# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS

van 12 november 1996 *

1. Het Bundesverwaltungsgericht verzoekt het Hof om een uitspraak over de vraag, of het gemeenschapsrecht verlangt, dat sommige bepalingen van nationaal administratief recht op grond waarvan de intrekking en terugvordering van steun onrechtmatig is, buiten toepassing blijven.

## De feiten en de vragen van de nationale rechter

2. De duidelijkheid waarmee de relevante feiten en vraagstukken in de verwijzingsbeschikking zijn uiteengezet, verdient alle lof. Alcan Deutschland GmbH (hierna: „Alcan") is de Duitse dochter van een Canadese onderneming. Sinds 1979 exploiteerde zij in Ludwigshafen een aluminiumsmelterij. In 1982 besloot zij na een sterke stijging van de stroomprijzen de smelterij te sluiten, maar die sluiting werd naderhand uitgesteld toen het Land Rheinland-Pfalz met instemming van de Bondsregering Alcan 8 miljoen DM overbruggingssteun aanbood. De smelterij is uiteindelijk in 1987 gesloten.

3. Nadat de Commissie via de pers van dit voornemen kennis had gekregen, verzocht zij de Bondsregering bij telexbericht van 8 maart 1983, de steun overeenkomstig artikel 93, lid 3, van het Verdrag vooraf aan te melden. Zij voegde daaraan toe, dat geen steun mocht worden verleend tot zij haar eindbeschikking zou hebben gegeven. Het telexbericht werd bij brief van 14 maart 1983 aan het Land doorgezonden. Bij besluit van 9 juni 1983 kende het Land Alcan niettemin de helft van de voorgenomen steun, 4 miljoen DM, toe.

4. Bij mededeling van 25 juli 1983 meldde de Bondsregering de steun bij de Commissie aan. Nadat de Commissie van de Bondsregering nadere inlichtingen over de steun had gekregen, begon zij op 11 oktober 1983 haar vooronderzoek, waarvoor zij zichzelf één maand de tijd gaf. Bij telexbericht van 24 november 1983 deelde de Bondsregering de Commissie mee, dat aangezien de termijn van één maand was verstreken, de steun zou worden toegekend. Bij brief van 25 november 1983 deelde de Commissie de Bondsregering mee, dat de reeds betaalde steun onrechtmatig was en dat het restant niet mocht worden toegekend voordat de Commissie een definitieve beschikking had gegeven. Op 28 november 1983 werd het Land hiervan in kennis gesteld. Desondanks keerde het Land bij besluit van 30 november 1983 Alcan de resterende 4 miljoen DM steun uit.

* Oorspronkelijke taal: Engels.

5. Bij een tot de Bondsrepubliek Duitsland gerichte beschikking van 14 december 1985 [1] stelde de Commissie vast, dat de aan Alcan toegekende steun onrechtmatig was, daar hij was verstrekt in strijd met het bepaalde in artikel 93, lid 3, van het Verdrag, en dat hij onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 92 van het Verdrag; zij gelastte derhalve terugvordering van de steun.

6. Bij brieven van 12 februari en 21 april 1986 deelde de Bondsregering de Commissie mee, dat de steun op grond van het vertrouwensbeginsel niet kon worden teruggevorderd. Bij brief van 27 juni 1986 antwoordde het bevoegde lid van de Commissie, dat aangezien de Bondsregering geen passende oplossingen had voorgesteld, zoals de terugbetaling van de steun in termijnen of de wijziging daarvan in een krediet tegen marktvoorwaarden, hij geen wijziging van de beschikking van de Commissie kon voorstellen.

7. Bij verzoekschrift van 30 maart 1987 bracht de Commissie de zaak voor het Hof, dat bij arrest van 2 februari 1989 [2] (hierna: „Alcan I") vaststelde, dat de Bondsrepubliek Duitsland, door zich niet te voegen naar de beschikking van de Commissie, de krachtens het Verdrag op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen.

8. Bij besluit van 26 september 1989 trok het Land de besluiten tot toekenning van de steun in en vorderde het de 8 miljoen DM terug. Alcan stelde beroep in bij het Verwaltungsgericht, dat het besluit van het Land tot intrekking van de steun nietig verklaarde, op grond dat het in strijd was met § 48, lid 4, van het Verwaltungsverfahrensgesetz van het Land. [3] Volgens die bepaling moeten bestuurshandelingen worden ingetrokken *binnen een termijn van één jaar na het tijdstip* waarop de administratie kennis krijgt van omstandigheden die de intrekking rechtvaardigen.

