

Regels voor de terugvordering van staatssteun (Wet terugvordering staatssteun)

MEMORIE VAN TOELICHTING

(3-6-2016)

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

Dit wetsvoorstel voorziet in nationaalrechtelijke grondslagen voor de terugvordering van staatssteun, indien een besluit van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) tot terugvordering verplicht. Een dergelijk besluit van de Commissie wordt in dit wetsvoorstel aangeduid als 'Commissiebesluit'. De terugvordering moet ingevolge artikel 108, derde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en de procedureverordening (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 (codificatie) (PbEU L 248)) het volledige steunbedrag omvatten, dus met inbegrip van rente. Het gaat erom dat het marktvoordeel dat een begunstigde ten opzichte van zijn concurrenten door de staatssteun heeft genoten ongedaan wordt gemaakt en de voorheen bestaande marktsituatie wordt hersteld.

Gekozen is voor een systeem waarin uitgangspunt is dat steun die volgens de Commissie teruggevorderd moet worden, wordt teruggevorderd op basis van de zelfstandige grondslag en regeling in dit wetsvoorstel. Daarbij voorziet het wetsvoorstel zelf in de grondslag voor het bestuursorgaan dat het aangaat om bij beschikking tot betaling terug te vorderen, verwijst het voor de invorderings spelregels in beginsel naar de betreffende bepalingen van hoofdstuk 4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en voorziet het in een eenduidige regeling van de rechtsbescherming (bezwaar en beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) in eerste en enige aanleg). In tegenstelling tot de huidige situatie met een veelheid aan meer of minder toereikende nationaalrechtelijke grondslagen, regelingen en rechtsgangen wordt daarmee een eenduidige grondslag en regeling voor terugvordering voorgeschreven. Dat is helder en overzichtelijk en draagt bij aan de effectiviteit en onverwijldheid van de terugvordering. Bestaande grondslagen kunnen derhalve alleen nog aangewend worden voor terugvorderingen die niet door de Commissie zijn opgedragen.

Alleen voor fiscale steun schrijft het wetsvoorstel voor dat deze met behulp van bestaande instrumenten navordering en naheffing uit de Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr) wordt teruggevorderd indien een Commissiebesluit dat vergt. Daarbij zijn de voor- en nadelen van deze uitzondering ten opzichte van een integraal systeem uitvoerig afgewogen. De doorslag voor aansluiting bij het bestaande fiscale instrumentarium heeft gegeven dat er internationaal geen enkele twijfel mag bestaan over het feit dat verstrekte fiscale staatssteun 'als belasting' wordt teruggevorderd. Daarbij speelde mee dat de Commissie de berekening van het terug te vorderen steunbedrag bij fiscale zaken relatief vaak aan de lidstaat overlaat. Of die berekening, waarbij doorgaans de cijfers van diverse (oude) boekjaren moeten worden bekeken, correct heeft plaatsgevonden, kan het beste door de belastingrechter zelf worden beoordeeld. Bij een terugvordering door middel van de instrumenten navordering of naheffing is dat automatisch het geval. Een en ander sluit ook aan bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over het eerdere terugvorderingswetsvoorstel dat door de Minister van Veiligheid en Justitie bij de Tweede Kamer werd ingediend (zie hierna in dit hoofdstuk). In dat advies adviseert de Raad uitdrukkelijk te bepalen dat terugvordering van fiscale staatssteun binnen het fiscale stelsel zelf plaatsvindt in verband met de uiteenlopende (fiscale en niet fiscale)

effecten van correcties op hetgeen fiscaal is vastgesteld en beroepsprocedures in fiscale zaken te concentreren bij de belastingrechter (Kamerstukken TK 2007/08, 31 418, nr. 4, p. 3).

De noodzaak voor dit wetsvoorstel hangt samen met de uit het Europese recht voortvloeiende verplichting dat staatssteun die is verstrekt in strijd met het Europese recht, door de betrokken lidstaat van de Europese Unie onverwijld dient te worden teruggevorderd. Het is aan de betreffende lidstaat om ervoor te zorgen dat het nationale recht voorziet in de daarvoor vereiste grondslagen en procedures. Het Nederlandse recht bevat een dergelijke sluitende set regels echter nog niet voor alle gevallen. Het onderhavige wetsvoorstel beoogt in die lacune te voorzien. Het wetsvoorstel geeft bovendien uitvoering aan een toezegging van Nederland aan de Commissie om in die benodigde regels te voorzien. Deze toezegging werd gedaan naar aanleiding van een door de Commissie aangespannen infractieprocedure (Beschikking van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 5 juni 2008, Commissie tegen Nederland (Fleuren Compost), zaak C-401/07 (beschikking 2001/521/EG van de Commissie van 13 december 2000 betreffende de steunregeling die Nederland ten uitvoer heeft gelegd ten gunste van zes mestverwerkende bedrijven)).

Eerder is met dit doel bij koninklijke boodschap van 10 april 2008 een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal dat strekt tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek (BW), de Awb en de Awr in verband met de tenuitvoerlegging van een beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen of een rechterlijke uitspraak inzake staatssteun, alsmede wijziging van het BW om de procedure voor het vaststellen van de wettelijke rente aan te passen (terugvordering staatssteun) (Kamerstukken 31 418). Dat wetsvoorstel zal worden ingetrokken zodra het onderhavige wetsvoorstel bij de Tweede Kamer wordt ingediend.

De keuze voor een nieuw wetsvoorstel hangt samen met de voorkeur zoveel mogelijk op basis van een nieuw te creëren grondslag terug te vorderen en alleen indien dat niet goed anders kan, gebruik te maken van bestaande, nationaalrechtelijke instrumenten. Dit uitgangspunt bevordert de eenduidigheid van de terugvordering. Het gevolg is bovendien dat de snelheid van terugvorderen minder afhankelijk wordt van het nationale rechtskarakter van de staatssteun en het daarmee samenhangende terugvorderingsinstrument. Dit uitgangspunt verdraagt zich goed met ontwikkelingen die zich in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) hebben voorgedaan of doorgezet. Die jurisprudentie noopt immers niet tot terugvordering binnen de kolom of subkolom van het desbetreffende rechtsgebied (zie C-275/10, *Residex Capital IV CV/Gemeente Rotterdam*, Jur. 2011, blz. I-13043; C-527/12, *Commissie/Duitsland*, Jur. 2014, ECLI:EU:C:2014:2193 en eerder al C-183/91, *Commissie/Griekenland*, Jur. 1993, blz. I-03131). Civielrechtelijke steun hoeft derhalve niet per definitie civielrechtelijk te worden teruggevorderd, en staatssteun in de vorm van een subsidie niet per definitie met gebruikmaking van het subsidie-instrumentarium. Niet zozeer de nationaalrechtelijke context staat derhalve centraal, alswel de Europeesrechtelijke verplichting om de steun onverwijld en effectief terug te vorderen.

Alvorens nader in te gaan op het karakter en de inhoud van het wetsvoorstel, wordt hieronder eerst op hoofdlijnen een beschrijving gegeven van het Europeesrechtelijke staatssteunregime, in het bijzonder van de eisen die dat regime stelt aan de terugvordering van staatssteun door lidstaten.

2. Europees staatssteunregime

Staatssteun

Controle op overheidssteun aan ondernemingen is een van de belangrijkste onderdelen van het mededingingsbeleid binnen de Europese Unie en deze taak is opgedragen aan de Commissie. Het doel van de Europese regelgeving is het scheppen van gelijke concurrentievoorwaarden voor alle ondernemingen op de gemeenschappelijke markt.

De inzet van staatsmiddelen om voor bepaalde (categorieën van) ondernemingen concurrentievervalsende voordelen te scheppen, is in beginsel dan ook niet toegestaan.

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat alle voordelen die direct of indirect uit staatsmiddelen worden toegekend en die de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken als steun kunnen worden beschouwd. Deze tegemoetkomingen kunnen allerlei vormen hebben, waaronder directe subsidies, renteloze leningen, kapitaalinjecties, kwijtschelding van bijdragen, staatsgaranties en fiscale voorkeursbehandelingen. In het eerste lid van artikel 107 van het VWEU zijn de voorwaarden opgenomen om te kunnen spreken van staatssteun. Volgens vaste rechtspraak van het Hof maakt artikel 107, eerste lid, van het VWEU geen onderscheid naar de redenen of doeleinden van de maatregelen van de lidstaten, maar ziet het op de gevolgen ervan. Wanneer steun van een lidstaat, in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, de positie versterkt van een onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer, moet er volgens het Hof van worden uitgegaan dat dit handelsverkeer door de steun ongunstig wordt beïnvloed.

Als wordt voldaan aan alle voorwaarden van artikel 107, eerste lid, van het VWEU, is er - behoudens de uitzonderingen die bij of krachtens de artikelen 107 en 109 van het VWEU worden gesteld - sprake van niet met de interne markt verenigbare staatssteun, veelal ook aangeduid als ongeoorloofde staatssteun. De eerste voorwaarde is dat de steun toerekenbaar moet zijn aan de staat en worden bekostigd uit staatsmiddelen, oftewel er moet sprake zijn van een uitgave of een verminderde inkomst die invloed heeft op de schatkist van de overheid. Daarnaast moet de maatregel ten goede komen aan bepaalde ondernemingen of bepaalde producties. Bij bepaalde producties gaat het om categorieën van ondernemingen. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof (zie Höfner, C-41/90) is een onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitvoert, dat wil zeggen elke eenheid die goederen of diensten aanbiedt op een (potentiële) markt. De rechtsvorm van de eenheid en wijze van financiering zijn irrelevant. Ook een winstoogmerk is geen vereiste om te kunnen spreken van een onderneming, dat er sprake is van concurrentie op de markt volstaat. De derde voorwaarde is dat er een voordeel van niet-marktconforme aard moet zijn. Anders gezegd de onderneming moet van de overheid een economisch voordeel ontvangen dat zij niet onder normale marktomstandigheden had kunnen krijgen. Ten slotte geldt als voorwaarde dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed, waardoor de concurrentie wordt vervalst.

