dan niet “noodzakelijkerwijs” aan toerekening in de weg staan. In punt 29 onderscheidt het HvJ EU in de vraagstelling van de Hoge Raad immers tussen de vraag of de daarin bedoelde omstandigheden met het oog op de toerekenbaarheid *relevant* zijn (welke vraag het HvJ EU bevestigend beantwoordt) en de vraag “of die omstandigheden in een situatie als in het hoofdgeding een dergelijke toerekenbaarheid kunnen uitsluiten” (waarbij overigens de kanttekening past dat de Hoge Raad heeft gesproken van het “noodzakelijkerwijs aan toerekening aan de overheid in de weg staan” en dat het HvJ EU de laatste vraag daarom niet op een “kunnen uitsluiten” maar op een “uitsluiten” zonder meer had moeten betrekken ¹²). Dat het HvJ EU ook die laatste vraag beantwoordt, en wel in die zin dat die omstandigheden “op zich” een dergelijke toerekenbaarheid niet (kunnen) uitsluiten, betekent, gelet op het in punt 34 geformuleerde criterium, allerminst dat voor toerekenbaarheid zou volstaan dat betrokkenheid van de overheid bij de desbetreffende maatregelen niet is *uitgesloten*.

Voorts verdient het aandacht dat het HvJ EU in punt 39 en het dictum van het prejudiciële arrest de nadruk legt op het feit dat de bedoelde omstandigheden “op zich” toerekenbaarheid niet (kunnen) uitsluiten. Dat stemt naar mijn mening overeen met de opdracht aan de nationale rechter in punt 38 waaruit blijkt dat met het – gehele – samenstel van relevante aanwijzingen rekening moet worden gehouden. Dat laatste verklaart waarom het HvJ EU kennelijk huiverig is te aanvaarden dat bepaalde omstandigheden “op zich” (zo men wil: “noodzakelijkerwijs”) en geheel los van alle andere aanwijzingen voor betrokkenheid of het ontbreken daarvan aan toerekenbaarheid van de betrokken maatregelen in de weg kunnen staan. Overigens was het HvJ EU in de oorspronkelijk gepubliceerde maar later gerectificeerde versie van punt 39 en het dictum wel erg dicht bij een dergelijke aanvaarding. Volgens die oorspronkelijke tekst kunnen de bedoelde omstandigheden “op zich” toerekenbaarheid immers wel degelijk uitsluiten, zij het slechts als daaruit blijkt dat de litigieuze garanties zijn verleend zonder betrokkenheid van de overheid. Dat de tekst van punt 39 en het dictum is gerectificeerd, betekent volgens mij niet dat het HvJ EU principieel van gedachten zou zijn veranderd, en wel in die zin dat het thans uitgesloten zou achten dat uit de bedoelde (en relevant bevonden) omstandigheden wordt afgeleid dat de overheid niet bij de betrokken maatregelen was betrokken. Voor de rectificatie van de oorspronkelijke versie bestond kennelijk een andere (en meer voor de hand liggende) reden. Het oordeel dat bepaalde omstandigheden “op zich” toerekenbaarheid kunnen uitsluiten, heeft de pretentie van een absolute gelding, die zich moeilijk laat verenigen met de in de oorspronkelijke tekst vervolgens geformuleerde en beperkende voorwaarde dat uit die omstandigheden blijkt dat de betrokken garanties zonder betrokkenheid van de overheid zijn verleend. Dat laatste zou in de kennelijke gedachtegang van het HvJ EU onder omstandigheden anders kunnen zijn. Kennelijk heeft het HvJ EU zich achteraf gerealiseerd dat het niet slechts van het karakter van de bedoelde omstandigheden maar mede van alle overige omstandigheden van het geval en het daaruit af te leiden – gehele – “samenstel van relevante aanwijzingen” zal afhangen of al dan niet tot het ontbreken van betrokkenheid van de overheid kan worden geconcludeerd. De door het HvJ EU gewenste beoordeling van de betrokkenheid van de overheid, steeds aan de hand van het gehele “samenstel van aanwijzingen”, rechtvaardigde de rectificatie van de oorspronkelijke formulering in die zin, dat de bedoelde omstandigheden “op zich” betrokkenheid van de overheid niet (kunnen) uitsluiten, in de Franse tekst van het arrest “ne sont (...) pas, à elles seules, de nature à exclure (...) une telle imputabilité”.

Over de vraag waartoe de door de Hoge Raad genoemde (en door het HvJ EU in elk geval relevant geachte) omstandigheden, niet “op zich”, maar in onderlinge combinatie en in samenhang met alle overige omstandigheden van het

geval leiden, laat het HvJ EU zich (anders dan HbR aanneemt ¹³) niet uit. Het zou, minst genomen, ook wonderlijk zijn als het HvJ EU zou bedoelen dat in het hoofdgeding toerekenbaarheid moet worden aangenomen, na in punt 38 nog te hebben geoordeeld dat het aan de verwijzende rechter is om, rekening houdend met het samenstel van relevante aanwijzingen, te beoordelen of uit “die gegevens” (te weten dat [betrokkene] eigenmachtig is opgetreden, de garantieverlening bewust geheim heeft gehouden en de statutaire voorschriften van het openbaar bedrijf heeft genegeerd, en voorts moet worden aangenomen dat het desbetreffende overheidslichaam de garantieverlening niet heeft gewild) het ontbreken van betrokkenheid van de gemeente Rotterdam kan worden afgeleid. Voorts zou het naar mijn mening een misverstand zijn om, zoals HbR in cassatie doet, uit het prejudiciële arrest af te leiden dat de door de Hoge Raad bedoelde omstandigheden niet voldoende zouden kunnen zijn om daaruit het ontbreken van betrokkenheid van de overheid af te leiden en dat daartoe méér aanwijzingen die eveneens op het ontbreken van betrokkenheid zouden wijzen, zouden zijn vereist ¹⁴. Waar het om gaat, is dat aan de bedoelde omstandigheden geen conclusies mogen worden verbonden zonder dat alle andere relevante aanwijzingen, met name die welke op betrokkenheid “in het concrete geval” wijzen, in de afweging zijn betrokken. Het HvJ EU heeft geenszins uitgesloten dat op grond van de door de Hoge Raad bedoelde omstandigheden wordt geconcludeerd dat betrokkenheid (waarschijnlijk) ontbrak (en dat de litigieuze garanties dus niet aan de overheid toerekenbaar zijn), als voldoende sterke contra-indicaties (aanwijzingen voor betrokkenheid “in het concrete geval”) ontbreken.

