

Uitspraak
26 april 2013
Eerste Kamer
11/02221
EE/LZ

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

COMMERZ NEDERLAND N.V. (voorheen Commerzbank (Nederland) N.V.),
gevestigd te Amsterdam,
EISERES tot cassatie,
advocaat: aanvankelijk mr. K.G.W. van Oven, thans mr. W.H. van Hemel,

t e g e n

HAVENBEDRIJF ROTTERDAM N.V.,
gevestigd te Rotterdam,
VERWEERSTER in cassatie,
advocaat: aanvankelijk mr. P.A. Ruig, thans mr. M.J. Schenck.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Commerz en HbR.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 230999/HA ZA 05-107 van de rechtbank Rotterdam van 24 januari 2007;
 - b. de arresten in de zaak 105.006.711/01 van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 20 oktober 2009 en 1 februari 2011.
- Het arrest van het hof van 1 februari 2011 is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 1 februari 2011 heeft Commerz beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

HbR heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Commerz mede door mr. A. van Hees en mr. R. Wesseling, advocaten te Amsterdam.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot het stellen van prejudiciële vragen als onder 3.1 van de conclusie bedoeld.

De advocaat van Commerz en de advocaat van HbR hebben ieder bij brief van 4 januari 2013 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Commerz heeft bij overeenkomst van 5 november 2003 een kredietfaciliteit van € 25 miljoen aan RDM Vehicles B.V. (hierna: RDM Vehicles) ter beschikking gesteld.

Dit krediet (hierna: het Vehicles-krediet) was bedoeld voor de financiering van de productie van een pantservoertuig (de "Fennek").

Op 5 november 2003 heeft [betrokkene 1], directeur van het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam (hierna: GHR), een tak van dienst van de gemeente Rotterdam (hierna: de Gemeente), een garantie ondertekend waarin GHR zich jegens Commerz garant stelde voor de nakoming van de verplichtingen van RDM Vehicles uit hoofde van het Vehicles-krediet.

(ii) Met ingang van 1 januari 2004 is het havenbedrijf verzelfstandigd door inbreng van GHR in de naamloze vennootschap HbR, waarvan de Gemeente enig aandeelhouder is. Op 4 juni 2004 heeft [betrokkene 1], enig bestuurder van HbR, ten behoeve van Commerz een (nieuwe) garantie voor het Vehicles-krediet ondertekend, waartegenover Commerz van haar rechten uit de onder (i) genoemde garantie afstand heeft gedaan.

(iii) Advocatenkantoor [A] heeft op 10 november 2003 en 4 juni 2004 gedateerde 'legal opinions' aan Commerz uitgebracht. In deze opinies wordt, onder de daarin vermelde beperkingen en aannames, verklaard dat de door [betrokkene 1] namens GHR en HbR ondertekende garanties voor het Vehicles-krediet "constitute valid, binding and enforceable obligations" van de verstrekker van de garantie.

(iv) Commerz heeft bij overeenkomsten van 27 februari 2004 een kredietfaciliteit van € 7,2 miljoen ter beschikking gesteld aan RDM Finance I B.V. (hierna: RDM I), en een kredietfaciliteit van € 6,4 miljoen aan RDM Finance II B.V. (hierna: RDM II). Deze kredieten (hierna: het RDM I-krediet en het RDM II-krediet) waren bedoeld voor de financiering van orders voor oorlogsmateriaal aan RDM Technology B.V. Ook voor de nakoming van de verplichtingen van RDM I en RDM II uit hoofde van deze kredieten heeft HbR zich garant gesteld. Dit is neergelegd in twee door [betrokkene 1] namens HbR ondertekende garanties van 2 maart 2004. Met betrekking tot deze garanties heeft [A] op 3 maart 2004 aan Commerz een met de onder (iii) genoemde opinies vergelijkbare 'legal opinion' uitgebracht.

(v) Bij brief van 20 augustus 2004 aan RDM Vehicles heeft Commerz het Vehicles-krediet opgezegd en aflossing van het onder het krediet openstaande bedrag verlangd. Aangezien geen betaling is gevolgd heeft Commerz HbR onder de voor het krediet verstrekte garantie aangesproken tot betaling van € 19.843.541,80, met nevenvorderingen. HbR heeft niet betaald.