In artikel 107, tweede lid, van het VWEU zijn drie uitzonderingen neergelegd van de hoofdregel in het eerste lid. Dit betreffen de uitzonderingen van rechtswege. Een voorbeeld hiervan betreffen steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen (onderdeel b). Meer kans van slagen hebben de uitzonderingen in artikel 107, derde lid, van het VWEU. Dit betreffen de uitzonderingen waarbij de Commissie beoordelingsruimte heeft en niet verplicht is om een steunmaatregel goed te keuren wanneer van één van deze uitzonderingen sprake is. Hierbij valt onder andere te denken aan steunmaatregelen ter bevordering van de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang of om een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen (onderdeel b). Een ander voorbeeld betreft steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad (onderdeel c). Nog een ander voorbeeld betreft steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen, wanneer door deze maatregelen de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Europese Unie niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad (onderdeel d).

Meldingsplicht staatssteun

Artikel 108 van het VWEU voorziet in toezicht door de Commissie op steunmaatregelen. De kern van dit toezicht wordt gevormd door de verplichting van het derde lid dat elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen ter goedkeuring bij de Commissie moet worden aangemeld. Zolang deze geen beslissing heeft genomen over de verenigbaarheid van de steun met de interne markt mag het voornemen niet ten uitvoer worden gebracht (artikel 108, derde lid, van het VWEU en artikel 3 van de procedureverordening). Dit wordt de standstill-verplichting genoemd. Op grond van een verordening uit 1998 (Verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, PbEG 1998, L142), is de Commissie bevoegd om te verklaren dat bepaalde steuncategorieën, onder bepaalde voorwaarden, van de verplichting tot aanmelding van artikel 108, derde lid, van het VWEU kunnen worden vrijgesteld. Het kan daarbij gaan om onder meer om opleidingssteun, steun ten behoeve van het midden- en kleinbedrijf, werkgelegenheidssteun, landbouw- en visserijsteun. Gelet hierop heeft de Commissie op basis van artikel 108, vierde lid, van het VWEU een zestal verordeningen vastgesteld, waaronder de Algemene groepsvrijstellingsverordening (Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard, PbEU 2014, L187).. Hierin worden bepaalde categorieën van steun als verenigbaar met de interne markt aangemerkt. De tot die categorieën behorende steunmaatregelen zijn niet onderworpen aan de voorafgaande meldingsplicht van artikel 108, derde lid, van het VWEU. In plaats daarvan geldt dan een kennisgevingsprocedure (bijvoorbeeld in het geval van steun die valt onder de Algemene groepsvrijstellingsverordening) of behoeft de steun voorafgaand aan de verlening in het geheel niet te worden gemeld (de minimissteun en sommige vormen van steun ter compensatie van het verrichten van diensten van algemeen economisch belang). Bij deze kennisgevingsprocedure hoeft, indien voldaan wordt aan de gestelde voorwaarden, geen standstill-termijn te worden betracht.

Steun die in strijd met artikel 108, derde lid, van het VWEU tot uitvoering wordt gebracht, wordt door de procedureverordening omschreven als 'onrechtmatige steun'. Het kan gaan om steun die niet is aangemeld, om steun die ten uitvoer is gebracht voordat de standstill-termijn is afgelopen of om steun die, indien de aanmelding heeft geleid tot het besluit van de Commissie dat de voorgenomen steun niet ten uitvoer mag worden gebracht, in strijd met een dergelijk 'negatief besluit toch ten uitvoer is gebracht. Daarnaast kan nog een andere situatie worden onderscheiden waarbij sprake is van steun die strijdig is met de procedure van artikel 108, derde lid. Dit betreft de situatie dat er sprake is van 'misbruik van steun' (zie artikel 1, onderdeel g, van de procedureverordening). Het gaat dan om steun die op andere wijze wordt aangewend dan waarvoor de Commissie (expliciet of stilzwijgend) goedkeuring heeft verleend. Gelet op artikel 20 van de procedureverordening is niet uitgesloten dat een terugvorderingsbesluit van de Commissie ook op dergelijke steun betrekking kan hebben.

Terugvorderingsverplichting

Op grond van artikel 109 VWEU heeft de Raad van de Europese Unie de procedureverordening vastgesteld. De procedureverordening bevat regels over de aanmeldingsprocedure voor nieuwe steunmaatregelen, de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie ten aanzien van aangemelde (nieuwe) steun, misbruik van steun en bestaande steun, alsmede bepalingen over terugvordering van onrechtmatige steun en in geval van misbruik van steun.

Als er sprake is van onrechtmatige staatssteun of misbruik van steun, is de Commissie verplicht om de lidstaat te bevelen dat deze alle nodige maatregelen neemt om de

steun van de begunstigde terug te vorderen (terugvorderingsbevel). Deze verplichting vloeit voort uit artikel 108 VWEU en artikel 16 van de procedureverordening. Het doel van een terugvorderingsbesluit is het herstel van de toestand zoals die bestond voor de onrechtmatige verlening van staatssteun. Aan dit doel is voldaan, wanneer de onrechtmatig verleende steun, vermeerderd met rente, door de begunstigde is terugbetaald. Hierdoor verliest de begunstigde het marktvoordeel dat hij ten opzichte van zijn concurrenten heeft genoten en wordt de markttoestand van voor de steunverlening hersteld.

De Commissie kan niet zelf een steunmaatregel intrekken of wijzigen, noch zelf tot terugvordering overgaan. Zij geeft daartoe slechts bevel aan de betrokken lidstaat. De lidstaat is als adressant van het bevel verplicht om dit bevel ten uitvoer te brengen. Het terugvorderingsbesluit van de Commissie richt zich dus niet rechtstreeks tot de begunstigde(n). Op grond van artikel 16, derde lid, van de procedureverordening dient de terugvordering door de lidstaat zonder vertraging en op basis van het nationale recht plaats te vinden. De nationale procedures moeten de onverwijld en daadwerkelijke uitvoering van het besluit van de Commissie mogelijk maken, welke voorwaarde een weerspiegeling vormt van de eisen van het in de rechtspraak van het Hof verankerde doeltreffendheidsbeginsel. Daadwerkelijke uitvoering houdt in dat de maatregelen die de lidstaat neemt moeten resulteren in de feitelijke terugvordering van alle bedragen die de begunstigde verschuldigd is. De lidstaat is derhalve vrij om de middelen te kiezen waarmee hij zijn verplichting tot terugvordering van met de interne markt onverenigbare steun zal uitvoeren, zolang de gekozen maatregelen geen afbreuk doet aan de strekking en de doeltreffendheid van het Unierecht (C-354/90, FNCE, Jur. 1991, blz. I-5505, punt 16).

Ingevolge artikel 108, tweede lid, van het VWEU is de Commissie verplicht een termijn vast te stellen waarbinnen de lidstaat de steunmaatregel moet opheffen of wijzigen. Het Hof stelde in de Scott-zaak (C-232/05, Commissie/Frankrijk, Jur. 2006, I-10071) dat de toepassing van de nationale terugvorderingsprocedures het onmiddellijke herstel van de vroegere toestand niet mag beletten en het oneerlijke concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun is ontstaan niet mag worden verlengd. Op de betrokken lidstaat rust de *resultaats*verplichting om de steun daadwerkelijk terug te vorderen binnen de gestelde termijn.

Uit artikel 17, eerste lid, van de procedureverordening volgt dat de bevoegdheid van de Commissie om terugvordering te bevelen verjaart na een termijn van tien jaar. Het tweede lid van dat artikel bepaalt dat deze termijn ingaat op de dag waarop de onrechtmatige steun als individuele steun of in het kader van een steunregeling aan de begunstigde is verleend. De termijn kan gestuit worden door elke maatregel van de Commissie ten aanzien van de desbetreffende staatssteun of een op haar verzoek ten aanzien van die steun optredende lidstaat. Daarbij wil 'op verzoek van de Commissie' zeggen: als gevolg van elk bevel dat de Commissie op grond van een bepaling uit de procedureverordening kan geven. Het gaat om zogenaamde stuitingshandelingen zoals een terugvorderingsbevel of een brief van de Commissie met een verzoek om informatie over de staatssteun. Door de stuiting begint de termijn weer opnieuw te lopen. Daarnaast is het ook mogelijk dat de verjaringstermijn wordt geschorst. De termijn wordt geschorst, zolang over het besluit van de Commissie een beroep aanhangig is bij het Hof. Het instellen van beroep bij het Hof tegen een besluit van de Commissie tot terugvordering heeft overigens geen schorsende werking.

De bevoegdheid om rente te vorderen heeft de Commissie op grond van het artikel 16, tweede lid, van de procedureverordening. De Commissie kan het toe te passen rentepercentage bepalen in het terugvorderingsbesluit. Als dat niet het geval is, geldt het op basis van de uitvoeringsverordening (Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van de procedureverordening (PbEU 2004, L 140) door de Commissie vastgestelde percentage. De rente is betaalbaar vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun. Ook wanneer blijkt dat de

steun, die tijdens de standstill-periode is verleend, rechtmatig is, kan er door de Commissie alsnog betaling van rente worden verlangd over de periode waarin deze steunmaatregel nog niet door de Commissie was goedgekeurd.

Terugvorderingslacunes nationaal recht

De terugvorderingsmogelijkheden op basis van het Nederlandse recht zijn niet in alle gevallen voorhanden of adequaat toegesneden op situaties waarin staatssteun wegens strijd met de Europese staatssteunregels dient te worden teruggevorderd.

Eerder is in het rapport van de Interdepartementale Commissie voor Europees Recht ("Trends in de rechtspraak, terugvordering van staatssteun", Den Haag 2002) al geconstateerd dat het Nederlandse recht geen sluitende set regels bevat die in alle gevallen de mogelijkheid biedt om op last van de Commissie tot terugvordering van staatssteun over te gaan. Die sluitende set regels is er nog steeds niet ook al laat een aantal uitspraken zien dat de Nederlandse bestuursrechter in sommige subsidiecasus bereid is ook het ongeschreven bestuursrecht als basis voor terugvordering van staatssteun in aanmerking te nemen (zie ABRvS 15 april 2015, nr. 201309575, Zorginstituut Nederland vs Zorg en Zekerheid, en eerder al een tweetal uitspraken van de ABRvS van 11 januari 2006, nrs. 200410578 en 200503463).

Terugvorderingsproblemen doen zich voor in elk van de drie rechtsgebieden (bestuursrecht, burgerlijk recht, fiscaalrecht).