Dat niet alleen een onwettig handelen van de enig bestuurder maar ook de omstandigheid dat de betrokken maatregel voor de overheid geheim is gehouden, *op zich* betrokkenheid van de overheid niet (kan) uitsluit(en) (“ne sont (...) pas, à elles seules, de nature à exclure (...) une telle imputabilité”), acht ik, strikt genomen, overigens niet onjuist. In theorie laat zich denken dat de overheid een bewust beleid van “wat niet weet, wat niet deert” of “mijn naam is haas” heeft gevoerd en zich bewust van het openbaar bedrijf heeft afgewend, om dat bedrijf in staat te stellen maatregelen te treffen waarvan de overheid zich dient te onthouden. Een dergelijk scenario veronderstelt dat de overheid in wezen welwillend staat tegenover de betrokken maatregelen. Dat laatste doet zich echter niet voor, als tevens – zoals de Hoge Raad in het verwijzingsarrest heeft aangenomen – de overheid de betrokken maatregelen niet heeft gewild. Het moge zo zijn dat de beide omstandigheden *op zich* betrokkenheid van de overheid niet uitsluiten, maar er laten zich moeilijk bijkomende omstandigheden bedenken waaronder, ondanks de *combinatie* van een “niet weten” en een “niet willen” van de overheid “in het concrete geval”, toch van een (waarschijnlijkheid van) betrokkenheid van de overheid “in het concrete geval” moet worden uitgegaan.

2.8 In het bestreden arrest heeft het hof bij de beoordeling van de toerekenbaarheid van de litigieuze garanties aan de overheid onmiskenbaar een andere benadering gevolgd dan het HvJ EU reeds in het arrest *Stardust Marine* had voorgeschreven en in zijn prejudiciële arrest in de onderhavige zaak heeft bevestigd. Het hof heeft, in plaats van zich te concentreren op de betrokkenheid van de overheid “in het concrete geval”, in rov. 3.9 van het bestreden arrest “in zijn algemeenheid” de sterke invloed van de Gemeente “op het reilen en zeilen van HbR” benadrukt. Daaraan heeft het hof toegevoegd dat die invloed ook in de praktijk werd uitgeoefend, in welk verband het hof echter slechts heeft gereleveerd dat de Gemeente bij oprichting de (enig) bestuurder [betrokkene] en de leden van de raad van commissarissen (onder wie de wethouder haven als voorzitter) heeft benoemd. Voorts heeft het hof gewezen op de eis van goedkeuring van garanties door de raad van commissarissen en de prominente plaats van het algemeen belang in de statutaire doelstelling van HbR, waardoor die statutaire doelstelling, ondanks het feit dat HbR met andere havenbedrijven concurreert, niet met die van een louter commerciële onderneming vergelijkbaar is. In rov. 3.10 heeft het hof geoordeeld dat, als juist is dat [betrokkene] geheel eigenmachtig optrad, de duikbotenovereenkomst en de garanties bewust geheim hield en daarvoor geen goedkeuring aan de raad van commissarissen heeft gevraagd, zulks aan de toerekening van de garanties aan de overheid niet afdoet (“dat dit niet anders wordt”). Aan die overweging ligt echter *niet* ten grondslag dat de bedoelde omstandigheden, als die zich werkelijk hebben voorgedaan, niet zouden opwegen tegen andere aanwijzingen waaruit (de waarschijnlijkheid) van betrokkenheid van de overheid “in het concrete geval” (dus bij de betrokken garanties) kan worden afgeleid. Uit het vervolg van rov. 3.10 blijkt dat het hof ook in dit opzicht de “in zijn algemeenheid” sterke invloed van de overheid “op het reilen en zeilen van HbR” heeft laten prevaleren, in het bijzonder door te overwegen dat óók als

[betrokkene], door namens HbR garanties te verstrekken, zijn intern geldende bevoegdheden te buiten is gegaan, zulks toerekenbaar is aan de Gemeente, die hem nu eenmaal tot enig bestuurder heeft benoemd.

Ik meen dat met het prejudiciële arrest is komen vast te staan dat het hof, door zich bij de beoordeling van de toerekenbaarheid niet te laten leiden door de betrokkenheid van de overheid “in het concrete geval” (bij de litigieuze garanties), maar door de “in zijn algemeenheid” sterke invloed van de overheid op “het reilen en zeilen van HbR”, van een onjuiste rechtsopvatting blijkt heeft gegeven. Als aan het oordeel van het hof al een afweging van alle voor de beoordeling van de toerekenbaarheid “in het concrete geval” relevante aanwijzingen ten grondslag ligt (hetgeen overigens ook daarom onaannemelijk is omdat de door Commerz in dat verband aangevoerde omstandigheden in de genoemde rechtsoverwegingen niet alle herkenbaar zijn [15](#)), had het hof minst genomen nader moeten motiveren waarom “in het concrete geval” de overheid bij de litigieuze garanties was betrokken, of althans onwaarschijnlijk was dat de overheid daarbij niet was betrokken, ondanks het feit dat de litigieuze garanties voor de overheid geheim zijn gehouden en de overheid die garanties niet zou hebben gewild. In zoverre slaagt onderdeel 2, dat daarop gerichte klachten omvat.

2.9 HbR heeft in cassatie nog gewezen op een tweetal omstandigheden, waaruit naar zijn oordeel betrokkenheid van de overheid “in het concrete geval” kan worden afgeleid [16](#) .

2.10 In de eerste plaats heeft HbR gewezen op de omstandigheid dat één van de garanties een in 2003 door [betrokkene] namens het (toen nog niet verzelfstandigde) havenbedrijf verstrekte garantie verving. Ook als moet worden aangenomen dat de overheid bij de in 2003 verstrekte garantie was betrokken, impliceert dat echter niet dat zodanige betrokkenheid óók bij de vervangende garantie moet worden aangenomen. De vraag die in dit geding moet worden beantwoord is niet of de in 2003 verstrekte garantie, maar of de in 2004 verstrekte garantie als staatssteun heeft te gelden. Dat een “particuliere” maatregel waarbij de overheid niet is betrokken in de plaats treedt van een overheidsmaatregel die als staatssteun moet worden gekwalificeerd, brengt op zichzelf niet met zich dat ook de zonder betrokkenheid van de overheid “in het concrete geval” getroffen “particuliere” maatregel als staatssteun zou (moeten) gelden.