9. Nadat het Land vruchteloos hoger beroep had ingesteld bij het Oberverwaltungsgericht, stelde het beroep in Revision in bij de verwijzende rechter, het Bundesverwaltungsgericht. Dit bevestigde het standpunt van de lagere rechters dat § 48, lid 4, was geschonden, omdat de termijn van één jaar uiterlijk aanving in juli 1986, toen het Land kennis kreeg van de brief van 27 juni 1986 van het bevoegde lid van de Commissie. Volgens het Bundesverwaltungsgericht kon het intrekkingsbesluit naar Duits recht nog op twee andere gronden onrechtmatig zijn. In de eerste plaats heeft het Land zijn discretionaire bevoegdheid om de steun krachtens § 48, lid 1, van het Verwaltungsverfahrensgesetz in te trekken, waarschijnlijk in strijd met het beginsel van goede trouw uitgeoefend, daar het Land primair verantwoordelijk was voor de onrechtmatigheid van de toekenningsbesluiten. In dat verband wijst het Bundesverwaltungsgericht op de verkla-

1 — Beschikking 86/60/EEG van de Commissie van 14 december 1985 inzake de steun welke het Land Rheinland-Pfalz van de Bondsrepubliek Duitsland heeft toegekend aan een te Ludwigshafen gevestigde onderneming die primair aluminium produceert (PB 1986, L 72, blz. 30).

2 — Zaak 94/87, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1989, blz. 175.

3 — Het Land Rheinland-Pfalz past het Bundesverwaltungsverfahrensgesetz ook toe op zaken die binnen de bevoegdheid van het Land vallen: zie F. Kopp, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6e editie, C. H. Beck, blz. 17.

ring van Alcan, dat het Land reeds in maart 1983 wist dat de rechtmatigheid van de steun kon worden betwijfeld, en dat het Alcan daarvan niet op de hoogte heeft gebracht om haar niet te ontmoedigen om de smelterij te blijven exploiteren; het Land ontkent niet dat het Alcan niet in kennis heeft gesteld van het telexbericht van 8 maart 1983 waarbij de Commissie vroeg de steun niet uit te keren. In de tweede plaats is het Bundesverwaltungsgericht van oordeel, dat Alcan zich eventueel kan beroepen op § 818, lid 3, van het Bürgerliche Gesetzbuch (dat van toepassing is krachtens § 48, lid 2, van het Verwaltungsverfahrensgesetz), dat terugvordering uitsluit, wanneer er geen sprake meer is van verrijking door de onrechtmatige bestuurshandeling. Volgens Alcan is dat hier het geval, omdat zij de betrokken smelterij na nog verdere verliezen heeft gesloten. Krachtens § 48, lid 2, zevende zin, van het Verwaltungsverfahrensgesetz lijkt zij zich daar evenwel niet op te kunnen beroepen, indien zij wist dat de bestuurshandeling onrechtmatig was of dat door grove nalatigheid niet wist.

10. Het Bundesverwaltungsgericht vraagt zich af, of het gemeenschapsrecht niettemin verlangt, dat de steun wordt teruggevorderd, en verzoekt het Hof daarom om een antwoord op de volgende vragen:

„1) Is de bevoegde autoriteit op grond van het gebod om het nationale recht aldus toe te passen, ‚dat de door het gemeenschapsrecht verlangde terugvordering niet praktisch onmogelijk wordt gemaakt en het belang van de Gemeenschap ten volle in aanmerking wordt genomen' overeenkomstig een onaantastbare terugvorderingsbeschikking van de Commissie van de EG verplicht, het betrokken toekenningsbesluit in te trekken, ook indien zij de termijn waarna intrekking in het belang van de rechtszekerheid is uitgesloten, heeft laten verstrijken?

2) Zo ja, is de bevoegde autoriteit op grond van voornoemd gebod verplicht, overeenkomstig een onaantastbare terugvorderingsbeschikking van de Commissie van de EG het betrokken toekenningsbesluit in te trekken, ook indien de bevoegde autoriteit in zodanige mate voor de onwettigheid daarvan verantwoordelijk is, dat de intrekking jegens de begunstigde een schending van de goede trouw lijkt?

3) Indien de vragen 1 en 2 bevestigend moeten worden beantwoord:

Is de bevoegde autoriteit op grond van voornoemd gebod verplicht, overeenkomstig een onaantastbare terugvorderingsbeschikking van de

Commissie de terugbetaling van de verleende steun te verlangen, ook indien dit naar nationaal recht wegens het ontbreken van verrijking in verband met de afwezigheid van kwade trouw bij de steunontvanger uitgesloten is?"

11. Enkel Alcan stelt voor, de vragen ontkennend te beantwoorden. Het Land, de Franse, de Duitse en de Oostenrijkse regering, alsmede de Commissie geven het Hof in overweging, de drie vragen bevestigend te beantwoorden.

## De relevante gemeenschapsregeling en rechtspraak

12. Alvorens ik die vragen behandel, is het wellicht nuttig enkele van de op dit vlak toepasselijke basisbeginselen te vermelden. Krachtens artikel 93, lid 3, eerste zin, van het Verdrag moet een Lid-Staat de Commissie van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte brengen, opdat zij haar opmerkingen kan maken. Indien de Commissie na een eerste onderzoek meent, dat het voornemen onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, moet zij krachtens artikel 93, lid 3, tweede zin, onverwijld de contradictoire onderzoeksprocedure van artikel 93, lid 2, aanvangen. Artikel 93, lid 3, laatste zin, verbiedt steunmaatregelen tot uitvoering te brengen voordat de procedure van artikel 93, lid 2, is beëindigd. Steunmaatregelen die in strijd met het in die bepaling neergelegde verbod zijn vastgesteld, zijn onwettig; bovendien heeft de eindbeslissing van de Commissie niet tot gevolg, dat de ongeldigheid van die maatregelen achteraf wordt gedekt. [4]

