

**JOR 2020/101, Gerechtshof Amsterdam, 09-07-2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2263,  
zaaknr. 200.223.811/01 (annotatie)**

<b>Instantie:</b> Gerechtshof Amsterdam
<b>Datum uitspraak:</b> 09-07-2019
<b>Publicatie:</b> JOR 2020/101 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 4, 2020
<b>Annotator:</b> Heul, S. van der
<b>ECLI:</b> <a href="#">ECLI:NL:GHAMS:2019:2263</a>
<b>Zaaknummer:</b> zaaknr. 200.223.811/01
<b>Rechter(s):</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. Van Tuyll van Serooskerken-Roëll</li> <li>• mr. Tromp</li> <li>• mr. Korsten-Krijnen</li> </ul>
<b>Partijen:</b> <p>Commerz Nederland NV te Amsterdam,</p> <p>appellante,</p> <p>advocaten: mr. A. van Hees, mr. R. Wesseling en mr. W.H. van Hemel,</p> <p>tegen</p> <p>Havenbedrijf Rotterdam NV te Rotterdam,</p> <p>geïntimeerde,</p> <p>advocaten: mr. A.A. Kleinhout, mr. A.M. Arnbak en mr. I.M. Braam.</p>
<b>Regelgeving:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• VWEU art. 107</li> <li>• VWEU art. 108</li> <li>• <b><u>BW art. 3:40 lid 3</u></b></li> </ul>
<b>Overige publicaties:</b> <a href="#">ECLI:NL:GHAMS:2019:2263</a>
<b>Rechtsgebied:</b> Burgerlijk procesrecht, Ondernemingsrecht

### Inhoudsindicatie

Garantie, Mededingingsrecht, Verbod op staatssteun, De verleende garantie kan aan de overheid worden toegerekend, Kredietverlener is door garantie begunstigd, Nietigverklaring van de garantie is een passende en proportionele maatregel, Verwijzing naar HvJ EU 8 december 2011, ECLI:EU:C:2011:814 (Residex), Vervolg op HR 26 april 2013, «JOR» 2013/232, m.nt. Ligteringen, tevens behorend bij «JOR» 2013/231 en HR 27 mei 2016, «JOR» 2016/258, m.nt. Van Leuken

### Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

### Samenvatting

Vast staat dat het verlenen door geïntimeerde van (elk van) de garanties aan appellante de inzet van staatsmiddelen in de zin van art. 107 lid 1 VWEU inhoudt.

De eerste vraag is of de door X – als enig bestuurder en als zodanig extern bevoegde vertegenwoordiger van geïntimeerde – aan appellante verleende garantie van 4 juni 2004 moet worden toegerekend aan de gemeente (en daarmee aan Nederland als lidstaat). Geïntimeerde heeft onder meer aangevoerd dat – naast de omstandigheden dat de gemeente door haar aandeelhouderschap en door de statutaire bepalingen een sterke invloed had op het reilen en zeilen van geïntimeerde, dat die invloed in de praktijk werd uitgeoefend door het benoemen van de enig bestuurder en van de leden van de RvC van geïntimeerde, en dat de statutaire doelstelling van geïntimeerde in geen enkel opzicht vergelijkbaar is met die van een commerciële onderneming – van belang is dat de garantie die op 4 juni 2004 door geïntimeerde aan appellante is verleend, op 22 juni 2004 door de RvC van geïntimeerde is goedgekeurd. Uit de feiten en omstandigheden volgt echter niet dat de achteraf gegeven goedkeuring van de RvC niet van belang is. Waar het immers om gaat, is of de gemeente op de een of andere manier bij de verlening van de garantie van 4 juni 2004 door X als (enig) bestuurder van geïntimeerde was betrokken. De organieke banden tussen geïntimeerde en de gemeente lijken er in principe al op te wijzen dat dit in casu het geval is of dat het onwaarschijnlijk is dat dit niet het geval is. De RvC heeft immers op 22 juni 2004 de garantieverlening goedgekeurd. Deze goedkeuring bevestigt waar de organieke banden tussen geïntimeerde en de gemeente al op wezen. Uit de goedkeuring volgt dat de gemeente niet alleen op papier de mogelijkheid had geïntimeerde te controleren, maar dat deze controle in dit concrete geval ook daadwerkelijk werd uitgeoefend. De leden van de RvC waren immers benoemd door de gemeente om toezicht te houden, in de statuten van geïntimeerde is bepaald dat besluiten van het bestuur omtrent het verbinden van de vennootschap voor schulden van anderen dan afhankelijke maatschappijen, hetzij door borgtocht, hetzij op andere wijze, aan de goedkeuring van de RvC zijn onderworpen en uit de goedkeuring van 22 juni 2004 blijkt dat de garantieverlening van 4 juni 2004, zij het achteraf, niet alleen daadwerkelijk aan de goedkeuring van de RvC is onderworpen, maar ook expliciet zijn instemming had. Gegeven het feit dat de garantieverlening op deze wijze is gesanctioneerd, wordt uit het gehele samenstel van aanwijzingen afgeleid dat de gemeente bij het verlenen van de onderhavige garantie betrokken was of dat onwaarschijnlijk is dat zij daarbij niet betrokken was. Al het voorgaande leidt tot de slotsom dat aan het toerekenbaarheidsvereiste is voldaan. De garantieverlening van 4 juni 2004 moet dus aan de gemeente (en daarmee aan Nederland als lidstaat) worden toegerekend in de zin van art. 107 lid 1 VWEU.

Dat betekent dat thans moet worden onderzocht of wat betreft die garantie ook aan het begunstigingsvereiste is voldaan. Uitgangspunt is dat (in ieder geval) RDM Vehicles als kredietnemer door middel van de garantie van 4 juni 2004 is begunstigd. De vraag of (ook) appellante is begunstigd, moet worden beoordeeld naar het tijdstip waarop de specifieke garantie is verleend (in dit geval dus 4 juni 2004). Voor de beantwoording van deze vraag is van belang dat voor garanties specifieke overwegingen gelden om te bepalen of de lening- en garantievoorzwaarden marktconform zijn. Uit de overweging van HR 26 april 2013, «JOR» 2013/232, m.nt. Ligtingen, tevens behorend bij «JOR» 2013/231 dat het stellen van een garantie een zelfstandige rechtshandeling is, en de overweging van HR 27 mei 2016, «JOR» 2016/258, m.nt. Van Leuken dat de vraag of door verstrekking van een garantie sprake is van begunstigende staatssteun moet worden beoordeeld naar het tijdstip waarop de garantie wordt verstrekt, in onderlinge samenhang bezien, volgt dat het feit dat er een verband is tussen de garanties van 5 november 2003 en 4 juni 2004 niet van doorslaggevende betekenis is voor de in dezen te nemen beslissing. Een dergelijke betekenis komt potentieel wel toe aan de door geïntimeerde aangevoerde omstandigheid dat de – voor de verzelfstandiging van het havenbedrijf – door GHR verleende garantie van 5 november 2003 niet geldig is omdat X niet bevoegd was die garantie te verlenen. Immers, indien die stelling juist is, en de onbevoegdheid van X aan appellante kan worden tegengeworpen, is deze garantie achteraf ter dekking van het reeds op 5 november 2003 aan RDM Vehicles verstrekte krediet verleend, zonder dat de voorwaarden van dat krediet overigens werden aangepast en heeft het krediet (honderd procent) meer zekerheid gekregen doordat het tot dan toe ongedekt was. In dat geval is (zonder meer) aan het begunstigingsvereiste voldaan. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat de vraag of (ook) appellante door de garantieverlening van 4 juni 2004 is begunstigd, bevestigend wordt beantwoord.

In HvJ EU 8 december 2011, ECLI:EU:C:2011:814 (Residex) is in essentie geoordeeld dat de nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn om een staatsgarantie op grond van art. 108 lid 3 VWEU nietig te verklaren in een situatie waarin een onwettige steunmaatregel tot uitvoering is gebracht door middel van een door de overheid verstrekte garantie ter dekking van een lening die door een financiële maatschappij is toegekend aan een onderneming die een

dergelijke financiering niet tegen normale marktvoorwaarden had kunnen verkrijgen. Aan deze voorwaarden is in dit geval voldaan. Art. 108 lid 3 VWEU verzet zich niet principieel tegen het uitspreken van partiële nietigheid van een rechtshandeling. Art. 108 lid 3 VWEU strekt immers niet zonder meer ertoe de geldigheid van een daarmee strijdige garantieverstrekking aan te tasten (als bedoeld in **art. 3:40 lid 3 BW**), doch slechts indien nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de garantieverstrekking wordt hersteld. Voor partiële nietigheid of vermindering van de vordering van appellante met het bedrag aan steun of wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling als door appellante bepleit, is in deze zaak echter geen plaats. Hiervoor is het volgende redengevend. Wat de omvang van de steun is, moet worden beoordeeld op het tijdstip waarop de garantie werd verstrekt. In dit geval werd op het tijdstip van de garantieverlening (4 juni 2004) honderd procent van het uitstaande Vehicles-krediet gedekt, terwijl dat krediet tot dat moment ongedekt was en de voorwaarden van dat krediet overigens niet werden aangepast. Ten tijde van de garantieverlening hadden echter al trekkingen onder het krediet plaatsgevonden van in totaal € 19.351.621,59 en was appellante vanwege de bestaande onzekere situatie na het faillissement van RDM Technology BV niet zonder meer bereid verdere trekkingen onder het krediet toe te staan. Het gegarandeerde bedrag was dus omvangrijk en het risico van de garantie was groot. Onder deze (uitzonderlijke) omstandigheden is alleen (integrale) nietigverklaring van de garantie van 4 juni 2004 een passende (effectieve) en proportionele maatregel om het doel van art. 108 lid 3 derde zin VWEU te bereiken. Deze nietigverklaring draagt eraan bij dat aan appellante – als begunstigde van de staatssteun – het economische voordeel wordt ontnomen dat zij door de garantieverlening in strijd met het Unierecht heeft verkregen. Bovendien wordt verdere begunstiging van appellante erdoor voorkomen.

## Uitspraak

(...; *red.*)

### 2. Feiten

Het hof verwijst voor de feiten naar rov. 3.1 van het tussenarrest van de Hoge Raad (HR 26 april 2013, «JOR» 2013/232, m.nt. Ligteringen; *red.*). Aangevuld met de feiten die door het verwijzingsarrest van belang zijn geworden en als enerzijds gesteld en anderzijds niet of niet voldoende betwist zijn komen vast te staan, gaat het hof uit van het volgende.

2.1. Een besluit van 22 december 1994 van de raad van de gemeente Rotterdam (hierna ook: de raad respectievelijk de Gemeente), getiteld Delegatiebesluit 1995 (hierna: het Delegatiebesluit 1995), gepubliceerd in het Gemeenteblad 1994, nummer 183, houdt, voor zover van belang, het volgende in:

“De Raad der gemeente Rotterdam,

(...)

#### Artikel 1.

Aan burgemeester en wethouders wordt, binnen de in dit besluit aangegeven begrenzings, gedelegeerd de bevoegdheid tot:

a. het aangaan, uitvoeren, wijzigen en beëindigen van obligatoire overeenkomsten, met dien verstande dat de bevoegdheid tot:

(...)

5. het sluiten van borgtochtovereenkomsten is beperkt tot die welke strekken ter uitvoering van raadsbesluiten.

(...)”

2.2. In de artikelsgewijze toelichting bij het Delegatiebesluit, eveneens gepubliceerd in het Gemeenteblad 1994,

nummer 183 is, voor zover van belang, het volgende vermeld:

“(…)

*Artikel 1.*

(…)

*Onderdeel a.*

(…)

In dit verband is (...) van belang dat de delegatie is begrensd zowel door de in dit onderdeel opgenomen uitzonderingen als door de in artikelen 2 en 3 bedoelde begrenzing.

(…)

Ook het in de onderdelen a.2 tot en met a.5 gestelde houdt een beperking in van de in de aanhef van onderdeel a aan burgemeester en wethouders gedelegeerde bevoegdheden.