In het bestuursrecht springt bijvoorbeeld in het oog dat alleen van subsidieontvangers kan worden teruggevorderd, terwijl het aan staatssteun verbonden voordeel zich ook kan uitstrekken tot derden (indirect begunstigden). Ook ontbreekt een zelfstandige grondslag voor de terugvordering van rente door decentrale overheden. Voor de centrale overheid bieden de diverse subsidiekaderwetten die grondslag inmiddels doorgaans wel (vergelijk ABRvS 11-01-2006, nr. 200410578/1, Fleuren Compost, punt 2.8.1), althans in het geval de staatssteun naar Nederlands recht als subsidie kwalificeert.

In het privaatrecht speelt bijvoorbeeld dat mogelijke terugvorderingsinstrumenten als onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking na een verloop van vijf jaar verjaren, terwijl de procedureverordening een verjaringstermijn van tien jaar kent. Afgezien daarvan blijkt uit sommige casus dat een dergelijke figuur niet altijd goed is toegesneden om als terugvorderingsinstrument te kunnen dienen (zie de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking in de zogenoemde Kliq-zaak, Rb Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9330). Daarnaast springt in het oog dat de grondslag voor de vordering van rente, artikel 6:119 van het BurgerlijkWetboek (BW), uitgaat van wettelijke rente en van een termijn waarover de rente verschuldigd is die afwijkt van de procedureverordening.

In het fiscaalrecht is aan de orde dat voor terugvordering ('navordering') van directe belastingen vereist is dat er sprake is van een 'nieuw feit' en het de vraag is of de onrechtmatigheid van de steunverlening wegens schending van de Europese staatssteunregels als zodanig kan worden gezien. De rechter kan een dergelijk vereiste wel buiten toepassing laten (omdat het een effectieve terugvordering belemmert) maar de vraag is of er dan nog wel een nationaalrechtelijke grondslag voor terugvordering overblijft. Verder wijken grondslag en regeling voor de terugvordering van rente ook in het fiscale recht af van die in de procedureverordening.

In vervolg op het genoemde rapport 'Trends in de rechtspraak' is in 2005 onderzoek verricht naar de wijze waarop in enkele andere lidstaten van de Europese Unie op last van de Commissie ten onrechte verstrekte staatssteun wordt teruggevorderd en welke handvatten dit biedt om de Nederlandse wetgeving aan te passen (B.W.N. de Waard, A.J.C. de Moor-van Vugt e.a., 'Terugvordering van staatssteun'). Het hierboven genoemde wetsvoorstel (Kamerstukken 31 418) bevatte aanpassingen van de Nederlandse wetgeving met het oog op de terugvordering van staatssteun en bevatte daartoe wijzigingen van de Awb, het BW en de Awr. Het wordt evenwel ingetrokken vanwege onderhavig wetsvoorstel. Dit wetsvoorstel kiest voor een zoveel mogelijk uniforme regeling ongeacht het karakter van de onderliggende rechtsverhouding.

3. Karakter wetsvoorstel

Staatssteun kan veel gedaantes aannemen en worden verstrekt in een bestuursrechtelijke, fiscaalrechtelijke of privaatrechtelijke verhouding. Die rechtsgebieden bieden in een aantal gevallen ook de mogelijkheid om zonodig staatssteun terug te vorderen. Maar die mogelijkheid is er niet in alle gevallen of leidt niet in alle gevallen tot een effectieve ongedaanmaking. Dat het Nederlandse recht lacunes bevat is in het vorige hoofdstuk reeds toegelicht.

Dit wetsvoorstel biedt de grondslagen en regelingen voor de terugvordering van staatssteun, indien een besluit van de Commissie tot die terugvordering noopt. Zoals in hoofdstuk 1 al is aangegeven is het wetsvoorstel zo opgezet dat alleen voor fiscale steun wordt voorgeschreven dat deze met behulp van *bestaande* instrumenten wordt teruggevorderd indien een Commissiebesluit dat vergt. Het gaat om de instrumenten navordering en naheffing. Het wetsvoorstel regelt dit door een wijziging van de Awr. Voor de overige staatssteun die ingevolge een Commissiebesluit teruggevorderd dient te worden, voorziet dit wetsvoorstel in een zelfstandige, exclusieve terugvorderingsgrondslag.

Kenmerkend is voorts dat het wetsvoorstel de bestaande rechtsverhouding die tot de privaatrechtelijke of bestuursrechtelijke (niet-fiscale) staatssteun heeft geleid in beginsel in tact laat. Zoveel mogelijk wordt overgelaten aan de betrokken rechtssubjecten zelf. Omdat bestuursorganen wel altijd dienen te beschikken over een bevoegdheid, voorziet het wetsvoorstel voor bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen van niet-fiscaalrechtelijke aard in de bevoegdheid voor bestuursorganen om ambtshalve doorwerkingsaspecten bij beschikking te regelen. Daarnaast bevat het wetsvoorstel de verplichting dat het bestuursorgaan dat het aangaat in de beschikking tot betaling regelt dat nog openstaande betalingsverplichtingen jegens de desbetreffende begunstigde vervallen, indien naleving ervan zou leiden tot de verstrekking van gelijksoortige staatssteun als op grond van het Commissiebesluit moet worden teruggevorderd. Gedacht moet worden aan periodieke betalingsverplichtingen waarvan naleving opnieuw zou leiden tot onrechtmatige staatssteun.

Dit wetsvoorstel biedt, gelet op het bovenstaande een zo compact, eenvoudig en effectief mogelijke regeling waarbij de ongedaanmaking van het onterecht verkregen voordeel vooropstaat. Voor de terugvordering van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke, niet fiscale, staatssteun betekent dit onder meer dat bestaande grondslagen en regelingen in de huidige wetgeving, zoals de Awb, het BW en diverse departementale kaderwetten op subsidiegebied, niet worden gewijzigd. Samen met een bepaling die regelt dat een begunstigde zich in beginsel niet kan beroepen op nationaalrechtelijke verjarings-, bewaar- of vernietigingstermijnen indien hij informatie inzake de hem verstrekte staatssteun niet heeft bewaard tot het einde van de verjaringstermijn van artikel 17, eerste en tweede lid, van de procedureverordening en de toepasselijkheid van de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (Wet Nerpe) om te borgen dat het 'bestuursorgaan dat het aangaat' (zie hierover paragraaf 4.3 en de toelichting op artikel 1) zijn verplichtingen op grond van dit wetsvoorstel naleeft, leidt dit tot een wetsvoorstel dat een complete voorziening biedt en dat zeker stelt dat Nederland als lidstaat terug kan vorderen in alle gevallen waarin zij daartoe door de Commissie wordt verplicht.

Voorts bevat het wetsvoorstel een tweetal bepalingen naar aanleiding van jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Allereerst voorziet voorgesteld artikel 7 - in verband met de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 15 april 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:1152) in de zaak Zorg en Zekerheid - in een expliciete grondslag en verplichting om een beschikking te herzien indien is gebleken dat die beschikking heeft geleid tot het in strijd met artikel 108, derde lid, verstrekken van staatssteun. Dit artikel is alleen van toepassing indien er (nog) geen Commissiebesluit is dat tot

terugvordering noopt en beoogt de ongedaanmaking van staatssteun te faciliteren, indien de wettelijke regeling op grond waarvan de beschikking is gegeven zelf geen grondslag bevat om een onjuiste beschikking te herzien. Voor een verplichting tot herziening is gekozen omdat het beginsel van unietrouw, ook wel aangeduid als het beginsel van loyaliteit van artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) vereist dat lidstaten alle algemene en bijzondere maatregelen treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Daarnaast wordt, mede naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 13 februari 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245), aan de Awb een extra bepaling voor de weigering van een aanvraag tot subsidieverlening toegevoegd (het voorgestelde derde lid van artikel 4:35 van de Awb) om te bereiken dat een bestuursorgaan ingeval van evidente strijdigheid met de Europese staatssteunregels de verlening van subsidie kan weigeren. De weigeringsgrond is van overeenkomstige toepassing op de subsidievaststelling indien voorafgaand aan de subsidievaststelling geen subsidieverlening plaatsvindt. In de toelichting op artikel 9 wordt verder ingegaan op de nieuwe weigeringsgrond. De bepaling voorkomt dat Nederland later onnodig wordt geconfronteerd met terugvorderingszaken en bewerkstelligt ook dat de Commissie niet hoeft te worden benaderd in gevallen waarin evident sprake is van verboden staatssteun. Dit strookt met de door de Commissie opgestelde Gedragscode voor een goed verloop van de staatssteunprocedures (Pb 2009, C136), waarin de Commissie (alleen) in het geval van beoogde aanmeldingen van steun aandringt op voorafgaand overleg.

4. Inhoud wetsvoorstel

Het wetsvoorstel voorziet in grondslagen en regels voor de terugvordering van staatssteun indien een Commissiebesluit tot die terugvordering noopt. Voor de terugvordering van privaatrechtelijke en niet-fiscale bestuursrechtelijke staatssteun belast het wetsvoorstel het bestuursorgaan dat het aangaat met de terugvordering van de steun van begunstigden. Bepaald wordt dat de terugvordering van staatssteun altijd bij beschikking geschiedt, ongeacht de aard van de onderliggende rechtsverhouding. Verder bevat het wetsvoorstel een bepaling over de voor begunstigden geldende bewaartermijn, een bepaling die bestuursorganen een bevoegdheid geeft ambtshalve de doorwerking van de terugvordering voor de bestaande bestuursrechtelijke (niet-fiscale) rechtsverhouding te regelen en een bepaling die de rechtsbescherming regelt voor beschikkingen tot betaling die uitvoering geven aan een Commissiebesluit. Hieronder wordt nader stilgestaan bij deze elementen.

