

De wet terugvordering staatssteun: een adequate grondslag voor de terugvordering van staatssteun?

Gst. 2018/2

1. Inleiding

Op 6 juli 2017 heeft de minister van Economische Zaken de Tweede Kamer de *Wet terugvordering staatssteun* ("Voorstel") aangeboden.² Dit Voorstel is een nieuwe poging van de wetgever om in het Nederlands recht een adequate en heldere grondslag te creëren voor terugvordering van staatssteun. Het leunt op een meer dan een decennium durend debat over hoe problemen met terugvordering van staatssteun verholpen dienen te worden.

Dat het Nederlands recht onvoldoende instrumenten aan overheden biedt om staatssteun terug te vorderen bleek al in het jaar 2006. Toen probeerde de (toenmalige) Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit om op basis van de Bijdrageregeling proefprojecten mestverwerking verleende subsidies terug te vorderen ("BMP-zaak").³ Dit naar aanleiding van een beschikking van de Europese Commissie die terugvordering van deze subsidies beveelt wegens schending van het staatssteunrecht. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("ABRvS") concludeerde dat de minister niet bevoegd was om het hele bedrag inclusief rente terug te vorderen.⁴ De Europese Commissie startte (mede) naar aanleiding van dit onvermogen van de Nederlandse staat om staatssteun terug te vorderen een zogeheten infractieprocedure. De Europese Commissie staakte de procedure nadat Nederland had toegezegd om in de benodigde (terugvorderings)regels te voorzien.⁵

Het voldoen aan deze toezegging laat inmiddels lang op zich wachten. In 2008 diende de (toenmalige) minister van Justitie een eerste voorstel in om terugvordering van staatssteun mogelijk te maken ("Eerste Terugvorderingsvoorstel").⁶ Dit voorstel, dat voorzag in ingrijpende wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek ("BW"), de Algemene wet bestuursrecht ("Awb") en Algemene wet inzake rijksbelastingen ("AWR"), werd echter niet aangenomen. Vervolgens is in 2016 een tweede voorstel ter consultatie gelegd ("Tweede Terugvorderingsvoorstel").⁷ In tegenstelling tot het Eerste Terugvorderingsvoorstel poogt dit Tweede Terugvorderingsvoorstel om de terugvordering van staatssteun zoveel

mogelijk in één zelfstandige wet te regelen. De Wet terugvordering staatssteun, het Voorstel waarover dit artikel gaat, bouwt voort op het Tweede Terugvorderingsvoorstel. Dit artikel gaat in op de inhoud en betekenis van het Voorstel voor de decentrale praktijk. Daartoe volgt eerst een korte schets van het staatssteunrechtelijke kader en de terugvorderingsperikelen die zich onder het huidige recht kunnen voordoen (paragraaf 2). Daarna volgt een bespreking van de inhoud van het Voorstel (paragraaf 3). Vervolgens komt aan de orde in hoeverre dit Voorstel de problemen met terugvordering van staatssteun oplost en worden concrete verbeteringen voorgesteld (paragraaf 4), waarna wordt ingegaan op aandachtspunten voor decentrale overheden in het algemeen en gemeenten in het bijzonder (paragraaf 5). Afgesloten wordt met een samenvattende conclusie (paragraaf 6).

2. Een schets van het staatssteunrecht en terugvorderingsperikelen

2.1 De staatssteunrechtelijke verplichting tot terugvordering

Op grond van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU") mogen overheden in beginsel geen staatssteun verstrekken aan ondernemingen (artikel 107 VWEU). Een uitzondering hierop vormt de situatie dat staatssteun is aangemeld bij en goedgekeurd door de Europese Commissie ("standstill-verplichting"). De Europese Commissie keurt staatssteun goed als deze naar haar mening verenigbaar is met de interne markt.

In het staatssteunrecht geldt een onderscheid tussen (a) de rechtmatigheid van de staatssteun; en (b) de verenigbaarheid daarvan.⁸ Dit zijn in principe twee van elkaar losstaande begrippen. De rechtmatigheid ziet op de naleving van de standstill-verplichting. Steun die niet is aangemeld bij de Europese Commissie, of die is verstrekt voordat de Europese Commissie deze heeft goedgekeurd, is onrechtmatig. De verenigbaarheid gaat daarentegen over de vraag of de steun naar zijn aard en inrichting verenigbaar is met de interne Europese markt. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de staatssteun wordt verstrekt ten behoeve van een dienst van algemeen economisch belang (artikel 106 VWEU). Als een overheid de standstill-verplichting schendt, is het alsnog mogelijk dat de Europese Commissie de verstrekte staatssteun verenigbaar verklaart. Aan beide kwalificaties, schending van standstill-verplichting en onverenigbaarheid van staatssteun, zijn ook twee verschillende gevolgen verbonden. De eerste heeft tot gevolg dat rente over de te vroeg verleende steun moet worden betaald door de ontvanger (onrechtmatigheidsrente). De tweede leidt ertoe dat de

1 Ali al Khatib is bestuursrecht advocaat bij Stibbe te Amsterdam en houdt zich in die rol ook bezig met staatssteunzaken. Dit artikel is op 14 november 2017 afgerond.