(…)

Ook de borgtochtovereenkomst is begrepen onder de aanhef van onderdeel a. De beperking houdt in dat ons college borgtochtovereenkomsten slechts kan sluiten indien uw raad tot garantstelling heeft besloten.(…)”

2.3. Een besluit van 23 oktober 2001 van het college van burgemeester en wethouders van de Gemeente (hierna ook: B en W), getiteld Integraal mandaat- en volmachtbesluit (hierna: het IMV 2001), gepubliceerd in het Gemeentebblad 2001, nummer 103, houdt, voor zover van belang, het volgende in:

“(…)

Burgemeester en wethouders van Rotterdam,

(…)

overwegende, dat het om redenen van doelmatigheid wenselijk is, hun daarvoor in aanmerking komende bevoegdheden op te dragen aan aan hun college ondergeschikte ambtenaren of aan anderen;

met inachtneming van de begrenzing van hun bevoegdheden in het Delegatiebesluit 1995 (...);

Besluiten:

ALGEMEEN DEEL

I. Op te dragen:

(…)

BIJZONDER DEEL

(…)

aan 08. de directeur van het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam om in naam en onder verantwoordelijkheid van hun college ter vervulling van de taak van het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam te beslissen omtrent:

(...)

08.03 het aangaan, uitvoeren, wijzigen en beëindigen van obligatoire overeenkomsten (...)

KORTE TOELICHTING BIJ HET INTEGRAAL MANDAAT- EN VOLMACHTBESLUIT.

ALGEMEEN.

Wat moet worden verstaan onder mandaat en volmacht?

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) verstaat onder mandaat: de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen en onder volmacht verstaat deze wet de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten.

Omdat de Awb voorts bepaalt dat de bepalingen omtrent het mandaat van overeenkomstige toepassing zijn op de volmacht, wordt in deze toelichting alleen nog maar gesproken over mandaat en is het geschrevene tevens toepasselijk op de volmacht.

(...)

Het behoeft uiteraard geen betoog dat de gemandateerde moet blijven binnen de grenzen van zijn mandaat.

(...)"

2.4. Met ingang van 7 maart 2002 is de Gemeentewet gewijzigd en is het zogenaamde duale stelsel ingevoerd (Wet van 28 februari 2002, Stb. 2002, nr. 111). **Art. 160 lid 1 aanhef en onder e Gemeentewet** bepaalt sindsdien (anders dan de tevoren geldende wet) dat het college van burgemeester en wethouders van een gemeente bevoegd is tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten. In verband daarmee heeft de raad bij besluit van 25 september 2003 een nieuw delegatiebesluit vastgesteld, onder intrekking (met terugwerkende kracht tot 1 augustus 2003) van het Delegatiebesluit 1995. Het IMV 2001 bleef onverkort van kracht.

2.5. 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 [X] (hierna: [X]), in zijn hoedanigheid van directeur van het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam (hierna: GHR), een tak van dienst van de Gemeente, een garantie afgegeven waarmee GHR zich jegens Commerz garant stelde voor de nakoming van de verplichtingen van RDM Vehicles uit hoofde van het Vehicles-krediet (hierna: de garantie van 5 november 2003).

2.6. Advocatenkantoor Spigthoff (hierna: Spigthoff) heeft in dat verband een *legal opinion* aan Commerz uitgebracht. In de definitieve versie van deze opinie, gedateerd 10 november 2003, wordt, onder de daarin vermelde beperkingen en aannames, verklaard dat de door [X] namens GHR ondertekende garantie voor het Vehicles-krediet *constitute valid, binding and enforceable obligations* van de verstrekker van de garantie.

2.7. Aan deze opinie van Spigthoff ligt een door [X] ondertekend *certificate* ten grondslag. Een eerste versie van dat *certificate*, gedateerd 5 november 2003 (hierna: het *certificate* van 5 november 2003), luidt, voor zover van belang, als volgt:

"(...)

The undersigned, Mr. [X] (...), hereby declares for the benefit of Spigthoff Advocaten en Belastingadviseurs that each of the following statements is true and correct:

1. the undersigned is the director ('hoofd van dienst') of the Rotterdam Port Authority ('Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam');

2. the Municipal Executive of the municipality of Rotterdam has not in any way limited or withdrawn the powers granted to the director of the Rotterdam Port Authority by means of the integral authorization decision ('integraal mandaat- en volmachtbesluit') dated 23 October 2001;

3. the Rotterdam Port Authority has decided to provide a guarantee in respect of the obligations of RDM Vehicles B.V. ('RDMV') in connection with a EUR 25 million loan granted by Commerzbank N.V. on the grounds that the parent company of RDMV has, in return, undertaken towards the Rotterdam Port Authority to prevent its affiliates from being involved in the delivery of submarine related technology to the Republic of China ('Taiwan') and the Rotterdam port will thus be safeguarded from trade sanction by the People's Republic of China that might result from such involvement.

This certificate is issued to Spigthoff Advocaten en Belastingadviseurs in order for them to rely on it in issuing a legal opinion to Commerzbank N.V. in respect of the guarantee referred to herein.

(...)"

De tekst onder punt 3 van het *certificate* van 5 november 2003 verwijst naar – wat door partijen wordt genoemd – “de duikbotenovereenkomst”.

2.8. Na ontvangst van dit *certificate* heeft Commerz Spigthoff gevraagd punt 3 aan te passen. In de tweede aan Commerz verstrekte versie van het *certificate*, gedateerd 10 november 2003, is punt 3 aangepast en is ook de verwijzing in punt 2 naar het IMV 2001 niet teruggekeerd. De tekst van het *certificate* van 10 november 2003 luidt, voor zover van belang, als volgt:

“(…)

The undersigned, Mr. [X] (...), hereby declares for the benefit of Spigthoff Advocaten en Belastingadviseurs that each of the following statements is true and correct:

1. the undersigned is the director ('hoofd van dienst') of the Rotterdam Port Authority ('Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam');

2. the Mayor of Rotterdam has not in any way limited or withdrawn the powers granted to the director of the Rotterdam Port Authority by means of the power of attorney dated 1 March 2000, nor has that power of attorney been amended or altered in any other way;

3. the undersigned does not have any direct or indirect personal interest in the granting of a credit facility by Commerzbank (Nederland) N.V. to RDM Vehicles B.V. or the granting of a guarantee by the Rotterdam Port Authority in respect of the obligations of RDM Vehicles B.V. Such a guarantee is issued in order to further the organisational objects of the Rotterdam Port Authority.

This certificate is issued to Spigthoff Advocaten en Belastingadviseurs in order for them to rely on it in issuing a legal opinion to Commerzbank (Nederland) N.V. in respect of the guarantee referred to herein.

(...)"

2.9. Met ingang van 1 januari 2004 is het havenbedrijf verzelfstandigd door inbreng van GHR in de naamloze vennootschap HbR, waarvan de Gemeente enig aandeelhouder werd. De statuten van HbR zijn neergelegd in een notariële akte van 31 december 2003. De leden van de raad van commissarissen van HbR (hierna ook: de raad van commissarissen) werden benoemd door de Gemeente en de havenwethouder was voorzitter ervan. Art. 25 lid 6 van de statuten luidt, voor zover van belang, als volgt:

“(…) aan de goedkeuring van de raad van commissarissen [zijn] onderworpen besluiten van het bestuur omtrent:

(…)

I. verbinden van de vennootschap voor schulden van anderen dan afhankelijke maatschappijen, hetzij door borgtocht, hetzij op andere wijze;

(...)"

2.10. 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 die bij RDM Technology B.V. waren geplaatst voor oorlogsmateriaal. 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 [X] namens HbR ondertekende garanties van 2 maart 2004 (hierna: de RDM-garanties).

2.11. RDM Technology B.V. is op 26 april 2004 failliet verklaard.

2.12. 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.

2.13. Bij brief van 4 mei 2004 heeft Commerz zich tot de Gemeente gewend in verband met de garantie van 5 november 2003. Tot dan toe was de Gemeente niet op de hoogte van het bestaan van deze garantie. In deze, aan [Y], wethouder Haven, Economie, Werkgelegenheid en Milieu van de Gemeente (hierna: de havenwethouder), gerichte brief is, voor zover van belang, het volgende vermeld:

"(...)

Zoals bekend, is RDM Technology B.V. 26 april jl. in staat van faillissement verklaard.

In dit verband verwijzen wij naar de door onze Bank onder uw garantie aan RDM Vehicles B.V. ('RDM-V') verstrekte kredietfaciliteit d.d. 5 november 2003.

De aan RDM-V verstrekte faciliteit bedraagt 25 miljoen euro.

(...)

Het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam (de Gemeente Rotterdam) staat jegens onze Bank garant voor het gehele bedrag, mitsdien voor 25 miljoen euro. Tot op heden hebben onder het krediet trekkingen plaatsgevonden ten belope van EUR 19.351.621,59,-. Er ligt een verzoek van RDM-V een trekking ten belope van EUR 492.059,65,- toe te staan.

Nu RDM Technology B.V. failliet is, is naar onze mening een situatie ontstaan waarin wij niet zonder meer nieuwe trekkingen onder het krediet aan RDM-V kunnen toestaan. De situatie is daarvoor op dit moment naar onze mening te onzeker (...)

In eerste instantie willen wij de uitkomst van het overleg tussen RDM-V en de Bank afwachten.

Nu echter staat al vast dat, indien wij bereid zouden zijn RDM-V nieuwe trekkingen toe te staan, één van de daaraan verbonden voorwaarden zal zijn dat u als garant uitdrukkelijk verklaart dat (ook) nieuwe trekkingen zonder meer onder de door u gestelde garantie vallen.

(...)"

2.14. In reactie op deze brief heeft drs. [Z], Hoofd Financiën & Control van HbR, bij brief van 18 mei 2004 (kenmerk 167133), voor zover van belang, het volgende aan Commerz bericht:

"(...)

U verzoekt de Gemeente Rotterdam naar aanleiding van uw brief te vernemen.

Het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam (GHR) is per 1 januari 2004 omgevormd tot naamloze vennootschap. Enig aandeelhouder van Havenbedrijf Rotterdam N.V. is de gemeente Rotterdam. Alle rechten en verplichtingen van het GHR zijn overgegaan op Havenbedrijf Rotterdam N.V. Derhalve is Havenbedrijf Rotterdam N.V. ook de wederpartij voor de ten gunste van uw Bank verstrekte garantie.

(...)

Wij zijn van mening dat (...) de uitvoering van de Fennek order adequaat is geborgd.

Gezien het feit dat de continuïteit van de productie door KMW is gegarandeerd en de Nederlandse Rijksoverheid een afname- en betalingsverplichting heeft is er naar onze mening sprake van zakelijk verantwoord handelen en is het risico van niet nakoming van de debt service minimaal. Verder hecht ik eraan op te merken dat de kwaliteit van de garantstelling door de omvorming van het GHR tot Havenbedrijf Rotterdam N.V. materieel geen wijziging ondergaat. (...)"

2.15. Bij brief van 19 mei 2004 heeft de havenwethouder op de brief van 4 mei 2004 van Commerz gereageerd. Deze brief luidt, voor zover van belang, als volgt:

“(...)

Het voormalig Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam is met ingang van 2004 verzelfstandigd tot Havenbedrijf Rotterdam NV. In het kader daarvan zijn de gemeente Rotterdam en Havenbedrijf Rotterdam NV overeengekomen, dat rechten en verplichtingen die verbonden zijn met overeenkomsten als door u aangegeven met ingang van het moment van verzelfstandiging voor rekening van Havenbedrijf Rotterdam NV komen. Zonder overigens thans een oordeel te geven over de door u genoemde garantstelling als zodanig, verwijs ik u voor deze aangelegenheid dan ook naar Havenbedrijf Rotterdam NV. In dat verband verwijs ik gaarne naar de brief d.d. 18 mei 2004 (kenmerk 167133) van het Hoofd Financiën & Control van Havenbedrijf Rotterdam NV, waarin laatstgenoemde aangeeft dat Havenbedrijf Rotterdam NV wederpartij is voor de ten gunste van uw bank verstrekte garantie.