4.1 Uitvoering van het Commissiebesluit

Het wetsvoorstel biedt alleen grondslagen en regels voor de terugvordering van staatssteun voor zover er een Commissiebesluit is dat daartoe noopt. Voor de opzet om alleen een voorziening te bieden als er sprake is van een Commissiebesluit, is allereerst gekozen in verband met het oogmerk van dit wetsvoorstel: het gaat erom te regelen wat echt nodig is en een voorziening te bieden die borgt dat Nederland in alle gevallen waarin dat onmiskenbaar aangewezen is, kan terugvorderen. Een ruimere grondslag die tot terugvordering verplicht, kent als risico dat die verruiming de eenduidige toepassing van de voorziening niet ten goede komt. In die gevallen zou de verplichting tot toepassing van de voorziening tot terugvordering immers niet meer uitsluitend afhankelijk zijn van het oordeel van de in dit opzicht gezaghebbende instantie. Het voorgaande laat overigens onverlet dat toepassing kan worden gegeven aan eventueel bestaande mogelijkheden op grond van het nationale recht om voorafgaand aan een eventueel Commissiebesluit al iets te ondernemen. Te denken valt aan de mogelijkheid die diverse departementale subsidiekaderwetten bieden om een subsidieverstrekking te weigeren dan wel een subsidieverlening of subsidievaststelling in te trekken of te wijzigen voor zover

subsidieverstrekking in strijd zou zijn met ingevolge een verdrag voor Nederland geldende verplichtingen (zie bijvoorbeeld artikel 7 van de Kaderwet EZ-subsidies). Ook kan een bestuursorgaan voorafgaand aan een eventueel Commissiebesluit toepassing geven aan de in het wetsvoorstel opgenomen mogelijkheid om een beschikking waarvan gebleken is dat daarmee onrechtmatige staatssteun is verstrekt, te wijzigen als de wettelijke regeling op basis waarvan de beschikking is gegeven zelf voor een dergelijk geval niet in die bevoegdheid voorziet.

De procedureverordening onderscheidt een drietal typen terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie. Allereerst kan de Commissie op grond van artikel 13, tweede lid, van de procedureverordening hangende de formele onderzoeksprocedure de lidstaat bevelen tot voorlopige terugvordering van onrechtmatige steun, totdat de Commissie een beschikking heeft gegeven over de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt ('terugvorderingsbevel'). In de tweede plaats kan de Commissie besluiten dat de steun van de begunstigde wordt teruggevorderd indien een negatief besluit wordt gegeven in geval van onrechtmatige steun (artikel 16, eerste lid, procedureverordening: 'terugvorderingsbesluit'). In de derde plaats kan de Commissie in gevallen van misbruik van steun de formele onderzoeksprocedure inleiden en kunnen terugvorderingsbesluiten als bedoeld in de artikelen 13, tweede lid, en 16, eerste lid, worden gegeven (artikel 20 jo. de artikelen 15, tweede lid, en 16, eerste lid, procedureverordening).

4.2 Terug te vorderen staatssteun

Ingevolge een Commissiebesluit dient de desbetreffende staatssteun van de in het besluit aangeduide begunstigde(n) te worden teruggevorderd. Bij die steun kan het gaan om elke vorm van staatssteun die in strijd met het bepaalde bij of krachtens de artikelen 107 of 108 van het VWEU is verstrekt. Dit omvat de onrechtmatige staatssteun, bedoeld in de procedureverordening alsmede vormen van het daarbedoelde misbruik van steun. Gelet op artikel 108, derde lid, van het VWEU omvat de steun de rente, te rekenen vanaf de datum waarop de steun voor de begunstigde beschikbaar was tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun. Dit blijkt, ingeval van staatssteun die op basis van een terugvorderingsbesluit van de Commissie teruggevorderd dient te worden ook uit artikel 16, tweede lid, van de procedureverordening. In dat geval wordt het daarbij geldende rentepercentage door de Commissie bepaald dat óf is opgenomen in het Commissiebesluit zelf óf is vastgesteld door de Commissie op basis van de uitvoeringsverordening.

4.3 Het bestuursorgaan dat het aangaat is verplicht tot terugvordering

In het wetsvoorstel moet helder zijn bij welke concrete actor de verplichting tot uitvoering van het ongedaanmakingsbevel komt te liggen. Gekozen is in dat kader voor het 'bestuursorgaan dat het aangaat'. Dat bestuursorgaan is in beginsel het bestuursorgaan dat de staatssteun heeft verstrekt. Omdat steun niet in alle gevallen door een bestuursorgaan wordt verstrekt, is het begrip daartoe niet beperkt. Als een gemeente of provincie privaatrechtelijke steun verstrekt doet zij dat als rechtspersoon. Het bestuursorgaan dat het aangaat is dan het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor de verstrekking van die staatssteun door die publiekrechtelijke rechtspersoon waarvan dat bestuursorgaan deel uitmaakt (voorgesteld artikel 1, onderdeel b, onder 1^o).

Een andere situatie doet zich voor als een privaatrechtelijke rechtspersoon of entiteit (bijv. een maatschap) staatssteun heeft verstrekt en die rechtspersoon of entiteit voor de steunverstrekking niet kwalificeert als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onderdeel b, van de Awb. In dat geval is het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor het (direct of indirect) uitoefenen van overheidszeggenschap in die rechtspersoon of entiteit het bestuursorgaan dat het aangaat.

Indien de privaatrechtelijke rechtspersoon of entiteit voor wat betreft de steunverlening wel als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onderdeel b, van de Awb kwalificeert is de rechtspersoon of entiteit te beschouwen als bestuursorgaan dat de steun heeft verstrekt en zelf bestuursorgaan dat het aangaat.

In dat geval is zowel die rechtspersoon of entiteit als het voor de overheidszeggenschap verantwoordelijke bestuursorgaan het bestuursorgaan dat het aangaat en rust op beiden de verplichting tot terugvordering zolang de ander nog geen uitvoering geeft of heeft gegeven aan het ongedaanmakingsbevel.

Indien meerdere bestuursorganen verantwoordelijk zijn voor overheidszeggenschap in een privaatrechtelijke rechtspersoon of entiteit (bijv. indien meerdere overheden aandelen houden van een b.v.) zijn zij alle 'het bestuursorgaan dat het aangaat' en alle gehouden tot ongedaanmaking zolang een van de andere bestuursorganen geen uitvoering geeft of heeft gegeven aan het ongedaanmakingsbevel.

Overheidszeggenschap kan op tal van manieren gestalte krijgen. Via aandeelhouderschap, het hebben van stemrechten, maar ook via bevoegdheden als het recht om bestuurders of leden van een raad van commissarissen of toezicht te benoemen of ontslaan, een goedkeuringsrecht ten aanzien van statutenwijzigingen etc. Om te kwalificeren als bestuursorgaan dat het aangaat is alleen het hebben van een vorm van overheidszeggenschap vereist. Er hoeft met andere woorden geen sprake te zijn van *overwegende* overheidszeggenschap.

Het kan ten slotte voorkomen dat de verstrekking van staatssteun rechtstreeks voortvloeit uit een wettelijk voorschrift. Zonder dat er op basis van die wettelijke bepaling nog een concretiserende rechtshandeling plaatsheeft zoals een beschikking of een overeenkomst. Voor die gevallen bepaalt onderdeel c dat het bestuursorgaan dat het aangaat dan het bestuursorgaan is dat is belast met de uitvoering van de wet- of regelgeving (waarin de bepaling is opgenomen) die rechtstreeks tot de steun heeft geleid. Indien meerdere bestuursorganen met die uitvoering zijn belast, zijn zij allen 'bestuursorgaan dat het aangaat'.

4.4 Begunstigden

De begunstigde is de onderneming die als begunstigde wordt aangemerkt in een Commissiebesluit. Dit hoeft niet altijd (uitsluitend) de oorspronkelijke ontvanger van de steun te zijn, maar kan ook andere ondernemingen betreffen die aan de steun voordeel hebben ontleend. Het is praktijk van de Commissie om in haar terugvorderingsbesluiten waar mogelijk de namen te geven van de ondernemingen waarvan de steun moet worden teruggevorderd. Het Commissiebesluit bevat echter niet altijd alle concrete gegevens over de identiteit van de begunstigde(n). In dat soort gevallen moet de uitvoerder van het Commissiebesluit onverwijld de concrete ondernemingen aanwijzen die op grond van het besluit als begunstigden moeten worden aangemerkt. Indien bij de uitvoering van een Commissiebesluit duidelijk wordt dat de steun aan andere ondernemingen is doorgegeven, is het mogelijk dat de terugvordering naar alle daadwerkelijke begunstigden moet worden uitgebreid om er zodoende voor te zorgen dat de terugvorderingsverplichting niet wordt omzeild (zie de Bekendmaking van de Commissie 'Naar een doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen van de Commissie waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en overeenigbare steun terug te vorderen', C 272/05, punt 32). Gelet op de in die Bekendmaking aangehaalde jurisprudentie (C-277/00, Duitsland tegen Commissie) moet worden aangenomen dat dit het geval is als het Commissiebesluit beveelt ook terug te vorderen van indirect begunstigden. In de genoemde zaak Duitsland tegen de Commissie had de Commissie bevolen tot het terugvorderen van iedere andere onderneming waaraan activa van direct begunstigden zijn of worden overgedragen met het oog op het omzeilen van de gevolgen van het terugvorderingsbesluit (zie punt 9 van die uitspraak).

4.5. Termijnbepaling

Artikel 17 van de procedureverordening bepaalt dat de bevoegdheden van de Commissie om staatssteun terug te vorderen verjaren na een termijn van tien jaar. Het artikel bepaalt voorts wanneer die termijn ingaat en wat gronden voor stuiting of schorsing van die termijn zijn.

Uit de jurisprudentie van het Hof vloeit voort dat nationaalrechtelijke verjarings-, bewaar- of vernietigingstermijnen, die de volle werking van het Europeesrechtelijke staatssteunregime belemmeren, buiten toepassing moeten worden gelaten (C-527/12, Commissie-Duitsland).

Een begunstigde kan zich dus in beginsel niet beroepen op de geldende nationaalrechtelijke termijnen als hij informatie inzake hem verstrekte staatssteun niet gedurende de Europeesrechtelijk geldende verjaringstermijn heeft bewaard en doet er daarom verstandig aan voor het bewaren van staatssteungegevens de verjaringstermijn uit de procedureverordening in acht te nemen.

De bepaling beoogt te bevorderen dat ondernemingen zich bij beslissingen over het bewaren en vernietigen van gegevens en bescheiden laten leiden door de verjaringstermijn van de procedureverordening en nagaan welke stukken gelet daarop, niettegenstaande korter durende termijnen van nationaal recht, dienen te worden bewaard.