2 *Kamerstukken II* 2016/17, 34753, 2.

3 ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9416, AB 2006/208, m.nt. W den Ouden.

4 Idem, r.o. 2.9.

5 HvJ EU 5 juni 2008, C-401/07, r.o. 4 (*Europese Commissie/Nederland*).

6 *Kamerstukken II* 2007/08, 31418, 2.

7 Zie: www.internetconsultatie.nl/wet terugvordering staatssteun/details. Dit voorstel is toentertijd becommentarieerd: A.J. Metselaar, 'Een vogel in de hand: nieuwe regels voor de terugvordering van staatssteun', *TvS* 2016 en R.H.C. Lujta, 'Het conceptwetvoorstel Terugvordering staatssteun: navoreren, naheffen of niet doen?', *WFR* 2016/171.

8 Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties (2009/C 85/01), par. 38 tot en met 41.

gehele steun moet worden teruggevorderd als de steun is verstrekt.

Bij de handhaving van het staatssteunrecht vervullen de nationale rechter en de Europese Commissie verschillende en aanvullende rollen. De nationale rechter dient namelijk erop toe te zien dat overheidsinstanties en begunstigden deze standstill-verplichting respecteren, en dus geen onrechtmatige staatssteun verstrekken.⁹ Hij kan in dat kader alle benodigde maatregelen nemen, waaronder het nietig verklaren van verrichte rechtshandelingen.¹⁰ De nationale rechter is in principe niet bevoegd om staatssteun te controleren op verenigbaarheid met de interne markt. De Europese Commissie buigt zich op haar beurt over de verenigbaarheid met de interne markt van staatssteun die overheden aanmelden of over onrechtmatige staatssteun die haar, al dan niet middels een klacht, onder de aandacht is gekomen.

De Europese Commissie kan staatssteun verenigbaar met de interne markt verklaren (*positieve beschikking*). Zij beveelt in een dergelijk geval in beginsel niet de terugbetaling van onrechtmatigheidsrente als de betreffende steun in strijd de standstill-verplichting te vroeg is geïmplementeerd. Het is dan aan de nationale (rechterlijke) instanties om betaling van deze rente door de begunstigde te verwezenlijken.¹¹ Het is ook mogelijk dat de Europese Commissie concludeert dat de steun niet verenigbaar is met de interne markt (*negatieve beschikking*). In een dergelijk geval oordeelt de Europese Commissie in principe dat naast het (eventueel) verstrekte steunbedrag ook de onrechtmatigheidsrente teruggevorderd moet worden indien de standstill-verplichting niet is nageleefd.

2.2 Perikelen bij de uitvoering van de terugvorderingsverplichting

De terugvorderingsproblemen doen zich in het Nederlands recht op hoofdlijnen op twee niveaus voor. Het terugvorderen van (a) het steunbedrag; en (b) de onrechtmatigheidsrente.

2.2.1 Terugvorderen van het steunbedrag

In het bestuursrecht bestaat geen eenduidige grondslag voor de terugvordering van het steunbedrag. Aangenomen wordt dat de subsidietitel (afdeling 4.2) van de Awb middels Unierechtconforme interpretatie mogelijkheden biedt om het verstrekte steunbedrag terug te vorderen (artikelen 4:49 en 4:57 Awb).¹² Deze subsidietitel is echter niet van toepassing op alle subsidies en steunverlenende besluiten. Daarom heeft de ABRvS, onder meer in de zaak *Zorg en Zekerheid*,

een grondslag in het ongeschreven bestuursrecht gevonden om het steunbedrag door het betreffende bestuursorgaan terug te vorderen. Interessant is in dit kader dat de ABRvS expliciet overwoog dat de standstill-verplichting van artikel 108 lid 3 VWEU voor lidstaat Nederland een bevoegdheidsgrondslag vormt om tot terugvordering over te gaan.¹³ Onder het burgerlijk recht is het terugvorderen makkelijker, maar ook daar doen zich de nodige complicaties voor. Zo kan de civiele rechter een rechtshandeling die een onderneming aanspraak geeft op onrechtmatig staatssteun al dan niet gedeeltelijk nietig verklaren.¹⁴ Hierdoor kan de verleende staatssteun als onverschuldigd worden teruggevorderd. Deze figuur kent echter de nodige problemen. Zo zal de rechter in het geval van een overeenkomst die niet geheel uit staatssteun bestaat zich zoveel mogelijk kunnen en moeten beperken tot het nietig verklaren van het deel dat staatssteun behelst. Het is echter maar de vraag of dit altijd kan met name wanneer de verschillende onderdelen van de overeenkomst in een onlosmakelijk verband met elkaar staan, waardoor de *gehele* overeenkomst nietig verklaard dient te worden, terwijl dit vanuit staatssteunrechtelijk perspectief niet nodig is.¹⁵