Een kopie van dit schrijven zend ik aan de Algemeen directeur van Havenbedrijf Rotterdam NV.

(...)"

2.16. Op 4 juni 2004 heeft [X], nu in zijn hoedanigheid van enig bestuurder van HbR, ten behoeve van Commerz een (nieuwe) garantie voor het Vehicles-krediet verleend (hierna: de garantie van 4 juni 2004). Daartegenover heeft Commerz jegens GHR afstand gedaan van haar rechten uit de garantie van 5 november 2003.

2.17. Naar aanleiding van de, in rov. 2.13 genoemde, brief van Commerz aan de Gemeente van 4 mei 2004 hebben B en W een ambtelijk onderzoek laten instellen. Bij brief van 22 juni 2004 hebben B en W hierover vertrouwelijk aan de Commissie tot Onderzoek Rekening bericht. Die brief bevat, voor zover van belang, de volgende bevindingen aangaande deze garantstelling:

“(...)

Op 1 juni 2004 berichtte de wethouder Haven, Economie, Werkgelegenheid en Milieu (HEWM) uw Commissie in antwoord op vragen over RDM in relatie tot de jaarrekening 2003 van het (voormalig) Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam (GHR). In dat kader maakte wethouder HEWM melding van een recent gebleken mogelijke gemeentelijke garantstelling ten behoeve van RDM Vehicles B.V., een dochtervennootschap van RDM Holding N.V. De wethouder zegde u nadere informatie toe, aan welke toezegging wij thans gevolg geven.

(...)

*Garantstelling*



(...)

De garantstelling was ons college met inbegrip van wethouder HEWM tot voor kort niet bekend.

In het kader van de verzelfstandiging van GHR tot HbR NV zijn gemeente en HbR NV overeengekomen, dat dit type verplichtingen van de gemeente is over gegaan op HbR NV. In dit geval heeft de Commerzbank inmiddels ingestemd met overdracht van de garantstelling aan HbR NV. Daarmee is de gemeente thans niet direct belast met mogelijke risico's van de garantstelling.

(...)

### *Jaarrekening 2003 GHR en gemeenterekening 2003*

In onderling overleg hebben Bestuursdienst, Accountantsdienst Rotterdam (ADR) en Havenbedrijf Rotterdam N.V. gezien of de na balansdatum gebleken garantstelling consequenties moest hebben voor de jaarrekening 2003 GHR en de gemeenterekening 2003. Deze vraag is ontkennend beantwoord. Een van de argumenten hiervoor is dat, indien de afgegeven garantie op balansdatum bekend was geweest, er geen directe aanleiding bestaan had om een voorziening te treffen. De voorziening had wel in het GHR-jaarverslag vermeld moeten worden.

### *Bevoegdheid hoofd van dienst en verantwoordelijkheid burgemeester en wethouders*

Intern juridisch advies maakt duidelijk, dat de algemeen directeur GHR strikt formeel binnen het mandaat inzake private rechtshandelingen is gebleven.

(...)

Achteraf brengen ambtelijke bevindingen ons tot het oordeel, dat materieel slechts beperkt risico heeft bestaan en derhalve geen ingrijpende gevolgen aan de orde zijn. Eveneens achteraf kunnen wij de overwegingen, die aan de verleende garantstelling zelve ten grondslag hebben gelegen, delen.

(...)"

2.18. De garantie die op 4 juni 2004 namens HbR aan Commerz is verleend, is op 22 juni 2004 door de raad van commissarissen van HbR goedgekeurd.

2.19. 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.

2.20. Aangezien op de hiervoor in rov. 2.12 vermelde brieven van 29 april 2004 aan RDM I en RDM II ook geen betaling is gevolgd, heeft Commerz HbR bij brief van 14 oktober 2004 – onder de voor die kredieten verstrekte garanties – aangesproken tot betaling van € 4.869,00 onderscheidenlijk € 14.538,24, met nevenvorderingen. In die brief heeft Commerz HbR aangemaand uiterlijk op 25 oktober 2004 te betalen. Ook deze bedragen heeft HbR niet voldaan.

### **3. De verdere beoordeling van het geding in hoger beroep**

3.1. Voor zover na cassatie en verwijzing nog van belang vordert Commerz veroordeling van HbR tot betaling van de hiervoor in rov. 2.19 en 2.20 genoemde bedragen, met nevenvorderingen. Uitgangspunt bij de verdere beoordeling is dat vaststaat dat het verlenen door HbR van (elk van) de garanties aan Commerz de inzet van staatsmiddelen in de zin van art. 107 lid 1 VWEU inhoudt (zie punt 30 van het prejudiciële arrest).

### **De garantie van 4 juni 2004**

**Toerekening**

3.2. De eerste na cassatie en verwijzing te beantwoorden vraag is of de door [X] – als enig bestuurder en als zodanig extern bevoegde vertegenwoordiger van HbR – aan Commerz verleende garantie van 4 juni 2004 moeten worden toegerekend aan de Gemeente (en daarmee aan Nederland als lidstaat).

3.3. De Hoge Raad heeft in zijn verwijzingsarrest (HR 27 mei 2016, «JOR» 2016/258, m.nt. Van Leuken; *red.*) in dit kader, voor zover van belang, het volgende overwogen:

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

‘31. De toerekenbaarheid aan de Staat in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU van het verlenen van die garanties kan niet worden afgeleid uit het enkele feit dat een door de Staat gecontroleerd openbaar bedrijf die garanties heeft verleend. Zelfs indien de Staat de mogelijkheid heeft om een openbaar bedrijf te controleren en een beslissende invloed op de activiteiten ervan uit te oefenen, rechtvaardigt dit namelijk niet automatisch het vermoeden dat deze

controle in een concreet geval ook metterdaad wordt uitgeoefend. Daarnaast dient te worden nagegaan of de overheid op een of andere manier bij de vaststelling van de maatregelen was betrokken (zie in die zin arrest Frankrijk/Commissie, EU:C:2002:294, punten 50-52).

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

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

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

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

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

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

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

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

3.4.2. Uit deze beantwoording moet worden afgeleid dat het antwoord op de eerste prejudiciële vraag ontkennend luidt:

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

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

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

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

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

(...)"

3.4. Commerz heeft na cassatie en verwijzing aangevoerd dat, naast de door hof Den Haag in rov. 3.8 van zijn eindarrest genoemde omstandigheden (zie het verwijzingsarrest rov. 3.2), door HbR geen verdere feiten en omstandigheden zijn gesteld om tot toerekening aan de Gemeente te kunnen concluderen. Aan het gegeven dat de wel door HbR gestelde omstandigheden blijkens rov. 3.5 van het verwijzingsarrest door de Hoge Raad onvoldoende zijn bevonden, verbindt zij de conclusie dat het beroep op staatsteun van HbR faalt en dat de vorderingen van Commerz daarom voor toewijzing gereed liggen.

3.5. HbR heeft onder meer aangevoerd dat – naast de door hof Den Haag blijkens rov. 3.8 van zijn eindarrest in zijn beoordeling betrokken omstandigheden – van belang is dat de garantie die op 4 juni 2004 door HbR aan Commerz is verleend op 22 juni 2004 door de raad van commissarissen van HbR is goedgekeurd.

3.6. Commerz brengt hiertegen in dat deze goedkeuring zowel om een formele als om een materiële reden buiten beschouwing moet blijven.

3.7. De formele reden waarom de goedkeuring door de raad van commissarissen buiten beschouwing zou moeten blijven, is dat volgens Commerz dit feit in het geding voor cassatie niet door HbR aan haar beroep op staatssteun ten grondslag is gelegd en dat het nu te laat is om dat alsnog te doen. Het hof volgt Commerz daarin niet.

3.8. Juist is dat ingevolge **art. 424 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering**(Rv) de rechter naar wie het geding na cassatie is verwezen de zaak moet behandelen in de stand waarin deze zich bevond toen de door de Hoge Raad vernietigde uitspraak werd gewezen. Het hof is daarom gebonden aan de in de vernietigde uitspraak gegeven beslissingen die in cassatie niet of tevergeefs zijn bestreden. Deze uitgangspunten brengen tevens mee dat in dit geding na cassatie en verwijzing in beginsel geen plaats is voor het aanvoeren van nieuwe feiten en omstandigheden.

3.9. Van het aanvoeren van nieuwe feiten en omstandigheden is echter geen sprake. HbR heeft immers vanaf het begin van dit geding betoogd dat de garantie van 4 juni 2004 aan de overheid kan worden toegerekend. Daarbij heeft zij toegelicht dat naar haar mening de feitenconstellatie in deze zaak in geen enkel opzicht te vergelijken is met die welke ten grondslag lag aan het arrest Frankrijk/Commissie, HvJ EU 16 mei 2002, C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294 (“Stardust Marine”) omdat er in de onderhavige zaak veel meer aanwijzingen zijn van betrokkenheid van de Gemeente. HbR heeft voor cassatie ook het feit van de goedkeuring door de raad van commissarissen al genoemd (zie onder meer haar memorie van antwoord onder 233). Dat feit is bovendien tussen partijen niet in geschil. Na cassatie en verwijzing heeft HbR in het verlengde daarvan haar stellingen slechts nader gepreciseerd. In zoverre is dus geen sprake van een nieuw feit, noch van een nieuwe dan wel tardieve stellingname of van een anderszins onaanvaardbare koerswijziging. Bovendien heeft Commerz zich tegen een en ander naar behoren kunnen verweren. Het beroep van Commerz op de tweeconclusieregel, de beperkingen die eigen zijn aan de procedure na cassatie en verwijzing en de eisen van een goede procesorde wordt daarom verworpen.

3.10. De materiële reden waarom de goedkeuring door de raad van commissarissen volgens Commerz buiten beschouwing zou moeten blijven, houdt in essentie in dat die goedkeuring volgens Commerz voor de beoordeling niet relevant is.

3.11. Commerz heeft daartoe ten eerste aangevoerd dat het tijdstip waarop de garantie is verleend bij de beoordeling doorslaggevend is (terwijl de goedkeuring pas later is gegeven). Deze stelling van Commerz gaat echter eraan voorbij dat moet worden onderzocht of de Gemeente hetzij is betrokken bij de verlening van de garantie van 4 juni 2004 (of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is), hetzij niet is betrokken bij de verlening van die garantie. Vanwege het risico van ontduiking van de Verdragsregels inzake steun via openbare bedrijven (zoals HbR) en de noodzaak om de doeltreffendheid van de staatssteunregels te waarborgen, behoeft de vereiste betrokkenheid niet te worden aangetoond aan de hand van positief bewijs. Voldoende is dat wordt aangetoond dat het onwaarschijnlijk is dat de overheid niet betrokken was bij de vaststelling van de maatregel (vgl. HvJ EU 13 december 2018, T-167/13, ECLI:EU:T:2018:940, punt 80). In het bijzonder is *elke* aanwijzing relevant waaruit in het concrete geval blijkt dat de overheid hetzij is betrokken bij de vaststelling van een maatregel of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van deze maatregel, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden, hetzij niet is betrokken bij de vaststelling van die maatregel (zie punt 33 van het prejudiciële arrest en zie ook (uitgebreid) de overwegingen in HvJ EU 19 maart 2019, T-98/16, T-196/16 en T-198/16, ECLI:EU:T:2019:167 («JOR» 2019/225, m.nt. Lousse (*FITD/Italië*); *red.*), punt 83 e.v.). Dat de garantie van 4 juni 2004 niet vooraf, maar pas achteraf is goedgekeurd door de raad van commissarissen, is dan ook niet doorslaggevend. Aan de doeltreffendheid van de staatssteunregels zou in hoge mate afbreuk worden gedaan indien zij buiten toepassing zouden kunnen worden verklaard op de enkele grond dat in casu art. 25 lid 6 van de statuten van HbR (zie rov. 2.9 hiervoor) is genegeerd in die zin dat de raad van commissarissen niet van tevoren, maar pas achteraf is geconsulteerd (zie ook punt 36 van het prejudiciële arrest).