(vi) Bij brieven van 29 april 2004 aan RDM I en RDM II heeft Commerz het RDM I-krediet en het RDM II-krediet opgezegd en aflossing van de onder deze kredieten openstaande bedragen verlangd. Aangezien geen betaling is gevolgd heeft Commerz HbR onder de voor de kredieten verstrekte garanties aangesproken tot betaling van € 4.869,-- onderscheidenlijk € 14.538,24, met nevenvorderingen. Ook deze bedragen heeft HbR niet betaald.

3.2 Voor zover in cassatie nog van belang vordert Commerz, na eisvermeerdering in hoger beroep, veroordeling van HbR tot betaling van de hiervoor in 3.1 onder (v) en (vi) genoemde bedragen, primair op grond van de door HbR afgegeven garanties, subsidiair op grond van onrechtmatig handelen van HbR. HbR heeft zich onder meer verweerd met de stelling dat de garanties steunmaatregelen als bedoeld in art. 87 lid 1 (oud) EG (thans art. 107 lid 1 VWEU) zijn, die op de voet van art. 88 lid 3 (oud) EG (thans art. 108 lid 3 VWEU) bij de Europese Commissie hadden moeten worden aangemeld. Nu dit niet is gebeurd, zijn de garanties in strijd met het EU-recht en derhalve nietig op grond van art. 3:40 lid 2 BW.

De rechtbank honoreerde dit verweer en heeft de vorderingen, zoals door Commerz in eerste aanleg ingesteld, op die grond afgewezen.

3.3 Het hof heeft het vonnis bekrachtigd en de vorderingen van Commerz, voor zover in hoger beroep gewijzigd, afgewezen. Voor zover in cassatie van belang, kunnen de overwegingen van het hof als volgt worden samengevat.

(I) Het hof heeft in rov. 3.1 - 3.34 onderzocht of de garanties als staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU moeten worden beschouwd. Het is daartoe nagegaan of is voldaan aan de voorwaarden dat het gaat om een (steun)maatregel die (a) aan de lidstaat kan worden toegerekend, (b) een begunstiging inhoudt van een bepaalde onderneming, (c) de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en (d) het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

(II) In rov. 3.2 - 3.3 is het hof ingegaan op het prelabelle betoog van Commerz dat de garanties geen begunstiging kunnen inhouden nu de garanties slechts zijn afgegeven ter nakoming van een verplichting die voortvloeit uit een door RDM Holding N.V. en GHR op 28 december 2002 gesloten overeenkomst (hierna: de duikbotenovereenkomst). In deze overeenkomst verbond RDM Holding zich ertoe geen duikboottechnologie aan Taiwan te leveren, waartegenover GHR op zich nam om zich op verzoek van RDM Holding jegens schuldeisers van RDM Holding (of van haar groepsmaatschappijen) garant te stellen voor verplichtingen uit hoofde van geldlening tot een minimum bedrag van € 100 miljoen. Het hof oordeelde in rov. 3.3 dat het feit dat de garanties worden verstrekt ter voldoening aan een eerder overeengekomen verplichting daartoe, nog niet betekent dat deze niet kunnen worden gezien als steunmaatregel of als een begunstiging in de zin van art. 107 lid 1 VWEU.

(III) In het kader van het vereiste onder (a) oordeelde het hof dat toetsing aan de in HvJEU 16 mei 2002, C-482/99, LJN AF5767, NJ 2003/107 (Stardust Marine) ontwikkelde criteria tot de conclusie leidt dat het verlenen van de garanties moet worden toegerekend aan de overheid, namelijk aan de Gemeente en dus aan Nederland als lidstaat (rov. 3.7 - 3.11). Het achtte van belang dat de Gemeente via haar aandeelhouderschap en via statutaire bepalingen een sterke invloed had op het reilen en zeilen van HbR, dat die invloed niet alleen in theorie aanwezig was maar in de praktijk ook werd uitgeoefend, en dat de statutaire doelstelling van HbR in geen enkel opzicht vergelijkbaar is met die van een commerciële onderneming, gelet op de prominente plaats die in die doelomschrijving aan het algemene belang is gegeven (rov. 3.9). Dit wordt niet anders door de stelling dat [betrokkene 1] geheel eigenmachtig optrad, de

