



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese  
staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de  
nationale procedurele autonomie**

Metselaar, A.J.

**Citation**

Metselaar, A. J. (2016, October 27). *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie*. Meijers-reeks. Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/43790>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/43790>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/43790> holds various files of this Leiden University dissertation.

**Author:** Metselaar, A.J.

**Title:** Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie

**Issue Date:** 2016-10-27

## 8 | Reactie van de wetgever

### 8.1 INLEIDING

In de vorige hoofdstukken is in detail ingegaan op de manier waarop de Nederlandse rechter, met het voor hem beschikbare gereedschap, zijn rol bij de handhaving van de Europese staatssteunregels invult. Daarbij is geconstateerd dat bij de handhaving van het staatssteunrecht door de nationale rechter de nodige spanningen kunnen ontstaan, en dat het gereedschap dat de rechter ter beschikking staat niet altijd geschikt is om zijn handhavende taken te faciliteren. Gebleken is dat de Nederlandse rechter, om de krachtens het Unierecht op hem rustende verplichtingen te kunnen vervullen, soms genoodzaakt was om de grenzen van het bestaande Nederlandse recht op te zoeken (en soms heeft geoordeeld dat deze grenzen al waren bereikt). Zo kan worden gewezen op de discussie of voor de intrekking en terugvordering van een subsidie wel een publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag bestaat en op de zich nog ontwikkelende toepassing van de rechtsfiguur nietigheid in het geval van een steunverlenende overeenkomst.

De in de vorige hoofdstukken geconstateerde spanningen komen voor een deel voort uit een *mismatch* tussen het toepasselijke Nederlandse recht en de eisen die het Unierecht aan de nationale rechters stelt. Het beschikbare gereedschap is dan niet goed geëigend om het door de Europese regelgeving beoogde resultaat te bereiken, en het kan nodig zijn om te improviseren. Soms leidt dat tot de juridische equivalent van het – bij gebrek aan een hamer – gebruiken van een schoen om een spijker in de muur te slaan. Het is niet onmogelijk, en niet iedereen zal het nodig vinden om in zo'n situatie een hamer aan te schaffen, maar erg efficiënt is het niet en goed voor de schoen zal het ook niet zijn.

In dit hoofdstuk wordt op hoofdlijnen onderzocht of, om bij de zojuist gebruikte analogie te blijven, toch maar een hamer moet worden aangeschaft en hoe die hamer er dan zou kunnen uitzien. Op welke manier, met andere woorden, zou de Nederlandse wetgever op de handhaving van de staatssteunregels toegespitst gereedschap kunnen creëren, hoe zou dat gereedschap eruit kunnen zien en waar moet de wetgever bij de ontwikkeling van dat gereedschap vooral op letten?

### 8.1.1 Afbakening van het hoofdstuk

Strikt genomen vloeien de hierboven gestelde vragen niet voort uit de in dit onderzoek centraal gestelde onderzoeksvraag, maar borduren zij daarop voort. De centrale onderzoeksvraag ziet op de rol van de Nederlandse rechter bij de handhaving van de Europese staatssteunregels en de invloed van de enerzijds nationale en anderzijds Europese juridische context waarin die rechter opereert. In dit hoofdstuk wordt in wezen gespeculeerd op de mogelijkheid dat de in dit onderzoek bestudeerde nationale juridische context wordt aangepast.

Deze context heeft twee belangrijke implicaties. Ten eerste is het expliciet niet de bedoeling van dit hoofdstuk om diepgravend en uitputtend in te gaan op alle mogelijkheden die de Nederlandse wetgever potentieel ter beschikking staan om de in dit onderzoek gesignaleerde spanningen bij de handhaving van het staatssteunrecht door de Nederlandse rechter weg te nemen. Dat zou de gestelde onderzoeksvraag ruim te buiten gaan. Dit hoofdstuk beperkt zich zodoende tot de bespreking van een aantal oplossingsrichtingen voor de gesignaleerde spanningen zoals zij blijken uit de literatuur, uit op de handhaving van het staatssteunrecht gerichte wetsvoorstellen van de Nederlandse wetgever en (in mindere mate) uit wetgeving(sprojecten) in andere lidstaten. Zij worden hierna verder toegelicht. De in juni 2016 – en dus na goedkeuring van dit manuscript – gepubliceerde consultatie van een voorgestelde wet terugvordering staatssteun komt daarbij beperkt aan de orde.