3.12. Commerz heeft verder aangevoerd dat in dit geding vaststaat dat [X] civielrechtelijk bevoegd was de garantie van 4 juni 2004 namens HbR te verstrekken, zodat de (statutair vereiste) goedkeuring door de raad van commissarissen niet van invloed is geweest op de geldigheid van die garantie, dat het enige verband tussen de goedkeuring en de overheid is dat de raad van commissarissen door de overheid is benoemd (en de voorzitter de havenwethouder is) en dat de raad van commissarissen onjuist is geïnformeerd door [X] over de achtergrond van de garantie. Commerz heeft voorts aangevoerd dat bij het overleg van Commerz met [X] over het afgeven van een nieuwe garantie – en ook bij de afgifte van deze garantie van 4 juni 2004 zelf – niemand van de Gemeente concreet, feitelijk of op enig andere wijze

betrokken is geweest, in welk verband Commerz ook wijst op eigen stellingen van HbR waaruit volgens haar blijkt dat de garantie nooit zou zijn verstrekt indien die betrokkenheid er wel zou zijn geweest.

3.13. Anders dan Commerz meent, volgt uit deze feiten en omstandigheden echter niet dat de achteraf gegeven goedkeuring van de raad van commissarissen niet van belang is. Waar het immers om gaat, is of de Gemeente op de een of andere manier bij de verlening van de garantie van 4 juni 2004 door [X] als (enig) bestuurder van HbR was betrokken. Zoals uit punt 35 van het prejudiciële arrest volgt, lijken volgens het HvJ EU de door de Hoge Raad beschreven organieke banden tussen HbR en de Gemeente er in principe al op te wijzen dat dit in casu het geval is of dat het onwaarschijnlijk is dat dit niet het geval is. Deze organieke banden zijn door de Hoge Raad echter nog onvoldoende geacht om tot toerekening aan de Gemeente te concluderen. Bij dat oordeel is de Hoge Raad (zo volgt uit rov. 3.5 van zijn tussenarrest) uitgegaan van hetgeen hof Den Haag in rov. 3.10 van zijn eindarrest veronderstellenderwijs heeft aangenomen, te weten dat [X] geheel eigenmachtig optrad, de garantie bewust geheim hield en daarvoor geen goedkeuring aan de raad van commissarissen van HbR heeft gevraagd. Deze veronderstelling blijkt niet in overeenstemming met de feiten te zijn.

3.14. De raad van commissarissen heeft immers op 22 juni 2004 de garantieverlening goedgekeurd. Deze goedkeuring bevestigt hetgeen waar de organieke banden tussen HbR en de Gemeente al op wezen. Uit de goedkeuring volgt dat de Gemeente niet alleen op papier de mogelijkheid had HbR te controleren, maar dat deze controle in dit concrete geval ook daadwerkelijk werd uitgeoefend. De leden van de raad van commissarissen waren immers benoemd door de Gemeente om toezicht te houden, in art. 25 lid 6 van de statuten van HbR is bepaald dat besluiten van het bestuur omtrent het verbinden van de vennootschap voor schulden van anderen dan afhankelijke maatschappijen, hetzij door borgtocht, hetzij op andere wijze, aan de goedkeuring van de raad van commissarissen zijn onderworpen en uit de goedkeuring van 22 juni 2004 blijkt dat de garantieverlening van 4 juni 2004, zij het achteraf, niet alleen daadwerkelijk aan de goedkeuring van de raad van commissarissen is onderworpen, maar ook expliciet zijn instemming had. Gegeven het feit dat de garantieverlening op deze wijze is gesanctioneerd, leidt het hof uit het gehele samenstel van aanwijzingen af dat de Gemeente bij het verlenen van de onderhavige garantie betrokken was of dat onwaarschijnlijk is dat zij daarbij niet betrokken was. De overige feiten en omstandigheden waar Commerz op wijst, kunnen aan dit oordeel niet afdoen. Zelfs indien aangenomen moet worden dat de Gemeente de garantieverlening niet heeft gewild, legt dat onvoldoende gewicht in de schaal omdat dat op zichzelf het bestaan en de geldigheid van de gegeven goedkeuring niet aantast.

3.15. Al het voorgaande leidt tot de slotsom dat aan het toerekenbaarheidsvereiste is voldaan. De garantieverlening van 4 juni 2004 moet dus aan de Gemeente (en daarmee aan Nederland als lidstaat) worden toegerekend in de zin van art. 107 lid 1 VWEU.

### **Begunstiging**

3.16. Het oordeel dat sprake is van toerekenbaarheid van de garantie van 4 juni 2004 aan de overheid in de zin van art. 107 lid 1 VWEU betekent gezien het verwijzingsarrest dat thans moet worden onderzocht of wat betreft die garantie ook aan het begunstigingsvereiste is voldaan.

3.17. De Hoge Raad heeft in zijn verwijzingsarrest, voor zover van belang, daarover het volgende overwogen:

“(…)

3.8.1. In zijn arrest van 8 december 2011, zaak C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, NJ 2012/124 (Residex) heeft het HvJEU, naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Hoge Raad met betrekking tot een identieke kwestie als in de onderhavige zaak door onderdeel 3 aan de orde wordt gesteld, als volgt overwogen.

Het HvJEU benadrukt (punten 33 en 34) dat de vaststelling dat een steunmaatregel onwettig is, tot ongedaanmaking door middel van de terugvordering daarvan dient te leiden ‘teneinde de vroegere toestand te herstellen’, en dat ‘het hoofddoel’ van de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun erin is gelegen de verstoring van de mededinging, die voortkomt uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft, op te heffen. Daarom is het volgens de punten 37 en 43 ‘strikt noodzakelijk’ dat wordt vastgesteld wie de begunstigde(n) van

de steun is (zijn), aangezien bij steun in de vorm van een garantie hetzij de kredietgever, hetzij de kredietnemer, hetzij beiden begunstigd kunnen zijn. Hoewel aangaande de nietigheid van de garantie wordt opgemerkt dat het Unierecht niet ertoe verplicht 'een welbepaalde consequentie te verbinden aan de geldigheid van de handelingen ter uitvoering van de steun' (punt 44), dienen de maatregelen die de nationale rechter in geval van inbreuk op art. 88 lid 3 EG (thans art. 108 lid 3 VWEU) treft, ertoe te strekken om de mededingingssituatie van vóór de steunmaatregel te herstellen, zodat de rechter ervoor moet zorgen dat deze doelstelling met de maatregelen die hij ten aanzien van de geldigheid van genoemde handelingen treft, kan worden bereikt (punt 45). Daarom moet de nationale rechter nagaan of de nietigverklaring van de garantie, gelet op de omstandigheden van het geval, 'met het oog op dit herstel' doeltreffender kan zijn dan andere maatregelen (punt 46). De rechter kan, 'bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen', overgaan tot nietigverklaring van de verstrekte garantie 'indien hij van oordeel is dat (...) die nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de verstrekking van genoemde garantie wordt hersteld' (punt 48).

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

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

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

3.18. Uitgangspunt in dit geding is dat (in ieder geval) RDM Vehicles als kredietnemer door middel van de garantie van 4 juni 2004 is begunstigd (zo volgt uit rov. 3.8.2 van het verwijzingsarrest). Uit rov. 3.8.3 van het verwijzingsarrest volgt dat de vraag of (ook) Commerz is begunstigd, moet worden beoordeeld naar het tijdstip waarop de specifieke garantie is verleend (in dit geval dus 4 juni 2004). Voor zover in het standpunt van Commerz besloten ligt dat van 5 november 2003 moet worden uitgegaan, is dat onjuist.

3.19. Voor de beantwoording van de vraag of Commerz als kredietgever als begunstigde van de garantie van 4 juni 2004 kan worden aangemerkt, is van belang dat voor garanties specifieke overwegingen gelden om te bepalen of de lening- en garantievooraanmarken marktconform zijn. In dat kader is de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties (PbEU 2008/C 155/02) relevant (hierna ook: de mededeling inzake garanties). In paragraaf 2.3.1 van deze mededeling staat over steun aan een kredietgever vermeld:

"Hoewel de kredietnemer gewoonlijk de begunstigde van de steun is, valt niet uit te sluiten dat de steun in bepaalde

omstandigheden ook rechtstreeks de kredietgever ten goede komt. Met name wanneer een staatsgarantie bijvoorbeeld achteraf ter dekking van een reeds aangegane lening of andere financiële verplichting wordt verstrekt zonder dat de voorwaarden van die lening of financiële verplichting worden aangepast (...) kan er ook sprake zijn van steun aan de kredietgever, in zoverre de lening meer zekerheid verkrijgt (...).”

3.20. HbR heeft aangevoerd dat de situatie die is omschreven in paragraaf 2.3.1 van voormelde mededeling zich voordoet. Volgens HbR is Commerz door de garantie van 4 juni 2004 begunstigd, kort samengevat, aangezien deze garantie in de plaats is gekomen van de op 5 november 2003 namens GHR afgegeven garantie terwijl die garantie ongeldig was omdat [X] niet bevoegd was die garantie te verlenen.

3.21. Commerz heeft bestreden dat zij begunstigde van de steun is. Zij heeft dat in hoger beroep als volgt toegelicht. Niet van belang is dat de garantie van 5 november 2003 mogelijk ongeldig is, want niemand was zich daarvan op 4 juni 2004 bewust en de voorwaarden van het krediet zijn dan ook altijd in overeenstemming geweest met de voorwaarden voor een volledig gezekeerd krediet. Partijen (Commerz en HbR) namen destijds tot uitgangspunt dat de garantie van 5 november 2003 afdwingbaar was. Tegen deze achtergrond was bij de afgifte van de garantie van 4 juni 2004 sprake van marktconform handelen. Ook overigens is de garantie van 4 juni 2004 slechts een juridisch technische stap geweest in verband met de verzelfstandiging van het havenbedrijf die, als zuiver formele stap, staatssteunrechtelijk niet relevant is.

3.22. Het hof overweegt als volgt. Uit de overweging van de Hoge Raad in rov. 3.4 van zijn tussenarrest dat het stellen van een garantie een zelfstandige rechtshandeling is, en de overweging in rov. 3.8.3 van zijn verwijzingsarrest dat de vraag of door verstrekking van een garantie sprake is van begunstigende staatssteun moet worden beoordeeld naar het tijdstip waarop de garantie wordt verstrekt, in onderlinge samenhang bezien, volgt dat het feit dat er een verband is tussen de garanties van 5 november 2003 en 4 juni 2004 niet van doorslaggevende betekenis is voor de in dezen te nemen beslissing. Een dergelijke betekenis komt potentieel wel toe aan de door HbR aangevoerde omstandigheid dat de – voor de verzelfstandiging van het havenbedrijf – door GHR verleende garantie van 5 november 2003 niet geldig is omdat [X] niet bevoegd was die garantie te verlenen. Immers, indien die stelling juist is, en de onbevoegdheid van [X] aan Commerz kan worden tegengeworpen (hetgeen hierna zal worden onderzocht), is deze garantie achteraf ter dekking van het reeds op 5 november 2003 aan RDM Vehicles verstrekte krediet verleend, zonder dat de voorwaarden van dat krediet overigens werden aangepast en heeft het krediet (honderd procent) meer zekerheid gekregen doordat het tot dan toe ongedekt was. In dat geval is mede gelet op de hierna in rov. 3.46 te bespreken situatie waarin die garantie werd verstrekt (zonder meer) aan het begunstigingsvereiste voldaan. De stellingen van Commerz kunnen daar geen verandering in brengen. Dat Commerz en HbR bij het aangaan van de garantie van 4 juni 2004 er (mogelijk) van zijn uitgegaan dat de garantie van 5 november 2003 geldig was, is in dit verband, gezien doel en strekking van art. 107 VWEU, niet van belang.