13. Het Hof heeft verklaard, dat de terugvordering het logische gevolg is van de onwettigheid van de steun. [5] De terugvordering beoogt het herstel in de vroegere toestand; door de terugbetaling van de steun verliest de begunstigde het voordeel dat hij ten opzichte van zijn concurrenten op de markt genoot en wordt de toestand van vóór de steunverlening geacht te zijn hersteld. [6] Wanneer de Commissie na de contradictoire onderzoeksprocedure van artikel 93, lid 2, vaststelt dat de steun onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, zal zij de betrokken Lid-Staat in de regel dus gelasten de steun terug te vorderen. Een Lid-Staat moet zich naar een dergelijke beschikking voegen, tenzij het volstrekt onmogelijk voor hem is om dat te doen. Financiële problemen van de steunontvanger leveren geen volstrekte onmogelijkheid op; desnoods moet een Lid-Staat in zijn hoedanigheid van aandeelhouder of schuldeiser de vereffening van de steunontvanger uitlokken om de terugbetaling te verzekeren. [7]

4 — Zie arrest van 21 november 1991, zaak C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, Jurispr. 1991, blz. I-5505, r. o. 16.

5 — Zie bijvoorbeeld arrest van 21 maart 1990, zaak C-142/87, België/Commissie, Jurispr. 1990, blz. I-959, r. o. 66.

6 — Zie bijvoorbeeld arrest van 4 april 1995, zaak C-350/93, Commissie/Italië, Jurispr. 1995, blz. I-699.

7 — Arrest van 15 januari 1986, zaak 52/84, Commissie/België, Jurispr. 1986, blz. 89, r. o. 14.

14. Hoewel de Commissie in afwachting van haar eindbeschikking een voorlopige beschikking kan geven, waarbij de opschorting van de betaling van de steun wordt gelast (en een zaak zo nodig spoedshalve voor het Hof kan brengen zonder de precontentieuze procedure te volgen), is zij niet bevoegd om de terugvordering van steun te gelasten op de enkele grond dat de procedure van artikel 93, leden 2 en 3, van het Verdrag niet in acht is genomen; alvorens de terugvordering te gelasten, moet zij vaststellen dat de steun onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. [8] Daar maatregelen waarbij in strijd met het verbod van artikel 93, lid 3, steun wordt toegekend, onwettig zijn, kan een concurrent van de steunontvanger evenwel bij de nationale rechter een vordering instellen, dat de terugvordering van de steun wordt gelast. De nationale rechter heeft tot taak, hangende de eindbeschikking van de Commissie de rechten van particulieren te beschermen. Een nationale rechter is niet bevoegd om de verenigbaarheid van steun met de gemeenschappelijke markt vast te stellen; enkel de Commissie kan dat doen. Wanneer een nationale rechter evenwel vaststelt, dat een Lid-Staat steun heeft toegekend in strijd met het verbod van artikel 93, lid 3, van het Verdrag, is hij in beginsel verplicht, de terugvordering daarvan te gelasten. [9]

15. De terugvordering van onwettige steun op initiatief van de Commissie of van een concurrent geschiedt volgens de relevante procesrechtelijke bepalingen van het nationale recht, mits die bepalingen evenwel aldus worden toegepast, dat de door het gemeenschapsrecht verlangde terugvordering niet praktisch onmogelijk wordt gemaakt. [10] Dat ligt in de lijn van het in een groot aantal zaken [11] geformuleerde beginsel, dat het bij ontbreken van een gemeenschapsregeling ter zake een aangelegenheid is van de nationale rechtsorde van elke Lid-Staat om de procesregels te geven voor de rechtsvorderingen met het oog op de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlenen, met dien verstande dat deze regels niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen en zij in de praktijk de uitoefening van de aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken.

16. In het arrest van 21 september 1983, Deutsche Milchkontor [12], erkende het Hof, dat het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, zoals neergelegd in § 48 van het Verwaltungsverfahrensgesetz, deel uitmaken van de communautaire rechtsorde en derhalve niet met die rechtsorde in strijd kunnen worden geacht. Het verklaarde dan ook, dat „het gemeenschapsrecht niet eraan in de weg staat dat de betrokken natio-

8 — Zie arrest van 14 februari 1990, zaak C-301/87, Frankrijk/Commissie („Boussac"), Jurispr. 1990, blz. I-307, r. o. 19-22. Zie evenwel mijn conclusie in zaak C-42/93, Spanje/Commissie, Jurispr. 1994, blz. I-4175, punten 37-39.

9 — Zie laatstelijk arrest van 11 juli 1996, zaak C-39/94, SFEI e. a., Jurispr. 1996, blz. I-3547, r. o. 67.

10 — Zie arrest België/Commissie, aangehaald in voetnoot 5, r. o. 61, en arrest van 20 september 1990, zaak C-5/89, Commissie/Duitsland („BUG-Alutechnik"), Jurispr. 1990, blz. I-3437, r. o. 12.

