

Ministerie van Economische Zaken
Ministerie van Financiën

Per adres:
www.internetconsultatie.nl/wetterugvorderingstaatssteun

Betreft : Reactie op consultatie Wet terugvordering staatssteun
Behandeld door : mrs. C.T. Dekker en E. Belhadj
Telefoon : +31 (0)38 425 92 07
Fax : +31 (0)38 425 92 52
E-mail : cees.dekker@nysingh.nl | ekram.belhadj@nysingh.nl

Datum: 26 juli 2016 Onze referentie: CD/EB Uw referentie:

Geachte mevrouw, heer,

Wij danken u voor de mogelijkheid om in het kader van de internetconsultatie over het ontwerp-wetsvoorstel terugvordering staatssteun onze opmerkingen over dit ontwerp te geven.

Als advocatenkantoor met een team van in het (Europese) mededingingsrecht, in het bijzonder het staatssteunrecht, gespecialiseerde advocaten, adviseren wij een groot aantal decentrale en functionele overheden met betrekking tot vraagstukken op dit rechtsgebied. Vanuit onze ervaring hopen wij met onze opmerkingen een bijdrage aan uw werk te kunnen leveren.

Vooropgesteld zij dat door de terugvordering van staatssteun in één wet onder te brengen één enkel kader ontstaat voor de terugvordering van steun. Die transparantie juichen wij toe. Er is in het verleden tussen experts gediscussieerd over de vraag of op grond van het EU-recht (directe werking en voorrangsbeginsel) een besluit van de Europese Commissie als zodanig niet reeds voldoende zou zijn om (zonder nationaalrechtelijke grondslag) onrechtmatige en onverenigbare staatssteun terug te vorderen en dat nationaalrechtelijke regels die daaraan in de weg zouden staan buiten toepassing zouden moeten blijven. Tegen die achtergrond zou men er ook over kunnen discussiëren of het voorstel nodig is. Die discussie hoeft echter niet langer gevoerd te worden (althans voor de praktijk) wanneer er in het nationale recht een duidelijke grondslag voor terugvordering gecreëerd wordt. Vanuit het perspectief van de rechtszekerheid is het voorstel dan ook toe te juichen. Dit doet er niet aan af dat wij op een aantal punten enkele opmerkingen willen maken.

Aansluiting bij 'terugvorderingsbesluit' of ook bij 'terugvorderingsbevel'?

Het voorstel definieert in artikel 1 als 'Commissiebesluit': terugvorderingsbesluit van de Europese Commissie in de zin van artikel 16, eerste lid, van de procedureverordening.

In de Memorie van Toelichting wordt terecht opgemerkt dat de Commissie op grond van artikel 13, tweede lid, van de procedureverordening hangende de formele

Apeldoorn

Arnhem

Zwolle

Burg. Roelenweg 11
8021 EV Zwolle

Postbus 600
8000 AP Zwolle

tel. 038 - 4 259 200
fax 038 - 4 259 252

info@nysingh.nl
www.nysingh.nl

aangesloten bij:
TAGLaw

De Stichting Dergengelden Nysingh advocaten voert het beheer over de gelden die cliënten aan het advocatenkantoor hebben toevertrouwd.

bankrelatie van de Stichting:
ABN Amro 48 82 55 953

BTW NL8124.01.207.B01
IBAN: NL66ABNA0488255953
BIC: ABNANL2A

Nysingh advocaten-notarissen N.V. is gevestigd in Apeldoorn en ingeschreven in het handelsregister onder nr. 08118371. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht krachtens een overeenkomst van opdracht, waarop van toepassing zijn de algemene voorwaarden gedeponeerd bij de Kamer van Koophandel te Apeldoorn. In deze voorwaarden is onder meer onze aansprakelijkheid beperkt tot het bedrag waarop de beroepsaansprakelijkheidsverzekering in het desbetreffende geval aanspraak op uitkering geeft. Deze voorwaarden liggen ter inzage en worden op verzoek kosteloos toegezonden en kunnen worden geraadpleegd op onze website www.nysingh.nl.

onderzoeksprocedure de lidstaat kan bevelen tot voorlopige terugvordering van onrechtmatige steun, totdat de Commissie een beschikking heeft gegeven over de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt. Deze handeling wordt als ‘terugvorderingsbevel’ aangemerkt, terwijl het besluit als bedoeld in artikel 16, eerste lid van de procedureverordening ter onderscheiding dan als ‘terugvorderingsbesluit’ wordt aangemerkt.

Overigens wordt het besluit ex artikel 16, eerste lid, elders in de Memorie van Toelichting ook wel aangeduid als ‘terugvorderingsbevel’ (zie bijvoorbeeld pagina 5, bovenaan, van de Memorie van Toelichting). Het verdient aanbeveling nog eens goed na te gaan of de termen consequent gebruikt worden.