### **Geldigheid garantie van 5 november 2003**

3.23. Commerz heeft aangevoerd dat van ongeldigheid van de garantie van 5 november 2003 geen sprake is. Volgens haar ontleende [X] als directeur van GHR zijn bevoegdheid om die garantie te verlenen aan art. 08.03 van het IMV 2001.

3.24. Het hof stelt voorop dat een garantieverlening een privaatrechtelijke rechtshandeling is. [X] was op 5 november 2003 – als directeur van GHR – slechts bevoegd tot deze privaatrechtelijke rechtshandeling van de Gemeente te besluiten voor zover hij daarbij binnen de grenzen van het door B en W aan hem verleende mandaat bleef. Het hof verwijst in dit verband ook naar de toelichting bij het IMV 2001, zoals geciteerd in rov. 2.3. Aan het bepaalde in **art. 171 Gemeentewet** omtrent de vertegenwoordiging van de Gemeente behoeft geen bijzondere aandacht te worden besteed, gelet op hetgeen nu volgt.

3.25. Het mandaat dat door B en W aan [X] was verleend, was blijkens de considerans van het IMV 2001 in verbinding met art. 1 onderdeel a.5 van het Delegatiebesluit 1995 beperkt tot het sluiten van borgtochtovereenkomsten die strekten ter uitvoering van raadsbesluiten (zie rov. 2.1-2.3). Vaststaat dat een zodanig raadsbesluit ontbreekt. Commerz meent dat dit niet relevant is omdat volgens haar bedoeld onderdeel a.5 van het Delegatiebesluit 1995 slechts de verplichting inhield dat B en W zich dienden te verzekeren van politieke dekking van de raad alvorens tot een borgstelling te



besluiten en dat onderdeel a.5 verder geen betekenis had voor de aan B en W gedelegeerde (en vervolgens aan [X] gemandateerde) bevoegdheden. Dit betoog wordt verworpen. Ook blijktens de artikelsgewijze toelichting bij het Delegatiebesluit 1995 houdt art. 1 onderdeel a.5 immers niet louter een politieke verplichting in, maar gaat het om een begrenzing van de in art. 1 aanhef en onder a van het Delegatiebesluit 1995 aan B en W gedelegeerde bevoegdheden.

3.26. Anders dan Commerz meent, leidt de in rov. 2.4 genoemde wijziging van de Gemeentewet en het aldaar vermelde intrekken van het Delegatiebesluit 1995 niet ertoe dat [X] daarna wel bevoegd was (zelfstandig) te besluiten tot het aangaan van garanties. Het IMV 2001 was ten tijde van het verlenen van de garanties immers onverkort van kracht en noch de bedoelde wetwijziging, noch het intrekken van het Delegatiebesluit 1995 heeft de mandatering van bevoegdheden in het IMV 2001 aan de daarin genoemde personen veranderd, laat staan uitgebreid. Die wetwijziging en dat intrekken laten namelijk onverlet dat bij het IMV 2001 uitsluitend bevoegdheden van B en W zijn gemandateerd met inachtneming van de begrenzingen daarvan in het Delegatiebesluit 1995, waarnaar het IMV 2001 is blijven verwijzen. De stelling van Commerz dat die begrenzingen als gevolg van de invoering van het duale stelsel op 7 maart 2002 automatisch niet meer golden, volgt het hof niet. Een gemandateerde kan enkel meer bevoegdheden krijgen, indien de mandaatgever daartoe expliciet besluit. Gesteld noch gebleken is dat B en W na de invoering van het duale stelsel hebben besloten de bevoegdheden van [X] uit te breiden, laat staan dat zij [X] de bevoegdheid hebben verleend zelfstandig te besluiten tot het aangaan van garanties. De in het Delegatiebesluit 1995 vermelde begrenzingen, met inbegrip van de bepaling dat de bevoegdheid van B en W tot het aangaan van overeenkomsten van borgtocht was beperkt tot overeenkomsten strekkend tot uitvoering van raadsbesluiten, zijn derhalve bepalend gebleven voor de omvang van de bij het IMV 2001 gemandateerde bevoegdheden en, hiermee, voor de omvang van het mandaat van [X]. Dat de Gemeentewet sinds 7 maart 2002 bepaalt dat B en W (en niet de raad) bevoegd zijn “tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de gemeente te besluiten” en dat het Delegatiebesluit 1995 ten tijde van het aangaan van de borgtochten als ingetrokken heeft te gelden, maakt dit niet anders en doet niet af aan de overschrijding door [X] van zijn mandaat. Tot eenzelfde oordeel kwam dit hof in het arrest van 30 juni 2009 in de zaak van Barclays Bank PLC tegen de gemeente Rotterdam, [ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ0850](#), rov. 4.17.

### **Schijn van volmachtverlening**

3.27. Commerz heeft een beroep gedaan op schijn van volmachtverlening (in de zin van [art. 3:61 lid 2 BW](#) welk bepaling zich volgens de wetgever goed leent voor overeenkomstige toepassing op het mandaat, zie PG Awb III, p. 436-438). Commerz heeft in dit verband onder meer betoogd dat aan de Gemeente, vanwege stilzitten in reactie op bij haar destijds bekende bevoegdheidsoverschrijdingen van [X], de schijn is toe te rekenen dat [X], als pseudo-vertegenwoordiger, ten aanzien van de garantieverlening van 5 november 2003 bevoegd was.

3.28. HbR heeft dit bestreden en daartoe onder meer aangevoerd dat Commerz zich niet met succes op schijn van volmachtverlening kan beroepen omdat zij niet te goeder trouw was. Volgens HbR wist of behoorde Commerz te weten dat de gang van zaken niet klopte.

3.29. Voor een geslaagd beroep op schijn van volmachtverlening is noodzakelijk dat degene die zich op de gewekte schijn beroept onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend. Deze voorwaarde, in samenhang gezien met het bepaalde in [art. 3:11 BW](#), betekent dat wanneer de wederpartij van de pseudovertegenwoordigde reden heeft om te twifelen, zij zich door onderzoek van de werkelijke toestand op de hoogte behoort te stellen. Het zal van de omstandigheden afhangen welk onderzoek – te beginnen met het vragen van nadere inlichtingen aan de wederpartij – van haar kan worden geveerd. Daarbij zal onder meer van belang zijn welke aanleiding tot twijfel bestond. Ook zullen een rol kunnen spelen het gewicht van de handeling waarbij goede trouw wordt vereist en de druk waaronder die handeling wellicht moest worden verricht (vgl. de toelichting op art. 3:11 BW, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3, p. 1028).

3.30. Commerz is inzake de garantieverlening van 5 november 2003 uitsluitend afgegaan op de opinie's die Spigthoff aan haar heeft afgegeven op basis van (uitsluitend) door [X] afgegeven *certificates*. Zij heeft daarover het volgende naar voren gebracht. Al in de kredietofferte aan RDM Vehicles werd de garantie van het havenbedrijf vermeld. Daarin was ook vermeld dat die garantie vergezeld moest gaan van een legal opinion. Na ondertekening van de garantie door [X] op 5 november 2003, heeft Spigthoff op 7 november 2003 een concept-opinie aan Commerz toegezonden. Daarna

heeft Spigthoff op 10 november 2003 de definitieve versie opgemaakt en heeft Commerz op 11 november 2003 voor het eerst gelden uitgekeerd onder het Vehicles-krediet. Spigthoff trad op als advocaat van GHR en in de legal opinion werd bevestigd dat de in de garantie van 5 november 2003 bedoelde verplichtingen van GHR *valid, binding and enforceable* waren. Nader onderzoek van Commerz was daarom niet noodzakelijk, aldus nog steeds Commerz.

3.31. Partijen strijden over de vraag voor wie Spigthoff in dit verband optrad (GHR of RDM Vehicles) en of Commerz een beroep toekomt op een opinie die pas is afgegeven nadat de garantie van 5 november 2003 al was verstrekt. Deze geschilpunten kunnen verder echter onbesproken blijven, omdat de omstandigheid dat Commerz op de opinie van Spigthoff heeft vertrouwd hoe dan ook voor haar rekening moet blijven, hetgeen het hof als volgt toelicht.

3.32. Vaststaat dat Commerz ten tijde van de garantieverlening van 5 november 2003 uitsluitend contact met [X] heeft gehad. Alleen al dat had Commerz moeten alarmeren. [X] pretendeerde immers een bevoegdheid uit te oefenen die krachtens de Gemeentewet aan B en W toekwam (en onder de verantwoordelijkheid van dat orgaan viel). Het ging bovendien niet om een onbeduidende rechtshandeling. De garantie werd verleend voor een kredietfaciliteit van € 25 miljoen en de kredietfaciliteit werd ter beschikking gesteld aan een derde (te weten een private onderneming). Dat het verlenen van (omvangrijke) garanties ten behoeve van door banken aan derden te verstrekken kredietfaciliteiten niet tot de normale taken van een gemeentelijke dienst als GHR behoort, dat het verlenen van garanties verstreckende gevolgen op financieel gebied kan hebben en dat het niet voor de hand ligt dat de directeur van een gemeentelijk bedrijf zelfstandig (onbeperkt) tot het verlenen van dergelijke garanties bevoegd is, kan Commerz in redelijkheid niet zijn ontgaan. In lijn hiermee was het sluiten van borgtochtovereenkomsten door het Delegatiebesluit 1995 en het IMV 2001 aan restricties onderworpen.

3.33. Tegen deze achtergrond dwong in elk geval de kennisname door Commerz van het *certificate* van 5 november 2003 haar tot nader onderzoek naar de bevoegdheid van [X]. Naar eigen zeggen kon Commerz de verwijzing naar de duikbotenovereenkomst in dat *certificate* niet plaatsen en heeft zij daarom aan Spigthoff gevraagd het *certificate* aan te passen. Gezien het belang van dat *certificate*, dat ten grondslag lag aan de opinie van Spigthoff, komen de gevolgen van die keuze voor haar rekening. Gelet op de twijfels die de gang van zaken bij haar had behoren op te roepen, had Commerz – als hooggekwalificeerde professional – anders behoren te handelen en uiterlijk toen (rechtstreeks) met B en W in contact moeten treden om te onderzoeken of de garantieverlening binnen het mandaat van [X] viel. Dat geldt in het bijzonder nu in dit *certificate* naar het IMV 2001 werd verwezen en namens [X] zelf was opgesteld. Aan de stelling van Commerz dat B en W blijkens onder meer hun (vertrouwelijke) brief van 22 juni 2004 na het bekend worden van de garantieverlening aanvankelijk ervan uitgingen dat [X] “formeel” bevoegd was, en dat navraag daarom niets zou hebben opgeleverd, gaat het hof voorbij. Vaststaat dat Commerz geen navraag heeft gedaan. Commerz heeft daarmee bewust een risico genomen. Nu dat risico zich heeft geopenbaard doordat [X] zijn mandaat heeft overschreden en de Gemeente zich niet gebonden acht, kan Commerz dat risico niet op de Gemeente afwentelen. Commerz kan zich dus niet op schijn van volmachtverlening door toedoen van de Gemeente, of gerechtvaardigd vertrouwen beroepen. Hetgeen Commerz overigens op dit punt heeft aangevoerd, waaronder het arrest Felix-Aruba (HR 27 november 1992, [ECLI:NL:HR:1992:ZB1223](#)), kan niet afdoen aan haar onderzoeksplicht en kan dus niet leiden tot een ander oordeel.

