



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. WATHELET
van 8 mei 2014¹

Zaak C-242/13

**Commerz Nederland NV
tegen
Havenbedrijf Rotterdam NV**

(verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing)

„Steunmaatregelen van de staten — Begrip — Door openbaar bedrijf in de vorm van garanties aan bank verleende steun — Beslissing van directeur van openbaar bedrijf — Schending van statutaire voorschriften van openbaar bedrijf”

I – Inleiding

1. In de onderhavige zaak is de vraag aan de orde of garanties die een openbaar bedrijf in strijd met zijn interne regels aan een bank heeft verleend toerekenbaar zijn aan de staat en dus zouden kunnen worden aangemerkt als staatssteun in de zin van de artikelen 107 VWEU en 108 VWEU. In casu heeft W. K. Scholten, de enige bestuurder van het Havenbedrijf Rotterdam NV (hierna: „HbR”), die garanties verleend ten gunste van ondernemingen die behoren tot de Nederlandse RDM-groep. Het staat vast dat Scholten bij de verlening van deze garanties eigenmachtig is opgetreden, deze garantiEVERLENING bewust geheim heeft gehouden en de statutaire voorschriften van het openbaar bedrijf heeft geschonden door niet vooraf de goedkeuring van de raad van commissarissen van dat bedrijf te vragen.

2. Tot dusver „nihil sub sole novum”², maar wat daarentegen wel verbazing wekt is dat de betrokken lidstaat zich op het standpunt stelt dat de maatregelen in kwestie hem toerekenbaar zijn en staatssteun vormen in de zin van het VWEU, terwijl de begunstigde van de garanties, die uiteraard vergoed wil worden, van mening is dat die garanties geen staatssteun uitmaken, aangezien zij ultra vires zijn verleend.

3. Een erg vergelijkbare garantie, waarbij – met uitzondering van de kredietverstrekker – dezelfde partijen betrokken waren, maakte het voorwerp uit van het arrest Residex Capital IV³. Zoals advocaat-generaal Kokott in punt 2 van haar conclusie in die zaak⁴ heeft opgemerkt, had het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam (hierna: „GHR”) – een orgaan van de gemeente Rotterdam (hierna: „gemeente”) dat de voorganger was van het HbR – die garantie „onder mysterieuze omstandigheden” verleend aan een onderneming die eveneens deel uitmaakte van de Nederlandse

1 – Oorspronkelijke taal: Frans.

2 – „Niets nieuws onder de zon”, *Liber Ecclesiastes* (boek Prediker), hoofdstuk 1, vers 10.

3 – C-275/10, EU:C:2011:814.

4 – C-275/10, EU:C:2011:354.

RDM-groep. Aangezien de vraag naar de toerekenbaarheid in die zaak niet aan de orde was, heeft het Hof enkel geantwoord op de vraag of artikel 108, lid 3, derde alinea, VWEU de nationale rechter ertoe verplicht om een niet bij de Europese Commissie aangemelde en evenmin door haar goedgekeurde gemeentelijke garantie als nietig te beschouwen.

II – Toepasselijke bepalingen

4. In het hoofdgeding rijzen vragen over de uitlegging van de artikelen 107 VWEU en 108 VWEU en de punten 50 tot en met 58 van het arrest Frankrijk/Commissie⁵ betreffende de toerekenbaarheid aan de staat van een steunmaatregel in de zin van die artikelen.

5. Eenvoudig gezegd heeft het Hof in dat arrest geoordeeld dat de toerekenbaarheid van een steunmaatregel aan de staat niet kan worden afgeleid uit „de [loutere] omstandigheid dat [de] maatregel [in kwestie] door een openbaar bedrijf is genomen” (punt 51), aangezien dat bedrijf „in meer of mindere mate onafhankelijk [kan] optreden, naargelang van de autonomie die haar door de staat is verleend” (punt 52). Het Hof heeft ook geoordeeld dat „[d]e omstandigheid dat een openbaar bedrijf in de vorm van een gemeenschappelijke kapitaalvennootschap is opgericht [...], gelet op de autonomie die het aan deze rechtsvorm kan ontleen, evenwel nog geen reden [kan] zijn om uit te sluiten dat een steunmaatregel van een dergelijke vennootschap aan de staat kan worden toegerekend” (punt 57).

6. In punt 52 van dat arrest heeft het Hof ook geoordeeld dat voor de beantwoording van de vraag of steunmaatregelen aan de staat kunnen worden toegerekend „[ook nog diende] te worden nagegaan of de overheid op een of andere manier bij de vaststelling van de maatregelen was betrokken”.

7. In hetzelfde arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294) heeft het echter ook overwogen dat „niet [kan] worden geëist dat op basis van een [precieze instructie] wordt aangetoond dat de overheid het openbare bedrijf er concreet toe heeft aangezet de betrokken steunmaatregelen te nemen” (punt 53), aangezien het voor derden „zeer moeilijk” zou zijn om een dergelijk bewijs te leveren (punt 54). Om die reden heeft het geoordeeld dat „de toerekenbaarheid aan de staat van een door een openbaar bedrijf genomen steunmaatregel [kon] worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen” (punt 55).

8. In dit verband heeft het Hof in herinnering gebracht dat het „reeds in aanmerking [had] genomen dat de betrokken instelling de bestreden beslissing niet kon nemen zonder rekening te houden met de door de overheid gestelde eisen [...], of dat de overheidsbedrijven via welke de steun was verleend, nog afgezien van de organieke elementen die hen met de staat verbonden, rekening moesten houden met de aanwijzingen van [de staat]” (arrest Frankrijk/Commissie, EU:C:2002:294, punt 55).

9. Volgens het Hof kunnen „[o]ok andere aanwijzingen [...] in voorkomend geval relevant zijn om een door een openbaar bedrijf genomen steunmaatregel aan de staat te kunnen toerekenen, zoals met name het feit dat het bedrijf deel uitmaakt van de structuur van de openbare administratie, de aard van zijn activiteiten en het feit dat het bedrijf bij het verrichten van deze activiteiten op de markt normaal concurreert met particuliere marktdeelnemers, het juridische statuut van het bedrijf – of het publiekrecht van toepassing is dan wel het algemene vennootschapsrecht –, de mate waarin de overheid toezicht op het beheer van het bedrijf uitoefent, of elke andere aanwijzing waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid bij de vaststelling van een maatregel is betrokken 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” (arrest Frankrijk/Commissie, EU:C:2002:294, punt 56).

⁵ — C-482/99, EU:C:2002:294.

III – Hoofdingen en prejudiciële vragen

10. De haven van Rotterdam wordt beheerd door de naamloze vennootschap HbR, waarvan het maatschappelijk kapitaal in handen is van de gemeente (voor ongeveer 70 %) en van de Nederlandse Staat (voor ongeveer 30 %). Aangezien de Nederlandse Staat zijn belang pas in 2006 heeft verworven, was de gemeente ten tijde van de feiten de enige aandeelhouder van het HbR.