2.2.2 Terugvorderen van onrechtmatigheidsrente

In zowel het bestuursrecht als het civiel recht is het terugvorderen van de onrechtmatigheidsrente bepaald geen sinecure. De bestuursrechter heeft in de context van de terugvordering van de BMP-subsidies geoordeeld dat het ongeschreven bestuursrecht geen ruimte daarvoor biedt.¹⁶ Het geschreven bestuursrecht biedt evenmin voldoende goede aanknopingspunten voor terugvordering van deze rente. Weliswaar volgt uit artikel 4:98 Awb dat een bestuursorgaan de wettelijke rente als genoemd in artikelen 6:119 en 6:120 BW kan opeisen, maar deze artikelen gaan uit van een andere rentevoet dan de Europese Commissie. Op grond van deze artikelen is verder verzuim zijdens de steunontvanger vereist. Dit verzuim loopt niet perse samen met het moment waarop de (onrechtmatige) staatssteun is verstrekt.¹⁷

In de tien jaar na de BMP-zaak heeft de rechtspraak niet stilgestaan. Rechters zoeken steeds meer naar creatieve manieren om terugvordering mogelijk te maken. In de zaak *Spaansens* oordeelde de rechtbank dat de rechtmatigheidsrente ook

9 Zie onder meer: HvJ 21 november 2013, zaak C-287/12, *Deutsche Lufthansa*, ECLI:EU:C:2013:395, AB 2014/113, m.nt. A.J. Metselaar, par. 27 en HvJ 11 november 2015, zaak C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, ECLI:EU:C:2015:742, Gst. 2016/34, m.nt. T. Barkhuysen en A.A. al Khatib, par. 18.

10 HvJ 8 december 2011, zaak C-275/10, *Residex*, ECLI:EU:C:2011:814, par. 49 en HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539 (*Residex2*), par. 3.4.3

11 HvJ EU 12 februari 2008, C-199/06 (*CELF en Ministre de la Culture et de la Communication*). Zie ook mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationale rechterlijke instanties (2009/C 85/01), par. 38 tot en met 41.

12 A.J. Metselaar, 'Een vogel in de hand: nieuwe regels voor de terugvordering van staatssteun', TvS 2016, p. 111.

13 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152, AB 2015/226, m.nt. J.E. van den Brink (*Zorg en Zekerheid*). Naast een directe grondslag in het Europees recht om de staatssteun terug te vorderen, is tevens een nationale grondslag vereist op basis waarvan een bestuursorgaan de (door het Europees recht gegeven) bevoegdheid mag uitoefenen. Dit is de zogeheten leer van de dubbele grondslag (zie r.o. 5.3. van de *Zorg en Zekerheid* uitspraak).

14 Dit is geen verplichting, maar een van de mogelijkheden om te bewerkstelligen dat geen onrechtmatige staatssteun verstrekt wordt of verstrekt blijft worden. Zie ook voetnoot 10.

15 Zie A.J. Metselaar, 'Een vogel in de hand: nieuwe regels voor de terugvordering van staatssteun', TvS 2016, p. 112.

16 Zie de BMP-zaak, voetnoot 3.

17 Zie hierover: P. Adriaanse, 'Terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Knelpunten en oplossingen in het Nederlandse recht', in T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren, Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 230.

teruggevorderd kan worden.¹⁸ De overweging van de ABRvS in de *Zorg en Zekerheid*-zaak inhoudende dat artikel 108 lid 3 VWEU een grondslag biedt voor terugvordering geeft daarnaast aanknopingspunten om ook de terugvordering van de rente op dat artikel te baseren. Of de Afdeling hiertoe ook zal overgaan is echter niet zeker gezien de leer van de dubbele grondslag, maar uitgesloten is dit niet nu deze leer steeds meer onder druk staat.¹⁹ In de voornoemde de *Zorg en Zekerheid*-zaak kwam de terugvordering van de onrechtmatigheidsrente evenwel (ten onrechte) niet aan de orde.²⁰

3. Inhoud van het voorstel Wet terugvordering staatssteun

Het Voorstel bevat een poging om de hiervoor besproken terugvorderingsperikelen weg te nemen. Dit Voorstel concentreert zich voornamelijk op de uitvoering van een negatieve beschikking van de Europese Commissie. Daarnaast reikt het ook instrumenten aan om buiten deze context staatssteun terug te vorderen.