### **Bekrachtiging**

3.34. Commerz heeft verder aangevoerd dat bekrachtiging heeft plaatsgevonden door de brief van de Gemeente van 19 mei 2004, althans dat op grond van die brief sprake is van schijn van bekrachtiging (telkens in de zin van [art. 3:69 BW](#)). Commerz heeft die stelling als volgt toegelicht. De Gemeente had in haar brief van 19 mei 2004 (die een reactie was op de brief van Commerz van 4 mei 2004) aan Commerz moeten meedelen dat de garantie van 5 november 2003 voordien niet bij haar bekend was, dat er een onderzoek naar die garantie liep en dat zij zich in de tussentijd alle rechten voorbehield (dus ook het recht om zich op de onbevoegdheid van [X] te beroepen). Dat is niet gebeurd. In plaats daarvan heeft de Gemeente naar de brief van 18 mei 2004 van HbR verwezen. In die brief heeft HbR vooropgesteld dat zij de wederpartij van Commerz is en dat er voor Commerz geen reden tot zorg is. Bovendien heeft Commerz uit de brief van HbR mogen begrijpen dat HbR erin toestemde dat ook toekomstige trekkingen onder de garantie zouden (blijven) vallen. Omdat de Gemeente in haar reactie naar de brief van HbR heeft verwezen, is de inhoud van die brief volledig aan de Gemeente toe te rekenen, aldus Commerz.

3.35. Bekrachtiging betreft een eenzijdige rechtshandeling van degene in wiens naam is gehandeld met de strekking de onbevoegd in zijn naam verrichte rechtshandeling geldig te maken. Om na te gaan of daarin een bekrachtiging is gelegen, moeten de uitlatingen in de brief van 19 mei 2004 derhalve worden uitgelegd aan de hand van de **art. 3:33 BW** en **3:35 BW**. Daarbij zijn alle omstandigheden van het geval van belang en komt geen beslissend gewicht toe aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de in de brief gebruikte bewoordingen, ook niet als uitgangspunt (vgl. voor dat laatste HR 24 februari 2017, **ECLI:NL:HR:2017:315**, rov. 3.3.2).

3.36. De brief van 19 mei 2004 is uitsluitend afkomstig van de havenwethouder. Uit niets blijkt dat hij tot bekrachtiging bevoegd was. Bovendien is daarin expliciet vermeld dat nog geen oordeel werd gegeven “over de door u genoemde garantstelling als zodanig”. Commerz mocht aan die brief dan ook niet de betekenis toekennen dat daarmee (de schijn werd gewekt dat) de door [X] onbevoegd verrichte rechtshandeling door de Gemeente werd bekrachtigd. Hetgeen Commerz verder over die brief naar voren heeft gebracht, kan niet tot een ander oordeel leiden.

3.37. Voor zover Commerz meent dat de brief van 22 juni 2004 van B en W een (impliciete) bekrachtiging behelst, kan zij ook daarin niet worden gevolgd. Voor bekrachtiging is vereist dat de verklaring houdende bekrachtiging tot de wederpartij is gericht en die wederpartij heeft bereikt (**art. 3:69 BW** in verbinding met de art. 3:33 BW en **3:37 BW**; vgl. HR 3 februari 2017, **ECLI:NL:HR:2017:144**, rov. 3.3). De brief van 22 juni 2004 is met een ander doel geschreven en is duidelijk niet tot Commerz gericht. Bovendien had Commerz GHR voordien (bij brief van 4 juni 2004) al ontslagen uit haar verplichtingen uit de garantie van 5 november 2003, waardoor de verbintenissen die daaruit voortvloeiden teniet waren gegaan en voor bekrachtiging geen aanleiding meer bestond.

### ***Redelijkheid en billijkheid***

3.38. Uit hetgeen hiervoor is geoordeeld, volgt dat de Gemeente niet gebonden is aan de garantie van 5 november 2003. Voor het eerst in de memorie na cassatie en verwijzing heeft Commerz nog aangevoerd dat een beroep op onbevoegdheid van [X] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is gelet op de feiten die wijzen op (schijn van) bekrachtiging. De onderhavige zaak moet door het hof echter worden behandeld in de stand waarin deze verkeerde toen de door de Hoge Raad vernietigde uitspraak werd gewezen. Voor behandeling van deze nieuwe stelling is daarom geen plaats. Bovendien is deze stelling door Commerz onvoldoende toegelicht en slaagt dit betoog dus ook in inhoudelijk opzicht niet.

### ***Tussenconclusie***

3.39. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, in samenhang gelezen met rov. 3.22, volgt dat de vraag of (ook) Commerz door de garantieverlening van 4 juni 2004 is begunstigd, door het hof bevestigend wordt beantwoord. Dat betekent dat thans wordt toegekomen aan de vraag of het beroep van HbR op nietigheid van de garantie van 4 juni 2004 slaagt.

### ***Nietigheid***

#### ***Verjaring***

3.40. Commerz heeft in dit kader – voor het eerst bij pleidooi na cassatie en verwijzing – een beroep op verjaring gedaan. Hierbij speelt een rol dat in Verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2015 L 248/9, hierna: verordening nr. 2015/1589) omtrent de bevoegdheden van de Commissie, voor zover van belang, het volgende is bepaald:

“(…)

Artikel 1

#### ***Definities***

Voor de toepassingen van deze verordening wordt verstaan onder:

(...)

b) 'bestaande steun',

(...)

iv) steun die overeenkomstig artikel 17 van deze verordening als bestaande steun wordt beschouwd;

(...)

c) 'nieuwe steun', alle steun, dat wil zeggen steunregelingen en individuele steun, die geen bestaande steun is, met inbegrip van wijzigingen in bestaande steun;

(...)

f) 'onrechtmatige steun', nieuwe steun die in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU tot uitvoering wordt gebracht;

(...)

## Artikel 17

### *Verjaringstermijn voor de terugvordering van steun*

1. De bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen verjaren na een termijn van tien jaar.

2. Deze termijn gaat in op de dag waarop de onrechtmatige steun als individuele steun of in het kader van een steunregeling aan de begunstigde is verleend. Door elke maatregel van de Commissie of een op haar verzoek optredende lidstaat ten aanzien van de onrechtmatige steun wordt de verjaring gestuit. Na elke stuiting begint de termijn van voren af aan te lopen. De verjaring wordt geschorst, zolang over het besluit van de Commissie een beroep aanhangig is bij het Hof van Justitie van de Europese Unie.

3. Steun ten aanzien waarvan de verjaringstermijn is verstreken, wordt als bestaande steun beschouwd.

(...)"

3.41. Commerz heeft betoogd dat de standstill-verplichting van (de slotzin van) art. 108 lid 3 VWEU de verplichting betreft om de uitvoering van de steunmaatregel op te schorten totdat de in art. 108 lid 2 VWEU bedoelde procedure tot een eindbesluit heeft geleid en in de onderhavige zaak geen doel meer dient, en zelfs niet meer geldt, omdat de aan Commerz verleende steun door het verstrijken van de verjaringstermijn op grond van Verordening (EU) 2015/1589 als bestaande (in plaats van nieuwe) steun wordt beschouwd. Daarom zou het beroep van HbR op staatssteun volgens Commerz moeten worden verworpen.

3.42. HbR heeft aangevoerd dat het hof deze stelling vanwege het (late) stadium van het geding waarin zij naar voren is gebracht, buiten beschouwing moet laten. Dit verweer behoeft geen behandeling. De tienjarige verjaringstermijn van (thans) art. 17 lid 1 verordening nr. 2015/1589 beperkt alleen de bevoegdheden van de Commissie inzake terugvordering van staatssteun in de tijd (vgl. HvJ EU 23 januari 2019, C1387/17, ECLI:EU:C:2019:51, punt 61). Uit vaste rechtspraak van het HvJ EU volgt verder dat de nationale rechterlijke instanties en de Commissie in het systeem voor toezicht op staatssteun aanvullende, maar onderscheiden taken vervullen. Uit de eerdere oordelen in dit arrest, in samenhang met de niet of tevergeefs bestreden oordelen in het eindarrest van hof Den Haag, volgt dat de garantie van 4 juni 2004 door de rechtbank terecht als onrechtmatige steun is aangemerkt. In geval van een vastgestelde inbreuk op art. 108 VWEU moeten de nationale rechterlijke instanties ervoor zorgen dat maatregelen worden getroffen die ertoe leiden of ertoe bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de uitkering van de desbetreffende staatssteun wordt hersteld. Dat de bevoegdheden van de Commissie om de steun terug te vorderen inmiddels (mogelijk) zijn verjaard, kan daar geen verandering in brengen. Het betoog van Commerz slaagt derhalve reeds in inhoudelijk opzicht niet.

***Passende (effectieve) en proportionele maatregel***

3.43. In de Residex-zaak (HvJ EU 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814) is in essentie geoordeeld dat de nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn om een staatsgarantie op grond van art. 108 lid 3 VWEU nietig te verklaren in een situatie waarin een onwettige steunmaatregel tot uitvoering is gebracht door middel van een door de overheid verstrekte garantie ter dekking van een lening die door een financiële maatschappij is toegekend aan een onderneming die een dergelijke financiering niet tegen normale marktvoorwaarden had kunnen verkrijgen (zie de samenvatting van dit arrest in HvJ EU 19 september 2018, C-438/16 P, ECLI:EU:C:2018:737, punt 141). Aan deze voorwaarden is in dit geval voldaan.

3.44. Thans moet het hof beoordelen of en op welke gronden nietigverklaring van de garantie van 4 juni 2004 een passende (effectieve) en proportionele maatregel is (zo volgt ook uit rov. 3.10 van het verwijzingsarrest). Het hof herhaalt dat de Hoge Raad in dat verband in zijn verwijzingsarrest onder meer heeft overwogen:

“(…)

3.8.1. In zijn arrest van 8 december 2011, zaak C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, NJ 2012/124 (Residex) heeft het HvJEU, naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Hoge Raad met betrekking tot een identieke kwestie als in de onderhavige zaak door onderdeel 3 aan de orde wordt gesteld, als volgt overwogen.

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

(...)”

3.45. Het hof onderschrijft op zichzelf het betoog van Commerz dat erop neerkomt dat art. 108 lid 3 VWEU zich niet principieel tegen het uitspreken van partiële nietigheid van een rechtshandeling verzet. Art. 108 lid 3 VWEU sterkt immers niet zonder meer ertoe de geldigheid van een daarmee strijdige garantieverstrekking aan te tasten (als bedoeld in art. 3:40 lid 3 BW), doch slechts indien nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de garantieverstrekking wordt hersteld (zie rov. 3.8.2 van het verwijzingsarrest). Voor partiële nietigheid of vermindering van de vordering van Commerz met het bedrag aan steun of wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling als door Commerz bepleit, is in deze zaak echter geen plaats. Hiervoor is het volgende redengevend.

3.46. Wat de omvang van de steun is, moet worden beoordeeld op het tijdstip waarop de garantie werd verstrekt (vgl. paragraaf 2.1 van de mededeling inzake garanties). In dit geval werd op het tijdstip van de garantieverlening (4 juni 2004) honderd procent van het uitstaande Vehicles-krediet gedekt, terwijl dat krediet tot dat moment ongedekt was en de voorwaarden van dat krediet overigens niet werden aangepast. Ten tijde van de garantieverlening hadden echter al trekkingen onder het krediet plaatsgevonden van in totaal € 19.351.621,59 en was Commerz (zoals blijkt uit haar brief van 4 mei 2004) vanwege de bestaande onzekere situatie na het faillissement van RDM Technology B.V. niet zonder meer bereid verdere trekkingen onder het krediet toe te staan. Het gegarandeerde bedrag was dus omvangrijk en het

riscio van de garantie was groot. Onder deze (uitzonderlijke) omstandigheden is naar het oordeel van het hof alleen (integrale) nietigverklaring van de garantie van 4 juni 2004 een passende (effectieve) en proportionele maatregel om het doel van art. 108 lid 3 derde zin VWEU te bereiken. Deze nietigverklaring draagt eraan bij dat aan Commerz – als begunstigde van de staatssteun – het economische voordeel wordt ontnomen dat zij door de garantieverlening in strijd met het Unierecht heeft verkregen. Bovendien wordt verdere begunstiging van Commerz erdoor voorkomen.