11. Vroeger werd de haven van Rotterdam beheerd door het Havenbedrijf der Gemeente Rotterdam, een in 1932 opgerichte gemeentelijke dienst zonder rechtspersoonlijkheid, die in de jaren tachtig is omgedoopt tot GHR. Op 1 januari 2004 is het GHR omgevormd tot HbR.

12. Een raad van bestuur, die onder toezicht staat van een raad van commissarissen, is belast met het bestuur van het HbR. In 1992 is Scholten benoemd tot enig bestuurder van het GHR/HbR. Ten tijde van de verlening van de kwestieuze garanties was de havenwethouder van de gemeente voorzitter van de raad van commissarissen.

13. De RDM-groep was een samenstel van ondernemingen dat toebehoorde aan J. van den Nieuwenhuyzen. Deze groep produceerde en leverde oorlogsmateriaal. Zij is failliet gegaan en haar activiteiten zijn niet overgenomen door een andere onderneming. De RDM-groep was op geen enkele manier verbonden met het HbR.

14. Op 28 december 2002 heeft RDM Holding NV (hierna: „RDM Holding”) zich er jegens het GHR contractueel toe verbonden om aan Taiwan geen informatie of materiaal ter beschikking te stellen die of dat van nut kon zijn voor de constructie of het gebruik van duikboten (hierna: „duikbotenovereenkomst”). Als tegenprestatie heeft het GHR zich ertoe verbonden om zich jegens de schuldeisers van RDM Holding en/of haar dochterondernemingen garant te stellen voor bedragen van meer dan 100 miljoen EUR, en dit voor een duur van maximaal drie jaar.

15. Het GHR en RDM Holding hebben zich er tevens toe verbonden om het bestaan en de inhoud van de duikbotenovereenkomst niet bekend te maken aan derden.

16. In de preambule van die overeenkomst hebben het GHR en RDM Holding het volgende vermeld: ten eerste dat RDM Holding in samenwerking met de Amerikaanse autoriteiten de mogelijkheid had onderzocht om via andere ondernemingen van de RDM-groep duikboottechnologie te leveren aan Taiwan, ten tweede dat het GHR op de hoogte was van de onderhandelingen die daarover werden gevoerd tussen de advocaten van RDM Holding en die van de Nederlandse Staat, ten derde dat de Volksrepubliek China had laten weten dat zij Nederland sancties zou opleggen – waaronder het verplaatsen van haar zeevervoer naar een andere haven dan Rotterdam – indien RDM Holding die technologie zou leveren aan Taiwan, ten vierde dat het GHR alles in het werk wilde stellen om het gevaar voor oplegging van sancties af te wenden, en ten vijfde dat RDM Holding onder de in die overeenkomst neergelegde voorwaarden bereid was om af te zien van de levering van deze technologie aan Taiwan.

17. Bij overeenkomst van 5 november 2003 heeft Commerz Nederland NV (hierna: „Commerz”) een kredietfaciliteit van 25 miljoen EUR ter beschikking gesteld van RDM Vehicles BV (hierna: „RDM Vehicles”), die bedoeld was ter financiering van de productie van een pantservoertuig (hierna: „Vehicles-krediet”). Op diezelfde dag heeft Scholten een garantie ondertekend waarin het GHR zich jegens Commerz garant stelde voor de nakoming van de verplichtingen die uit hoofde van het Vehicles-krediet op RDM Vehicles rustten.

18. Nadat het HbR op 1 januari 2004 in de plaats was getreden van het GHR, heeft Scholten op 4 juni 2004 ten behoeve van Commerz dezelfde garantie voor het Vehicles-krediet ondertekend, zij het ditmaal namens het HbR. Commerz heeft toen afstand gedaan van haar rechten uit de door het GHR verleende garantie. Op 22 juni 2004 heeft de raad van commissarissen die nieuwe garantie goedgekeurd.

19. Op respectievelijk 10 november 2003 en 4 juni 2004 heeft het advocatenkantoor Spigthoff aan Commerz „legal opinions” (rechtkundige adviezen) verstrekt, waarin het verklaarde dat de namens het GHR en het HbR ondertekende garanties voor het Vehicles-krediet „constitute valid, binding and enforceable obligations” (geldige, bindende en afdwingbare verbintenissen vormen) van de garant. Bij arrest van 17 april 2013 heeft het Gerechtshof te 's-Gravenhage (Nederland) geoordeeld dat in deze legal opinions opzettelijk onjuiste informatie was gegeven.

20. Bij overeenkomsten van 27 februari 2004 heeft Commerz aan RDM Finance I BV (hierna: „RDM I”) en RDM Finance II BV (hierna: „RDM II”) een kredietfaciliteit van respectievelijk 7,2 miljoen EUR en 6,4 miljoen EUR ter beschikking gesteld (hierna respectievelijk: „RDM I-krediet” en „RDM II-krediet”). Deze kredieten waren bedoeld voor de financiering van orders voor oorlogsmateriaal bij RDM Technology BV.

21. Op 2 maart 2004 heeft Scholten garanties ondertekend waarbij het HbR zich jegens Commerz garant stelde voor de nakoming van de verplichtingen die uit hoofde van deze kredieten op RDM I en RDM II rustten. Op 3 maart 2004 heeft Spigthoff ten aanzien van Commerz een legal opinion uitgebracht, die vergelijkbaar was met de in punt 19 hierboven vermelde legal opinions.

22. Bij arrest van 15 oktober 2010⁶ heeft de Rechtbank te Rotterdam geoordeeld dat Scholten schenkingen had aanvaard van Van den Nieuwenhuyzen, de eigenaar en directeur-generaal van de RDM-groep. Met die schenkingen wilde laatstgenoemde ervoor zorgen dat zijn onderneming door Scholten gunstig werd bejegend. Bij ditzelfde arrest heeft de Rechtbank te Rotterdam geoordeeld dat Scholten bewust met de waarheid strijdige certificaten heeft opgesteld, waarin hij verklaarde dat de raad van commissarissen de garanties niet hoefde goed te keuren, alsook dat hij van de betrokken garanties bewust geen melding had gemaakt in de boekhouding van het HbR voor de jaren 2002 en 2003. Ten slotte heeft de Rechtbank te Rotterdam geoordeeld dat Scholten de verleende garanties opzettelijk geheim had gehouden, aangezien hij wist dat de raad van commissarissen er niet mee zou hebben ingestemd indien hij ervan op de hoogte was geweest. De Rechtbank te Rotterdam heeft Scholten veroordeeld tot twaalf maanden gevangenisstraf wegens passieve corruptie, valsheid in geschrifte en oplichting van het HbR.

23. Bij brief van 20 augustus 2004 heeft Commerz het Vehicles-krediet opgezegd en aflossing van het openstaande bedrag verlangd. Aangezien niet werd betaald, heeft Commerz vervolgens het HbR onder de voor het krediet verstrekte garantie aangesproken tot betaling van 19 843 541,80 EUR, met nevenvorderingen. Het HbR heeft dit verzoek om betaling niet ingewilligd.