4.6. Toepasselijkheid titel 4.4 van de Awb

Titel 4.4 van de Awb bevat een regeling over bestuurlijke geldschulden. Uit artikel 4:85 van de Awb vloeit voort dat deze titel van toepassing is op ter uitvoering van een Commissiebesluit gegeven beschikkingen tot betaling. Deze toepasselijkheid brengt mee dat het wetsvoorstel niet zelf hoeft te voorzien in bepalingen over de inhoud van de beschikking, de wijze van betaling en over aanmaning en invordering.

De afdelingen 4.4.2 over verzuim en wettelijke rente en 4.4.3 over verjaring worden daarentegen van toepasselijkheid uitgezonderd (voorgesteld artikel 5, eerste lid). Bij de uitvoering van een Commissiebesluit is de regeling over rente in de procedureverordening (artikel 16, tweede lid) immers bepalend voor de terug te vorderen rente. Op grond daarvan loopt de periode waarover rente verschuldigd is door zolang de betrokken begunstigde niet heeft terugbetaald. Die periode omvat dus mede de periode waarin betrokkene volgens afdeling 4.4.2 van de Awb in verzuim is en derhalve rente verschuldigd is. Een vergelijkbare redenering geldt voor verjaring. De terugvordering door een beschikking tot betaling op basis van artikel 3 van het wetsvoorstel ter uitvoering van een Commissiebesluit mag immers niet belemmerd worden door de in artikel 4:104 van de Awb opgenomen verjaringstermijn van vijf jaar geldend voor rechtsvorderingen tot betaling van een geldsom. Alleen artikel 4:97 van de Awb (onderdeel van afdeling 4.4.2), dat regelt dat een schuldenaar die niet binnen de voorgeschreven termijn betaalt in verzuim is, dient wel van toepassing te zijn in verband met bepalingen van afdeling 4.4.4 (aanmaning en invordering bij dwangbevel) die daarop aansluiten.

Met het oog op de effectiviteit van de terugvordering voorziet artikel 5, tweede lid, van het wetsvoorstel in een grondslag voor invordering bij dwangbevel (zie artikel 4:115 van de Awb). Deze bevoegdheid geeft het bestuursorgaan dat het aangaat de mogelijkheid zich zonder tussenkomst van de burgerlijke rechter een executoriale titel te verschaffen waarmee betaling kan worden afgedwongen. Het wetsvoorstel voorziet, opnieuw in verband met de door het Europese recht vereiste effectiviteit van de terugvordering, niet van rechtswege in de schorsende werking van een tegen een dwangbevel aangespannen executiegeschil, zoals verzet. Die schorsende werking kan op grond van artikel 438, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wel in een concrete zaak worden gevraagd aan de voorzieningenrechter.

4.7 Bestemming teruggevorderde steun

Het wetsvoorstel regelt ook de bestemming van teruggevorderde staatssteun. Een door het bestuursorgaan dat het aangaat geïnde geldsom komt toe aan de rechtspersoon die de desbetreffende staatssteun heeft verstrekt of waartoe het

bestuursorgaan behoort dat die staatssteun heeft verstrekt. Als een bestuursorgaan van het Rijk de steun heeft verstrekt komt de geldsom dus toe aan de Staat. Dat is ook zo als de steun is verstrekt door een zelfstandig bestuursorgaan zonder eigen rechtspersoonlijkheid op het niveau van de centrale overheid. Het ligt in de rede dat dit geld dan weer terugvloeit naar de begroting van het departement (waaronder het zelfstandig bestuursorgaan ressorteert) dat de steun heeft verleend. Wanneer een zelfstandig bestuursorgaan met eigen rechtspersoonlijkheid de steun heeft verstrekt, komt de geldsom toe aan dat zelfstandige bestuursorgaan. Indien de steun is verstrekt door een overheidsbedrijf, zoals bijvoorbeeld TenneT BV, komt de geïnde geldsom toe aan dat overheidsbedrijf. Op decentraal niveau gaat het op dezelfde wijze. Als een gemeente als rechtspersoon steun heeft verstrekt komt de geïnde geldsom toe aan die gemeente. Als een bestuursorgaan van een gemeente de steun heeft verstrekt ook. Als een zelfstandig bestuursorgaan op gemeentelijk niveau met eigen rechtspersoonlijkheid of een gemeentelijk overheidsbedrijf met eigen rechtspersoonlijkheid de steun heeft verstrekt, aan dat zelfstandige bestuursorgaan respectievelijk overheidsbedrijf. De bepaling gaat alleen over geïnde bedragen. Een beschikking tot betaling van het bestuursorgaan dat het aangaat leidt op zichzelf dus nog niet tot een vorderingsrecht van de rechtspersoon aan wie de geldsom toekomt als hij eenmaal is geïnd.

4.8 Doorwerking in bestaande rechtsverhouding

Hierboven is aangegeven dat dit wetsvoorstel slechts de ongedaanmaking van de terug te vorderen staatssteun beoogt en bestaande rechtsverhoudingen waaruit de staatssteun is voortgekomen zoveel mogelijk in tact laat. Zoveel mogelijk wordt overgelaten aan de betrokken rechtssubjecten zelf. Indien dat rechtssubject een bestuursorgaan is, dient dat orgaan wel te beschikken over een bevoegdheid om de bestaande rechtsverhouding desgewenst nader te regelen. Met het oog daarop voorziet het wetsvoorstel voor bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen van niet-fiscaalrechtelijke aard in de bevoegdheid van een bestuursorgaan in een dergelijk geval ambtshalve de doorwerkingsaspecten bij beschikking te regelen (voorgesteld artikel 6).

Daarnaast bevat het wetsvoorstel de verplichting dat het bestuursorgaan dat het aangaat in de beschikking tot betaling regelt dat nog openstaande betalingsverplichtingen jegens de desbetreffende begunstigde vervallen, indien naleving ervan zou leiden tot de verstrekking van gelijksoortige staatssteun als op grond van het Commissiebesluit moet worden teruggevorderd (voorgesteld artikel 3, derde lid). Gedacht moet worden aan periodieke betalingsverplichtingen. Indien een dergelijke verplichting heeft geleid tot steun die volgens de Commissie teruggevorderd moet worden, moet voorkomen worden dat de nog openstaande betalingsverplichtingen kunnen leiden tot het opnieuw verstrekken van staatssteun als die op grond van het Commissiebesluit moet worden teruggevorderd. Het ligt in de rede dat direct te regelen in de beschikking tot betaling van de terug te vorderen staatssteun om nieuwe terugvorderingszaken te voorkomen.

4.9. Rechtsbescherming

Het wetsvoorstel voorziet in beroep op het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) in eerste en enige aanleg tegen beschikkingen tot betaling op basis van artikel 3, eerste lid, van het wetsvoorstel. Het gaat dus steeds om de beschikkingen tot betaling die erop zien dat het genoten voordeel wordt weggenomen en dus altijd zullen inhouden dat de ontvanger van de steun een in een dergelijke beschikking genoemd bedrag terug moet betalen. Een beschikking tot betaling ter uitvoering van een Commissiebesluit zal doorgaans één op één volgen uit dat besluit en soms nog een nadere invulling van elementen uit dat besluit bevatten binnen de in dat besluit aangegeven kaders (bijv. de concrete bepaling van de indirect begunstigten of de concrete bepaling van de terug te vorderen rente). Gelet op het uitvoerende karakter van een dergelijke beschikking tot betaling en het feit dat tegen een Commissiebesluit zelf reeds kan worden opgekomen bij het Gerecht en het Hof, mag worden aangenomen dat rechtspraak in één instantie tegen een dergelijke beschikking

volstaat. Dat de beschikking tot betaling mede het vervallen van soortgelijke, nog openstaande betalingsverplichtingen tot inhoud kan hebben (zie artikel 3, derde lid) doet aan het uitvoerende karakter van de beschikking tot betaling niet af. Daarbij is ervoor gekozen dit beroep in één aanleg te concentreren bij één rechter. Een dergelijke concentratie bij één rechterlijke instantie garandeert immers de eenduidigheid van de beoordeling. Gekozen is voor een rechtsgang bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Omdat met name beoordeeld dient te worden of de beschikking tot betaling op correcte wijze (nadere) uitvoering geeft aan het Commissiebesluit en het CBb deskundig is op het gebied van staatssteun, is dit een logische keuze. Dat geldt voor de terugvordering van staatssteun ongeacht de aard van de onderliggende rechtsverhouding op grond waarvan de staatssteun is verstrekt (bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk).

Tegen besluiten en rechtshandelingen die, al dan niet gebruikmakend van de door artikel 6 van het wetsvoorstel geboden bevoegdheid, de doorwerking regelen voor de bestaande rechtsverhouding, blijft de rechtsbescherming open staan die ten aanzien van die rechtsverhouding thans gebruikelijk is. Het wetsvoorstel wijzigt daaraan niets. Het gaat daarbij immers om een specifieke bestuursrechtelijke of privaatrechtelijke vertaalslag. Deze specifieke aanpassingen van de bestaande rechtsverhouding kunnen het beste beoordeeld worden door de op dat terrein deskundige rechter.

Ingeval van een aanwijzing of ander besluit op grond van de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (hierna: Wet Nerpe) in verband met het niet (voldoende) uitvoering geven aan de verplichting tot uitvoering van het ongedaanmakingsbevel op grond van de hier voorgestelde wet, gaat het om toezicht van een minister op het 'bestuursorgaan dat het aangaat'. Dat toezicht hoort naar zijn aard meer thuis bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Dit wetsvoorstel bevat daarom geen wijziging van de rechtsgang zoals die in de bijlagen van de Awb is geregeld met betrekking tot besluiten en aanwijzingen op grond van de Wet Nerpe.