2.11 In de tweede plaats heeft HbR zich beroepen op de goedkeuring achteraf van de Vehicles-garantie die de raad van commissarissen van HbR op 22 juni 2004 heeft verleend. Partijen verschillen van mening over de vraag of HbR deze omstandigheid in de feitelijke instanties ten grondslag heeft gelegd aan toerekenbaarheid van de litigieuze garanties aan de overheid. Expliciet heeft HbR dat in elk geval niet gedaan en ook het hof heeft de desbetreffende stellingen van HbR in het bestreden arrest niet zo opgevat. Het hof heeft in rov. 3.10 van het bestreden arrest het beroep op de achteraf verleende goedkeuring van de raad van commissarissen kennelijk aldus opgevat, dat dit beroep slechts ertoe strekte de betekenis van het feit dat [betrokkene] voor de litigieuze garanties géén goedkeuring van de raad van commissarissen had gevraagd, te relativiseren. Voor het hof was de omstandigheid dat [betrokkene] geen goedkeuring van de raad van commissarissen had gevraagd overigens niet van doorslaggevende betekenis [17](#) en het prejudiciële arrest dwingt niet ertoe daarover thans anders te oordelen.

Voor het geval dat het gegeven van de achteraf verleende goedkeuring alsnog (eventueel na verwijzing) in aanmerking zou kunnen worden genomen als een relevante aanwijzing voor betrokkenheid van de overheid bij de litigieuze garanties (althans de garantie waarop die goedkeuring betrekking had), heb ik in mijn eerdere conclusie (onder 2.33-2.34) reeds erop gewezen dat de bedoelde omstandigheid, alhoewel zij zich eerst ná de verlening van de betrokken garanties heeft voorgedaan (zulks terwijl de vraag of van een steunmaatregel sprake is, in beginsel dient te worden beoordeeld naar het moment waarop de betrokken maatregel werd getroffen), niettemin van belang zou kunnen zijn, in het bijzonder omdat ook een goedkeuring achteraf een aanwijzing kan vormen dat het goedkeurende lichaam de betrokken maatregel, ook beoordeeld naar het moment waarop die maatregel werd getroffen, daadwerkelijk heeft gewild. Nog daargelaten dat ook in verband met de goedkeuring achteraf de enige band met de overheid was dat de overheid de leden van de raad van commissarissen had benoemd (en de voorzitter van die raad de wethouder haven was), bieden de omstandigheden waaronder die goedkeuring volgens de eigen stellingen van HbR plaatsvond, voor een dergelijke aanwijzing nauwelijks

grond. HbR zelf heeft steeds betoogd dat de raad van commissarissen verkeerd was voorgelicht door RDM, dat hij niet op de hoogte was van het feit dat [betrokkene] ook al andere garanties had afgegeven, dat hij evenmin op de hoogte was van de duikbotenovereenkomst, dat de duikbotenovereenkomst een vervalsing was en dat hij geen goedkeuring zou hebben gegeven indien hij van de ware toedracht op de hoogte was geweest ¹⁸. Waar ook ten tijde van de goedkeuring achteraf van een *informed consent* van de raad van commissarissen geen sprake was, kan uit die goedkeuring al helemaal geen “willen en weten” van de raad van commissarissen (laat staan een betrokkenheid van de Gemeente en uiteindelijk de Staat) ten tijde van de verstrekking van die garanties worden afgeleid. Ten slotte wijs ik erop dat voor zover de achteraf verleende toestemming alsnog in de beschouwingen over de betrokkenheid van de overheid bij de garanties kan worden betrokken, zij tegen alle andere relevante aanwijzingen, ook die welke (meer stellig) op het ontbreken van betrokkenheid van de overheid wijzen, zal moeten worden afgewogen.

3 Beoordeling van de overige onderdelen

3.1 In zijn tussenarrest van 26 april 2013 heeft de Hoge Raad de *onderdelen 3 tot en met 7* onbesproken gelaten. Over die onderdelen zal nog moeten worden geoordeeld. In mijn conclusie van 7 december 2012 vóór het tussenarrest heb ik die onderdelen reeds besproken. In aanvulling daarop merk ik nog het volgende op.

3.2 In de zaak *Residex* ¹⁹ was aan de orde of de nietigheid van een garantie die als een niet aangemelde steunmaatregel moet worden opgevat, een passende sanctie is, in het bijzonder in het geval dat de financier zelf niet als de door die staatssteun begunstigde partij kan gelden. Zowel in mijn nadere conclusie (van 18 oktober 2012) in de zaak *Residex* ²⁰ als in mijn eerdere conclusie in de onderhavige zaak ben ik op het prejudiciële arrest in de zaak *Residex* ingegaan. In beide conclusies heb ik het prejudiciële arrest als volgt samengevat ²¹:

“In de eerste plaats heeft het HvJ EG/EU overwogen dat ‘het recht van de Unie de nationale rechterlijke instanties niet ertoe verplicht om een welbepaalde consequentie te verbinden aan de geldigheid van de handelingen ter uitvoering van de steun’ ²². Niet zozeer de aard van de door de nationale rechter te treffen maatregel, als wel *de gevolgen* daarvan voor de concurrentievervalsing die de onrechtmatige staatssteun heeft veroorzaakt, staan volgens het HvJ EG/EU voorop. Daarbij is het ijkpunt dat ‘de verstoring van de mededinging (...) die voortkomt uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft’, moet worden opgeheven ²³. In dat verband neemt het HvJ EG/EU weliswaar aan dat de nationale rechter *bevoegd* is een garantie zoals die in de onderhavige zaak aan de orde is, nietig te verklaren ²⁴, maar die bevoegdheid blijkt niet zonder beperkingen te gelden. Volgens het HvJ EG/EU staat het aan de nationale rechter die over de nietigverklaring moet beslissen (het HvJ EG/EU spreekt hier weliswaar van de verwijzende rechter, maar heeft ongetwijfeld elke, tot beslissing geroepen nationale rechter op het oog) ‘om na te gaan of de nietigverklaring van de garantie, in de omstandigheden die eigen zijn aan het bij hem aanhangige geding, doeltreffender kan blijken te zijn dan andere maatregelen met het oog op dit herstel.’ ²⁵ Nietigverklaring blijkt in de gedachtegang van het HvJ EG/EU slechts dan aangewezen, wanneer zij ‘meer geschikt is ter bereiking van de doelstelling van het herstel van de mededingingssituatie van vóór de steunverlening’ ²⁶, dat wil zeggen: méér geschikt dan ‘minder dwingende procedurele maatregelen’ ²⁷. Dat de nationale rechter niet ‘zomaar’ tot nietigverklaring kan overgaan, blijkt ook hieruit dat hij volgens het HvJ EG/EU ‘(b)ij de uitoefening van die bevoegdheid (...) ervoor (moet) zorgen dat de steun wordt teruggevorderd’ ²⁸ (onderstreping toegevoegd; LK).”