11 — Zie arresten van 16 december 1976, zaak 33/76, Rewe, Jurispr. 1976, blz. 1989, r. o. 5, en zaak 45/76, Comet, Jurispr. 1976, blz. 2043, r. o. 13; 9 november 1983, zaak 199/82, San Giorgio, Jurispr. 1983, blz. 3595, r. o. 12; 25 juli 1991, zaak C-208/90, Emmott, Jurispr. 1991, blz. I-4269, r. o. 16; 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich e. a., Jurispr. 1991, blz. I-5357, r. o. 43; 27 oktober 1993, zaak C-338/91, Steenhorst-Neerings, Jurispr. 1993, blz. I-5475, r. o. 15; 6 december 1994, zaak C-410/92, Johnson, Jurispr. 1994, blz. I-5483, r. o. 21, en 14 december 1995, zaak C-312/93, Peterbroeck, Jurispr. 1995, blz. I-4599, r. o. 12, en gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Van Schijndel en Van Veen, Jurispr. 1995, blz. I-4705, r. o. 17.

12 — Gevoegde zaken 205/82-215/82, Jurispr. 1983, blz. 2633, r. o. 30.

nale wettelijke regeling ter uitsluiting van de terugvordering van onverschuldigd betaalde steun, criteria hanteert zoals de bescherming van het gewettigd vertrouwen, het tenietgaan van de ongerechtvaardigde verrijking, het verstrijken van een termijn of de omstandigheid dat de administratie wist of door grove schuld niet wist dat zij de betrokken steun ten onrechte toekende, op voorwaarde evenwel dat daarbij dezelfde eisen worden gesteld als voor de terugvordering van financiële prestaties met een zuiver nationaal karakter en dat met het belang van de Gemeenschap ten volle rekening wordt gehouden". [13]

17. Het is evenwel van belang, dat het in de zaak Deutsche Milchkontor niet ging om staatssteun, maar om bedragen die ten onrechte waren betaald op grond van de gemeenschapsregeling voor steun aan de verwerking van magere-melkpoeder. In het arrest Alcan I gaf het Hof blijk van een restrictievere opvatting met betrekking tot de terugvordering van onwettige steun; het beklemtoonde, dat „de desbetreffende nationale bepalingen aldus moeten worden toegepast (...) dat bij de toepassing van een bepaling die, zoals die waarop de Bondsregering zich beroept, de intrekking van een onrechtmatige bestuurshandeling afhankelijk maakt van de beoordeling van de verschillende in geding zijnde belangen, het belang van de Gemeenschap ten volle in aanmerking wordt genomen". [14] De betrokken bepaling was § 48, lid 2, van het Verwaltungsverfahrensgesetz, waarvan de eerste zin de intrekking van een onrechtmatige bestuurshandeling waarbij een financieel voordeel wordt toegekend, uitsluit wanneer de begunstigde erop vertrouwde dat die handeling geldig was en zijn vertrouwen, afgewogen tegen het openbaar belang bij de terugvordering van de steun, bescherming verdient. Opgemerkt zij, dat het Bundesverwaltungsgericht in de verwijzingsbeschikking stelt, dat Alcan zich niet op het in die bepaling neergelegde beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen kan beroepen, daar het belang van de Gemeenschap voorrang heeft op de mogelijke verwachtingen van Alcan; het heeft het Hof daarover derhalve geen vragen gesteld.

18. In het arrest BUG-Alutechnik [15] erkende het Hof, dat de in het arrest Deutsche Milchkontor geformuleerde beginselen ook golden voor de terugvordering van ten onrechte uitgekeerde staatssteun, maar het voegde daaraan toe:

„Hetzelfde geldt voor de terugvordering van met het gemeenschapsrecht strijdige nationale steun. Gelet op het dwingend karakter van het door de Commissie krachtens artikel 93 EEG-Verdrag uitgeoefende toezicht op de steunmaatregelen van de staten, kunnen ondernemingen die steun genieten in beginsel evenwel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun hebben wanneer de steun met inachtneming van de procedure van dat artikel is toegekend. Een behoedzame ondernemer zal normaliter in staat zijn, zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd.

13 — R. o. 33.

14 — Arrest aangehaald in voetnoot 2, r. o. 12.

15 — Aangehaald in voetnoot 10, r. o. 14-16.

Bovendien heeft de Commissie de potentiële ontvangers van staatssteun in een in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* gepubliceerde mededeling [16] gewezen op de onzekere aard van onwettig toegekende steun, dat wil zeggen op het risico dat zij gedwongen worden om deze terug te betalen.

Uiteraard valt niet uit te sluiten, dat de ontvanger van onwettig toegekende steun zich kan beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen, en zich bijgevolg tegen de terugbetaling ervan kan verzetten. In een dergelijk geval staat het aan de nationale rechter, zo die wordt aangezocht, de omstandigheden van het geval te beoordelen, eventueel na het Hof van Justitie prejudiciële uitleggingsvragen te hebben gesteld."