***Derogerende werking redelijkheid en billijkheid; beroep op nietigheid onaanvaardbaar?***

3.47. Subsidiair vraagt Commerz het hof aan de nietigheid geheel of gedeeltelijk de werking te ontzeggen dan wel – naar het hof begrijpt – de garantieovereenkomst te wijzigen op zo'n wijze dat geen strijd (meer) met het staatssteunrecht bestaat en de garantie wel afdwingbaar is. Zij heeft daartoe, kort samengevat, aangevoerd dat door HbR oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de regels van het staatssteunrecht, alsmede dat HbR bij volledige nietigheid van de garantie van 4 juni 2004 in feite zou worden verrijkt ten koste van Commerz (die daardoor aanzienlijk zou worden benadeeld) uitsluitend als gevolg van de omstandigheid dat HbR zelf in strijd met het staatssteunrecht heeft gehandeld. Volgens Commerz is volledige nietigheid onder deze omstandigheden onverenigbaar met de eisen van redelijkheid en billijkheid die op de rechtsverhouding tussen Commerz en HbR van toepassing zijn en bovendien naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

3.48. De Hoge Raad heeft in zijn verwijzingsarrest, in dit kader, voor zover van belang, overwogen:

“3.10. (...) Afhankelijk van het oordeel waartoe het verwijzingshof zal komen, zal in voorkomend geval ook opnieuw beoordeeld moeten worden of het beroep van HbR op een eventuele nietigheid van de garanties naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zulks mede in het licht van de door het verwijzingshof voor eventuele nietigheid gebezigde gronden. (...)”

3.49. In dit verband is relevant dat in de zaak Commissie/Duitsland (HvJ EU 20 september 1990, C-5/89, ECLI:EU:C:1990:320) in punt 16 is overwogen:

“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.”

3.50. Het hof stelt voorop dat de rechter bij toepassing van **art. 6:2 lid 2 BW** en **art. 6:248 lid 2 BW** de nodige terughoudendheid dient te betrachten. Dat geldt in het bijzonder ook in een geval van onrechtmatige steun. Commerz heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die haar vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen. Het is vaste rechtspraak van het HvJ EU dat, gelet op het dwingende karakter van het door de Commissie op grond van artikel 108 VWEU uitgeoefende toezicht op de steunmaatregelen van de staten, ten eerste ondernemingen die steun genieten in beginsel enkel een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun kunnen hebben wanneer deze steun met inachtneming van de procedure van dat artikel is toegekend, en ten tweede een behoedzame marktdeelnemer normaal gesproken in staat zal zijn zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd. Met name kan de begunstigde van een steunmaatregel die onrechtmatig is omdat hij zonder voorafgaande aanmelding bij de Commissie tot uitvoering is gebracht, op dat tijdstip geen gewettigd vertrouwen hebben in de rechtmatigheid van de toekenning van de steun (zie recent nog HvJ EU 5 maart 2019, C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, punt 98 met verdere vindplaatsen). De door Commerz aangevoerde omstandigheden zijn ook overigens geen uitzonderlijke omstandigheden als door het HvJ EU bedoeld. Ook de voor nietigheid gebezigde gronden (zie rov. 3.46) kunnen niet tot het oordeel leiden dat het beroep van HbR op nietigheid van de garanties naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In dit geval is nietigverklaring van de garantie van 4 juni 2004 een passende (effectieve) en proportionele maatregel en mag HbR dus in redelijkheid tot de uitoefening van de uit het staatssteunrecht voortvloeiende bevoegdheden komen. Dat Commerz zich door de toepassing van het Unierecht “enorm” benadeeld voelt, maakt dat niet anders. Het beroep van Commerz op (de derogerende werking van) de redelijkheid en billijkheid wordt daarom verworpen.

3.51. Uit het voorgaande volgt dat ook het beroep van Commerz op détournement de pouvoir faalt. Datzelfde geldt voor i) de stelling van Commerz dat de garantie ten onrechte niet bij de Commissie is aangemeld, ii) het beroep van Commerz op **art. 6:23 BW** en iii) haar stelling dat HbR zich niet op eigen onrechtmatig handelen mag beroepen. In zoverre sluit het hof zich bovendien aan bij de oordelen in het eindarrest van hof Den Haag (zie rov. 5.2) en maakt het hof deze tot de zijne.

### ***Eindconclusie***

3.52. Uit het voorgaande volgt dat de vorderingen van Commerz die steunen op de garantie van 4 juni 2004 niet toewijsbaar zijn omdat die garantieverlening nietig is.

### ***De RDM-garanties***

#### ***Toerekening***

3.53. Ten aanzien van de RDM-garanties heeft Commerz terecht aangevoerd dat HbR – naast de door hof Den Haag in rov. 3.8 van zijn eindarrest vermelde omstandigheden – geen andere omstandigheden heeft gesteld die tot toerekening van deze garanties aan de Gemeente (en daarmee aan Nederland als lidstaat) kunnen leiden. De wel door HbR gestelde omstandigheden zijn door de Hoge Raad in zijn verwijzingsarrest onvoldoende bevonden om tot toerekening aan de Gemeente te concluderen (zie rov. 3.5 van dat arrest). Het beroep op (onrechtmatige) staatssteun wordt ten aanzien van de RDM-garanties daarom verworpen.

#### ***Derogerende werking redelijkheid en billijkheid***

3.54. HbR heeft subsidiair een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid gedaan en daartoe in de kern het volgende aangevoerd. Ten eerste wist of behoorde Commerz te weten dat het (geheel zelfstandig) handelen van [X] niet in orde was. Commerz had moeten weten dat de goedkeuring van de raad van commissarissen van HbR nodig was voor de garantieverlening, maar heeft zich niet ervan vergewist dat die goedkeuring was gegeven. Ten tweede ontbrak normale kredietdocumentatie en heeft Commerz geen onderzoek gedaan naar de inlenende partijen terwijl hun financiële toestand deplorabel was, omdat zij zo goed als insolvent waren. In deze situatie waarin Commerz wist of behoorde te weten dat de kredieten en garanties verdacht waren en dat zij naar alle waarschijnlijkheid een beroep op de garanties zou moeten doen, mag Commerz niet worden beloond voor haar eigen tekortkomingen, laat staan dat zij de gevolgen daarvan mag afwentelen op HbR. Het beroep van Commerz op de garanties is daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, aldus HbR.

3.55. Het hof herhaalt dat de rechter bij toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid de nodige terughoudendheid dient te betrachten. Vaststaat dat HbR door [X] bij het verstrekken van de RDM-garanties bevoegdlijk is vertegenwoordigd zodat de garanties civielrechtelijk bindend zijn voor HbR. Tegen die achtergrond is hetgeen HbR heeft aangevoerd met betrekking tot de RDM-garanties onvoldoende om het beroep op deze garanties naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten.

#### ***Gevorderde bedragen (hoofdsom)***

3.56. HbR heeft de omvang van de in hoofdsom door Commerz gevorderde bedragen van € 4.869,00 en € 14.538,24 niet voldoende gemotiveerd betwist. In hoofdsom is daarom toewijsbaar een bedrag van (in totaal) € 19.407,24.

#### ***Rente***

3.57. Commerz vordert primair de wettelijke handelsrente als bedoeld in **art. 6:119a BW** en subsidiair de contractuele rente over het toe te wijzen bedrag. HbR heeft aangevoerd dat uitsluitend de contractuele rente die is overeengekomen tussen Commerz en de inleners toewijsbaar is.

3.58. De RDM-garanties betreffen geen handelsovereenkomst in de zin van art. 6:119a BW, waardoor de vordering

van Commerz tot toewijzing van de wettelijke handelsrente niet op die (wettelijke) grondslag toewijsbaar is. Dat de wettelijke handelsrente toewijsbaar is, volgt ook niet uit de RDM-garanties zelf. Subsidiair vordert Commerz de contractuele rente. HbR erkent de contractuele rente verschuldigd te zijn. Het hof zal de contractuele rente toewijzen met ingang van de dag die in de vordering van Commerz is vermeld (15 oktober 2004).

## **Diversen**

### **Buitengerechtelijke kosten**

3.59. Art. 8 van de garantieovereenkomsten kent een regeling omtrent kosten. Deze luidt als volgt:

“The Guarantor undertakes toward the Lender to reimburse all costs that the Lender may incur in respect of any default by the Guarantor in the performance of its obligations pursuant to the guarantee.”

3.60. Commerz heeft haar kosten in hoofdsom begroot op een bedrag van € 2.480.932,94. De in art. 8 van de garantie van 4 juni 2004 bedongen kostenvergoeding is vanwege de nietigverklaring van deze garantie niet toewijsbaar. Commerz heeft niet gespecificeerd welk deel van haar kosten een gevolg is van de niet-nakoming door HbR van de RDM-garanties. Vaststaat evenwel dat het belang van deze garanties relatief gering is ten opzichte van het belang van de garantie van 4 juni 2004. De RDM-garanties vertegenwoordigen in hoofdsom een belang van € 19.407,24. Het hof acht een bedrag van € 2.911,00 in dit geval als redelijke schadeloosstelling toewijsbaar als vergoeding voor buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente zoals hierna in de beslissing vermeld.

### **Proceskosten**

3.61. Nu de uitkomst van de procedure in de feitelijke instanties is dat Commerz en HbR over en weer in het ongelijk worden gesteld, zullen de kosten van alle feitelijke instanties worden gecompenseerd, zoals hierna in de beslissing vermeld.

### **Bewijsaanbiedingen**

3.62. De bewijsaanbiedingen van partijen hebben geen betrekking op feiten en omstandigheden die, indien bewezen, tot een andere beslissing in deze zaak kunnen leiden en worden daarom als niet ter zake dienend gepasseerd.

### **Slotsom**

3.63. Uit hetgeen in dit arrest is overwogen, volgt dat de – na cassatie en verwijzing nog van belang zijnde – grieven van Commerz falen voor zover zij zien op de garantie van 4 juni 2004 en slagen voor zover zij zien op de RDM-garanties. Dat leidt tot de navolgende beslissing, waarbij het hof voor de leesbaarheid het vonnis in eerste aanleg geheel zal vernietigen en de beslissing opnieuw zal formuleren.

## **4. Beslissing**

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep,

en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt HbR de sub 12 van de inleidende dagvaarding genoemde bedragen van € 4.869,00 en € 14.538,24 aan Commerz te voldoen, elk van deze bedragen vanaf 15 oktober 2004 te vermeerderen met een rente van 1,5% boven de door Commerz gehanteerde “Basisrente” welke aldus wordt berekend dat de verschuldigde rente steeds na elk kalenderkwartaal bij de hoofdsom wordt geboekt tot aan de dag van de algehele voldoening;

veroordeelt HbR in de buitengerechtelijke kosten van Commerz (...; *red.*);



verklaart de hiervoor vermelde veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

compenseert de kosten van alle feitelijke instanties, in die zin dat ieder van partijen de eigen kosten draagt;

wijst het meer of anders door Commerz gevorderde af.

## Noot

1. In dit arrest verklaart het Hof Amsterdam een garantie nietig die Havenbedrijf Rotterdam NV (HbR) heeft verstrekt ter verzekering van kredieten van (onder meer) Commerz Nederland NV (Commerzbank) aan RDM Vehicles. De nietigheidssanctie was nodig om het voordeel uit onrechtmatige staatssteun als gevolg van de garantie ongedaan te maken. Voor Commerzbank betekent het dat zij de restschuld (€ 19.843.541,80) van het gefailleerde RDM Vehicles niet kan verhalen op HbR en slechts een concurrente restantvordering overhoudt.

2. Het arrest is een nieuwe loot aan de stam van baanbrekende staatssteunarresten die zijn geweest over de garanties die het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam (GHR) en haar geprivatiseerde rechtsopvolger HbR hebben verstrekt om schulden van RDM Vehicles te dekken. Enerzijds de Residex-arresten (HR 28 mei 2010, «**JOR**» **2010/219**; HvJ EU 8 december 2011, ECLI:EU:C:2011:814; HR 26 april 2013, «**JOR**» **2013/231**, m.nt. Ligteringen) en anderzijds de Commerzbank-arresten (HR 26 april 2013, «**JOR**» **2013/232**, m.nt. Ligteringen; HvJ EU 17 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2224 en HR 27 mei 2016, «**JOR**» **2016/258**, m.nt. Van Leuken). Het einde is nog niet in zicht. Ik heb van de griffie van de Hoge Raad begrepen dat Commerzbank (opnieuw) in cassatieberoep is gegaan. In deze noot bespreek ik een aantal onderwerpen die daarin aan bod kunnen komen.