Wellicht dat er in het voorstel vanuit wordt gegaan dat een bevel tot terugvordering ex artikel 13, tweede lid, tevens een ‘besluit’ vormt in de zin van artikel 16, eerste lid, daar artikel 13, derde lid, van de procedureverordening bepaalt: “Terugvordering dient volgens de procedure van artikel 16, leden 2 en 3, te geschieden.” Toepasselijkheid van de leden 2 en 3 van artikel 16, maakt echter van een (voorlopig) terugvorderingsbevel nog geen besluit in de zin van artikel 16, eerste lid. Wij menen dan ook dat de wet zoals deze thans wordt voorgesteld niet van toepassing is op voorlopige terugvorderingsbevelen die op grond van artikel 13, tweede lid, door de Commissie gegeven worden. Als in het voorstel hier bewust voor is gekozen, wordt ons niet duidelijk uit de toelichting waarom dat onderscheid gemaakt wordt. De terugvorderingsverplichting op grond van een bevel ex artikel 13, tweede lid, is immers niet minder sterk dan die op grond van een besluit ex artikel 16, eerste lid. Wij achten een dergelijk onderscheid niet gerechtvaardigd.

Het moge zo zijn dat dergelijke bevelen tot nu toe in de praktijk niet vaak voorkomen, maar het zou een gemiste kans zijn de regeling nu niet direct toepasselijk te maken voor dergelijke voorlopige terugvorderingsbevelen. Daarbij zij opgemerkt dat de situatie waarop artikel 13, tweede lid, ziet, net zo goed een situatie betreft waarin de unierechtelijke staatssteunregels zijn niet zijn nageleefd, namelijk de verplichting van artikel 108, lid 3, VWEU. Daarin verschilt die situatie niet van die waarin artikel 16, eerste lid, van toepassing is.

Terugvordering bij onrechtmatige, maar verenigbaar verklaarde steun?

In de memorie van toelichting op artikel 3 wordt het volgende opgemerkt: “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.”

De vraag is of de Commissie op grond van artikel 16, eerste lid, van de procedureverordening over die bevoegdheid beschikt. Artikel 16, eerste lid, bepaalt: “Indien *negatieve besluiten* worden genomen in gevallen van onrechtmatige steun besluit de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen („terugvorderingsbesluit”).” (cursivering toegevoegd). Een negatief besluit is een besluit als bedoeld in artikel 9, lid 5, van de procedureverordening: “Indien de Commissie tot de bevinding komt dat de aangemelde steun niet met de interne markt verenigbaar is, neemt zij een besluit houdende dat de steun niet tot uitvoering mag worden gebracht („negatief besluit”).” Met andere woorden: alleen als de Commissie uiteindelijk tot het oordeel komt dat de steun *onverenigbaar* is met de interne markt (maar al wel ten goede is gekomen van de begunstigde en daarom onrechtmatig is), is de terugvordering van artikel 16, eerste lid, aan de orde. Artikel 16 lijkt dan ook geen basis te geven voor terugvordering van rente in het geval van onrechtmatige (want ‘te vroeg’ verleende), maar wel verenigbare steun. Een dergelijke verplichting vloeit voor de nationale autoriteiten (waaronder de rechterlijke instanties) rechtstreeks voort uit artikel 108, lid 3, VWEU, zoals dat is uitgelegd door het Hof van Justitie (HvJ 12 februari 2008, CELF, C-199/06) (De beschikking van de Commissie naar aanleiding waarvan het Hof dit arrest CELF wees, stelde vast dat de steun onwettig was verleend, maar verenigbaar was. Terugvordering werd niet gelast.)

Het verdient dan ook aanbeveling het voorstel voor wat dit betreft niet (alleen) te laten aansluiten op een terugvorderingsbesluit ex artikel 16, eerste lid, van de procedureverordening, maar te bepalen dat in de gevallen waarin de Europese Commissie heeft vastgesteld dat de verplichting van artikel 108, lid 3, VWEU niet is nageleefd het betrokken bestuursorgaan de verplichting heeft de verleende steun (in dat geval in de vorm van een rentevoordeel) terug te vorderen.

Artikel 7 – wijziging ‘beschikking’ zonder besluit Commissie

Artikel 7, eerste lid, van het voorstel bepaalt: “Zolang er geen sprake is van een Commissiebesluit, is een bestuursorgaan gehouden een door hem gegeven beschikking te wijzigen, indien die beschikking in strijd met artikel 108, derde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is vastgesteld.”

Blijkens deze tekst is dit artikellid alleen van toepassing in geval van ‘beschikkingen’ van een bestuursorgaan. Daarmee lijkt deze verplichting niet toepasbaar te zijn op civielrechtelijke handelingen die een steunmaatregel in zich bergen (bijvoorbeeld de verkoop door de overheid van onroerend goed tegen een ‘te lage prijs’ of juist de aankoop door de overheid tegen een ‘te hoge prijs’.) hierbij zal wellicht niet altijd sprake zijn van een beschikking als bedoeld in artikel 1:3, lid 2, Awb. In de memorie van toelichting wordt terecht vermeld dat staatssteun uiteenlopende vormen kan aannemen. Het verdient dan ook aanbeveling artikel 7 aldus te formuleren dat daaronder ook civielrechtelijke handelingen vallen.