24. Bij brieven van 29 april 2004 heeft Commerz het RDM I-krediet en het RDM II-krediet opgezegd en aflossing van de openstaande bedragen verlangd. Aangezien geen betaling is gevolgd, heeft Commerz het HbR onder de voor de kredieten verstrekte garanties aangesproken tot betaling van respectievelijk 4 869 EUR en 14 538,24 EUR, met nevenvorderingen. Ook deze bedragen heeft het HbR niet betaald.

6 — ECLI:NL:RBROT:2010:BO0530.

25. Nadat het HbR had geweigerd om de uit de garanties voortvloeiende verplichtingen na te komen, heeft Commerz beroep tegen het HbR ingesteld bij de Rechtbank te Rotterdam, waarmee zij verzocht om betaling van het bedrag dat voor het Vehicles-krediet verschuldigd was krachtens de door het HbR afgegeven garantie. Die rechterlijke instantie heeft dat verzoek afgewezen op grond dat deze garantie een steunmaatregel was in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, die overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU bij de Commissie had moeten worden aangemeld, en dat deze garantie, omdat zij niet is aangemeld, nietig was op grond van artikel 3:40, lid 2, van het Nederlands Burgerlijk Wetboek.

26. Commerz heeft bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage beroep ingesteld tegen dit vonnis. In het kader daarvan vorderde zij eveneens dat het HbR werd veroordeeld tot betaling van de bedragen die verschuldigd waren op grond van de garanties die het HbR voor het RDM I-krediet en het RDM II-krediet had afgegeven. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft het vonnis van de Rechtbank te Rotterdam bevestigd en de vorderingen van Commerz afgewezen.

27. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft de feiten beoordeeld in het licht van de criteria van het arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294) en heeft daaruit afgeleid dat de toekenning van de kwestieuze garanties moest worden toegerekend aan Nederland.

28. Het heeft zich voor die conclusie gebaseerd op de volgende omstandigheden: ten eerste dat de gemeente alle aandelen in het HbR bezat, ten tweede dat de leden van het bestuur en van de raad van commissarissen waren benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders en dus door de gemeente, ten derde dat de havenwethouder van de gemeente voorzitter was van de raad van commissarissen, ten vierde dat volgens de statuten van het HbR garanties als die welke in casu aan de orde zijn slechts konden worden verleend met toestemming van de raad van commissarissen, en ten vijfde dat de statutaire doelomschrijving van het HbR niet vergelijkbaar was met die van een louter commerciële onderneming, gelet op de prominente plaats die aan het algemeen belang is gegeven bij het beheer van een haven als die van Rotterdam.

29. Commerz is tegen dat arrest opgekomen bij de Hoge Raad der Nederlanden, die zich afvraagt of de litigieuze garanties toerekenbaar zijn aan de Nederlandse Staat.

30. De verwijzende rechter heeft geoordeeld dat de in strijd met de statuten van het HbR verleende garanties deze onderneming verbonden krachtens het Nederlandse privaatrecht, ook al was Scholten geheel eigenmachtig opgetreden en had hij de grenzen van zijn bevoegdheid als enig bestuurder van het HbR overschreden door het bestaan van de duikbotenovereenkomst en de garanties bewust geheim te houden en door de raad van commissarissen niet om toestemming te verzoeken alvorens de garanties in kwestie toe te kennen.

31. In het licht van die omstandigheden wenst de verwijzende rechter te vernemen of bij de beantwoording van de vraag of de garanties in kwestie aan de Nederlandse Staat moeten worden toegerekend, moet worden uitgegaan van een reële en feitelijke benadering, dan wel van een juridische benadering. Indien de eerste benadering wordt gevolgd, moet volgens de verwijzende rechter worden geoordeeld dat de Staat de verlening van die garanties niet had goedgekeurd en zelfs niet op de hoogte was van het bestaan ervan. Indien daarentegen voor de tweede benadering wordt gekozen, volstaat het volgens de verwijzende rechter om aan te tonen dat de Staat in de regel het besluitvormingsproces vastlegt dat binnen een overheidsbedrijf moet worden gevolgd voor de vaststelling van maatregelen zoals de verlening van garanties, of toch minstens een sterke en overheersende invloed op dit proces uitoefent.

32. Aangezien de Hoge Raad der Nederlanden van mening is dat het hierbij om een vraag van Unierecht gaat, heeft hij de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Staat aan de – voor het aanmerken als staatssteun in de zin van artikel 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?”

IV – Procesverloop voor het Hof

33. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is bij het Hof neergelegd op 29 april 2013. Commerz, het HbR, de Nederlandse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

34. Overeenkomstig artikel 61, lid 1, van zijn Reglement voor de procesvoering heeft het Hof partijen op 20 januari 2014 verschillende ter terechtzitting te beantwoorden vragen gesteld, maar hoewel deze vragen relevant en belangrijk waren – teneinde de verwijzende rechter een correct en nuttig antwoord te kunnen verstrekken – heeft de Nederlandse regering besloten om niet aanwezig te zijn op de terechtzitting van 13 maart 2014.

35. In een dossier met talrijke „wonderlijke” aspecten was die medewerking, te weten de vragen van het Hof beantwoorden, nochtans erg waardevol geweest. Ik betreur het dan ook dat de Nederlandse regering die medewerking niet heeft verleend. Ter terechtzitting waren dus enkel Commerz, het HbR en de Commissie aanwezig.

V – Analyse

36. Met zijn vragen wenst de verwijzende rechter te vernemen of het feit dat de betrokken garanties ultra vires zijn verleend en in het bijzonder het feit dat Scholten deze garanties in strijd met de statuten van zijn onderneming heeft verleend, zonder zelfs maar de raad van commissarissen in te lichten, uitsluit dat deze garanties kunnen worden toegerekend aan de Nederlandse Staat en, indien dat niet het geval is, of de omstandigheden waarin die garanties zijn verleend in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van de toerekenbaarheid ervan aan de Staat.

A – De voor het Hof aangevoerde argumenten

37. Commerz betoogt dat de betrokken garanties het HbR weliswaar verbinden naar privaatrecht, maar dat zij niet aan de Staat kunnen worden toegerekend. Tot staving van die stelling beroept zij zich op de door advocaat-generaal Keus in zijn conclusie van 7 december 2012 aan de Hoge Raad der Nederlanden voorgestelde uitlegging van de punten 50 tot en met 58 van het arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294).

38. Volgens die advocaat-generaal kan een steunmaatregel slechts aan de staat worden toegerekend indien de overheidsinstanties in feite daadwerkelijk betrokken waren bij de betreffende maatregelen. Uit dit arrest blijkt volgens hem dat een maatregel van een openbaar bedrijf slechts toerekenbaar is aan de staat indien de staat „in [het] concre[te] geval” „bij de vaststelling van de[ze] maatregel[...]” betrokken was en dat hij daarop daadwerkelijk controle heeft uitgeoefend (punt 52). Uit het feit dat het Hof in de punten 55 tot en met 57 van dat arrest heeft gepreciseerd dat de toerekenbaarheid aan de staat van een door een openbaar bedrijf genomen maatregel kon worden afgeleid uit een „samenstel van aanwijzingen” die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen, heeft advocaat-generaal Keus afgeleid dat het Hof weliswaar een bewijsdrempel heeft gedefinieerd en bepaald heeft hoe het bewijs kan worden geleverd, maar dat het het voorwerp van het bewijs niet heeft gewijzigd, te weten de concrete betrokkenheid van de overheid bij de betrokken maatregel.