19. Voorts overwoog het Hof, dat „een bepaling die voorziet in een termijn voor de intrekking van een administratieve handeling die rechten doet ontstaan, net als alle andere relevante bepalingen van nationaal recht, aldus [moet] worden toegepast, dat de door het gemeenschapsrecht verlangde terugvordering niet praktisch onmogelijk wordt gemaakt en dat het belang van de Gemeenschap ten volle in aanmerking wordt genomen". [17]

## Beoordeling

20. In deze zaak heeft Alcan gesteld, dat het Hof in de zaken Alcan I en BUG-Alutechnik inging op de verplichtingen van de Lid-Staat die een verdragsinbreuk heeft gepleegd, doch dat in de arresten niets wordt gezegd over de rechten van de steunontvanger. Ik ben het daar niet mee eens. In het arrest BUG-Alutechnik maakte het Hof duidelijk, dat de steunontvanger zich in voor de nationale rechter gebrachte terugvorderingsprocedures slechts op het vertrouwensbeginsel kan beroepen, wanneer hij rechtmatig heeft aangenomen dat de steun wettig was; in beginsel kan hij dat slechts doen, wanneer de procedure van het Verdrag in acht is genomen. Het Hof leek inderdaad onderscheid te maken tussen de Lid-Staat die een verdragsinbreuk pleegt en de steunontvanger, toen het overwoog dat een Lid-Staat zich niet op het gewettigd vertrouwen van steunontvangers kan beroepen om zich te onttrekken aan zijn verplichting „de nodige maatregelen te treffen voor de uitvoering van een beschikking waarbij de Commissie hem gelast de steun terug te vorderen"; indien een Lid-Staat dat zou kunnen doen, zouden volgens het Hof „de artikelen 92 en 93 van het Verdrag elk nuttig effect verliezen, aangezien de nationale instanties zich dan op hun eigen onwettig gedrag zouden kunnen beroepen om door de Commissie op grond van deze verdragsartikelen gegeven beschikkingen elke werking te ontnemen". [18] Uit het arrest kan evenwel niet worden afgeleid, dat niettegenstaande de verplichting van de Lid-Staten om onrechtmatige steun terug te vorderen, nationale regels die terugvordering uitsluiten, onbeperkt kunnen worden toegepast. Het heeft geen zin om de Lid-Staten een strenge

16 — PB 1983, C 318, blz. 3.

17 — Arrest aangehaald in voetnoot 10, r. o. 19. Zie ook punt 32 van de conclusie van advocaat-generaal Darmon.

18 — Arrest aangehaald in voetnoot 10, r. o. 17.

verplichting tot terugvordering van onrechtmatige steun op te leggen en tegelijkertijd een liberale houding in te nemen met betrekking tot de toepassing van deze regels. De verplichting van een Lid-Staat tot terugvordering van onrechtmatige steun en de rechten van de steunontvanger zijn duidelijk twee zijden van dezelfde medaille.

21. Alvorens ik de in de vragen van de nationale rechter aan de orde gestelde specifieke punten behandel, wil ik twee opmerkingen maken over de verwijzingsbeschikking. In de eerste plaats lijkt het Bundesverwaltungsgericht aan te nemen, dat de wettigheid van de steun op het tijdstip van toekenning slechts twijfelachtig was; dat hij onwettig was, bleek slechts toen de Commissie haar eindbeschikking vaststelde of toen het Land kennis kreeg van de brief van 27 juni 1986 waarin het bevoegde Commissielid weigerde enige wijziging van die beschikking voor te stellen. Die opvatting is evenwel gebaseerd op een verkeerd begrip van de communautaire regels. Totdat de Commissie haar eindbeschikking gaf, was het inderdaad onzeker of de Commissie de steun onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt zou verklaren, en zo ja, of zij uitzonderlijkerwijs van het gelasten van terugvordering zou afzien. Het is evenwel duidelijk, dat de steun in strijd met het verbod van artikel 93, lid 3, laatste zin, van het Verdrag werd verleend. Zoals ik al zei (punten 3 en 4), werd de eerste schijf uitbetaald vóór de steun bij de Commissie was aangemeld, en de tweede kort nadat de Commissie een voorlopige beschikking had gegeven, waarbij zij opschorting van de betaling gelastte en de contradictoire onderzoeksprocedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag had ingeleid. De Commissie heeft de termijn van een maand die zij zichzelf voor de beëindiging van het voorafgaand onderzoek had gesteld, inderdaad met twee weken overschreden. Wanneer de Commissie na aanmelding geen standpunt bepaalt, moet de Lid-Staat de Commissie evenwel verwittigen voor hij een steunmaatregel tot uitvoering brengt. [19] In de onderhavige zaak heeft de Commissie dadelijk nadat de Bondsregering haar had meegedeeld dat het Land de steun zou betalen, de contradictoire onderzoeksprocedure ingeleid en heeft zij een voorlopige beschikking gegeven waarbij die betaling werd verboden. Ofschoon de Bondsregering het Land van de beschikking van de Commissie in kennis had gesteld, heeft dit de resterende steun uitgekeerd. De steunmaatregelen waren dus duidelijk onwettig; de onwettigheid had bovendien zelfs niet kunnen worden opgeheven indien de Commissie de steun naderhand verenigbaar met de gemeenschappelijke markt had verklaard. [20]

22. In de tweede plaats heeft het Bundesverwaltungsgericht, zoals ik al zei, geen vragen gesteld over de eventuele toepassing van het vertrouwensbeginsel. Uit het arrest BUG-Alutechnik volgt duidelijk, dat aangezien de procedure van het Verdrag niet in acht is genomen, Alcan in beginsel geen gewettigd vertrouwen kon hebben in de wettigheid van de steun; van een behoedzaam ondernemer mag worden verwacht, dat hij nagaat of de procedure van het Verdrag is nageleefd. Ik zal hierna onderzoeken, of het vertrouwens-

19 — Arrest van 11 december 1973, zaak 120/73, Lorenz, Jurispr. 1973, blz. 1471, r. o. 4.