3.1 Verantwoordelijkheid bestuursorgaan voor terugvordering staatssteun

Op grond van dit Voorstel dient het “bestuursorgaan dat het aangaat” zorg te dragen voor terugvordering van staatssteun (*artikel 3, lid 1 en artikel 7, lid 1*). Dit definieert het Voorstel kortgezegd als het bestuursorgaan dat (a) de desbetreffende staatssteun heeft verstrekt; (b) verantwoordelijk is voor de verstrekking van de desbetreffende staatssteun; en (c) belast is met de uitvoering van de wet- of regelgeving die rechtstreeks tot de verstrekking van de desbetreffende staatssteun heeft geleid (*artikel 1*).

Dit Voorstel is in beginsel *exclusief* van toepassing bij de terugvordering van staatssteun naar aanleiding van een Commissiebesluit (*artikel 2, lid 1*). Dit exclusieve karakter is niet aan de orde bij fiscale staatssteun als deze steun teruggevorderd kan worden op basis van de AWR of de Invoeringswet 1990 (*artikel 2, lid 2*). Het Voorstel merkt tevens belastingen op grond van de Provinciewet, de Gemeentewet of de Waterschapswet aan als fiscale staatssteun (*artikel 2, lid 3*). De terugvordering van fiscale staatssteun geschiedt op basis van fiscale regels waarvoor het Voorstel wijzigingen voorstelt (*artikel 10 tot en met 15*). Die fiscale regels laat ik hierna buiten beschouwing.

3.2 Instrumenten voor terugvordering van staatssteun

3.2.1 Terugvordering naar aanleiding van een Commissiebesluit

De terugvordering van staatssteun naar aanleiding van een Commissiebesluit gebeurt, op basis van het Voorstel, door middel van een terugvorderingsbeschikking dat gericht is tot de begunstigde onderneming (*artikel 3, lid 1*). Het Voorstel beoogt hiermee een grondslag te creëren voor terugvordering van staatssteun in alle niet-fiscale zaken. Hiermee wordt het hiervoor besproken reikwijdteprobleem van terugvorderingsbepalingen in de Awb opgelost. In aanvulling hierop voorziet het Voorstel in een duidelijke bepaling die terugvordering van de onrechtmatigheidsrente naar aanleiding van een Commissiebesluit mogelijk maakt (*artikel 3, lid 2*). De beschikking kan tevens bepalen dat de terugvordering van de staatssteun (gedeeltelijk) haar beslag krijgt door verrekening van openstaande betalingsverplichtingen van het bestuursorgaan jegens de begunstigde (*artikel 3, lid 3*). Uit de memorie van toelichting bij het Voorstel blijkt dat onderscheid gemaakt moet worden tussen twee soorten Commissiebesluiten, namelijk (i) een Commissiebesluit dat terugvordering van het gehele staatssteunbedrag (inclusief onrechtmatigheidsrente) beveelt; en (ii) een Commissiebesluit dat alleen betrekking heeft op terugvordering van onrechtmatigheidsrente.²¹

Het Voorstel voorziet in een expliciete grondslag voor de terugvordering van de onrechtmatigheidsrente, al dan niet wanneer alleen de rente teruggevorderd moet worden. Die rente mag het bestuursorgaan zelf bepalen indien de Europese Commissie dit niet heeft gedaan in de Commissiebeschikking (*artikel 3, lid 2*).

3.2.2 Terugvordering zonder Commissiebeschikking

Een verplichting om (onrechtmatige) staatssteun inclusief rente terug te vorderen bestaat niet alleen wanneer de Europese Commissie daartoe opdracht geeft. Dit volgt uit de eerder besproken standstill-verplichting waaraan Lidstaten gebonden zijn en die door de nationale rechter gehandhaafd dient te worden.

Het Voorstel besteedt daarom ook aandacht aan de terugvordering van staatssteun buiten de situatie dat een Commissiebesluit is genomen. Zo is een bestuursorgaan *verplicht* om een aan de ontvanger gerichte beschikking te wijzigen indien die beschikking in strijd is met de standstill-verplichting (*artikel 7, lid 1*). Hieruit volgt dat een subsidiebeschikking die een begunstigde te veel geld geeft, herzien moet worden. Het teveel betaalde bedrag dient vervolgens inclusief rente teruggevorderd te worden (*artikel 7, lid 2*).