duikbotenovereenkomst en de garanties bewust geheim hield en daarvoor geen goedkeuring aan de Raad van Commissarissen van HbR heeft gevraagd (rov. 3.10). (IV) In het kader van het vereiste onder (b) oordeelde het hof dat Commerz de leningen niet zou hebben verstrekt zonder de garanties van HbR (rov. 3.12 - 3.15), en dat de garanties begunstigend hebben gewerkt voor RDM I, RDM II, en RDM Vehicles (3.16 - 3.19). Het hof heeft daarbij in het midden gelaten of (ook) Commerz door de garanties is begunstigd (rov. 3.19).

(V) Ook ten aanzien van de voorwaarden onder (c) en (d) oordeelde het hof dat hieraan is voldaan (rov. 3.20 - 3.26). In rov. 3.34 concludeerde het hof op grond van al het voorgaande dat de garanties staatssteun vormen als bedoeld in art. 107 lid 1 VWEU die op grond van art. 108 lid 3 VWEU bij de Commissie hadden moeten worden aangemeld.

(VI) In rov. 4.2 - 4.8 heeft het hof het betoog van Commerz verworpen dat, zelfs indien sprake zou zijn van steunmaatregelen die aangemeld hadden moeten worden, de garanties niet nietig zijn. Het hof heeft voor zijn motivering aansluiting gezocht bij zijn arrest van 10 juli 2008, LJN BD6981 (Residex/Rotterdam), waarin het heeft geoordeeld dat de garanties die in die zaak door GHB ten behoeve van Residex waren verstrekt, wegens strijd met de regels omtrent staatssteun nietig waren. Het heeft samengevat het volgende overwogen. Volgens vaste rechtspraak acht het HvJEU het mogelijk en toelaatbaar dat de nationale rechter een handeling tot uitvoering van een steunmaatregel, zoals de verstrekking van een staatsgarantie, nietig verklaart. Nietigverklaring van de garanties is een passende sanctie. (rov. 4.3). Het ligt, in ieder geval naar Nederlands recht, bij onwettige staatssteun in de vorm van een garantie voor de hand dat de vroegere situatie wordt hersteld door nietigverklaring van de garantie (rov. 4.4). Voor terugvordering van het bedrag dat de geborgden in het normale commerciële verkeer voor een garantie als de onderhavige hadden moeten betalen, is in het onderhavige geval geen plaats is omdat de garanties vanwege de daaraan verbonden risico's niet door een private, commercieel opererende onderneming zouden zijn verstrekt, ook niet indien daar wel een vergoeding tegenover zou hebben gestaan (rov. 4.5). Indien garanties als deze niet door nietigheid zouden worden getroffen, zou ongeoorloofde staatssteun ongestraft kunnen worden verstrekt door een door de overheid gegarandeerde banklening, nu terugvordering van de lening zelf afstuit op de omstandigheid dat deze niet door de overheid maar door een bank is verstrekt (rov. 4.6). Door nietigheid van de garanties wordt Commerz niet onevenredig getroffen, omdat zij niet gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen op de rechtmatigheid van de staatssteun (rov. 4.7). Voor de nietigheid van de garanties is voldoende dat de garanties een bevoordeling van de RDM-vennootschappen inhouden, zodat in het midden kan blijven of de garanties ook een bevoordeling van Commerz inhouden (rov. 4.8).

(VII) In rov. 5.2 heeft het hof het betoog van Commerz verworpen dat HbR zich jegens Commerz niet op de nietigheid van de garanties mag beroepen. Het hof oordeelde dat het beroep op nietigheid in dit geval niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het achtte, gelet op de strekking van de art. 107 en 108 VWEU, de motieven van HbR voor haar beroep op nietigheid niet van belang. Evenmin achtte het van doorslaggevend belang dat HbR de garanties niet bij de Commissie heeft aangemeld. Het was, aldus het hof, evenzeer aan Commerz om, indien zij meende dat aanmelding had moeten plaatsvinden, te verlangen dat dit gebeurde voordat de garanties of het krediet werden verstrekt.

De rechtspraak waarop Commerz zich beroept ter ondersteuning van haar betoog dat HbR zich niet op eigen onrechtmatig handelen mag beroepen, heeft betrekking op andere terreinen dan verboden staatssteun en is in dit geval niet doorslaggevend.