39. Commerz is van mening dat het de Nederlandse rechterlijke instanties niet was toegestaan om, zoals het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft gedaan, zich te baseren op een geheel van aanwijzingen die blijken uit de algemene context waarin de garanties zijn verleend, zonder daarbij rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het geval. Aangezien Scholten zelfstandig, eigenmachtig en in het geheim heeft gehandeld, tegen de wil van de gemeente is ingegaan en de door deze gemeente opgelegde vereisten niet heeft nageleefd, was de gemeente volgens Commerz niet betrokken bij de verlening van de litigieuze garanties. Bijgevolg stelt zij dat de garanties niet aan de gemeente of aan de staat kunnen worden toegerekend en dat zij dus ook geen steunmaatregelen in de zin van de artikelen 107 VWEU en 108 VWEU uitmaken en niet bij de Commissie hoefden te worden aangemeld.

40. Het HbR en de Nederlandse regering bestrijden die uitlegging van het arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294).

41. Het HbR meent dat de toerekenbaarheid van een steunmaatregel aan de staat van objectieve criteria en niet van de vermeende wil van de staat moet afhangen. Derhalve moet volgens het HbR worden uitgemaakt of de staat betrokken was of had moeten zijn, en niet of hij betrokken heeft of had willen zijn.

42. Het HbR beklemtoont dat het gebonden is aan de garanties in kwestie, ook al zijn deze ultra vires verleend, en dat de gemeente er daarom bij betrokken was, aangezien de verlening ervan niet had kunnen gebeuren zonder de tussenkomst van de gemeente, of zij dit nu wilde of niet. Bijgevolg is het HbR van mening dat de betrokken garanties toerekenbaar zijn aan de staat en dus steunmaatregelen in de zin van de artikelen 107 VWEU en 108 VWEU vormen, die bij de Commissie hadden moeten worden aangemeld.

43. Volgens de Nederlandse regering verzet het feit dat de garanties ultra vires zijn verleend zich er niet tegen dat zij worden toegerekend aan de staat. In dit verband onderschrijft zij het in punt 28 hierboven uiteengezette standpunt van het Gerechtshof te 's-Gravenhage dat de toerekening van de garanties in kwestie aan de Nederlandse Staat is gebaseerd op de dominante rol die de gemeente in de onderneming speelt.

44. Het HbR en de Nederlandse regering zijn ook van mening dat op onaanvaardbare wijze zou worden afgedaan aan de doeltreffendheid van de staatssteunregels indien die regels buiten toepassing zouden worden verklaard op grond dat een statutair bestuurder van een openbaar bedrijf bij het nemen van een maatregel de statutaire voorschriften van dat bedrijf heeft geschonden. In de praktijk kan immers niet altijd worden nagegaan of de maatregel in kwestie is genomen tegen de wil in van het openbaar bedrijf, zodat een lidstaat zich zou kunnen verschuilen achter de „misdragingen” van een bestuurder om te vermijden dat de maatregel hem wordt toegerekend.

45. Ook de Commissie verzet zich tegen de door Commerz en advocaat-generaal Keus voorgestane uitlegging van het arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294). Op basis van de punten 55 en 56 van dat arrest betoogt zij dat een steunmaatregel reeds aan de staat kan worden toegerekend zodra deze staat daadwerkelijk het binnen het openbaar bedrijf gevolgde besluitvormingsproces bepaalt of effectief een sterke en overheersende invloed op dit proces uitoefent.

46. Volgens de Commissie hoeft dus niet het bewijs van een precieze instructie te worden geleverd om te besluiten dat de staat concreet betrokken was bij de vaststelling van de steunmaatregel in kwestie. Zij herinnert eraan dat anders slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aan de voorwaarden voor toerekenbaarheid zou zijn voldaan in gevallen waarin een steunmaatregel door een openbaar bedrijf is verleend.

47. De Commissie komt tot de conclusie dat het aan de nationale rechter staat om de balans op te maken op basis van de aanwijzingen die zijn vermeld in de punten 55 tot en met 57 van het arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294) en zij schaaft zich achter de in punt 28 hierboven samengevatte analyse van het Gerechtshof te 's-Gravenhage.

48. Wat de bijzondere omstandigheden betreft waaronder de in het hoofdgeding aan de orde zijnde garanties zijn verleend, is de Commissie van mening dat deze geen enkele invloed hebben op de toerekenbaarheid van de garanties aan de gemeente, aangezien deze gemeente zelf de situatie heeft gecreëerd waarin de betrokken garanties door het HbR zijn verleend, en de verlening ervan voorts niet past binnen de normale commerciële activiteiten van het HbR, maar integendeel lijkt te zijn ingegeven door de in de preambule van de duikbotenovereenkomst aangehaalde overwegingen van algemeen belang.

B – *Beoordeling*

1. Gaat het om steunmaatregelen of om beslissingen die in wezen commercieel van aard zijn?

49. Alvorens deze argumenten te onderzoeken, lijkt het mij nodig om na te gaan of de garanties in kwestie steunmaatregelen zijn. Een garantie kan immers enkel steun uitmaken indien zij een onderneming voordeel oplevert.⁷

50. In punt 17 van haar conclusie in de zaak Residex Capital IV (EU:C:2011:354) is advocaat-generaal Kokott tot de slotsom gekomen dat er steun was verleend aan RDM Aerospace NV, die – zoals ik hierboven reeds heb opgemerkt – deel uitmaakte van dezelfde groep als de ondernemingen waaraan in de onderhavige zaak garanties zijn verleend, aangezien deze onderneming „[z]onder deze garantstelling [...] geen dergelijke lening [had] kunnen verkrijgen, aldus de verwijzende rechter”.

51. Hoewel de verwijzende rechter in de onderhavige zaak niet is ingegaan op dit punt, is er alle reden om aan te nemen dat de in deze zaak aan de orde zijnde garanties een voordeel hebben opgeleverd aan de ondernemingen van de RDM-groep, die het Vehicles-krediet, het RDM I-krediet en het RDM II-krediet zonder de betrokken garanties niet hadden kunnen verkrijgen.

⁷ — Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (PB 2008, C 155, blz. 10, punt 3.1).

52. Niettemin moet ook worden onderzocht of het HbR deze garanties eventueel heeft verleend om wezenlijk commerciële redenen, zoals een particulier investeerder dat zou hebben gedaan. In dat geval is het door de ondernemingen van de RDM-groep ontvangen voordeel immers de tegenprestatie voor de voordelen die zij aan het HbR hebben toegestaan.⁸

53. Enkel indien die vraag ontkennend wordt beantwoord, moet vervolgens worden onderzocht of de door het HbR verleende garanties met staatsmiddelen zijn bekostigd en aan de staat kunnen worden toegerekend. Zoals advocaat-generaal Jacobs heeft opgemerkt in punt 55 van zijn conclusie in de zaak Frankrijk/Commissie (C-482/99, EU:C:2001:685), „moeten [...] de commerciële beslissingen die zonder overheidsbemoeding worden genomen door een brouwerij die overheidseigendom is, worden geacht buiten de werkingssfeer van de regels inzake staatssteun te vallen”.