Van belang is de vraag wanneer een bestuursorgaan weet dat een besluit in strijd is met de staatssteunregels, in het bijzonder de standstill-verplichting, en dus tot terugvordering moet overgaan. Het bestuursorgaan kan om te beginnen er-

18 Rb. Noord-Nederland 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5815, r.o. 2.12, JG 2016/1, m.nt. T. Barkhuysen & A.A. al Khatib.

19 A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 429 e.v. Zie ook voetnoot 13.

20 Idem, p. 432. De Afdeling en het bestuursorgaan onderkennen dat de begunstigde onrechtmatige staatssteun gekregen heeft. Dit betekent dat de standstill-verplichting is geschonden, en dat ook terugvordering van de rente had moeten plaatsvinden.

21 Aangenomen wordt in het Voorstel dat een dergelijk besluit rechtstreeks gebaseerd wordt op artikel 108 lid 3 VWEU: *Kamerstukken II* 2016/17, 34753, 3, p. 13.

achter komen dat een subsidie staatssteun behelst naar aanleiding van een advies van de Europese Commissie aan de nationale rechter in een procedure over deze subsidie. Deze situatie deed zich voor in de *Zorg en Zekerheid*-zaak.²² Het is ook mogelijk dat een bestuursorgaan naar aanleiding van nationaalrechtelijke of Europeesrechtelijke jurisprudentie concludeert dat terugvordering geboden is. Met name op deze twee situaties (advies van Europese Commissie en jurisprudentie) concentreert de toelichting van het Voorstel zich.²³ Ook is het mogelijk dat een bestuursorgaan zich realiseert dat het een fout heeft gemaakt. In een dergelijk geval kan de terugvorderingsbevoegdheid waarin het Voorstel voorziet mijns inziens ook aangewend worden.

Het is voorgekomen dat een bestuursorgaan wist dat een bepaalde subsidie staatssteun is, maar de subsidieverlening niet of moeilijk kon weigeren vanwege de toepasselijke regelgeving.²⁴ Om deze situatie te voorkomen voegt het Voorstel een extra weigeringsgrond toe aan artikel 4:35 Awb. Deze grond houdt in dat subsidieverlening geweigerd kan worden als dit tot (kort gezegd) onrechtmatige staatssteun leidt.

3.2.3 Flankerende maatregelen om adequate terugvordering te bevorderen

Het bestuursorgaan dat met de terugvordering is belast, krijgt in het Voorstel enkele instrumenten om terugvordering af te dwingen en adequaat af te hechten. Allereerst kan het bestuursorgaan aan de begunstigde verleende vergunningen en andere besluiten intrekken. Ook kan het ambts-halve een beschikking geven aan de begunstigde (artikel 6). Zo kan dit bestuursorgaan bijvoorbeeld een omgevingsvergunning voor een supermarkt intrekken als de supermarkt niet zonder staatssteun verwezenlijkt kan worden.²⁵ Het gaat uitdrukkelijk om een *bevoegdheid* van en niet een *verplichting* voor het bestuursorgaan om een vergunning in te trekken of te verlenen.

Het Voorstel voorziet niet in een mogelijkheid voor het bestuursorgaan om privaatrechtelijke verhoudingen met de begunstigde te wijzigen. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever veronderstelt dat het bestuursorgaan en de begunstigde over deze verhoudingen zullen onderhandelen of de kwestie aan de rechter zullen voorleggen.²⁶ Het met terugvordering belaste orgaan kan het verschuldigde steunbedrag verder invorderen middels een dwangbevel (artikel 5, lid 2 en artikel 7, lid 3). Een dwangbevel levert een executoriale titel op, die met toepassing van de voorschriften van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten uitvoer kan worden gelegd (artikel 4:116 Awb).

Ten slotte bepaalt het Voorstel over de toepasselijke verjaringstermijnen het volgende (artikel 4).²⁷ Voor de terug-

vordering van staatssteun geldt de Europeesrechtelijke verjaringstermijn van tien jaar vanaf de verlening van de staatssteun. Als de nationale verjarrings-, bewaar- of verjaringstermijnen die termijn doorkruisen, dienen zij buiten toepassing te worden gelaten.²⁸ Daarnaast geldt dat een beroep op nationale verjaringstermijnen alleen mogelijk is als de begunstigde gedurende de voornoemde tien-jaarstermijn alle op de steun betrekking hebbende of daarmee samenhangende informatie bewaard heeft. Ik vraag me wel af of de tekst van het Voorstel op dit punt (artikel 4) niet wat minder cryptisch kan zijn. Die tekst maakt niet duidelijk dat de Europese termijnen prevaleren boven nationale termijnen, maar rept enkel over het bewaren van informatie, terwijl uit de toelichting blijkt dat het artikel strekt tot het aanbrengen van die hiërarchie.²⁹