3.3 Inmiddels, na mijn conclusie van 7 december 2012 in de onderhavige zaak, heeft de Hoge Raad in de zaak *Residex* eindarrest gewezen ²⁹. In dat arrest overwoog de Hoge Raad onder meer als volgt:

“3.4.1. Zoals de Hoge Raad in rov. 3.5.6 van zijn tussenarrest heeft vermeld, verwijt onderdeel 1.3 het hof te hebben miskend dat art. 88 lid 3 EG slechts de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige uitvoeringshandelingen bij een

steunmaatregel aan te tasten op een wijze die leidt tot nietigheid in de zin van art. 3:40 BW, indien deze nietigheid leidt tot ongedaanmaking van de ongeoorloofde steun bij de begunstigde en daarmee tot ongedaanmaking van de door de uitvoering van de steunmaatregel ontstane concurrentievervalsing, dus in dit geval tot terugvordering van de lening van Aerospace, en dat nietigheid van de garantie niet daartoe leidt. Daarom wordt thans als volgt overwogen.

3.4.2. Het HvJEU heeft in de punten 33 en 34 van zijn prejudiciële arrest benadrukt dat de vaststelling dat een steunmaatregel onwettig is, tot ongedaanmaking door middel van de terugvordering daarvan dient te leiden 'teneinde de vroegere toestand te herstellen', en dat 'het hoofddoel' van de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun erin is gelegen de verstoring van de mededinging, die voortkomt uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft, op te heffen. Daarom is het volgens de punten 37 en 43 'strikt noodzakelijk' dat wordt vastgesteld wie de begunstigde(n) van de steun is (zijn), aangezien bij steun in de vorm van een garantie hetzij de kredietgever, hetzij de kredietnemer, hetzij beiden begunstigd kunnen zijn. Hoewel aangaande de nietigheid van de garantie wordt opgemerkt dat het Unierecht niet ertoe verplicht 'een welbepaalde consequentie te verbinden aan de geldigheid van de handelingen ter uitvoering van de steun' (punt 44), dienen de maatregelen die de nationale rechter in geval van inbreuk op art. 88 lid 3 EG treft, ertoe te strekken om de mededingingssituatie van vóór de steunmaatregel te herstellen, zodat de rechter ervoor moet zorgen dat deze doelstelling met de maatregelen die hij ten aanzien van de geldigheid van genoemde handelingen treft, kan worden bereikt (punt 45). Daarom moet de nationale rechter nagaan of de nietigverklaring van de garantie, gelet op de omstandigheden van het geval, 'met het oog op dit herstel' doeltreffender kan zijn dan andere maatregelen (punt 46). De rechter kan, 'bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen', overgaan tot nietigverklaring van de door de Gemeente aan Residex verstrekte garantie, 'indien hij van oordeel is dat (...) die nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de verstrekking van genoemde garantie wordt hersteld' (punt 48).

3.4.3 Het hof heeft geoordeeld dat de garantie de ongeoorloofde steunmaatregel is en dat terugvordering van de aan Aerospace verleende lening daarom niet een alternatief is voor nietigverklaring van de garantie (rov. 5.3), dat in het onderhavige geval nietigheid van de garantie een passende sanctie is (rov. 5.4), en dat art. 88 lid 3 EG de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten (rov. 5.5). Deze oordelen geven, gelet op hetgeen het HvJEU in zijn prejudiciële arrest heeft overwogen, blijk van een onjuiste rechtsopvatting, nu het hof tot uitgangspunt heeft genomen dat Aerospace als begunstigde van de garantie moet worden aangemerkt en niet heeft beoordeeld of (ook) Residex als zodanig kan worden aangemerkt. Het hof heeft aldus miskend dat art. 88 lid 3 EG niet zonder meer ertoe strekt de geldigheid van een daarmee strijdige garantieverstrekking aan te tasten (als bedoeld in art. 3:40 lid 3 BW), doch slechts indien nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de garantieverstrekking wordt hersteld (vgl. punt 48 van het prejudiciële arrest). De door de rechter op grond van art. 88 lid 3 EG te treffen maatregel moet immers tot hoofddoel hebben de verstoring van de mededinging, die voortkomt uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige garantie is verschaft, op te heffen. Teneinde te kunnen beoordelen welke maatregel daartoe het meest doeltreffend is, dient de rechter vast te stellen wie de begunstigde(n) van de verstrekte garantie is (of zijn). Aldus moet ervoor worden gezorgd dat de te treffen maatregel (in voorkomend geval de nietigverklaring van de garantie) ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat het voordeel dat de begunstigde als gevolg van de garantie ten opzichte van zijn concurrenten geniet, zoveel mogelijk ongedaan wordt gemaakt.

Gelet op het voorgaande treft de hiervoor in 3.4.1 weergegeven klacht van onderdeel 1.3 doel. In het verlengde hiervan klaagt onderdeel 1.8 terecht dat het hof terugvordering van de aan Aerospace verstrekte lening als alternatief voor nietigverklaring van de garantie op ontoereikende gronden heeft afgewezen.

3.4.4 Na verwijzing zal alsnog beoordeeld moeten worden of, bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen, nietigverklaring van de door de Gemeente verstrekte garantie ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de verstrekking van de garantie zoveel mogelijk wordt hersteld.

Opmerking verdient dat in verband daarmee tevens nog aan de orde moet komen of (ook) Residex als begunstigde van de garantie kan worden aangemerkt. De Gemeente heeft immers in de feitelijke instanties uitdrukkelijk aangevoerd dat, naast Aerospace, ook Residex door de garantie begunstigd is, niet alleen omdat de niet-gegarandeerde vordering van Residex op Aerospace uit hoofde van uitoefening van de put-optie is omgezet in een door de garantie van de Gemeente gedekte vordering, maar ook omdat Residex door de lening aan Aerospace – die zonder de garantie niet tot stand was gekomen – inkomsten kon genereren. De rechtbank heeft de juistheid van dat betoog in het midden gelaten, op de grond dat voldoende is dat Aerospace als begunstigde kan worden aangemerkt. Ook het hof heeft volstaan met het oordeel dat Aerospace begunstigde is (rov. 2.1 – 2.6), en zich niet uitgelaten over de stelling van de Gemeente dat ook Residex als begunstigde kan worden aangemerkt. Na verwijzing zal de juistheid van die stelling dus nog onderzocht moeten worden.