Voor wat betreft de verplichting van artikel 7, eerste lid, van het voorstel, om een beschikking (of beter: een handeling) te wijzigen indien die beschikking (handeling) in strijd met artikel 108, derde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is vastgesteld, begrijpen wij het doel om ook in situaties waarin de Commissie (nog) geen besluit genomen heeft een grondslag voor corrigerende maatregelen te creëren. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat vooral gedacht wordt aan situaties waarin de Commissie een advies heeft uitgebracht of dat op grond van jurisprudentie blijkt dat de overheid niet juist gehandeld heeft. In die voorbeelden is er dus een handeling, zij het geen besluit, waaruit alsnog naar voren komt dat (eerder) gemeld had moeten worden. Artikel 7 is thans echter veel ruimer geformuleerd. Ook wanneer een overheid ‘er nog eens over heeft nagedacht’ en tot de conclusie komt dat er toch sprake is van een steunmaatregel, of van een steunmaatregel die bij nader inzien gemeld had moeten worden omdat deze niet onder de Algemene Groepsvrijstellingsverordening valt, is die overheid *gehouden* te melden. Theoretisch klopt dit natuurlijk wel: als er sprake is van een steunmaatregel had men moeten melden en wanneer er geen sprake is van een steunmaatregel bestaat er ook geen meldingsplicht. De praktijk is echter weerbarstiger, zeker gezien het beleid van de Commissie op het punt van de beoordeling van het criterium ‘tussenstaatse handel’. De spanning tussen de beoordelingsmoeilijkheden in de praktijk en de onvoorwaardelijke verplichting de beschikking te wijzigen, kunnen hier tot problemen leiden. Wellicht valt het te overwegen hier expliciet aan te sluiten bij ‘een andere handeling van de Commissie dan een besluit, dan wel jurisprudentie van het Hof’.

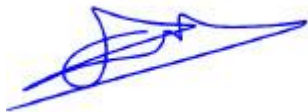
Tegelijkertijd wijzen wij erop dat er met een dergelijke formulering wel vragen van rechtsbescherming rijzen (overigens rijzen die ook bij het voorstel in zijn huidige formulering). De overheid wordt immers verplicht een beschikking te wijzigen op basis van mogelijk een ‘advies’ van de Europese Commissie. De Europese Commissie is voor wat betreft de toepassing (en de invulling) van artikel 107, eerste lid, VWEU, echter niet de instantie die het laatste woord heeft. Zelfs besluiten van de Commissie ex artikel 16, eerste lid, van de procedureverordening, hoeven niet juist te zijn (zij worden wel eens vernietigd door het Gerecht of het Hof van Justitie), maar in dat geval kan een belanghebbende nog in beroep tegen het betreffende besluit en zou de belanghebbende bij de Europese rechter schorsing van het besluit kunnen vorderen. Tegen een advies kan een belanghebbende echter geen rechtsmiddelen instellen. Dit betekent dus dat de belanghebbende eerst (kennelijk) een voordeel heeft ontvangen op basis van een beschikking van de overheid en dat dit voordeel vervolgens wordt ingetrokken omdat men tot de conclusie komt dat artikel 108, derde lid, VWEU, niet in acht genomen is. Daartegen moet dan een rechtsmiddel worden aangewend. In de daarop volgende procedure zal de overheid ongetwijfeld het advies van de Commissie naar voren brengen. Vervolgens zal de belanghebbende de nationale rechter (voor wie het staatssteunrecht doorgaans geen dagelijkse kost is) zover moeten krijgen het advies van

de Commissie terzijde te leggen dan wel prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen, waarin de juistheid van het advies dan getoetst kan worden. Uiteindelijk kan de rechter zich derhalve wel (indirect) over de juistheid van het advies uitspreken, maar er kunnen vraagtekens worden gezet bij de ingrijpende gevolgen voor de belanghebbende en de status van de handeling van de Commissie waarop de intrekking van de beschikking gebaseerd wordt. Moet men niet verlangen dat bij dergelijke ingrijpende gevolgen voor de belanghebbende ten minste toch een formele handeling dan wel een uitspraak van de instanties die uiteindelijk over het begrip 'steunmaatregel' gaan – het Gerecht en Hof van Justitie, de grondslag vormt?

Slotopmerking

Wij hopen met de bovenstaande opmerkingen een bijdrage te hebben geleverd aan de totstandkoming van een evenwichtig wetsvoorstel. Wij staan graag open voor een nadere gedachtewisseling.

Met vriendelijke groet,



Cees Dekker
advocaat



Ekram Belhadj
advocaat