54. Ditzelfde beginsel was op bladzijde 250 van de conclusie in de zaak Kwekerij van der Kooy e.a./Commissie (67/85, 68/85 en 70/85, EU:C:1987:177) geformuleerd door advocaat-generaal Slynn, die zich met betrekking tot de in die zaak aan de orde zijnde steunmaatregel, te weten de vaststelling van een preferentieel tarief, afvroeg „of de vaststelling van dit preferentiële tarief, zelfs wanneer het onder invloed van de staat is gebeurd en de staat verlies heeft opgeleverd, noodzakelijk was om commerciële redenen die verhinderen dat het een steunmaatregel kan zijn”.

55. Volgens de Commissie is de garantieverlening in casu ingegeven door dwingende redenen van algemeen belang en niet door commerciële overwegingen. Voor die conclusie baseert zij zich op de aanwijzingen op grond waarvan het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft geoordeeld dat het HbR daadwerkelijk door de Nederlandse Staat wordt gecontroleerd⁹ en op de redenen van algemeen belang die aan het optreden van het HbR ten grondslag liggen, met name betreffende de bijdrage aan de stedelijke ontwikkeling, de ontwikkeling van stadshavens en de verbetering van het woon-, werk- en leefklimaat van de stad en de regio Rotterdam.

56. Zelfs indien die aanwijzingen stroken met de werkelijkheid, kunnen zij volgens mij enkel worden aangevoerd in het kader van het onderzoek naar de toerekenbaarheid van de garanties aan de staat – zoals het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft gedaan – en niet, zoals de Commissie doet, ter beantwoording van de vraag of in dit concrete geval commerciële overwegingen ten grondslag lagen aan de verlening van de betrokken garanties.

57. Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, ben ik geneigd om deze laatste vraag bevestigend te beantwoorden.

58. Zoals ik in de punten 14 tot en met 16 van deze conclusie heb aangehaald, wordt er in de preambule van de duikbotenovereenkomst op gewezen dat de RDM-groep in samenwerking met de Amerikaanse autoriteiten de mogelijkheid onderzocht om duikboottechnologie te leveren aan Taiwan. In punt A van die preambule wordt ook melding gemaakt van onderhandelingen daarover tussen de advocaten van RDM Holding en die van de Nederlandse Staat.

59. In punt B van de preambule wordt gewag gemaakt van het door de Volksrepubliek China geuite dreigement om aan Nederland sancties op te leggen – onder meer de verplaatsing van haar zeevervoer naar een andere haven dan Rotterdam indien die duikboottechnologie aan Taiwan zou worden geleverd – en van het feit dat het GHR al het mogelijke wilde doen om de oplegging van dergelijke sancties te voorkomen.

8 — In de zaak Residex Capital IV (EU:C:2011:814) is die kwestie niet besproken, overigens evenmin als de kwestie inzake de toerekenbaarheid aan de staat van de garanties die ten gunste van RDM Aerospace NV zijn verleend, wat ertoe geleid heeft dat zij als staatssteun zijn aangemerkt.

9 — Zie punt 28 van de onderhavige conclusie.

60. Het is juist dat zowel de geldigheid als de authenticiteit van deze overeenkomst zijn betwist. Zoals Commerz ter terechtzitting aan het Hof heeft meegedeeld, heeft de Rechtbank te Rotterdam Scholten veroordeeld wegens passieve corruptie, meer bepaald omdat hij schenkingen van Van den Nieuwenhuysen had aanvaard. De Rechtbank te Rotterdam heeft in zijn vonnis evenwel geoordeeld dat valsheid in geschrifte „niet wettig en overtuigend” was aangetoond. In het hoger beroep dat het op dit punt tegen dit vonnis heeft ingesteld, bestrijdt het Openbaar Ministerie die overweging. Ter terechtzitting heeft het HbR aangegeven dat dit hoger beroep nog steeds hangende is bij de Nederlandse rechterlijke instanties.

61. Om die reden had het Hof hierover een vraag gesteld¹⁰, ervan uitgaande dat de Nederlandse regering, meer nog dan Commerz en het HbR, in de ideale positie verkeerde om te antwoorden op de vraag of de feitelijke beweringen uit de preambule van de duikbotenovereenkomst geloofwaardig waren. Zoals ik heb opgemerkt, is de Nederlandse regering niet verschenen ter terechtzitting, waar zij had kunnen bestrijden dat de garanties in kwestie waren verleend om de in de preambule van de duikbotenovereenkomst aangehaalde commerciële redenen. Dit sterkt mij in de overtuiging dat de garantieverlening in wezen was ingegeven door commerciële overwegingen.

62. Onder voorbehoud van de verificatie door de verwijzende rechter van de echtheid van deze overeenkomst (die door het HbR wordt betwist) en van een eventuele onevenredigheid tussen de verleende garanties en het commerciële risico dat voortvloeit uit een mogelijk verlies van het uit de Volksrepubliek China afkomstige transport of van andere feitelijke aanwijzingen waarover de verwijzende rechter beschikt, lijkt Scholten mij met de verlening van de garanties in kwestie – ook al heeft hij dat ultra vires gedaan – dus een commercieel doel te hebben nagestreefd in het belang van het GHR/HbR, te weten de gevolgen afwenden van een boycot van de haven van Rotterdam door de Volksrepubliek China. In dat kader moest de RDM-groep zich in ruil voor de garanties ertoe verbinden om geen duikboottechnologie te leveren aan Taiwan.

2. Indien de garanties in kwestie als voordelen of steunmaatregelen worden aangemerkt, zijn zij dit dan ook in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU?

63. Indien de uit de betrokken garanties voortvloeiende voordelen geen wezenlijk commercieel doel dienen, vormen zij slechts staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU indien zij „rechtstreeks of indirect met staatsmiddelen zijn bekostigd” en „aan de staat kunnen worden toegerekend”.¹¹

a) Staatsmiddelen

64. Het is onbetwist dat overheidsgeld wordt ingezet indien een beroep wordt gedaan op de garanties, aangezien het HbR – een bedrijf dat ten tijde van de feiten voor 100 % eigendom was van de gemeente – jegens Commerz met haar middelen de financiële verbintenissen moet nakomen die de ondernemingen van de RDM-groep ten aanzien van Commerz zijn aangegaan.