(VIII) In rov. 6.2 heeft het hof ten slotte geoordeeld dat de vordering van Commerz ook niet op de grondslag van onrechtmatige daad kan worden toegewezen. Het verwierp het betoog dat HbR bij Commerz de verwachting heeft gewekt dat zij rechtmatig verstrekte garanties in handen had. Het was in de eerste plaats aan Commerz om te beoordelen of de garanties rechtmatig waren. Dat HbR de bedoelde verwachting heeft gewekt door het enkele afgeven van de garanties achtte het hof voorts onvoldoende om een onrechtmatige daad aan te nemen. Anders zou de nietigheid van elke ongeoorloofd verstrekte overheidsgarantie in feite weer ongedaan kunnen worden gemaakt door een beroep op onrechtmatige daad te doen. Daartegen verzet zich het dwingendrechtelijk karakter van de regeling van de art. 107 en 108 VWEU. Een onrechtmatige daad kan slechts worden aangenomen indien er iets 'bij' komt. Hetgeen Commerz overigens nog heeft gesteld over het handelen of nalaten van het 'havenbedrijf' rond de bevoegdheidsoverschrijdingen van [betrokkene 1], heeft het hof onbesproken gelaten omdat vaststaat dat HbR door [betrokkene 1] bij het verstrekken van de garanties bevoegd is vertegenwoordigd.

Begunstiging

3.4 Onderdeel 1 van het middel bestrijdt als onjuist en onbegrijpelijk de verwerping in rov. 3.3 van het betoog van Commerz dat de garanties, omdat zij zijn afgegeven ter voldoening aan een verplichting die voor HbR voortvloeide uit de duikbotenovereenkomst, geen begunstiging in de zin van art. 107 VWEU kunnen opleveren.

De klachten falen. Niet valt in te zien op grond waarvan enkel de duikbotenovereenkomst als steunmaatregel gekwalificeerd zou kunnen worden en niet (ook) de daarop gebaseerde garantieverlening zelf. Het hof oordeelt terecht dat het stellen van een garantie een zelfstandige rechtshandeling is, ook als dit gebeurt ter uitvoering van een contractuele verplichting. Dit geldt in het bijzonder waar de duikbotenovereenkomst, zoals het hof onbestreden vaststelt, niet concreet vermeldt ten behoeve van welke vennootschappen de

garanties zullen worden verstrekt en voor welke bedragen. Daarop stuit de rechtsklacht af.

De motiveringsklacht faalt ook. Het hof heeft het betoog dat Commerz volgens rov. 3.2 "in de eerste plaats [heeft] aangevoerd", kennelijk aldus begrepen dat de enkele omstandigheid dat de garanties zijn afgegeven ter nakoming van een overeenkomst, op zichzelf reeds meebrengt dat van begunstiging in de zin van art. 107 VWEU geen sprake kan zijn. Uitgaande van deze lezing, die in cassatie niet is bestreden, is niet onbegrijpelijk dat het hof eerst dit betoog heeft behandeld en, na verwerping van dit betoog, vervolgens in rov. 3.12 - 3.19 de overige door partijen in het kader van het begunstigingsvereiste aangevoerde stellingen heeft beoordeeld.

Toerekening

3.5 Onderdeel 2 bestrijdt (onder 24 en 28) als onjuist althans onbegrijpelijk het oordeel dat de verlening van de garanties aan de overheid moet worden toegerekend.