20 — Zie arrest Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, aangehaald in voetnoot 4.

beginsel niettemin toepassing kan vinden, aangezien het Hof heeft erkend, dat er uitzonderlijke omstandigheden kunnen zijn die terugvordering van de steun zelfs uitsluiten wanneer de steun in strijd met artikel 93, lid 3, laatste zin, van het Verdrag is verleend.

*De termijn van één jaar in § 48, lid 4, van het Verwaltungsverfahrensgesetz*

23. De vragen van het Bundesverwaltungsgericht betreffen specifiek drie Duitse regels: a) de termijn van één jaar voor de intrekking van bestuurshandelingen, b) het beginsel van goede trouw dat een overheidsinstantie moet eerbiedigen bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid om een onrechtmatige handeling in te trekken, en c) de regel die terugvordering uitsluit wanneer de begunstigde zich niet heeft verrijkt. Alcan betoogt dat die regels, die in vele rechtsstelsels te vinden zijn, belangen als rechtszekerheid, materiële rechtvaardigheid en evenredigheid dienen.

24. De juistheid van die verklaring staat buiten kijf. Zoals ik al zei, heeft het Hof immers in de regel de op die gronden gebaseerde beperkingen die de Lid-Staten aan rechtsvorderingen stellen, aanvaard. Het Hof heeft evenwel ook beklemtoond, dat nationale regels de toepassing van het gemeenschapsrecht niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Zoals ik hierna zal uiteenzetten, moet met betrekking tot staatssteun de toepassing van nationale regels die de terugvordering van steun beperken, zeer zorgvuldig worden onderzocht.

25. Alcan betoogt, dat haar verplichting om de steun terug te betalen, niet onbeperkt kan zijn; zelfs voor de strafvordering in verband met ernstige misdrijven is in vele rechtsstelsels een termijn gesteld.

26. Het komt mij evenwel voor, dat termijnen als die van § 48 van het Verwaltungsverfahrensgesetz inherente problemen met zich brengen, wanneer zij op staatssteun worden toegepast. Een dergelijke bepaling gaat duidelijk ervan uit, dat de overheid en de particulieren tegengestelde belangen hebben. Wanneer zij ontdekt dat een besluit tot toekenning van financiële steun onrechtmatig was, heeft de overheid er normaal belang bij, de betaalde bedragen zo snel mogelijk terug te vorderen, terwijl het in het belang van de particulier is, het voordeel te behouden. Wanneer een staat door steun te verlenen bewust het gemeenschapsrecht schendt, gaat dat uitgangspunt niet op. De belangen van de overheid en van de particulier vallen dan samen. De instantie die probeert terug te vorderen, is dezelfde die bewust het gemeenschapsrecht heeft geschonden. Tenzij zij haar beleid abrupt heeft gewijzigd, heeft zij er belang bij dat de begunstigde het voordeel in strijd met het gemeenschapsrecht behoudt. Het heeft er in de regel dan ook geen belang bij, de termijn voor het inleiden van een procedure na te leven.

27. Dat betekent evenwel niet, dat er voor de ontvangers van staatssteun geen rechtszekerheid bestaat. Een ander kenmerk van de procedure inzake staatssteun is, dat op grond van het Verdrag de Commissie verantwoordelijk is om te onderzoeken of steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, en zo deze niet verenigbaar is, terugvordering te gelasten. De rol van de nationale autoriteiten is enkel, de beschikking van de Commissie uit te voeren. Zoals de Commissie opmerkt, wordt de rechtssituatie zeker, vanaf het moment waarop zij haar eindbeschikking vaststelt, of uiterlijk wanneer die beschikking definitief wordt door het verstrijken van de in artikel 173 van het Verdrag gestelde termijn om de beschikking aan te vechten.

28. Er kunnen uiteraard omstandigheden zijn, waarin de terugvordering van in strijd met artikel 93, lid 3, laatste zin, betaalde steun uitgesloten is, doordat de Commissie haar beschikking met een ongerechtvaardigde vertraging heeft gegeven. In het arrest van 24 november 1987, RSV [21], overwoog het Hof, dat in de bijzondere omstandigheden van het geval de vertraging van 26 maanden waarmee de Commissie haar eindbeschikking had gegeven, bij de ontvanger van niet-aangemelde steun een gewettigd vertrouwen had gewekt, dat eraan in de weg stond dat de Commissie de Nederlandse overheid kon gelasten terugbetaling van de steun te vorderen.