Voorts verdient opmerking dat de vraag of door verstrekking van de garantie sprake is van begunstigende staatssteun, beoordeeld moet worden naar het tijdstip waarop de garantie wordt verstrekt (op dat moment wordt immers de steun verleend) en niet naar het tijdstip waarop de garantie wordt aangesproken (vgl. paragraaf 2.1 van de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties, *PbEU* 2008, C155/12). Dat stemt overeen met de regel dat een eventuele nietigverklaring van de garantie ertoe dient te kunnen leiden of bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de garantieverstrekking (zoveel mogelijk) wordt hersteld.

3.5 Volgens onderdeel 1.5 staat aan nietigverklaring van de garantie in de weg dat het hof in rov. 5.3 in het onderhavige geval de garantie zelf als de steunmaatregel heeft aangemerkt, nu immers op grond van art. 88 lid 3 EG volgens vaste rechtspraak van het HvJEU niet de steunmaatregel zelf maar de handelingen tot uitvoering van de steunmaatregel (volgens het onderdeel in dit geval het verstrekken van de lening aan Aerospace) ongeldig kunnen worden verklaard. Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden, omdat dit onderscheid bij een steunmaatregel in de vorm van een garantie niet goed gemaakt kan worden: de garantie kan weliswaar als de steunmaatregel zelf beschouwd worden, maar het verrichten van die rechtshandeling is tegelijkertijd te beschouwen als de uitvoering van het in art. 88 lid 3 EG bedoelde ‘voornemen tot invoering van steunmaatregelen’ (welk voornemen bij de Commissie moet worden aangemeld).

(...)

3.7 Volgens onderdeel 2.1 heeft het hof miskend dat handelingen tot uitvoering van een steunmaatregel die in strijd zijn met art. 88 lid 3 EG, geldig zijn indien de steunmaatregel door de Europese Commissie verenigbaar wordt geacht met de gemeenschappelijke markt.

Het onderdeel faalt. Nu de Commissie (nog) geen positieve beslissing heeft genomen, dient de rechter overeenkomstig zijn nationale recht alle consequenties te verbinden aan de schending van art. 88 lid 3 EG, zowel wat de geldigheid van de handelingen tot uitvoering van de steunmaatregel betreft, als wat de terugvordering van in strijd met deze bepaling toegekende financiële steun betreft (zie punt 29 van het prejudiciële arrest, met verwijzing naar eerdere arresten). Daaraan doet niet af dat de Commissie de verleende steun (in theorie) naderhand alsnog met de interne markt verenigbaar zou kunnen verklaren.

(...)”

3.4 De uitkomst van de zaak *Residex* bevestigt dat, óók in het geval dat de litigieuze garanties aan de overheid zouden kunnen worden toegerekend, het bestreden arrest in de onderhavige zaak geen stand kan houden, voor zover het hof (in de rov. 3.19 en 4.8) heeft gemeend in het midden te kunnen laten of, naast de RDM-vennootschappen, ook Commerz als gevolg van die garanties is bevoordeeld. In het licht van het prejudiciële arrest en het eindarrest in de zaak *Residex* heeft het hof van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven, óók door, na slechts een beoordeling van de RDM-vennootschappen te hebben vastgesteld, in de rov. 4.1-4.8 nietigheid van de garanties aan te nemen, zonder zich ervan rekenschap te hebben

gegeven of een in de relatie tussen HbR en Commerz aan te nemen nietigheid geschikt is (en meer geschikt is dan minder vergaande maatregelen) om de vastgestelde bevoordeling van de RDM-vennootschappen ongedaan te maken. Voor zover *onderdeel 3* onder 37 en 38 – in het bijzonder onder 37 (i), 37 (ii) en 37 (iii) – hierop gerichte klachten bevat, acht ik die klachten gegrond. Ook als *onderdeel 2* ongegrond zou worden bevonden, kan het bestreden arrest derhalve niet in stand blijven. Voor een bespreking van de *onderdelen 4 tot en met 7* verwijs ik naar mijn conclusie van 7 december 2012.

4 Slotopmerkingen

Commerz heeft erop aangedrongen dat de Hoge Raad, na vernietiging van het bestreden arrest, de zaak zelf afdoet. Ook als de Hoge Raad zelf kan vaststellen dat de litigieuze garanties niet aan de overheid kunnen worden toegerekend en derhalve geen (niet-aangemelde) staatssteun vormen, ligt een dergelijke wijze van afdoening niet voor de hand. HbR heeft bij dupliek erop gewezen dat zij, naast haar staatssteunverweer, heeft aangevoerd dat de garanties onbevoegd zijn afgegeven, c.q. dat het beroep van Commerz op de garanties naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ook als de litigieuze garanties geen staatssteun vormen, zal daarover na verwijzing nog moeten worden beslist.

5 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Noot

1. In 2004 verstrekte het Havenbedrijf Rotterdam kredietgaranties aan Commerzbank Nederland N.V. (hierna: Commerz) ten behoeve van kredieten die door Commerz werden verstrekt aan diverse bedrijven behorend tot het RDM-concern. Deze bedrijven konden de kredieten niet terugbetalen en gingen failliet, waarna Commerz het Havenbedrijf aansprak. De garanties zijn verstrekt door de enig bestuurder van het Havenbedrijf, die daarbij eigenmachtig is opgetreden en de garanties bewust geheim heeft gehouden voor het toezichthoudende orgaan dat toestemming had moeten geven. Het hof heeft de vorderingen van Commerz op het Havenbedrijf afgewezen. Volgens het hof zijn de kredietgaranties nietig omdat ze een verboden staatssteun in de zin van art. 107 VWEU betreffen. Het oordeel van het hof komt er, kort gezegd, op neer dat de verlening van de garanties aan de overheid moet worden toegerekend in de zin van art. 107 lid 1 VWEU. De rechtvaardiging hiervan is volgens het hof te vinden in de omstandigheden dat de gemeente Rotterdam honderd procent aandeelhouder is van het Havenbedrijf, dat de leden van het bestuur en van de raad van commissarissen worden benoemd door de gemeente Rotterdam, dat de havenwethouder van de gemeente voorzitter is van de raad van commissarissen, dat volgens de statuten van het Havenbedrijf toestemming van de raad van commissarissen is vereist voor het verlenen van garanties als de onderhavige, dat de gemeente een sterke invloed had op het reilen en zeilen van het Havenbedrijf, dat de gemeente ook daadwerkelijk de enig bestuurder alsmede de leden van de raad van commissarissen heeft benoemd en dat de statutaire doelomschrijving van het Havenbedrijf in geen enkel opzicht vergelijkbaar is met die van een louter commerciële onderneming. Volgens het hof wordt dit oordeel niet anders door de stelling dat de toenmalig enig bestuurder geheel eigenmachtig optrad, de garanties bewust geheim hield en daarvoor geen goedkeuring aan de raad van commissarissen heeft gevraagd.