Ten tweede wordt in dit hoofdstuk alleen ingegaan op de mogelijkheid dat de *nationale* juridische context wordt aangepast. In theorie is het natuurlijk ook mogelijk dat veranderingen worden aangebracht in de Europese staatssteunregels en de eisen die in dat kader aan de nationale rechter worden gesteld. Voor zover die eisen door het Hof van Justitie zijn vormgegeven, geldt echter dat in de jurisprudentie van het Hof in de loop van de jaren wel enkele ontwikkelingen hebben plaatsgevonden, maar dat zij geen fundamentele veranderingen teweeg hebben gebracht in de door de nationale rechter te vervullen rol bij de handhaving van het staatssteunrecht.<sup>1</sup> De Europese wetgever had enkele jaren geleden, met de modernisering van het staatssteunrecht, nog de mogelijkheid om het Europese juridische kader aan te passen. Van de mogelijkheid om ook expliciet in te grijpen in de rol van de nationale rechter bij de handhaving van de staatssteunregels is destijds echter geen gebruik gemaakt.<sup>2</sup> Met deze moderniseringsslag nog vers in het geheugen hoeft op korte termijn waarschijnlijk geen rekening te worden gehouden met Europese regelgeving gericht op de harmonisatie van het nationale op de handhaving

---

1 Op de relevante Europese jurisprudentie is uitgebreid ingegaan in hoofdstuk 2.

2 Zie over de potentiële invloed van de modernisering op de rol van de rechter wel in hoofdstuk 6 § 6.1.1.

van de staatssteunregels van toepassing zijnde procesrecht. Daartoe zijn door de Europese wetgever althans geen aanzetten gedaan.<sup>3</sup>

### 8.1.2 Nieuw gereedschap voor de Nederlandse rechter? Drie aanvliegroutes

Zoals gezegd wordt in dit hoofdstuk de aandacht gericht op een aantal oplossingsrichtingen voor de gesignaleerde spanningen zoals zij blijken uit de literatuur, uit op de handhaving van het staatssteunrecht gerichte wetsvoorstellen van de Nederlandse wetgever en (in mindere mate) uit wetgeving(sprojecten) in andere lidstaten. Bij een bestudering van deze bronnen kunnen twee belangrijke (en één minder prominente) 'aanvliegroutes' worden herkend waarmee de wetgever het gereedschap van de nationale rechter mogelijk kan aanpassen.

De eerste aanvliegroute komt in grote lijnen overeen met de huidige manier waarop staatssteungeschillen in Nederland worden beslecht. Dat wil zeggen: aangesloten wordt bij de bestaande rechtsverhouding met het daarbij behorende procesrecht, zodat een vermeend steunverlenende overeenkomst nog steeds aan de burgerlijke rechter wordt voorgelegd en een subsidiebesluit aan de bestuursrechter. Wel voorziet deze aanvliegroute in de aanpassing van het procesrecht waar is gebleken dat dit de effectieve handhaving van de staatssteunregels belemmert. Deze aanvliegroute is onder meer gekozen in een in 2008 geïntroduceerd en in de literatuur uitvoerig becommentarieerd wetsvoorstel 'terugvordering staatssteun'. Dat wordt hierna in § 8.2 uitgebreid besproken.