Jegens bestuursorganen van provincies, gemeenten en gemeenschappelijke regelingen waaraan zij deelnemen is in artikel 2, vierde lid, van de Wet Nerpe bepaald dat de aanwijzing uit die wet niet wordt gebruikt als de instrumenten betreffende het generiek bestuurlijk toezicht uit de Gemeentewet, de Provinciewet en de Wet gemeenschappelijke regelingen toereikend zijn om "het niet naar behoren voldoen" aan een Europeesrechtelijke rechtsplicht door deze bestuursorganen te herstellen. De rechtsplichten waar het in dit geval om gaat zijn neergelegd in artikel 3 van dit wetsvoorstel. Aangezien het hier gaat om een andere wet dan de Gemeentewet, Provinciewet en de Wet gemeenschappelijke regelingen, zijn de artikelen betreffende de indeplaatsstelling uit die wetten van toepassing en derhalve toereikend. Dat is niet anders als de staatssteun waarop het Commissiebesluit betrekking heeft met gebruikmaking van een autonome bevoegdheid is verleend. Ook is voor de bevoegdheid om in de plaats te treden niet relevant of de steun een privaatrechtelijk of een publiekrechtelijk karakter heeft, van belang is slechts of het bestuursorgaan een in artikel 3 van dit wetsvoorstel neergelegde rechtsplicht niet nakomt. Ten aanzien van het interbestuurlijk toezicht op gemeenten ten aanzien van de uitvoering van de hier voorgestelde wet, kan worden vastgesteld dat die taak niet primair tot het terrein van de provincies behoort. Daarom wordt voorgesteld om deze wet op te nemen in de bijlage, bedoeld in artikel 124b van de Gemeentewet, en het toezicht te beleggen bij een minister. Omdat het gaat om een vorm van interbestuurlijk toezicht ligt het het meest voor de hand dit toezicht op te dragen aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties. Indien blijkt dat een orgaan van een gemeente, provincie of gemeenschappelijke regeling niet overgaat tot de uitvoering van een ongedaanmakingsbevel, zal de minister in overleg treden met het bestuursorgaan. Hij doorloopt hierbij de interventieladder, zoals beschreven in de memorie van toelichting bij de Wet revitalisering generiek toezicht (Kamerstukken II, 32 389, nr. 3, p. 16 e.v.). Blijft het bestuursorgaan volharden, dan leidt dit tot een

besluit tot indeplaatsstelling van de minister. De bevoegdheid tot uitvoering van het Commissiebesluit, bedoeld in artikel 3 van dit wetsvoorstel gaat dan over op de minister. Het bestuursorgaan kan tegen het besluit tot indeplaatsstelling rechtstreeks in beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De begunstigde van de staatssteun kan niet in beroep tegen de indeplaatsstelling omdat zijn belang niet rechtstreeks is getroffen. Hij kan in bezwaar en beroep tegen de beschikking tot betaling die de minister in de plaats van het bestuursorgaan dat het aangaat neemt ter uitvoering van het Commissiebesluit. De minister is in dat geval degene die die beschikking eventueel bij het CBb moet verdedigen.

5. Voorbereiding en medebetrokkenheid wetsvoorstel

Het wetsvoorstel is voorbereid door een interdepartementale werkgroep en in het bijzonder afgestemd met de Minister van Veiligheid en Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. In het wetsvoorstel is voorzien in mede-ondertekening door de Staatssecretaris van Financiën en deze toelichting wordt mede namens hem gegeven.

6. Adviezen en internetconsultatie

PM

- experts
- Internetconsultatie
- Consultaties VNG, IPO en UvW
- Advies Raad voor de rechtspraak.

7. Regeldruk

Deze regeling verplicht een betrokken bestuurorgaan ('het bestuursorgaan dat het aangaat') om staatssteun die van de Europese Commissie teruggevorderd moet worden, van begunstigten terug te vorderen. Bij de terugvordering van fiscale steun is dit niet het bestuursorgaan dat het aangaat maar de inspecteur/ontvanger. Het wetsvoorstel brengt geen lasten voor burgers, bedrijven of het milieu met zich, aangezien de terugvorderingsverplichting al uit het Europese recht voortvloeit en dit wetsvoorstel slechts voorziet in het nationaalrechtelijke instrumentarium daarvoor.

II. ARTIKELEN

Artikel 1

Op de belangrijkste begrippen is in hoofdstuk vier van het algemeen deel van deze memorie van toelichting al ingegaan. In aanvulling daarop wordt hier nog ingegaan op andere begrippen die in voorgesteld artikel 1 worden gedefinieerd.

Beschikking tot betaling

Een beschikking tot betaling is omschreven als een beschikking die verplicht tot betaling van een geldsom. Het gaat om een beschikking als bedoeld in art 4:86, eerste lid, van de Awb. Ingevolge dat artikel dient de beschikking in elk geval de te betalen geldsom te vermelden en de termijn waarbinnen de betaling moet plaatsvinden.

Procedureverordening

Omdat de oude procedureverordening (Verordening (EG) nr. 659/1000 van de Raad (PbEG L83)) herhaaldelijk en ingrijpend is gewijzigd, is ter wille van de duidelijkheid en een rationele ordening van de tekst overgegaan tot codificatie van die verordening. Dit heeft geleid tot de nieuwe procedureverordening: 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 L 248). Deze verordening is op 14 oktober 2015 in werking getreden. In het wetsvoorstel wordt een aantal malen naar de procedureverordening verwezen, waarbij een dynamische verwijzing is beoogd. In dat geval volstaat het noemen van de titel van de verordening. Toevoegingen als 'zoals deze verordening nader is of zal worden gewijzigd' zijn overbodig.

Artikel 2

Dit artikel is een kernartikel van het wetsvoorstel en regelt twee zaken. Allereerst bepaalt het dat bij terugvordering vanwege een Commissiebesluit gebruik gemaakt *moet* worden van de grondslag en regeling van de Wet terugvordering staatssteun. Andere terugvorderingsinstrumenten worden met andere woorden opzijgezet. In de tweede plaats wordt *fiscale* steun die ingevolge een Commissiebesluit teruggevorderd moet worden, van die exclusief toe te passen terugvorderingsregeling uitgezonderd. Onder fiscale steun wordt verstaan staatssteun die voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet of de Invorderingswet 1990 (IW 1990). Die steun zal worden teruggevorderd door de inspecteur of de ontvanger. Op de regeling in de Awr en IW 1990 wordt ingegaan in de toelichting op de voorgestelde artikelen 10 en 11.

Artikel 3

Het eerste lid bevat de grondslag voor de terugvordering van staatssteun ter uitvoering van een Commissiebesluit. De verplichting tot terugvordering wordt gelegd bij het bestuursorgaan dat het aangaat. De terug te vorderen steun omvat ook rente. Terug te vorderen steun die alleen uit rente bestaat wordt derhalve ook op basis van eerste lid teruggevorderd. Van terug te vorderen steun die uitsluitend uit rente bestaat kan sprake zijn als de steun op zichzelf verenigbaar is met de interne markt maar te vroeg is verleend, dus bijvoorbeeld voor afloop van de standstilltermijn. De Commissie zal de lidstaat dan opdracht geven tot terugvordering van de rente over het tijdvak tussen verlening en het einde van de standstilltermijn.

Het tweede lid geeft aan dat het bestuursorgaan dat het aangaat de rente bepaalt overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens de artikelen 16, tweede lid, en 33, onderdeel e, van de procedureverordening, voor zover de hoogte van de rente niet reeds concreet is bepaald in het desbetreffende Commissiebesluit.

Het derde lid bevat de verplichting voor het bestuursorgaan dat het aangaat om in de beschikking tot betaling op te nemen dat nog openstaande betalingsverplichtingen

jegens de desbetreffende begunstigde vervallen, indien naleving ervan zou leiden tot de verstrekking van gelijksoortige staatssteun als op grond van het Commissiebesluit moet worden teruggevorderd. Te denken valt aan periodieke betalingsverplichtingen. Indien een dergelijke verplichting heeft geleid tot steun die volgens de Commissie teruggevorderd moet worden, moet voorkomen worden dat nog openstaande betalingsverplichtingen kunnen leiden tot het opnieuw verstrekken van vormen van staatssteun als die op grond van het Commissiebesluit moet worden teruggevorderd. Dit wordt in het artikelonderdeel omschreven als 'gelijksoortige staatssteun'. Het gaat daarbij naar zijn aard om dezelfde staatssteun als de staatssteun die moet worden teruggevorderd. Het enige verschil betreft het verstrekkingsmoment. Het ligt in de rede direct in de beschikking tot betaling van de terug te vorderen staatssteun te regelen dat dergelijke openstaande betalingsverplichtingen vervallen om nieuwe terugvorderingszaken te voorkomen.

Artikel 4

Nationaalrechtelijke bepalingen die de uitoefening van door het unierecht verleende rechten onmogelijk of uiterst moeilijk maken moeten buiten toepassing worden gelaten (doeltreffendheidsbeginsel, zie Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteunregels door de nationaal rechterlijke instanties (2009/C 85/01). Dit volgt ook uit de rechtspraak van het Hof (zie bijv. C-527/12, Commissie-Duitsland). Ook nationaalrechtelijke vernietigings- of bewaartermijnen die de verjaringstermijn van tien jaar, geldend voor de bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen (zie artikel 17 van de procedureverordening), doorkruisen dienen dus buiten toepassing te worden gelaten.

Een begunstigde kan zich dus in beginsel niet beroepen op de geldende nationaalrechtelijke termijnen als hij informatie inzake hem verstrekte staatssteun niet gedurende de Europeesrechtelijk geldende verjaringstermijn heeft bewaard en doet er daarom verstandig aan voor het bewaren van staatssteungegevens de verjaringstermijn uit de procedureverordening in acht te nemen. Voorgesteld artikel 4 strekt er toe dat ten behoeve van ondernemers te signaleren en de verhouding tussen de Europeesrechtelijke verjaringstermijn en nationaalrechtelijke bewaar- en vernietigingstermijnen met het oog op de rechtsbescherming van begunstigden helder te regelen.

Een begunstigde kan zich alleen beroepen op nationaalrechtelijke termijnen indien hij aannemelijk maakt dat hij niet wist of behoorde te weten begunstigde te zijn. Uit het arrest van het Hof inzake de Stichting ROM-projecten (HvJ EG 21-06-2007, C-158/06) volgt namelijk dat het rechtszekerheidsbeginsel zich tegen terugvordering kan verzetten indien het gaat om Europeesrechtelijke voorwaarden die iemand niet kende of behoorde te kennen, mits de goede trouw van diegene is aangetoond. In de casus ging het om niet gepubliceerde en ook niet door lidstaat Nederland aan de begunstigde meegedeelde Europeesrechtelijke steuntoekenningsvoorwaarden. Mutatis mutandis zal daarvan ook in het kader van dit wetsvoorstel sprake kunnen zijn als de betreffende onderneming te goeder trouw niet wist of behoorde te weten dat hij begunstigde was. De rechter zal dit meewegen in zijn toets of een ondernemer had behoren te weten begunstigde te zijn.