2. In cassatie klaagt Commerz over dit oordeel inzake toerekenbaarheid. De Hoge Raad stelt in haar tussenarrest (HR 26 april 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BY6102](https://ecli.nl/hr/2013/by6102)) prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, nu het op grond van het *Stardust Marine*-arrest (HvJ EG 16 mei 2002, ECLI:EU:C:2002:294) onduidelijk was of de toerekenbaarheid dient te worden getoetst op basis van feitelijke betrokkenheid in dit concrete geval, dan wel op basis van het in het algemeen bepalen van of sterke overwegende invloed uitoefenen op de daadwerkelijke besluitvorming binnen het Havenbedrijf. Bij een toetsing van betrokkenheid in het concrete geval zou er volgens de Hoge Raad in zijn tussenarrest in casu geen sprake kunnen zijn van

toerekening, nu de bestuurder eigenmachtig is opgetreden, de garanties bewust geheim heeft gehouden en de raad van commissarissen niet om goedkeuring heeft gevraagd. Anderzijds zag de Hoge Raad in zijn tussenarrest een grond voor toetsing in zijn algemeenheid, omdat anders de effectiviteit van staatssteunregels op onaanvaardbare wijze kan worden aangetast indien een bestuurder interne bevoegdheidsregels niet naleeft en tevens voor derden niet verifieerbaar is of die interne regels zijn nageleefd. Het Hof van Justitie antwoordt dat het gaat om betrokkenheid in het concrete geval. Tevens heeft het Hof van Justitie geantwoord op de prejudiciële vraag of de omstandigheden van deze zaak in de weg staan aan een toerekening, zonder belang zijn voor deze toerekening dan wel door de rechter dienen te worden afgewogen. Het Hof van Justitie antwoordt dat de omstandigheden een toerekenbaarheid niet uitsluiten, noch dat zij zonder belang zijn. De (verwijzings)rechter dient alle omstandigheden in overweging te nemen en te oordelen of uit een samenstel van aanwijzingen kan worden afgeleid dat de overheid in het concrete geval bij de vaststelling van de desbetreffende maatregel is betrokken. Het aantonen van betrokkenheid door middel van gedetailleerd onderzoek is niet vereist, nu dergelijke betrokkenheid veelal weinig transparant is en derden dit veelal moeilijk kunnen aantonen. Derhalve kan betrokkenheid worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen. In het bijzonder is elke aanwijzing relevant waaruit in het concrete geval betrokkenheid blijkt dan wel dat het onwaarschijnlijk is dat de overheid niet is betrokken, mede gelet op de omvang van de maatregel alsmede de inhoud en de voorwaarden ervan (HvJ EG 16 mei 2002, ECLI:EU:C:2002:294).

3. De Hoge Raad oordeelt op grond van het antwoord van het Hof van Justitie op de prejudiciële vragen dat het hof enkel algemene omstandigheden in ogenschouw heeft genomen (kort gezegd de formele positie van de gemeente bij het Havenbedrijf), maar niet omstandigheden in dit concrete geval (kort gezegd het eigenmachtige optreden van de bestuurder). Het hof heeft derhalve blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en de hierop gerichte klacht is gegrond. Het verwijzingshof zal moeten beoordelen of in dit concrete geval betrokkenheid van de gemeente kan worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen. De specifieke omstandigheden van het eigenmachtig optreden door de bestuurder en het bewust geheimhouden van de garanties voor de raad van commissarissen die toestemming had moeten geven lijken op grond van de uitspraak van het Hof van Justitie belangrijker dan de algemene omstandigheden waaruit de formele positie en invloed van de gemeente blijkt. In dit geval geldt dat des te meer, omdat de gemeente zijn algemene invloed immers niet kan uitoefenen als het niet is geïnformeerd. Aan de algemene omstandigheid van mogelijke invloedsuitoefening kan dan immers niet eens worden toegekomen. Dit lijkt pas anders te zijn als de gemeente een situatie heeft laten ontstaan of gecreëerd waarin hij de bestuurder zijn gang liet gaan teneinde de staatssteunregels te omzeilen. De Hoge Raad hanteerde in zijn tussenarrest deze mogelijkheid als argument voor een algemene toetsing. De situatie waarin een overheid (veelal waarschijnlijk in samenspraak met de betreffende bestuurder) een dergelijke situatie creëert, verschilt echter wezenlijk van een situatie waarin een bestuurder wordt ontslagen, aansprakelijk gesteld en strafrechtelijk vervolgd met (vanwege de publieke functie) veel media-aandacht op de koop toe. Ook deze verschillende mogelijkheden pleiten derhalve voor een toetsing in het concrete geval. Hierbij zal het verwijzingshof waarschijnlijk meewegen dat de strafrechtelijke veroordeling van de bestuurder tegen die tijd, indien dat het geval is, in kracht van gewijsde is gegaan (een element dat de Hoge Raad in zijn prejudiciële vragen niet heeft vermeld). Wat nu indien de gemeente wel de situatie heeft laten ontstaan, maar zonder oogmerk de staatssteunregels te omzeilen? Eind 2003, toen het havenbedrijf nog niet was verzelfstandigd, had de bestuurder immers reeds onbevoegd een garantie verstrekt en het havenbedrijf had bij de latere inrichting van de verzelfstandiging hier mogelijk verdergaande maatregelen tegen kunnen nemen, zoals het opnemen van het goedkeuringsvereiste van de raad van commissarissen in het handelsregister.