3.3 Rechtsbescherming

Tegen een door een bestuursorgaan genomen terugvorderingsbeschikking naar aanleiding van een Commissiebesluit (artikel 3, lid 1) staat – na bezwaar – beroep in eerste en enige aanleg open bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (“CBB”) (artikel 9C). Voor het overige laat het Voorstel de bestaande rechtsbescherming ongewijzigd. Dus als een bestuursorgaan, al dan niet in aanvulling op een terugvorderingsbeschikking, besluit om een vergunning te wijzigen of in te trekken, dan staat tegen de wijziging of intrekking van die vergunning dezelfde rechtsgang open als voorheen.³⁰ Dit leidt wel tot het risico dat twee rechters uitspraak moeten doen over dezelfde (staatssteunrechtelijke) rechtsvragen.

De inhoud van de terugvorderingsbeschikking zal niet één op één overeenkomen met de Commissiebeschikking. De Commissie pleegt het terug te vorderen steunbedrag namelijk niet te specificeren en slechts een generiek bevel te geven aan de Lidstaat om dit bedrag terug te vorderen. Dit betekent dat het vaak voorkomt dat op nationaal niveau het terug te vorderen bedrag vastgesteld dient te worden al dan niet aan de hand van de door de Europese Commissie aangereikte formule. De nationale rechter beoordeelt de rechtmatigheid van de door het bestuursorgaan in het terugvorderingsbesluit vastgestelde bedrag. De keuze voor het CBB, dat een ruime ervaring heeft met economische zaken, is gelukkig, gelet op het zojuist geschetste grote belang dat de terugvorderingsbeschikking speelt bij terugvordering van staatssteun.

4. De gevolgen van het voorstel voor terugvordering van staatssteun: drie lacunes

Het Voorstel biedt een goede oplossing voor terugvordering van staatssteun naar aanleiding van een Commissiebe-

²² Zie voetnoot 13.

²³ Kamerstukken II 2016/17, 34753, 3, p. 31.

²⁴ Zie de zogeheten Ridderstee uitspraak: ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee*).

²⁵ Zie advies van de Raad voor de Rechtspraak, p. 2 dat als bijlage is gevoegd bij: Kamerstukken II 2016/17, 34753, 3.

²⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34753, 3, p. 31.

²⁷ Kamerstukken II 2016/17, 34753, 3, p. 28.

²⁸ In het verlengde hiervan verklaart het Voorstel Afdeling 4.4.3 Awb over de verjaringstermijn voor geldschulden niet van toepassing op terugvordering op basis van een beschikking als bedoeld in artikel 3, lid 1 van het Voorstel.

²⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34753, 3, p. 28.

³⁰ Kamerstukken II 2016/17, 34753, 3, p. 32.

schikking, waarin terugvordering van het hele staatssteunbedrag en/of de onrechtmatigheidsrente bevolen wordt. Het voorziet namelijk in een expliciete grondslag om het steunbedrag en de onrechtmatigheidsrente terug te vorderen. Daarmee voorkomt het de terugvorderingsperikelen die zich voordeden in de *BMP*-zaak, en hoeft de rechter geen toevlucht te zoeken tot creatieve oplossingen.

Ook voor de terugvordering buiten de gevallen van een Commissiebeschikking om voorziet het Voorstel in een aantal nuttige instrumenten die handhaving van het staatssteunrecht bevorderen en vergemakkelijken. Zo is een bestuursorgaan verplicht om beschikkingen die onrechtmatige staatssteun behelzen te wijzigen en de verleende staatssteun inclusief onrechtmatigheidsrente terug te vorderen (*artikel 7, leden 1 en 2*).

Tegelijkertijd bevat het Voorstel mijns inziens drie grote lacunes of onvolkomenheden als het gaat om de terugvordering van staatssteun in gevallen waarin geen Commissiebeschikking is genomen.

Ten eerste maakt het Voorstel een niet gerechtvaardigd onderscheid tussen staatssteun gegeven middels beschikkingen enerzijds en staatssteun gegeven via privaatrechtelijke (rechts)handelingen anderzijds. Ten aanzien van de eerstgenoemde categorie is het bestuursorgaan op grond van het Voorstel gehouden om de staatssteun ongedaan te maken, terwijl bij de laatstgenoemde categorie een dergelijke verplichting niet bestaat op grond van het Voorstel.