3. *Staatssteun*. Er is sprake van staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU indien (i) met middelen afkomstig van de Staat (ii) een voordeel wordt verschaft (iii) aan een of meer (het criterium van selectiviteit) (iv) ondernemingen waardoor de mededinging alsmede de handel tussen lidstaten van de EU worden beïnvloed. Voor een overheidsbedrijf, zoals HbR, houdt voorwaarde (i) in dat het de beschikking heeft over staatsmiddelen, en het gebruik van die staatsmiddelen *toerekenbaar* is aan de Staat.

4. Niet alle staatssteun is verboden. Overheden en overheidsbedrijven kunnen rechtmatig staatssteun verstrekken als zij deze op grond van art. 108 lid 3 VWEU ter goedkeuring melden bij de Europese Commissie, dan wel de staatssteun is vrijgesteld van deze meldingsverplichting. De garantie van HbR was niet gemeld bij de Europese Commissie en kon niet profiteren van een vrijstelling.

5. Het arrest van het hof bevat interessante staatssteunoverwegingen over (1) de toerekening van gedragingen van een overheidsbedrijf aan de staat, (2) bevoordeling van kredietverstrekker Commerzbank als gevolg van de garantie van HbR en (3) de nietigheid van een garantie die kwalificeert als onrechtmatige staatssteun.

6. *Toerekening*. Het arrest is geweest nadat de Hoge Raad in een verwijzingsarrest van 27 mei 2016, «**JOR**» **2016/258**, m.nt. Van Leuken (na prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie) had bepaald dat organieke banden tussen de gemeente en HbR op zichzelf onvoldoende zijn voor toerekening van de steunmaatregel aan de staat. In dit geval benoemde de gemeente bij oprichting de (enig) bestuurder en de leden van de RvC, waaronder de wethouder haven als voorzitter, en was het verlenen van garanties onderworpen aan de goedkeuring van de RvC.

7. Aldus moest het hof in de eerste plaats vaststellen of er naast organieke banden aanvullende gronden waren voor toerekenbaarheid van de garantie aan de gemeente. Het hof concludeert dat dit het geval is vanwege het feit dat de RvC van HbR, zoals gezegd benoemd door de gemeente met de havenwethouder als voorzitter, de garantieverlening heeft goedgekeurd (r.o. 3.14). Dat impliceert betrokkenheid van de gemeente en dus toerekenbaarheid.

8. De goedkeuring door de RvC komt als een verrassing. Commerzbank had zich gedurende de gehele procedure immers op het standpunt gesteld dat deze goedkeuring er niet was. In eerdere feitelijke instanties is deze (kennelijk zijdens HbR betwiste) stelling nimmer tegen het licht gehouden. Deze hadden alle geoordeeld dat expliciete goedkeuring van de RvC niet nodig was voor toerekenbaarheid van de garantie aan HbR.

9. Het feit dat de RvC pas na verlening van de garanties toestemming heeft verleend, doet niet ter zake, naar het oordeel van het hof. Die overweging kan ik goed volgen. Goedkeuring achteraf kan een formaliteit zijn als de RvC op de hoogte blijft van de gang van zaken binnen de onderneming. Bij bekrachtiging door de RvC achteraf – bijvoorbeeld na een een-tweetje met het bestuur – van anderszins verboden steunmaatregelen zou het nuttig effect van het staatssteuntoezicht in het gedrang kunnen komen (en daarmee de Unietrouw van de lidstaat Nederland).

10. *Bevoordeling*. Niet elke garantie die toerekenbaar is aan de Staat levert staatssteun op. Dat is uitsluitend het geval indien kredietgever Commerzbank erdoor een voordeel ontvangt, bijvoorbeeld omdat marktconforme garantievoorzwaarden ontbreken. Volgens richtsnoeren van de Europese Commissie kan die situatie zich voordoen als “een staatsgarantie bijvoorbeeld achteraf ter dekking van een reeds aangegane lening of andere financiële verplichting wordt verstrekt zonder dat de voorwaarden van die lening of financiële verplichting worden aangepast” en “in zoverre de lening meer zekerheid verkrijgt” (*PbEU* 2008, C155/12), par. 2.3.1).

11. Volgens het hof doet die situatie zich hier voor. Het hof volgt de redenering van HbR dat de garantie die HbR op 1 juni 2004 aan Commerzbank heeft verstrekt, de facto de garantie opvolgt die Commerzbank eerder (en voor verzelfstandiging) van GHR had ontvangen. De eerdere garantie van GHR was evenwel ongeldig omdat het zich ter zake ervan liet vertegenwoordigen door de daartoe onbevoegde directeur van GHR. De vertegenwoordigingsbevoegdheid voor de verstrekking van garanties door GHR berustte, bij gebreke van een mandaatbesluit, bij het College van B&W. Doordat de in 2003 verstrekte garantie van GHR ongeldig bleek, verschaftte de op 1 juni 2004 verstrekte garantie van HbR aan Commerzbank meer zekerheid voor het door haar verstrekte krediet, omdat zij tot 1 juni 2004 over geen enkele garantie beschikte. Daarmee voldeed de garantie van HbR aan de door de Europese Commissie geformuleerde voorwaarde voor bevoordeling dat de kredietverstrekker (Commerzbank) als gevolg van de garantie per 1 juni 2004 “in zoverre meer zekerheid verkrijgt” voor de aflossing van een bestaande lening aan RDM Vehicles.

12. Het feit dat Commerzbank en HbR ten tijde van de garantieverstrekking op 1 juni 2004 beide uitgingen van de geldigheid van de eerdere garantie van GHR, doet volgens het hof niet ter zake. Dat oordeel lijkt in overeenstemming met vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie, waaruit vloeit dat op ondernemingen altijd een eigen verantwoordelijkheid rust om te onderzoeken of sprake is van (onrechtmatige) staatssteun.

13. De reden waarom het hof zoveel aandacht besteedt aan de geldigheid van de garantie van GHR, komt niet helemaal uit de verf. Het hof beantwoordt namelijk de vraag of kredietverstrekker Commerzbank “in zoverre meer zekerheid verkrijgt” door de garantie van HbR. De overwegingen van het hof zijn waarschijnlijk een gevolg van het feit dat de voorwaarden van de garantie van HbR minder gunstig waren voor Commerzbank dan de voorwaarden van de garantie van GHR. Als de garantie van GHR tegen betere voorwaarden was verleend, had het hof niet met zekerheid kunnen zeggen dat Commerzbank “in zoverre meer zekerheid” had verkregen door de garantie van HbR.

14. Vanuit staatssteunrechtelijk perspectief is het verder opmerkelijk dat het hof zijn oordeel uitsluitend lijkt te baseren op richtsnoeren van de Europese Commissie. Het besteedt geen expliciete aandacht aan de toets van de hypothetische marktinvesteerder (ook wel Market Economy Operator, MEO). Zie met betrekking tot kredietverlening door de staat bijv. HvJ EG 22 november 2007, ECLI:EU:C:2007:698 (*Spanje/Commissie*); HvJ EU 24 januari 2013, ECLI:EU:C:2013:32 (*Frucona Košice a.s./Commissie*); en HvJ EU 29 juni 1999, ECLI:EU:C:1999:332 (*DMT*). Die toets brengt mee dat Commerzbank géén voordeel verkrijgt van de garantie als een MEO bereid zou zijn geweest om tegen gelijke voorwaarden als HbR het krediet van Commerzbank te garanderen. In dat geval zou Commerzbank immers op de (kapitaal)markt van een MEO een gelijk voordeel kunnen behalen.

15. Recent zijn diverse besluiten van de Europese Commissie gesneuveld bij het Gerecht omdat deze MEO-toets niet of onjuist was toegepast. Zie in het kader van overheids garanties: GvEU 20 maart 2019, ECLI:EU:T:2019:173 en (in de Nederlandse praktijk) GvEU 30 juni 2015, ECLI:EU:T:2015:44. De MEO-toets is inherent lastig achteraf toe te passen omdat de enkele betrokkenheid van de overheid bij een transactie al een verstoring effect kan hebben gehad en bovendien een reconstructie van alle relevante feiten en omstandigheden ten tijde van de transactie noodzakelijk is.

16. *Nietigheid*. Nu het hof heeft vastgesteld dat de garantie staatssteun oplevert, resteert de vraag welke gevolgen het daaraan moet verbinden. Daarvoor grijpt het hof terug naar het eerdergenoemde Residex-arrest van het Hof van

Justitie over een garantie verstrekt door GHR ten behoeve van het failliete RDM. In dat arrest werd geoordeeld dat de nationale rechter “bij gebreke van minder dwingende procedurele maatregelen, over kan gaan tot de nietigverklaring van de [...] verstrekte garantie, indien hij van oordeel is dat, gelet op de omstandigheden die aan de onderhavige zaak eigen zijn, die nietigverklaring ertoe kan leiden of ertoe kan bijdragen dat de mededingingssituatie van vóór de verstrekking van genoemde garantie wordt hersteld.”

17. Hoewel dit niet letterlijk uit het Residex-arrest volgt, zijn nationale rechters volgens het Amsterdamse hof bevoegd een garantie integraal nietig te verklaren, mits dat een “passende (effectieve) en proportionele maatregel is” (r.o. 3.14). Het hof concludeert dat dat in dit geval zo is. RDM Vehicles zat in financieel zwaar weer en de garantie dekte een omvangrijke lening. De vraag of nietigheid een passende sanctie is voor onrechtmatig verleende staatssteun, is eerder bevestigend beantwoord in Hof Arnhem-Leeuwarden 18 november 2019, **ECLI:NL:GHARL:2018:10121**.

18. Desondanks bevreemdt het oordeel van het hof in deze zaak mij. Het hof verwijst niet naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie waaruit volgt dat herstel van de mededingingssituatie plaatsvindt bij terugvordering van het onrechtmatig genoten voordeel (zie bijv. HvJEG 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:238, r.o. 76, en HvJEU 17 september 2009, ECLI:EU:C:2009:557, r.o. 57). Het hof lijkt ervan uit te gaan dat Commerzbank het voordeel van het gehele krediet heeft genoten. Dat is evenwel niet het geval, want RDM Vehicles was de kredietnemer. Het hof gaat er mijns inziens ten onrechte aan voorbij dat de garantie die HbR aan Commerzbank heeft verstrekt, een verzekering was voor die lening. Hier wreekt zich mogelijk opnieuw dat het hof de MEO-toets niet heeft toegepast. Het voordeel van Commerzbank bestaat eruit dat zij geen marktconforme vergoeding heeft betaald voor een garantie, zijnde het hogere bedrag dat Commerzbank aan een MEO had moeten betalen (bijv. in de vorm van een hogere premie) als zij op een secundaire markt een garantie had gekocht. Het lijkt erop dat het hof Commerzbank nu straft voor het feit dat zij staatssteun heeft gekregen van HbR, terwijl HbR daartoe bovendien moedwillig en toerekenbaar aan de gemeente Rotterdam is overgegaan.

19. Omdat Commerzbank nu de klos is voor de gehele restschuld van RDM Vehicles, bevindt zij zich volgens mij in een slechtere positie dan voorafgaand aan de staatssteun. Ik kan mij gewoonweg niet verenigen met het idee dat die sanctie proportioneel is, wanneer ook partiële nietigheid voorhanden is. Evenmin herstelt de nietigheid de mededingingssituatie van vóór de steunverlening. Had het hof hier de garantie niet in stand kunnen houden en uitsluitend de niet-marktconforme voorwaarden daarvan nietig kunnen verklaren, zijnde de vergoeding die Commerzbank niet heeft betaald voor de garantie?

mr. S. van der Heul, advocaat Dirkzager Legal & Tax

---