10 — Het formuleerde met name de volgende vraag: „[U]it de schriftelijke opmerkingen van HbR [blijkt] dat het [...] doel van HbR met name bestaat [in] de versterking van ‚het Rotterdamse industriecomplex’ en ‚ontwikkeling, aanleg, beheer en exploitatie van het haven- en industriegebied in Rotterdam, in de ruimste zin van het woord’. Voorts is in punt 17 van die opmerkingen erop gewezen dat in het hoofdgeding is aangevoerd dat de garantieverstrekking was gerechtvaardigd door zowel de doelstelling de werkgelegenheid in de belangrijke maakindustrie van de haven te verzekeren als een overeenkomst van 28 december 2002 betreffende de niet-levering door de RDM-groep van duikboottechnologie aan Taiwan, die ook is vermeld in de punten 3.3 (II) en 3.4 van het verzoek om een prejudiciële beslissing. Commerz, HbR en de Nederlandse regering wordt verzocht ter terechtzitting te verduidelijken of er door die of andere omstandigheden aanwijzingen zijn dat de verstrekking van de litigieuze garanties in het belang was van HbR en/of de [gemeente] en/of de Nederlandse Staat. Hun wordt met name verzocht de juistheid te becommentariëren van de in de overwegingen A tot en met C van die overeenkomst genoemde omstandigheden.”

11 — Arresten Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294, punt 24) en Association Vent De Colère e.a. (C-262/12, EU:C:2013:851, punt 17).

b) Toerekenbaarheid aan de staat

65. De toerekenbaarheidsvraag rijst niet wanneer de maatregel van de staat is verleend door een staatsorgaan, ongeacht welke positie dat orgaan binnen de organisatie van de staat inneemt en dus ongeacht of het deel uitmaakt van het centrale bestuur, dan wel van een gedecentraliseerde of gedeconcentreerde entiteit. Dat was het geval in de zaak *Residex Capital IV* (EU:C:2011:814), waarin dezelfde entiteiten (te weten het GHR en de RDM-groep) betrokken waren en eenzelfde soort van garantie door dezelfde persoon (Scholten) op dezelfde manier (ultra vires) was verleend, en waarin de vraag van de toerekenbaarheid zelfs niet is gesteld, aangezien de garanties door een administratieve dienst van de gemeente waren verleend.

66. In punt 51 van het arrest *Frankrijk/Commissie* (EU:C:2002:294) heeft het Hof zeer duidelijk geoordeeld dat ingeval de steunmaatregel genomen is door een entiteit die geen staatsorgaan is in de zin van het vorige punt, de toerekenbaarheid ervan aan de staat niet automatisch kan worden afgeleid „uit de [enkele] omstandigheid dat deze maatregel door een openbaar bedrijf is genomen”.

67. Dat is het geval in de onderhavige zaak, aangezien de oorspronkelijke garanties voor het *Vehicles*-krediet, die door het GHR – een gemeentelijke administratieve dienst – waren verleend, op 4 juni 2004 zijn komen te vervallen. Op diezelfde datum heeft het HbR, een naamloze vennootschap waarvan het kapitaal volledig in bezit is van de gemeente en die met ingang van 1 januari 2004 in de plaats is gekomen van het GHR, dezelfde garanties aan Commerz verleend. De garanties met betrekking tot het RDM I-krediet en het RDM II-krediet zijn van meet af aan verleend door het HbR, een openbaar bedrijf.

68. In een dergelijk geval moet worden nagegaan of de betrokken steunmaatregelen niettemin aan de staat kunnen worden toegerekend, aangezien zij aldus zijn verleend dat „de overheid op een of andere manier bij de vaststelling van de maatregelen was betrokken”.¹²

69. Van een dergelijke betrokkenheid van de staat is sprake wanneer de betrokken steunmaatregelen zijn verleend door een entiteit die gerechtigd is om prerogatieven van openbaar gezag uit te oefenen of door een entiteit die onder daadwerkelijke controle van de staat optreedt.

70. Wat het criterium inzake de uitoefening van prerogatieven van openbaar gezag betreft, heeft de Commissie ter terechtzitting betoogd dat het HbR geen normale particuliere vennootschap was. Volgens deze instelling rustte op het HbR de statutaire taak om de positie van het Rotterdamse industrie- en havencomplex te versterken, de veiligheid van de scheepvaart te verhogen, te zorgen voor nautische en maritieme orde en veiligheid, en als havenautoriteit op te treden. Op grond daarvan heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat de garanties in kwestie konden worden toegerekend aan de Nederlandse Staat.

71. Ik ben het niet eens met de Commissie. Mijns inziens kan een steunmaatregel van een entiteit die gerechtigd is om prerogatieven van openbaar gezag uit te oefenen slechts aan de staat worden toegerekend voor zover deze maatregel in dit geval in het kader van de uitoefening van die prerogatieven is vastgesteld. In casu vallen noch de verlening van de garanties zelf, noch de reden waarom zij zijn verleend, binnen de uitoefening van de prerogatieven van openbaar gezag van het HbR.

72. Bijgevolg moet worden onderzocht of de garanties in kwestie aan de Nederlandse Staat kunnen worden toegerekend op grond dat het HbR onder daadwerkelijke controle stond van deze Staat.

¹² — Arrest *Frankrijk/Commissie* (EU:C:2002:294, punt 52).

73. In dit verband zij verwezen naar hetgeen het Hof in punt 52 van zijn arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294) heeft overwogen, namelijk dat „[z]elfs indien de staat de mogelijkheid heeft een openbaar bedrijf te controleren en een dominerende invloed op de activiteiten ervan uit te oefenen, [...] dit niet automatisch het vermoeden [rechtvaardigt] dat deze controle in een concreet geval ook metterdaad wordt uitgeoefend. Een openbaar bedrijf kan in meer of mindere mate onafhankelijk optreden, naargelang van de autonomie die haar door de staat is verleend.”

74. Alvorens te onderzoeken of het feit dat de betrokken garanties ultra vires zijn verleend eraan in de weg staat dat zij aan de staat worden toegerekend en met dien verstande dat ik er in dit deel van mijn conclusie van uitga dat de beslissing tot garantieverlening in wezen niet door commerciële overwegingen is ingegeven, wijs ik erop dat ik met het Gerechtshof te 's-Gravenhage van mening ben dat er in casu voldoende aanwijzingen in de zin van het arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294) bestaan om die beslissing toe te rekenen aan de staat, wat overigens noch door het HbR, noch door de Nederlandse regering wordt betwist.

75. Om een steunmaatregel op grond van daadwerkelijke controle aan de staat te kunnen toerekenen, hoeft niet „op basis van een [precieze instructie te worden aangetoond] dat de overheid het openbare bedrijf er concreet toe heeft aangezet de betrokken steunmaatregelen te nemen”.¹³ Zoals het Hof in punt 54 van zijn arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294) heeft vastgesteld, bestaat „juist als gevolg van de bevoorrechte betrekkingen tussen de staat en openbare bedrijven [het gevaar dat het] voor derden [...] zeer moeilijk [is] om in een concreet geval [dit bewijs te leveren]”.

76. In casu erkennen het HbR en de Nederlandse regering dat het HbR onder daadwerkelijke controle van de Nederlandse regering staat. Gelet op het feit dat de Nederlandse regering niet aanwezig was op de terechtzitting en dat zij dus niet heeft geantwoord op de vragen die specifiek met deze kwestie verband hielden, is het evenwel zinvol om het bestaan van dergelijke controle vast te stellen, los van deze loutere verklaring van de Nederlandse regering in haar schriftelijke opmerkingen.