29. In die zaak lijkt het Hof evenwel te zijn beïnvloed door een aantal uitzonderlijke omstandigheden. De steun in kwestie betrof een sector waaraan de Nederlandse overheid reeds een aantal jaren steun had verleend en was bedoeld om de extra kosten te dekken van een operatie waarvoor de Commissie reeds voordien steun had goedgekeurd. De Commissie had geen excuus voor de vertraging, daar zij op de hoogte was van de situatie en de redenen voor de overschrijding van de kosten die door voordien goedgekeurde steun werden gedekt, geen diepgaand onderzoek vereisten.

30. Van dergelijke omstandigheden lijkt hier geen sprake te zijn. Er is evenmin geopperd, dat de eindbeschikking van de Commissie, die iets meer dan twee jaar na het begin van het inleidend onderzoek is vastgesteld, onder de omstandigheden van de zaak met ongerechtvaardigde vertraging is gegeven.

31. Om de redenen die ik in punt 26 heb uiteengezet, geloof ik niet, dat op grond van het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel de terugvordering kan worden uitgesloten wegens de vertraging waarmee de nationale instanties zich voegen naar de eindbeschikking van de Commissie; indien dat het geval was, zouden de gemeenschapsregels hun effect verliezen.

32. Ik concludeer dan ook, dat in omstandigheden als de onderhavige het gemeenschapsrecht in de weg staat aan

21 — Zaak 223/85, Jurispr. 1987, blz. 4617.

toepassing van de in § 48, lid 4, van het Verwaltungsverfahrensgesetz voor de intrekking van bestuurshandelingen gestelde termijn van één jaar.

*Het beginsel van goede trouw*

33. In een geval als het onderhavige lijkt er ook even weinig ruimte voor toepassing van het beginsel van goede trouw. Krachtens § 48, lid 1, van het Verwaltungsverfahrensgesetz had het Land een discretionaire bevoegdheid om de onwettige besluiten tot toekenning van steun in te trekken. Het Bundesverwaltungsgericht is van oordeel, dat het Land bij de uitoefening van die bevoegdheid het beginsel van goede trouwe heeft geschonden doordat het het besluit heeft ingetrokken terwijl het de steunontvanger niet had meegedeeld, dat de wettigheid van de steun twijfelachtig was. Zoals ik evenwel al zei, is het volgens het Verdrag de Commissie die over de terugvordering van onwettige staatssteun beslist. De nationale autoriteiten moeten die beschikking tot uitvoer brengen en hebben geen discretionaire bevoegdheid om besluiten tot toekenning van steun in te trekken. Uiteraard kan de steunontvanger binnen de in het Verdrag gestelde termijn bij het Gerecht van eerste aanleg opkomen tegen de wijze waarop de Commissie haar discretionaire bevoegdheid om terugvordering te gelasten, heeft uitgeoefend.

34. Zelfs indien het Land een dergelijke discretionaire bevoegdheid had, zou het beginsel van goede trouw niet van toepassing kunnen zijn. Door steun toe te kennen zonder de procedure van het Verdrag in acht te nemen, schond het Land, zoals ik al zei, artikel 93, lid 3, laatste zin. De wettigheid van de toekenningsbesluiten was derhalve niet alleen, zoals het Bundesverwaltungsgericht meent, twijfelachtig, zij waren duidelijk van meet af aan onwettig. Zou voor de intrekking van een besluit goede trouw vereist zijn, dan valt moeilijk in te zien hoe een overheidsinstantie ooit een besluit kan intrekken waarvan zij bij de vaststelling wist — of kan worden geacht te hebben geweten — dat het onwettig was. Zelfs indien de opvatting van het Bundesverwaltungsgericht over de wijze van toepassing van het beginsel van goede trouw in deze zaak werd gevolgd, zou het voor een overheidsinstantie bovendien een koud kunstje zijn om te verzekeren dat een besluit inzake steuntoekenning op grond van het beginsel van goede trouw niet kan worden aangevochten: het zou volstaan de steunontvanger onkundig te laten over de onwettigheid van de steun. Het beginsel zou hoe dan ook de toepassing van de gemeenschapsregels inzake staatssteun dwarsbomen.

*Het ontbreken van verrijking*

35. Ten slotte kom ik tot de regel van § 818, lid 3, van het Bürgerliche Gesetzbuch, dat terugvordering niet mogelijk is wanneer er geen sprake meer is van verrijking (Wegfall der Bereicherung). Om vast te stellen of dat het geval is, moet worden nagegaan, „of het totale vermogen van de schuldenaar in het licht van alle relevante elementen een surplus

vertoont dat geheel of ten dele overeenstemt met de waarde van hetgeen hij ontvangen heeft". [22]

36. Volgens het Verwaltungsverfahrensgesetz is deze regel onder bepaalde voorwaarden ook in administratieve procedures van toepassing. Krachtens § 48, lid 2, zevende zin, van het Verwaltungsverfahrensgesetz kan de begunstigde zich evenwel niet op de regel van § 818, lid 3, van het Bürgerliche Gesetzbuch beroepen wanneer hij wist dat de handeling waarbij de steun werd toegekend onrechtmatig was, of dat door grove nalatigheid (grobe Fahrlässigkeit) niet wist. Indien deze regel in de onderhavige zaak toepassing vindt, moet de nationale rechter derhalve onderzoeken of het feit dat Alcan niet heeft nagegaan of de procedure van artikel 93, leden 2 en 3, van het Verdrag in acht is genomen, een grove nalatigheid vormt.