Onduidelijk is waarom die verplichting bij beschikkingen wel bestaat en bij privaatrechtelijke (rechts)handelingen niet. In de toelichting op het Voorstel wordt het opnemen van die verplichting met betrekking tot beschikkingen onderbouwd onder verwijzing naar het Europese beginsel van loyale medewerking.³¹ Op basis hiervan dienen Lidstaten goede maatregelen te treffen om het Europees recht uit te voeren. De werking van dit beginsel beperkt zich echter niet tot via beschikkingen verleende staatssteun. In die zin geeft het Voorstel een onvoldoende dragende motivering voor het voornoemde onderscheid waarbij het Voorstel een *expliciete* verplichting creëert om de beschikking te herzien indien deze onrechtmatige staatssteun behelst en een dergelijke verplichting niet voor overeenkomsten opneemt.

Dit onderscheid is verder moeilijk te rechtvaardigen omdat overheden steeds meer kiezen voor alternatieve vormen om steun te verstrekken aan ondernemingen in plaats van (subsidie)beschikkingen. In wezen worden steeds meer subsidies in een privaatrechtelijk jasje gezet. Deze trend krijgt een duwtje in de rug door dit onderscheid in het Voorstel tussen beschikkingen (inclusief subsidies) enerzijds en privaatrechtelijke handelingen anderzijds.³²

Een tweede lacune of onvolkomenheid vormt het ontbreken van een specifieke en expliciete voorziening voor de terugvordering van de onrechtmatigheidsrente als de Europese Commissie een positieve beschikking heeft genomen, maar de steun in strijd met de standstill-verplichting (te vroeg)

is verstrekt. De tekst van het Voorstel veronderstelt dat het vorderen van de onrechtmatigheidsrente altijd gepaard gaat met een terugvordering van het steunbedrag (*artikel 7*). Dit gaat op voor steunverlening middels een beschikking³³ en voor steunverlening middels een privaatrechtelijke overeenkomst.³⁴ De terugvordering van de onrechtmatigheidsrente wordt in de tekst van het Voorstel dus uitdrukkelijk gekoppeld aan terugvordering van het steunbedrag. Ik vraag me af of dit de bedoeling is van de wetgever. Het staatssteunrecht gebiedt namelijk onder omstandigheden om alleen de onrechtmatigheidsrente terug te vorderen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de Europese Commissie de steun verenigbaar heeft verklaard, maar die steun vóór die goedkeuring al werd verstrekt aan de begunstigde. Het lijkt mij wenselijk om ook deze verplichting tot terugvordering toe te voegen aan of te expliciteren in het Voorstel. Ten slotte is het opmerkelijk dat de mogelijkheid van het bestuursorgaan tot terugvordering van onrechtmatigheidsrente in het geval van steunverlening middels privaatrechtelijke overeenkomsten beperkt is tot overeenkomsten naar Nederlands recht (*artikel 7, lid 4*). Dit doet de vraag rijzen – naast de eerder genoemde vraag waarom geen verplichting is opgenomen om onrechtmatige overeenkomsten te herzien – wat er gebeurt als de Nederlandse overheid een overeenkomst sluit waarop ander recht van toepassing is. In een dergelijk geval is een wettelijke grondslag voor ongedaanmaking van de steun en om onrechtmatigheidsrente te vorderen ook nodig. De beperking tot Nederlands recht lijkt in die zin te beperkend. In dit kader zou naar analogie met *artikel 3:1 lid 2 Awb*, dat de normen van de *Awb* van toepassing verklaart op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten, aangegeven kunnen worden dat de bevoegdheid en verplichting om staatssteun terug te vorderen eveneens geldt voor contracten waarop ander recht van toepassing is of dat een bestuursorgaan op zijn minst in dergelijke contracten op moet nemen dat in geval van staatssteun tot terugvordering overgegaan zal worden.

5. Aandachtspunten voor decentrale overheden

Het Voorstel is zeker niet aan de aandacht van decentrale overheden ontsnapt. Zij hebben eerder, bij de consultatie van het Tweede terugvorderingsvoorstel, gereageerd en verschillende vragen aan de wetgever gesteld.³⁵ Zo is de vraag opgeworpen hoe omgegaan moet worden met de situatie dat meerdere bestuursorganen verantwoordelijk zijn voor de verleende staatssteun. Het antwoord op die vraag is kort en goed dat dan op alle betrokken bestuursorganen de verantwoordelijkheid rust om voor terugvordering zorg

31 *Kamerstukken II 2016/17, 34753, 3, p. 31.*

32 Zie voor een kritische beschouwing over deze trend: J. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl: publiek geld verplicht', *NJB* 2016/2000.

33 "Bij de toepassing van het eerste lid is rente verschuldigd over het te vorderen bedrag", lid 1.

34 "In het geval staatssteun voortvloeit uit een overeenkomst (...) en die staatssteun ongedaan gemaakt wordt (...), is, (...), het tweede lid van overeenkomstige toepassing op de rente over het ongedaan te maken staatssteunbedrag", lid 4.