Het klaagt dat de door het hof in rov. 3.8 - 3.10 in aanmerking genomen omstandigheden niet, althans niet zonder nadere motivering, de conclusie kunnen dragen dat de Gemeente in het onderhavige geval was betrokken bij het sluiten van de duikbotenovereenkomst en de afgifte van de garanties of dat het onwaarschijnlijk is dat zij daarbij niet betrokken was. Met een beroep op het Stardust Marine-arrest, vermeld hiervoor in 3.3 onder (III), wordt betoogd, samengevat, dat de in dat arrest vereiste betrokkenheid van de overheid niet kan worden aangenomen indien, naar het hof in rov. 3.10 veronderstellenderwijs heeft aangenomen, [betrokkene 1] geheel eigenmachtig optrad, de duikbotenovereenkomst en de garanties bewust geheim hield en daarvoor geen goedkeuring aan de raad van commissarissen van HbR heeft gevraagd. Het onderdeel wijst in dit verband voorts op enkele andere stellingen van Commerz, waaronder dat [betrokkene 1] in het algemeen al in grote mate onafhankelijk van de Gemeente optrad, dat de Gemeente met deze overeenkomst en garanties (indien zij daarvan op de hoogte was geweest) niet akkoord zou zijn gegaan, dat de Gemeente en de Rijksoverheid niet bereid waren om RDM enige compensatie te bieden voor haar bereidheid om af te zien van de duikbotenovereenkomst, dat [betrokkene 1] vanwege zijn eigenmachtig optreden zijn functie bij het havenbedrijf heeft moeten opgeven en dat hij strafrechtelijk is veroordeeld voor zijn handelen in deze kwestie.

3.6 Het hof heeft, onder verwijzing naar het hiervoor in 3.3 onder (III) vermelde Stardust Marine-arrest van het HvJEU, zijn oordeel dat de garantieverlening moet worden toegerekend aan de Gemeente - en dus aan Nederland als lidstaat -, gebaseerd op de omstandigheden dat de Gemeente 100% van de aandelen in HbR houdt, dat de leden van het bestuur en de leden van de raad van commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders en dus door de Gemeente, dat de havenwethouder van de Gemeente voorzitter is van de raad van commissarissen, dat volgens de statuten van HbR toestemming van de raad van commissarissen is vereist voor het verlenen van garanties als de onderhavige, en dat de statutaire doelomschrijving van HbR in geen enkel opzicht vergelijkbaar is met die van een louter commerciële onderneming, gelet op de prominente plaats die in de doelomschrijving aan het algemeen belang is gegeven. Daarbij heeft het hof in aanmerking genomen dat de feitelijke context die aan de zaak Stardust Marine ten grondslag lag, aanmerkelijk verschilt van de onderhavige zaak, omdat in de zaak Stardust Marine de staat weliswaar de uiteindelijke zeggenschap uitoefende in de vennootschappen die de steun verleenden maar de afstand tussen die vennootschappen en de staat veel groter was dan in het onderhavige geval. Volgens het hof wordt zijn oordeel niet anders door de stelling van HbR dat [betrokkene 1] geheel eigenmachtig optrad en de duikbotenovereenkomst en de garanties bewust geheim hield en daarvoor geen goedkeuring aan de raad van commissarissen van HbR heeft gevraagd.

3.7 Onderdeel 2 stelt in de kern de vraag aan de orde of aan toerekening aan de staat van een door een openbaar bedrijf genomen steunmaatregel in de weg staat dat de publieke autoriteiten van het treffen van de bewuste maatregel niet op de hoogte waren en met de maatregel ook niet zouden hebben ingestemd. Het gaat daarmee om de vraag in welke mate de vereiste betrokkenheid van de overheid bij de steunmaatregel mag worden afgeleid uit objectieve gegevens en in welke mate daarbij derhalve geabstraheerd mag worden van feiten die zien op daadwerkelijke bekendheid of instemming van de overheid met de bewuste maatregel. In het Stardust Marine-arrest heeft het HvJEU invulling gegeven aan het criterium van de toerekenbaarheid aan de staat van door een openbaar bedrijf genomen steunmaatregelen. De oordelen houden samengevat het volgende in (vgl. punten 52-58). Een openbaar bedrijf kan in meer of mindere mate onafhankelijk optreden, naar gelang van de autonomie die haar door de staat is verleend. Voor toerekening volstaat daarom niet dat de bedrijven in kwestie als openbare bedrijven onder staatscontrole staan. Nagegaan dient te worden of de overheid op een of andere manier bij de vaststelling van de maatregelen was betrokken. Voor de vaststelling of hieraan is voldaan, kan niet worden geëist dat op basis van een gedetailleerd onderzoek wordt aangetoond dat de overheid het openbare bedrijf er concreet toe heeft aangezet de betrokken steunmaatregelen te nemen. Gelet op de nauwe relatie tussen de staat en de openbare bedrijven is het risico immers reëel dat de via deze bedrijven toegekende staatssteun op weinig transparante wijze en in strijd met de in het Verdrag vastgelegde regeling inzake staatssteun wordt verleend. Verder zal het, aldus het Hof, als gevolg van de bevoorrechte betrekkingen tussen de staat en openbare bedrijven voor derden in de regel zeer moeilijk zijn om in een

concreet geval aan te tonen dat door dergelijke bedrijven genomen steunmaatregelen werkelijk in opdracht van de overheid zijn getroffen.