4. Commerz klaagt in cassatie tegen het oordeel van het hof dat de garanties nietig zijn. De Hoge Raad oordeelt, op grond van het *Residex*-arrest (HvJ EU 8 december 2011, ECLI:EU:C:2011:814), dat het hoofddoel van de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun is om de verstoring van de mededinging, die voortkomt uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft, op te heffen. De rechter dient met het oog op dit herstel na te gaan of, gelet op de omstandigheden van het geval, de nietigverklaring doeltreffender is dan andere maatregelen. Bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen, kan de rechter tot nietigverklaring overgaan indien hij van oordeel is dat die nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de verstrekking van genoemde garantie wordt hersteld. Hierbij is strikt noodzakelijk dat wordt vastgesteld wie de begunstigde(n) is (zijn) van de

maatregel. Immers, teneinde te kunnen beoordelen welke maatregel het meest doeltreffend is, dient vast te staan wie de begunstigden zijn. Nu het hof wel heeft vastgesteld dat RDM door de steunmaatregel is begunstigd, maar in het midden heeft gelaten of ook Commerz is begunstigd, is in cassatie het uitgangspunt dat enkel RDM is begunstigd. Het oordeel van het hof tot nietigverklaring berust volgens de Hoge Raad op een onjuiste rechtsopvatting, nu het hof niet tot het oordeel kon komen dat de garanties nietig moeten worden verklaard zonder te beoordelen of ook Commerz door die garanties is begunstigd. Het verwijzingshof zal moeten beoordelen of Commerz begunstigd is. Maar zelfs als dat komt vast te staan, is de vraag of nietigverklaring dient te volgen. Nietigverklaring is immers geen doel op zich, maar een mogelijk middel om de concurrentieverstoring te beëindigen. Indien er minder vergaande maatregelen zijn om deze concurrentieverstoring te beëindigen, dient daarvoor te worden gekozen. Nu de RDM-vennootschappen in 2004 failliet zijn verklaard, lijkt er sindsdien geen sprake meer te zijn van concurrentieverstoring. Een nietigverklaring zou dan niets toevoegen. Van een concurrentieverstoring door Commerz lijkt geen sprake. Haar mededingingsrechtelijke positie lijkt niet gewijzigd door het verkrijgen van de garanties. Wel heeft Commerz mogelijk geprofiteerd van de garanties. Op de door het Havenbedrijf te betalen bedragen onder de garantie dient dan mogelijk een premie in mindering te worden gebracht, gelijk aan het bedrag dat een derde in rekening zou brengen voor het verstrekken van een dergelijke garantie. Dit kan zelfs meer zijn indien er geen dergelijke derde is die deze garanties zou willen verstrekken.

5. Commerz klaagt tegen het oordeel van het hof dat de vorderingen van Commerz ook niet op grond van onrechtmatige daad kunnen worden toegewezen. De Hoge Raad oordeelt dat het enkele afgeven van de garanties niet tevens een onrechtmatige daad is, omdat anders de nietigheid van elke ongeoorloofd verstrekte overheidsgarantie in feite weer ongedaan gemaakt zou kunnen worden door een beroep op onrechtmatige daad te doen. Een onrechtmatige daad kan slechts worden aangenomen indien er iets 'bij' komt. Commerz stelt dat hier sprake van is nu de gemeente vanwege haar stilzitten in reactie op de haar destijds bekende bevoegdheidsoverschrijdingen van de bestuurder de schijn heeft opgewekt dat de bestuurder wel vertegenwoordigingsbevoegd was voor de garantie uit 2003. De Hoge Raad oordeelt dat het oordeel van het hof dat dit betoog irrelevant is, niet onjuist of onbegrijpelijk is, nu dit niet ziet op de garanties uit 2004 en niet gesteld is dat en waarom dit beweerdelijke stilzitten in 2003 relevant is voor 2004.

6. Het Havenbedrijf zit met haar procedures in een spagaat. Waar zij in de strafrechtelijke procedure en aansprakelijkheidsprocedure jegens de bestuurder steeds heeft gesteld dat de raad van commissarissen, kort gezegd, van niets wist ter onderbouwing van deze straf- en aansprakelijkheidsvorderingen, ondermijnt het daarmee zijn verweer op grond van verboden staatssteun. Immers, een beroep op verboden staatssteun vereist juist wel betrokkenheid van de gemeente (en dus bijvoorbeeld kennis van de raad van commissarissen). Het Havenbedrijf wijst erop dat de eerste garantie in 2003 is verstrekt, toen het Havenbedrijf nog een tak van dienst van de gemeente was. Van deze garantie is in 2004 echter door Commerz afstand gedaan in ruil voor een nieuwe soortgelijke garantie door het inmiddels verzelfstandigde Havenbedrijf. Betrokkenheid van de gemeente in 2003 impliceert echter nog geen betrokkenheid in 2004. Verder verwijst het Havenbedrijf naar de goedkeuring achteraf door de raad van commissarissen van een in 2004 verstrekte garantie. De vraag of sprake is van een steunmaatregel dient echter te worden beoordeeld naar het moment waarop de betrokken maatregel werd getroffen en een latere goedkeuring kan derhalve enkel een rol spelen indien er aanwijzingen zijn dat de gemeente ten tijde van het verstrekken van de garanties, dit ook zo daadwerkelijk heeft gewild. Uit de feiten blijkt echter dat het Havenbedrijf deze garanties juist niet heeft gewild, zodat goedkeuring achteraf geen rol lijkt te spelen. Een goedkeuring achteraf van een inmiddels voldongen feit lijkt op zichzelf immers onvoldoende om een dergelijke wil (laat staan een wil voordat men bekend is met de feiten) aan te tonen. Achteraf bezien had het Havenbedrijf een andere procestactiek bij de strafprocedure kunnen kiezen waarbij het zichzelf qua staatssteunverweer minder in de vingers zou snijden. Maar omdat een nietigverklaring van de garanties vanwege het faillissement van RDM toch niet het concurrentievoordeel opheft en de begunstiging van Commerz mogelijk beperkt is, lijkt het staatssteunverweer ook bij een dergelijke andere procestactiek niet erg kansrijk.