77. Zoals het Hof in punt 56 van zijn arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294) heeft opgemerkt, moet rekening worden gehouden met een geheel van aanwijzingen, zoals „het feit dat het bedrijf [dat de betrokken maatregel heeft genomen] deel uitmaakt van de structuur van de openbare administratie, de aard van zijn activiteiten en het feit dat het bedrijf bij het verrichten van deze activiteiten op de markt normaal concurreert met particuliere marktdeelnemers, het juridische statuut van het bedrijf – of het publiekrecht van toepassing is dan wel het algemene vennootschapsrecht –, de mate waarin de overheid toezicht op het beheer van het bedrijf uitoefent, of elke andere aanwijzing waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid bij de vaststelling van een maatregel is betrokken 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”.

78. Om te beginnen vestig ik de aandacht op organieke factoren. De rechtsvoorgangers van het HbR maakten deel uit van de gemeentelijke administratie en hadden reeds soortgelijke (of zelfs dezelfde) garanties verleend aan een onderneming van de bedoelde RDM-groep.¹⁴ Ten tijde van de feiten had de gemeente alle aandelen van het HbR in handen. De leden van het bestuur en van de raad van commissarissen waren benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders en dus door de gemeente. De havenwethouder van de gemeente was voorzitter van de raad van commissarissen. Volgens zijn statuten mocht het HbR garanties verlenen als die welke in casu aan de orde zijn, met dien verstande dat de raad van commissarissen er wel mee diende in te stemmen. Uit deze aanwijzingen blijkt dat het HbR over een beperkte mate van onafhankelijkheid beschikte ten aanzien van de gemeente, die de enige aandeelhouder was.

¹³ — Arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294, punt 53).

¹⁴ — Deze garanties maakten het voorwerp uit van een arrest, te weten het arrest Residex Capital IV (EU:C:2011:814).

79. Gelet op deze nauwe banden tussen het HbR en de gemeente moet worden aangenomen dat „het onwaarschijnlijk is dat [de staat] niet betrokken is”¹⁵ bij de vaststelling van de in casu aan de orde zijnde garanties, temeer daar die garanties zijn verleend ten gunste van een groep die actief is op het gebied van oorlogsmateriaal, om nog maar te zwijgen van de in de preambule van de duikbotenovereenkomst aangehaalde diplomatieke en politieke moeilijkheden die tot deze verlening kunnen hebben geroepen.

80. Thans moet enkel nog worden onderzocht of het feit dat de garanties ultra vires zijn verleend, zich ertegen verzet dat zij aan de staat worden toegerekend.

3. Staat het feit dat de garanties ultra vires zijn verleend eraan in de weg dat zij aan de staat worden toegerekend?

81. Allereerst blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing duidelijk dat het HbR verbonden is door de betrokken garanties, ook al zijn deze ultra vires verleend. Bijgevolg rijst de vraag of de omstandigheid dat Scholten deze garanties ultra vires heeft verleend, eraan in de weg staat dat zij aan de Nederlandse Staat worden toegerekend.

82. Tot staving van haar standpunt dat een dergelijke toerekening niet mogelijk is, beroept Commerz zich op de conclusie die advocaat-generaal Keus in de zaak bij de verwijzende rechter heeft genomen en waarin hij zich op het standpunt heeft gesteld dat het Hof in het arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294) op een daadwerkelijke en feitelijke betrokkenheid van de staat bij de vaststelling van de maatregelen in kwestie doelde. Op basis van die uitlegging van het bedoelde arrest betoogt Commerz dat de staat onmogelijk daadwerkelijk en feitelijk betrokken kan zijn bij de verlening van de garanties in kwestie wanneer die garanties ultra vires zijn verleend. Of om het anders uit te drukken: hoe kan in casu aan de ene kant worden gesteld dat „de betrokken instelling de bestreden [maatregel] niet kon nemen zonder rekening te houden met de door de overheid gestelde eisen”¹⁶, terwijl aan de andere kant vaststaat dat de overheid zelfs niet op de hoogte was van de verlening van de betrokken garanties?

83. Hoewel ik net als advocaat-generaal Keus van mening ben dat de betrokkenheid van de staat concreet moet zijn, met andere woorden dat zij betrekking moet hebben op de betrokken steunmaatregel¹⁷ en niet op de activiteiten van het openbaar bedrijf in het algemeen, acht ik die vaststelling niet zinvol voor de beantwoording van de vraag of de maatregelen die een bestuurder van een openbaar bedrijf in strijd met de statuten van dat bedrijf heeft genomen, toerekenbaar zijn.

84. Zoals advocaat-generaal Keus heeft opgemerkt, hebben de aanwijzingen die het Hof in de punten 55 tot en met 57 van zijn arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294) heeft vermeld, immers veeleer betrekking op de bewijsdrempel voor daadwerkelijke controle, met andere woorden de identificatie van de aanwijzingen waaruit de betrokkenheid van de staat kan worden afgeleid, dan op het voorwerp zelf van het bewijs, te weten de betrokkenheid van de staat bij de vaststelling van de maatregelen in kwestie. Dit blijkt duidelijk uit punt 53 van dat arrest, waarin het Hof heeft geoordeeld dat niet „op basis van een [precieze instructie hoefde te worden aangetoond] dat de overheid het openbare bedrijf er concreet toe heeft aangezet de betrokken steunmaatregelen te nemen”.

15 — Arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294, punt 56).

16 — Arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294, punt 55).

17 — Zie in die zin arrest Association Vent De Colère e.a. (EU:C:2013:851, punt 17).

85. Tot slot kan het nuttig zijn om te verwijzen naar de beginselen van internationaal publiekrecht betreffende de toerekening van internationale onrechtmatige daden aan de staat, en in het bijzonder naar artikel 7 van de door de Commissie Internationaal Recht opgestelde Artikelen inzake de aansprakelijkheid van de staat voor internationale onrechtmatige daden (hierna: „Artikelen inzake de aansprakelijkheid van de staat”)¹⁸, welk artikel als opschrift „Bevoegdheidsoverschrijding of niet-naleving van instructies” heeft.

86. Dit artikel bepaalt dat „het gedrag van een staatsorgaan of een persoon of entiteit die gerechtigd is om prerogatieven van openbaar gezag uit te oefenen wordt beschouwd als een handeling van de staat naar internationaal recht, *indien dat orgaan, die persoon of die entiteit optreedt in die hoedanigheid, ook al overschrijdt dit orgaan, die persoon of die entiteit zijn of haar bevoegdheid of leeft dit orgaan, die persoon of die entiteit de hem of haar gegeven instructies niet na*”¹⁹.