37. Ik heb echter meer fundamentele bezwaren tegen de toepassing van een regel als die van § 818, lid 3, van het Bürgerliche Gesetzbuch in procedures tot terugvordering van staatssteun. Het komt mij voor, dat een dergelijke regel — zelfs indien hij als een beginsel van gemeenschapsrecht op uniforme wijze werd toegepast — niet te rijmen zou zijn met het doel van de gemeenschapsregeling inzake staatssteun, het voorkomen van mededingingsvervalsing binnen de gemeenschappelijke markt. Het is duidelijk, dat het verlenen van steun aan een onderneming die haar activiteiten nog slechts tijdelijk voortzet, de mededingingsvoorwaarden kan beïnvloeden. Het zou tegen het doel van de gemeenschapsregeling indruisen, indien nationale instanties onder dergelijke omstandigheden steun zouden kunnen verlenen die *waarschijnlijk niet kan worden teruggevorderd.*

38. *Vanuit het standpunt van de steun*ontvanger is het hoe dan ook wat simplistisch te stellen, dat het voordeel van de steun verdwenen is wanneer uit de huidige balans van de ontvanger geen verrijking blijkt. Dat is zelfs het geval wanneer, zoals hier het geval zou zijn, de ontvanger door de steun werd aangespoord om een bedrijf langer te exploiteren dan hij zich had voorgenomen en daardoor meer verlies heeft geleden. De ontvanger kan desondanks groot voordeel blijven halen uit het tijdelijk voortbestaan van het bedrijf, met name in termen van de handhaving van zijn plaats op de markt, zijn goede naam en cliënteel en het behoud van zijn belangrijkste personeel, alles voordelen die voortvloeien uit de mededingingsvervalsing ten gevolge van de steun.

39. Dit standpunt strookt met de door het Hof ontwikkelde beginselen inzake terugvordering van steun. De terugvordering van een bedrag ter waarde van de steun, eventueel verhoogd met rente, moet het competitief voordeel van de steunontvanger teniet doen en de vroegere situatie herstellen. Elke andere regel ware moeilijk toepasbaar en zo daardoor een lager bedrag zou worden teruggevorderd, zou hij het bereiken van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar brengen.

22 — Zie Lieb, in *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, 2e editie, 1986, § 818, nr. 70.

40. Ik meen dan ook, dat met betrekking tot staatssteun bijzondere overwegingen een rol spelen die de toepassing van de regel inzake het ontbreken van verrijking uitsluiten. Dat wordt geïllustreerd door het arrest dat het Bundesverwaltungsgericht [23] heeft gewezen na het arrest van het Hof in de zaak Deutsche Milchkontor, waarin het Hof had verklaard, dat het gemeenschapsrecht in de omstandigheden van die zaak niet aan toepassing van die regel in de weg stond. Het Bundesverwaltungsgericht aanvaardde het betoog van de verzoekster in het hoofdgeding, dat zij door de gemeenschapssteun voor magere-melkpoeder niet was verrijkt, daar zij de steun in haar facturen aan haar klant had doorgegeven. Het komt mij voor, dat het Hof in die context de zaak terecht volgens nationaal recht liet beslechten, daar er geen doorslaggevend gemeenschapsbelang was dat een aantasting van de procedurele autonomie van de betrokken Lid-Staat rechtvaardigde. Indien zich een soortgelijke situatie in verband met staatssteun voordeed, zouden daarentegen de doelstellingen van het Verdrag in gevaar komen wanneer het de steunontvanger werd toegestaan zich tegen terugvordering te verzetten op grond dat hij het voordeel van de steun aan zijn klanten had doorgegeven door zijn prijzen te verlagen. Hij zou dan immers ongestraft een belangrijk competitief voordeel verkrijgen.

41. Ik concludeer derhalve, dat onder de huidige omstandigheden het gemeenschapsrecht in de weg staat aan toepassing van een regel als die van § 818, lid 3, van het Bürgerliche Gesetzbuch.

## Conclusie

42. Ik meen dan ook, dat de vragen van het Bundesverwaltungsgericht moeten worden beantwoord als volgt:

„Het gemeenschapsrecht verlangt, dat een nationale autoriteit overeenkomstig de definitieve beschikking van de Commissie waarbij de terugvordering van staatssteun wordt gelast, haar besluit tot toekenning van de betrokken steun intrekt, ook indien deze intrekking krachtens nationaal recht wordt uitgesloten, omdat de autoriteit de naar nationaal recht daartoe gestelde termijn heeft laten verstrijken, of omdat de autoriteit in zodanige mate verantwoordelijk was voor de onwettigheid van het besluit, dat de intrekking ten opzichte van de steunontvanger in strijd met de goede trouw lijkt te zijn, dan wel omdat er naar nationaal recht geen sprake meer is van verrijking."

23 — BVerwG, NJW 1992, blz. 703, 704.