Voorgesteld artikel 4 strekt er ten slotte toe de verhouding tussen nationale termijnbepalingen en de Europeesrechtelijke verjaringstermijn aan te geven en zo de strijdigheid daartussen op te heffen. Die verhouding is dat Europeesrechtelijke bepalingen nationaalrechtelijke bepalingen opzij zetten die de werking van die Europeesrechtelijke bepalingen belemmeren of doorkruisen.

Artikel 5

Een Commissiebesluit zal altijd nopen tot het terughalen van de verstrekte staatssteun. Het bestuursorgaan dat het aangaat zal hieraan vorm geven door een beschikking als bedoeld in artikel 4:86, eerste lid, van de Awb, dat wil zeggen door een beschikking die verplicht tot betaling van een geldsom. Op dergelijke

beschikkingen, vatbaar voor bezwaar en beroep (zie daarover paragraaf 4.9 van het algemeen deel van deze memorie), is titel 4.4 van de Awb van toepassing (zie artikel 4:85, eerste lid, onderdeel b, van de Awb). In die toepasselijkheid behoeft dit wetsvoorstel derhalve niet te voorzien. Wel wordt de toepasselijkheid van de afdelingen 4.4.2 (verzuim en wettelijke rente) en 4.4.3 (verjaring) uitgezonderd, omdat de bepalingen opgenomen in die afdelingen op gespannen voet staan met de regels voor terugvordering zoals die gelden ingevolge het recht van de Europese Unie. In paragraaf 4.6 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is daarop nader ingegaan.

De begunstigde onderneming waarvan wordt teruggevorderd dient te betalen binnen de betalingstermijn die wordt vermeld in de beschikking tot betaling (zie artikel 4:86, tweede lid, onderdeel b, van de Awb). Indien hij niet binnen de voorgeschreven termijn betaalt, is hij in verzuim (zie artikel 4:97 van de Awb). Indien hij na het verstrijken van de aanmaningstermijn (artikel 4:112 van de Awb) nog steeds niet heeft betaald, kan het bestuursorgaan dat het aangaat de door de onderneming te betalen geldsom invorderen bij dwangbevel. Dit wordt geregeld in het tweede lid van voorgesteld artikel 5. Een executiegeschil (zoals verzet) gericht tegen een dwangbevel heeft niet automatisch schorsende werking. Schorsende werking kan ingevolge artikel 438, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wel worden gevraagd aan de voorzieningenrechter. Dit wetsvoorstel voorziet nadrukkelijk *niet* in de schorsende werking van verzet van rechtswege in verband met de noodzaak van een onverwijld en daadwerkelijke uitvoering van terugvorderingsbesluiten van de Commissie. Illustratief daarbij is dat de Commissie heeft besloten Frankrijk voor het Hof te dagen (beslissing van 23 juli 2014, IP/15/5442) omdat het Franse recht wel voorziet in een dergelijke schorsende werking van rechtswege.

Het derde lid regelt de bestemming van geldsommen die als gevolg van de terugvordering van steun, worden ontvangen. Bepaald wordt dat een dergelijke geldsom toekomt aan de rechtspersoon die de steun heeft verstrekt of waartoe het bestuursorgaan behoort dat de steun heeft verstrekt. In paragraaf 4.7 van het algemeen deel van deze memorie is dat nader toegelicht.

Artikel 6

Afgezien van de beschikking tot betaling die strekt tot het terughalen van de ten onrechte verstrekte steun en het laten vervallen van openstaande betalingsverplichtingen die leiden tot gelijksoortige staatssteun als die moet worden teruggevorderd, kan het ter uitvoering van het Commissiebesluit nodig zijn ook de bestaande rechtsverhouding aan te passen. Dit wordt zoveel mogelijk aan de betrokken rechtssubjecten zelf overgelaten. Indien dat rechtssubject een bestuursorgaan is, dient dat orgaan echter wel te beschikken over een bevoegdheid om de bestaande rechtsverhouding desgewenst nader te regelen. Met het oog daarop voorziet het wetsvoorstel voor bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen van niet-fiscaalrechtelijke aard zekerheidshalve in de bevoegdheid van een bestuursorgaan in een dergelijk geval ambtshalve de doorwerkingsaspecten bij beschikking te regelen. De bevoegdheid wordt neergelegd bij het bestuursorgaan dat het besluit tot verstrekking van de (teruggevorderde) staatssteun heeft genomen. Dit zal vrijwel steeds hetzelfde bestuursorgaan zijn als het bestuursorgaan dat in de hoedanigheid van 'het bestuursorgaan dat het aangaat' op basis van artikel 2, tweede lid, van het wetsvoorstel de beschikking tot betaling heeft gegeven. Ingeval er sprake is van rechtstreeks uit een wettelijk voorschrift voortvloeiende steun (zie artikel 1, onderdeel c, van de definitie van bestuursorgaan dat het aangaat) en er geen beschikking is die kan worden gewijzigd of ingetrokken, is geregeld dat het bestuursorgaan dat de desbetreffende wet- of regelgeving uitvoert de bevoegdheid heeft een beschikking te geven om de gewenste rechtsgevolgen voor de bestaande rechtsverhouding te regelen.

Artikel 7

Soms is duidelijk op grond van een advies van de Commissie dat een gegeven beschikking heeft geleid tot onrechtmatige staatssteun, maar ontbreekt in de wettelijke regeling waar de beschikking op is gebaseerd een grondslag om de beschikking in verband met die onrechtmatige staatssteun te herzien. Dit deed zich voor in de zaak *Zorg en Zekerheid* (Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152). Denkbaar is dat een dergelijke casus waarin naderhand blijkt dat een beschikking heeft geleid tot onrechtmatige staatssteun, zich niet alleen naar aanleiding van een advies van de Commissie kan voordoen maar bijvoorbeeld ook naar aanleiding van Europese of nationale jurisprudentie. Voor dergelijke gevallen, waarin (nog) geen sprake is van een Commissiebesluit, maar waarin wel duidelijk is dat er in strijd met artikel 108, derde lid, van het VWEU een beschikking is vastgesteld en er in de wettelijke regeling een bevoegdheidsgrondslag ontbreekt voor wijziging of herziening van die beschikking, biedt voorgesteld artikel 7 een voorziening. Het artikel voorziet namelijk in de grondslag om in een dergelijk geval de beschikking te wijzigen en bepaalt dat het bestuursorgaan dat de beschikking heeft gegeven dan ook verplicht is dat te doen. Die verplichting komt tot uitdrukking in de term 'gehouden' in het eerste lid en vloeit voort uit het beginsel van loyale samenwerking dat is neergelegd in artikel 4, derde lid, van VEU.

Artikel 8

Voorgesteld artikel 8 voorziet in overgangsrecht om te bereiken dat reeds in gang gezette terugvorderingen 'gewoon' voortgezet kunnen worden. Het gaat om terugvorderingen in het kader waarvan voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet al rechtshandelingen zijn verricht. De verplichting van voorgesteld artikel 2, eerste lid, om terug te vorderen op basis van regeling in dit wetsvoorstel, is op die terugvorderingen niet van toepassing zodat dergelijke terugvorderingen kunnen worden vervolgd en afgerond op basis van het recht zoals dat onmiddellijk voorafgaand aan de inwerkingtreding van de regeling van dit wetsvoorstel gold. In dergelijke gevallen kan echter wel alsnog voor terugvordering op basis van de regeling van dit wetsvoorstel worden gekozen. Immers alleen de 'verplichting' om terug te vorderen op basis van de regeling van dit wetsvoorstel vervalt. Vanwege de gedifferentieerde inwerkingtredingsbepaling (zie artikel 13) wordt in artikel 8 overigens niet gesproken over 'inwerkingtreding van deze wet' als scharniermoment, maar is gekozen voor de inwerkingtreding van het kernartikel van het wetsvoorstel, te weten artikel 2.

Artikel 9

Onderdelen A en B

Mede naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 13 februari 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245), wordt voorgesteld aan de Awb een extra bepaling voor de weigering van een aanvraag tot subsidieverlening toe te voegen. Onderdeel A voorziet hierin. De bepaling regelt dat de subsidieverlening kan worden geweigerd indien de verstrekking van subsidie onverenigbaar is met ingevolge een verdrag voor de Staat geldende verplichtingen. Deze formulering komt overeen met de wijze waarop een vergelijkbare bepaling in diverse departementale subsidiekaderwetten is geformuleerd. Bij onverenigbaarheid met een verdragsverplichting valt allereerst te denken aan subsidies waarvan het zonder meer duidelijk is dat het gaat om met de interne markt onverenigbare staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU. Dat doet zich bijvoorbeeld voor in de situatie dat een onderneming om subsidie vraagt terwijl de Commissie een soortgelijke subsidie van dezelfde of een andere onderneming als onverenigbaar met de interne markt beschouwde. De bepaling is ruim geformuleerd omdat niet uitgesloten is dat ook andere verdragen dan het VWEU verplichtingen voor de Staat met zich brengen waar bestuursorganen bij het verstrekken van subsidies uitvoering aan moeten geven. De

bepaling voorkomt dat Nederland later onnodig wordt geconfronteerd met terugvorderingszaken en bewerkstelligt ook dat de Commissie niet hoeft te worden benaderd in gevallen waarin evident sprake is van verboden staatssteun. Onderdeel B voorziet er in dat deze weigeringsgrond ook van toepassing is op de subsidievestiging indien voorafgaand aan de subsidievestiging geen subsidieverlening plaatsvindt.

Onderdeel C

Dit wetsvoorstel wijzigt het huidige systeem van rechtsbescherming niet. Dat betekent dat tegen rechtshandelingen ter nadere regeling van de bestaande rechtsverhouding de rechtsbescherming openstaat die ten aanzien van die rechtsverhouding in de toepasselijke wetgeving is voorzien. Het betekent ook dat tegen een aanwijzing of ander besluit op basis van de Wet Nerpe in verband met het niet (voldoende) uitvoering geven aan in dit wetsvoorstel neergelegde verplichtingen de inzake de Wet Nerpe al geregelde rechtsgang van toepassing is (zie bijlage 1 en de artikelen 1 en 2 van bijlage 2 van de Awb). Alleen ten aanzien van de op grond van artikel 3 van dit wetsvoorstel gegeven beschikkingen tot betaling die strekken tot terugvordering van de onterecht verstrekte staatssteun voorziet dit wetsvoorstel in een eigen regeling van de rechtsbescherming. Gekozen is om voor die beschikkingen te voorzien in beroep op het CBb in eerste en enige aanleg. Voor een toelichting op die keuze wordt verwezen naar paragraaf 4.9 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Opgemerkt zij verder nog dat een eventueel verzoek om schorsing van een beschikking tot betaling, gegeven op basis van artikel 3 van dit wetsvoorstel, naar verwachting niet vaak zal voorkomen omdat het doorgaans weinig kans van slagen heeft (zie C-304/09, Commissie/Italië, Jur. 2010, blz. I-13903, punten 45-47).