35 Zie de adviezen van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, Interprovinciaal Overleg en Unie van Waterschappen. Deze adviezen zijn gevoegd als bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17, 34753, 3*.

te dragen zolang de ander niet is aangevangen met terugvordering.³⁶

De uitvoering van de terugvordering zelf leidt ook tot vragen. Zo is de vraag opgeworpen hoe decentrale overheden het exacte steunbedrag kunnen uitrekenen of de directe en indirecte begunstigten kunnen identificeren.³⁷ Dit zijn kwesties die tot zeer complexe vragen kunnen leiden. Het is dan ook terecht dat zij de wetgever om handvatten vragen inzake hoe de terugvordering vorm te geven. Tegelijkertijd kan de wetgever in een wetgevingstraject niet alle vragen die in dat kader rijzen beantwoorden. Het is daarom van belang dat bestuursorganen hun kennis van de handhaving van het staatssteunrecht vergroten en onderling delen. Het Rijk en de Vereniging Nederlandse Gemeenten kunnen in dat kader handleidingen opstellen en rekentools ontwikkelen om de taken van decentrale overheden te vergemakkelijken.

Indien het Voorstel aangenomen wordt, zal het aantal terugvorderingssituaties, naar ik inschat, toenemen. Dit zal niet het gevolg zijn van een toename in Commissiebeschikkingen, maar vanwege het feit dat bestuursorganen verplicht worden om alle beschikkingen die onrechtmatige staatssteun behelzen te wijzigen. Belanghebbenden zoals concurrenten zullen ook het bestuursorgaan kunnen verzoeken om die verplichting na te leven. Er geldt dan – naar analogie uit het handhavingsrecht – dus een beginselplicht tot terugvordering waar het gaat om staatssteunverlenende beschikkingen.³⁸ Decentrale overheden, en gemeenten in het bijzonder, dienen na te gaan hoeveel extra lasten deze plicht met zich zal brengen. Als deze extra lasten té groot zijn, bijvoorbeeld omdat legio handhavingsverzoeken te verwachten zijn, dan strekt het tot aanbeveling dat decentrale overheden nagaan bij de wetgever of het toegestaan zal zijn om (net als in het handhavingsrecht) een beleid te creëren waarin het toezicht op bepaalde beschikkingen prioriteit krijgt boven anderen bij het nagaan of deze beschikking in lijn zijn met het staatssteunrecht. Zo zouden decentrale overheden prioriteit kunnen verlenen aan het controleren van beschikkingen die binnen een tijdsbestek van drie jaar een staatssteun van € 200.000 of meer behelzen. Die grens van € 200.000 ligt in de rede nu de Europese Commissie blijkens de de-minimisbeschikking ervan uitgaat dat dergelijke steun geen staatssteun in de zin van het VWEU vanwege het ontbreken van invloed op het Europese handelsverkeer.³⁹

6. Conclusie

Na tien jaar en twee voorstellen hebben we nu het Voorstel. Hopelijk zal het gezegde drie keer is scheepsrecht in het onderhavige geval opgaan. Dit Voorstel lost namelijk veel problemen op die gerezen zijn met betrekking tot te-

rugvordering van staatssteun. Wel zijn er (ten minste) drie verbeterpunten. Mijns inziens moet het onderscheid tussen de herziening van via beschikkingen verleende staatssteun en via overeenkomsten verleende staatssteun vervallen. Dit om oneigenlijk gebruik van overeenkomsten tegen te gaan. Daarnaast is het belangrijk dat de wetgever alle terugvorderingsgevallen goed voor ogen houdt en een plek geeft in het Voorstel. De terugvordering van de onrechtmatigheidsrente door de Nederlandse (rechterlijke) instanties van in strijd met de standstill-verplichting verleende staatssteun die achteraf verenigbaar is verklaard door de Europese Commissie, is in dit kader een belangrijk aandachtspunt. Ook dient een voorziening te worden getroffen voor het geval de Nederlandse overheid contracten sluit waarop Nederlands recht niet van toepassing is. De in het Voorstel opgenomen mogelijkheden tot terugvordering in geval van overeenkomsten beperken zich namelijk ten onrechte tot overeenkomsten naar Nederlands recht.

³⁶ *Kamerstukken II* 2016/17, 34753, 3, p. 14 en 15.

³⁷ Voetnoot 32, Advies van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, p. 3.

³⁸ Vgl. ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1982, JG 2014/47, m.nt. A.A. al Khatib & T. Barkhuysen.

³⁹ Vgl. Verordening (EU) 1407/2013 van de Commissie van 18 december (*PbEU* 2013, L 352/1), overweging 3.