E.J.H. Zandbergen, Ferm advocaten

L. van Halderen, Ferm advocaten

Voetnoten

1. [ECLI:NL:HR:2013:BY6102](#), NJ 2013/260, [JOR 2013/232](#) m.nt. I.P.M. Ligteringen. Zie over het verbod van staatssteun in het algemeen en de rol die garanties daarin spelen ook de hierna te noemen zaak *Residex*, alsmede V. van den Brink, Enkele opmerkingen naar aanleiding van het verbod op staatssteun, WPNR 2015/7045, en Peter van Asperen, Gegarandeerde staatssteun. Het instrument van garanties en het spel van staatssteun, Gst. 2014/3 (onder 4.1).
2. [ECLI:NL:HR:2013:470](#), NJ 2013/420. Hierna zal ik omwille van de leesbaarheid uitsluitend verwijzen naar het tussenarrest van 26 april 2013.
3. HvJ EU 17 september 2014, C-242/13, [ECLI:EU:C:2014:2224](#), NJ 2015/42 m.nt. M.R. Mok. Zie over het prejudiciële arrest M.G.J. van der Velden, Commerz Nederland/Havenbedrijf Rotterdam: toerekenbaar, wat nu?, Tijdschrift voor Staatssteun 2015/02, p. 51-54.
4. [ECLI:EU:C:2014:2326](#).
5. [ECLI:NL:PHR:2012:BY6102](#).
6. Rov. 3.4.
7. HvJ EG 16 mei 2002 (*Stardust Marine*), C-482/99, [ECLI:NL:XX:2002:AF5767](#) ([ECLI:EU:C:2002:294](#)), Jurispr. 2002, p. I-4397, NJ 2003/107 m.nt. MRM.
8. Rov. 3.8.1; deze rechtsoverweging is verbeterd bij herstelarrest van 9 augustus 2013.
9. Rov. 3.8.2.
10. Punt 30.
11. Dat, zoals het HvJ EU in punt 37 van het prejudiciële arrest suggereert, de Hoge Raad zich zou hebben beperkt tot het oordeel dat “die gegevens lijken aan te tonen dat die garanties zijn verleend zonder betrokkenheid van de gemeente Rotterdam”, is, zo al niet onjuist, dan toch in elk geval te zacht uitgedrukt.
12. In dit verband wijst Commerz in haar schriftelijke toelichting onder 32 op de Franse tekst van punt 29 (“*sont de nature à exclure (...) une telle imputabilité*”, te vertalen als “van dien aard zijn dat zij (...) toerekenbaarheid uitsluiten”), welke tekst, beter dan de Nederlandse tekst, op de door de Hoge Raad gestelde vragen, in het bijzonder de eerste van die vragen, aansluit.
13. Schriftelijke toelichting, in het bijzonder onder 2.29: “Het HvJ EU stelt klip en klaar dat de door de Hoge Raad aangehaalde omstandigheden als zodanig niet voldoende zijn om die hoge drempel voor niet-toerekening te halen (...)” Dat het HvJ EU reeds zou hebben beslist dat de litigieuze garantieverlening toerekenbaar zou zijn, wordt eveneens (en naar mijn mening evenzeer ten onrechte) aangenomen door M.G.J. van de Velden, Commerz Nederland/Havenbedrijf Rotterdam: toerekenbaar, wat nu?, Tijdschrift voor Staatssteun 2015/02, p. 51-54, in het bijzonder p. 53 l.k.: “Vervolgens komt het Hof van Justitie in haar antwoord tot de conclusie, dat het feit dat [betrokkene] in strijd met de statuten had gehandeld en het verlenen van de garanties bewust geheim had gehouden in het onderhavige geval toerekenbaarheid niet kan uitsluiten.”

- [14.](#) Schriftelijke toelichting onder 3.2: “(...) Immers: de omstandigheden die de Hoge Raad deden twijfelen over de toerekening zijn – zo maakt het HvJ EU heel duidelijk – als zodanig onvoldoende om aan toerekening in de weg te (kunnen) staan. Anders gezegd: daarvoor zou méér nodig zijn.”
- [15.](#) In onderdeel 2 wordt onder 13 een negental stellingen opgesomd, waaronder de stelling dat de betrokken wethouder en de gemeenteraad geschokt reageerden toen bekend werd dat de duikbotenovereenkomst was gesloten en de garanties waren afgegeven en direct een onderzoek instelden, alsmede de stelling dat vaststaat dat de Gemeente nooit met de duikbotenovereenkomst en de garanties akkoord was gegaan.
- [16.](#) Schriftelijke toelichting onder 3.7-3.16.
- [17.](#) Het HvJ EU lijkt de onwettigheid van het handelen van de enig bestuurder als minst relevante van de door de Hoge Raad bedoelde omstandigheden te beschouwen. Het valt op dat het HvJ EU die omstandigheid heeft uitgelicht in punt 36, waarin het heeft overwogen dat het in hoge mate aan de doeltreffendheid van de staatssteunregels zou afdoen als die regels buiten toepassing zouden kunnen worden verklaard *op de enkele grond* dat de bestuurder van een openbaar bedrijf de statuten van dat bedrijf heeft genegeerd. Mede gelet op de tegenstelling tussen de punten 36 en 37 (“37. In casu merkt de verwijzende rechter evenwel op dat de enige bestuurder van het Havenbedrijf Rotterdam niet alleen onwettig heeft gehandeld en de statuten van dat bedrijf heeft genegeerd, maar ook het verlenen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde garanties bewust geheim heeft gehouden, met name omdat moet worden aangenomen dat de betrokken overheidsinstantie, te weten de gemeente Rotterdam, zich tegen het verlenen van die garanties zou hebben verzet indien zij daarvan in kennis was gesteld. (...)”); onderstreping toegevoegd; LK) beschouwt het HvJ EU de overige door de Hoge Raad gereleveerde en in punt 37 genoemde omstandigheden als van andere orde. Blijkens punt 38 kan de nationale rechter, rekening houdend met het samenstel van relevante aanwijzingen, “op grond van die gegevens” het ontbreken van betrokkenheid van de overheid (en daarmee het ontbreken van toerekenbaarheid van de garanties aan de overheid) eventueel vaststellen, kennelijk zonder dat dit naar het oordeel van het HvJ EU in ontoelaatbare mate aan de doeltreffendheid van de staatssteunregels afdoet.
- [18.](#) Zie de in de cassatiedagvaarding onder 35 vermelde vindplaatsen.
- [19.](#) HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, [ECLI:NL:XX:2011:BU8588](#) (ECLI:EU:C:2011:814), Jurispr. 2011, p. I-13043, NJ 2012/124 m.nt. M.R. Mok, BR 2012/59 m.nt. M.I. Jaarsma.
- [20.](#) [ECLI:NL:PHR:2012:BY0539](#).
- [21.](#) Zie mijn eerdere conclusie onder 2.41.
- [22.](#) Punt 44.
- [23.](#) Punten 34 en 45.
- [24.](#) Punt 49 en dictum.
- [25.](#) Punt 46.
- [26.](#) Punt 47.

- [27.](#) Punt 48.
- [28.](#) Punt 49 en dictum.
- [29.](#) HR 26 april 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BY0539](#), NJ 2013/433 m.nt. M.R. Mok.