Artikel 10 (artikelen 20a en 20b van de Algemene wet inzake rijksbelastingen)

In het voorgestelde artikel 20a, eerste lid, van de Awr wordt bepaald dat indien staatssteun voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet en deze op basis van een terugvorderingsbesluit van de Commissie moet worden teruggevorderd, de inspecteur de staatssteun als belasting terugvordert met toepassing van de voor de uitvoering van die belastingwet geldende regels. Dit impliceert ook de toepassing van de IW 1990, met uitzondering van de in voorgesteld artikel 63ab, eerste lid, onder a, van die wet genoemde artikelen. De terugvordering van fiscale staatssteun door middel van het bestaande fiscale instrumentarium betekent dat, voor zover pas na het moment van het vaststellen van de aanslag of voldoening of afdracht op aangifte duidelijk wordt dat sprake was van staatssteun, de staatssteun door middel van (een) navorderingsaanslag(en) of naheffingsaanslag(en) over de (boek)jaren waarin de staatssteun is verleend zal worden teruggevorderd. Daarbij wordt bepaald dat de voorwaarden en de verjaringstermijnen die gelden voor navordering en naheffing bij de terugvordering van fiscale staatssteun opzij worden gezet. Deze voorwaarden en verjaringstermijnen vormen immers een belemmering voor de onverwijld en effectieve terugvordering van staatssteun. Omdat het Unierecht daartoe verplicht, blijven deze voorwaarden en verjaringstermijnen buiten toepassing. Het voorgaande laat onverlet dat de inspecteur, indien de begunstigde daarmee instemt, de terugvordering met toepassing van artikel 64 van de Awr op praktische wijze, bij voorbeeld via één navorderingsaanslag voor verschillende jaren, kan vormgeven. Indachtig het uitgangspunt dat een begunstigde door terugvordering van staatssteun in de (financiële en fiscale) positie dient te worden gebracht waarin hij zonder de staatssteun zou hebben verkeerdd, kan het voorkomen dat de inspecteur, naast de correctie van de aangifte of de oplegging van een navorderings- of naheffingsaanslag, andere handelingen moet verrichten om tot deze uitkomst te komen. De inspecteur vordert in dat geval de staatssteun terug en kan de fiscale doorwerking corrigeren, voor zover die de begunstigde in een andere (gunstigere of ongunstigere) positie brengt dan waarin hij zou hebben verkeerdd zonder de staatssteun. Hiertoe biedt het voorgestelde artikel 20a, eerste lid, van de Awr de ruimte. Dit stelt de inspecteur in staat om bijvoorbeeld een ingevolge artikel 20 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 genomen verliesverrekeningsbeschikking te herzien op grond van artikel 20b van die wet. Ook bij herziening van die verliesverrekeningsbeschikking geldt niet de beperking dat herziening uitsluitend mag plaatsvinden indien sprake is van een nieuw feit (het voorgestelde artikel 20a, tweede lid, van de Awr). In het derde lid van het voorgestelde artikel 20a van de Awr wordt artikel 4 van de Wet terugvordering staatssteun van overeenkomstige toepassing verklaard ter zake van de terugvordering van staatssteun die voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet. In de artikelsgewijze toelichting bij artikel 4 van de Wet terugvordering staatssteun wordt genoemde bepaling toegelicht.

In het voorgestelde artikel 20b van de Awr wordt verduidelijkt dat, in afwijking van de regeling van de belastingrente, bij de terugvordering van fiscale staatssteun de uit het Unierecht voortvloeiende renteregeling van toepassing is. In de artikelen 16, tweede lid, en 33, onderdeel e, van 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) is voorgeschreven op welke manier lidstaten – voor zover dit nog niet door de EC is bepaald - het bedrag aan te betalen rente ter zake van terug te vorderen staatssteun dienen te bepalen. In genoemde artikelen is onder andere bepaald dat de EC het

rentepercentage bepaalt en dat de rente betaalbaar is vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun. In genoemd artikel 33 is bepaald dat de EC bevoegd is om uitvoeringsbepalingen vast te stellen met betrekking tot het rentepercentage.

Artikel 11 (artikelen 63aa en 63ab van de Invorderingswet 1990)

Het voorgestelde artikel 63aa van de IW 1990 bepaalt dat indien een terugvorderingsbesluit van de Commissie verplicht tot terugvordering van staatssteun en die staatssteun voortvloeit uit de toepassing van die wet, die staatssteun voor de toepassing van die wet wordt aangemerkt als in te vorderen belasting. Dit geeft de ontvanger de bevoegdheid om bijvoorbeeld een in het verleden kwijtgescholden bedrag dat naderhand als staatssteun is aangemerkt, terug te vorderen. Door het kwijtgescholden bedrag als in te vorderen belasting aan te merken, kan de ontvanger het bedrag op de gebruikelijke wijze invorderen. Hiertoe maakt de ontvanger gebruik van de oorspronkelijke titel, bijvoorbeeld een eerder opgelegde aanslag, ter zake waarvan een te betalen bedrag was kwijtgescholden. Ter zake van deze terugvordering zijn de ingevolge andere bepalingen van de IW 1990 ter zake geldende verjaringstermijnen en voorwaarden niet van toepassing. Ingevolge het tweede lid, onderdeel b, worden artikel 20b van de Awr (renteberekening) evenals artikel 4 (termijnen) van de Wet terugvordering staatssteun van overeenkomstige toepassing verklaard ter zake van de terugvordering van staatssteun die voortvloeit uit de toepassing van de IW 1990. In de toelichting op artikel 10 (wijzigingen Awr) onderscheidenlijk artikel 4 van dit wetsvoorstel worden genoemde bepalingen toegelicht.

De invordering van teruggevorderde staatssteun die uit de toepassing van de belastingwet voortvloeit als bedoeld in het voorgestelde artikel 20a van de Awr en van staatsteun als bedoeld in het voorgestelde artikel 63aa van de IW 1990, geschiedt overeenkomstig de bepalingen van de IW 1990, voor zover deze niet op basis van het voorgestelde artikel 63ab van de IW 1990 zijn uitgezonderd. De inspecteur stelt, op de gebruikelijke wijze, de aanslag, navorderingsaanslag of naheffingsaanslag vast en de door de ontvanger verleende staatssteun wordt als in te vorderen belasting aangemerkt. De invordering van deze vormen van staatssteun geschiedt door de ontvanger. Het Unierecht verplicht lidstaten ertoe om begunstigden, door de terugvordering van staatssteun, in dezelfde positie te brengen als waarin zij zonder die steun zouden hebben verkeer. Deze verplichting kan conflicteren met de bevoegdheden van de ontvanger ingevolge de IW 1990. In het eerste lid worden daarom enkele bepalingen van de IW 1990 niet van toepassing verklaard ter zake van de invordering van de terugvordering van staatssteun. Dit betreft de bepalingen over uitstel van betaling, kwijtschelding en stuiting van de verjaring van een rechtsvordering tot betaling. De ontvanger kan ter zake van een in te vorderen bedrag aan staatssteun noch uitstel van betaling of gehele of gedeeltelijke kwijtschelding verlenen. In verband met de in artikel 20 van de procedureverordening genoemde verjaringstermijn ter zake van de bevoegdheden van de Commissie om terug te vorderen is eveneens geregeld dat de in de IW 1990 opgenomen verjaringstermijnen niet van toepassing zijn.

Omdat in de procedureverordening verjaringstermijnen en een regeling omtrent in rekening te brengen rente zijn voorgeschreven ter zake van de terugvordering van staatssteun wordt tevens geregeld dat de afdelingen 4.4.2 en 4.4.3 van de Algemene wet bestuursrecht, met uitzondering van artikel 4:97 van die wet, niet van toepassing

zijn. Dit betekent dat de regeling van de wettelijke rente en die omtrent verjaring van een rechtsvordering tot betaling van een geldsom niet van toepassing zijn. Ingevolge het tweede lid wordt geen invorderingsrente in rekening gebracht voor zover de belastingaanslag is opgelegd vanwege de terugvordering van staatssteun en ter zake van staatssteun die is aangemerkt als in te vorderen belasting. Zoals reeds is toegelicht in de artikelsgewijze toelichting bij artikel 10, schrijft het Unierecht namelijk voor onder welke voorwaarden rente in rekening dient te worden gebracht.

In verband met de invorderingsregels die van toepassing zijn ter zake van de terug te vorderen staatssteun wordt het volgende opgemerkt. Indien voor de invordering gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van *verrekening* (hoofdstuk IV, afdeling 2, IW 1990), worden de door het Hof ter zake geformuleerde randvoorwaarden in acht genomen (C-369/07, Commissie tegen Griekenland). Dit betekent dat de verrekening voldoende doorzichtig moet zijn, zodat niet alleen de Commissie zich ervan kan vergewissen dat de verrekening geschikt is om met volledige eerbiediging van het gemeenschapsrecht de door die steun veroorzaakte verstoring van de mededinging ongedaan te maken, maar ook dat de andere belanghebbenden de verrekening als een zodanige maatregel kunnen identificeren. Ten slotte is van belang op te merken dat voor het verhaal van steun op begunstigen teruggegrepen dient te worden op het algemene regime van artikel 2, eerste lid, van dit wetsvoorstel, voor zover door de Europese Commissie in het Commissiebesluit is bepaald dat bij een (derde-) begunstigde dient te worden teruggevorderd en de *aansprakelijkheidsregels* van de IW 1990 (hoofdstuk VI) niet de mogelijkheid bieden om de steun bij die derde terug te vorderen middels voornoemde aansprakelijkheidsregels.

Artikel 12

Voor een toelichting op dit artikel wordt verwezen naar paragraaf 4.9 van het algemeen deel van deze toelichting.

De Minister van Economische Zaken,