87. Dit is een vaste regel in de internationale rechtspraak²⁰, die door de Commissie Internationaal Recht ook in de toelichting bij de Artikelen inzake de aansprakelijkheid van de staat wordt erkend.²¹

88. Zelfs indien geen rekening wordt gehouden met het feit dat de raad van commissarissen van het HbR de garantie voor het Vehicles-krediet op 22 juni 2004, dus nadat deze reeds was verleend, heeft goedgekeurd, is het in casu duidelijk dat Scholten is opgetreden in zijn hoedanigheid van enig bestuurder van het HbR en dat het noch op grond van de statuten van het HbR noch krachtens het doel van het HbR verboden is om garanties te verlenen als die welke in casu aan de orde zijn, waarvan Commerz perfect kon aannemen dat het om een verbintenis van het HbR als zodanig ging. Dit geldt des te meer daar Commerz legal opinions heeft ontvangen waarin haar is bevestigd dat de verleende garanties geldig waren.²²

89. Het is juist dat het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft geoordeeld dat in deze legal opinions opzettelijk onjuiste informatie was verstrekt, maar zelfs indien op grond daarvan wordt verondersteld dat Commerz wist of kon weten dat de garanties ongeldig waren, omdat zij strijdig waren met de statuten van het GHR/HbR, doet dit niet af aan het feit dat de garanties toerekenbaar zijn aan de staat.

90. Ten slotte ben ik met het HbR en de Nederlandse regering van mening dat de staatssteunregels aan doeltreffendheid zouden inboeten indien zij buiten toepassing zouden kunnen worden verklaard op de loutere grond dat de statutaire bestuurder van een openbaar bedrijf bij het nemen van een steunmaatregel de statuten van dat bedrijf heeft geschonden of zich – zoals in casu – schuldig heeft gemaakt aan corruptie.

18 — UNGA A/CN.4/L.602/Rev.1. Op de algemene vergadering van de Verenigde Naties (VN) is de staten voorgesteld om de Artikelen inzake de aansprakelijkheid van de staat vast te stellen: zie UNGA A/RES/56/83, UNGA A/RES/59/35 en UNGA A/RES/62/61.

19 — Cursivering van mij.

20 — Zie Verenigde Naties, *Maal Case*, *Reports of International Arbitral Awards*, deel X (1903), blz. 732 en 733; *La Masica Case* (Groot-Brittannië, Honduras) van 7 december 1916, *Reports of International Arbitral Awards*, deel XI (1916), blz. 560; Thomas H. Youmans (VS) v. Verenigde Mexicaanse Staten van 23 november 1926, *Reports of International Arbitral Awards*, deel IV (1926), blz. 116; Francisco Mallén (Verenigde Mexicaanse Staten) v. VS van 27 april 1927, *Reports of International Arbitral Awards*, deel IV (1927), blz. 177; Charles S. Stephens en Bowman Stephens (VS) v. Verenigde Mexicaanse Staten van 17 juli 1927, *Reports of International Arbitral Awards*, deel IV (1927), blz. 267 en 268; William T. Way (VS) v. Verenigde Mexicaanse Staten van 18 oktober 1928, *Reports of International Arbitral Awards*, deel IV (1928), blz. 400 en 401, en *Estate of Jean-Baptiste Caire v. Verenigde Mexicaanse Staten* van 7 juni 1929, *Reports of International Arbitral Awards*, deel V (1929), blz. 531. Dit beginsel wordt ook gehanteerd in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (zie arrest EHRM Ilaşcu e.a./Moldavië en Rusland van 8 juli 2004, *Reports of Judgments and Decisions* 2004-VII, blz. 90 en 106), het Inter-Amerikaans Hof voor de rechten van de mens [zie arrest IAHRM Velásquez-Rodríguez/Honduras van 29 juli 1988, reeks C, nr. 4 (1989), punten 169-172] en het Tribunaal inzake vorderingen tussen Iran en de Verenigde Staten [zie *Petrolane, Inc./Islamitische Republiek Iran* (1991) 27 Iran-U.S.C.T.R. 64, blz. 92].

21 — Punten 4-6 van de toelichting bij artikel 7 van de Artikelen inzake de aansprakelijkheid van de staat.

22 — Zie de punten 19 en 21 van de onderhavige conclusie.

91. De toerekening van een steunmaatregel aan de staat is immers zuiver objectief van aard en het subjectieve begrip „misdraging” van de organen of gemachtigden ervan of hun beweegredenen spelen geen enkele rol. Ware dit anders, dan zou in hoge mate worden afgedaan aan zowel de doeltreffendheid als de eenvormigheid van de toepassing van de staatssteunregels.

92. Derhalve moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat garanties als die welke in casu aan de orde zijn, aan de staat kunnen worden toegerekend wanneer zij steunmaatregelen vormen en door de enige bestuurder van een openbaar bedrijf zijn verleend, ook al heeft die bestuurder – die weliswaar in die hoedanigheid heeft gehandeld – de grenzen van zijn bevoegdheid overschreden of de statuten van dat bedrijf geschonden.

93. Naast deze conclusie, die gebaseerd is op de in het arrest Frankrijk/Commissie (EU:C:2002:294) geformuleerde aanwijzingen, wil ik nog vermelden dat ik serieus betwijfel dat het HbR, de gemeente en de Nederlandse regering geen flauw vermoeden hadden van het feit dat Scholten garanties had verleend aan een industriële groep die actief was op het domein van de productie en levering van oorlogsmateriaal.

94. De feiten van deze zaak zijn immers zeer bijzonder. Ik wijs in dit verband op:

- de erg verrassende stelling van een regering dat de maatregel in kwestie niet wordt gerechtvaardigd door in wezen commerciële overwegingen en staatssteun vormt, die haar dus kan worden toegerekend (zelfs al biedt die stelling haar de mogelijkheid om de garanties niet na te komen);
- de feitelijke beweringen in de preambule van de duikbotenovereenkomst, die verwijzen naar een poging tot levering van duikboottechnologie aan Taiwan, naar het dreigement van de Volksrepubliek China om Nederland sancties op te leggen, met inbegrip van de verplaatsing van haar zeevervoer naar een andere haven dan Rotterdam, naar de samenwerking van de RDM-groep met de Amerikaanse autoriteiten, die ertoe strekte om via niet-Nederlandse vennootschappen van de RDM-groep duikboottechnologie te leveren aan Taiwan, en naar de onderhandelingen tussen die groep en de Nederlandse regering in verband met die levering;
- het feit dat Commerz legal opinions heeft verkregen waarin de betrokken garanties als rechtmatig werden aangemerkt, terwijl de Nederlandse rechterlijke instanties later hebben geoordeeld dat in die opinions opzettelijk onjuiste informatie is verstrekt, en
- het feit dat de raad van commissarissen van het HbR de garantie voor het Vehicles-krediet ex post heeft goedgekeurd.

95. Dit zijn bijzonder vreemde omstandigheden. Advocaat-generaal Kokott heeft ze „mysterieus” genoemd.²³

VI – Conclusie

96. Derhalve geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Hoge Raad der Nederlanden als volgt te beantwoorden:

„Garanties als die welke in casu aan de orde zijn, kunnen aan de staat worden toegerekend wanneer zij steunmaatregelen vormen en door de enige bestuurder van een openbaar bedrijf zijn verleend, ook al heeft die bestuurder – die weliswaar in die hoedanigheid heeft gehandeld – de grenzen van zijn bevoegdheid overschreden of de statuten van dat bedrijf geschonden.”

23 — Zie haar conclusie in de zaak Residex Capital IV (EU:C:2011:354, punt 2).