De toerekenbaarheid kan daarom worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen. Zo kan betekenis toekomen aan de omstandigheid dat het betrokken bedrijf bij de bestreden beslissing rekening diende te houden met van overheidswege gestelde eisen of gegeven aanwijzingen (instructies). Ook andere aanwijzingen kunnen relevant zijn, zoals met name het feit dat het bedrijf deel uitmaakt van de structuur van het openbaar bestuur, 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 publiek recht 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. De omstandigheid dat het bedrijf in de vorm van een kapitaalvennootschap naar gemeen recht is opgericht, kan, gelet op de autonomie die het aan deze rechtsvorm kan ontleen, nog geen reden zijn om uit te sluiten dat een steunmaatregel van een dergelijke vennootschap aan de staat kan worden toegerekend. Gelet op de bestaande controle en de daarmee verband houdende reële mogelijkheid om een overwegende invloed uit te oefenen, kan niet worden uitgesloten dat een door een dergelijke vennootschap genomen maatregel aan de staat kan worden toegerekend, en dus evenmin dat de verdragsregels inzake staatssteun worden ontdoken.

Dit neemt niet weg dat de rechtsvorm van het openbare bedrijf als zodanig, naast andere elementen, een relevante aanwijzing vormt op basis waarvan in een concreet geval kan worden vastgesteld dat de staat bij de steunmaatregel is betrokken.

3.8.1 Dit arrest kan aldus uitgelegd worden dat voor toerekening aan de staat uiteindelijk het erop aankomt of (uit een samenstel van aanwijzingen kan worden afgeleid dat) de overheid in het concrete geval bij de vaststelling van de desbetreffende maatregel is betrokken (punt 52 slot, punt 56 slot), waarbij het dan zou moeten gaan om een reële, feitelijke betrokkenheid van de overheid bij de litigieuze maatregel. In een geval als het onderhavige - waarin de (enig) bestuurder van HbR bij de garantieverlening eigenmachtig is opgetreden, de garanties bewust geheim heeft gehouden en de statutaire voorschriften van HbR heeft genegeerd door geen goedkeuring van de raad van commissarissen te vragen, hij voor zijn handelen strafrechtelijk is veroordeeld, en waarin voorts aangenomen moet worden dat de Gemeente (en de Staat) de garantieverlening niet heeft (hebben) gewild - zou deze uitleg van het arrest meebrengen dat de garantieverlening, hoewel civielrechtelijk bindend voor de Gemeente, niet aan de Gemeente (en daarmee aan de Staat) kan worden toegerekend als vereist voor toepassing van de staatssteunregels.

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

3.8.3 Omdat de beslissing in het onderhavige geschil mede afhangt van de beantwoording van de vraag welke van de twee hiervoor omschreven opvattingen over de uitleg van de art. 107 - 108 VWEU de juiste is, en over de beantwoording van die vraag twijfel kan bestaan, zal de Hoge Raad daaromtrent op de voet van art. 267 VWEU prejudiciële vragen aan het HvJEU stellen.

4. Omschrijving van de feiten waarop de door het Hof van Justitie te geven uitleg moet worden toegepast

De Hoge Raad verwijst naar de hiervoor in 3.1 vermelde feiten, waarvan te dezen moet worden uitgegaan, alsmede naar de hiervoor in 3.6 vermelde omstandigheden die het hof in de onderhavige zaak in aanmerking heeft genomen voor beantwoording van de vraag of de verlening van de garanties aan de overheid moet worden toegerekend.

5. Vragen van uitleg

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

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

6. Beslissing

De Hoge Raad:

verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot de hiervoor in 5 geformuleerde vragen uitspraak te doen; houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het Hof van Justitie naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, C.A. Streefkerk, M.A. Loth en C.E. Drion, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.A. Loth op 26 april 2013.