In de literatuur en in wetgeving(sprojecten) van andere lidstaten vallen ook aanknopingspunten te vinden voor de invoering van een apart, meestal bestuursrechtelijk, staatssteunregime. Zodoende zou voor de handhaving van de staatssteunregels via de nationale rechter een eigen wettelijk regime kunnen worden opgetuigd, dat anders dan in Nederland nu het geval is niet afhankelijk is van de rechtsverhouding waarbinnen de vermeende steun is verstrekt. Deze aanvliegroute wordt besproken in § 8.3. Zij valt tot op zekere hoogte ook in Nederland te herkennen. De Minister van Economische Zaken heeft in 2014 namelijk aangekondigd een wetsvoorstel op te stellen dat voorziet in de noodzakelijke wettelijke bevoegdheid voor publieke entiteiten om onrechtmatige staatssteun effectief terug te halen.<sup>4</sup> Een iets beperkter opgezette variant van dit voorstel is in juni 2016 als consultatieversie gepubliceerd (hierna:

---

3 Met de staatssteunmodernisering zijn wel nieuwe bepalingen in de Procedureverordening geïntroduceerd over de mogelijkheid van de Commissie om – ook ongevraagd – aan de nationale rechter advies te geven. Zie hierover in hoofdstuk 2 § 2.6.6.

4 *Kamerstukken II 2014/15*, nr. 2014D41711, Aanhangsel (Antwoord op vragen van de leden Verhoeven en Schouw over de controle op Europese subsidies), p. 4.

consultatieversie Wts 2016).<sup>5</sup> De consultatie wordt afgesloten op 27 juli 2016. De tekst van het voorstel is opgenomen in bijlage III.

Het is in theorie nog denkbaar dat de handhavende taak van de Nederlandse rechter wordt teruggeschroefd door het oprichten van een toezichthouder die, vergelijkbaar met de Europese Commissie maar dan op nationaal niveau, onderzoek kan doen naar vermeende schendingen van de staatssteunregels. Die onderzoeken zou een dergelijke staatssteunautoriteit kunnen afsluiten met een besluit dat vervolgens door de rechter kan worden getoetst. Ook deze mogelijkheid komt in dit hoofdstuk aan de orde (§ 8.4). Voor een heel uitgebreide bespreking bestaat hier echter geen aanleiding, nu er op dit moment geen signalen zijn die erop wijzen dat deze – op zich interessante – aanvliegroute in Nederland werkelijkheid gaat worden.

## 8.2 DE EERSTE AANVLIEGRROUTE: AANSLUITEN BIJ DE BESTAANDE RECHTSVERHOUDING

Zoals uit dit onderzoek naar voren is gekomen, worden staatssteungeschillen in Nederland aan verschillende rechters voorgelegd, afhankelijk van de rechtsverhouding waarbinnen de vermeende steun is verleend. Aangesloten wordt zodoende bij de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling. Dit heeft tot gevolg dat de mogelijkheid om met succes een beroep op de staatssteunregels te doen en de daaraan te verbinden gevolgen worden ingekleurd door het toepasselijke recht – het bestuursrecht, belastingrecht of burgerlijk recht. Uit de vorige hoofdstukken is gebleken dat bij de handhaving van de staatssteunregels via de Nederlandse rechter op deze manier grote en minder grote (procedurele) hobbels bestaan, die voor een deel binnen het bestaande rechtssysteem kunnen worden opgevangen.

Met de handhaving van de staatssteunregels binnen de bestaande rechtsverhoudingen en het daarop van toepassing zijnde (proces)recht bestaat inmiddels al ruime ervaring, maar daarbij zijn wel diverse knelpunten gesignaleerd. Daarom kan de wetgever ervoor kiezen om dit systeem in grote lijnen in stand te laten, maar waar nodig wel in te grijpen om de in dit onderzoek en elders geconstateerde knelpunten weg te nemen. Onderwerpen die wat dat betreft bijvoorbeeld de aandacht verdienen zijn de introductie van een terugvorderingsgrondslag voor onrechtmatige steun en de daarover genoten rente, een rechtsingang voor concurrenten van vermeende steunontvangers bij de belastingrechter, de mogelijkheid voor bestuursorganen om de uitkering van steun te weigeren en de toepasselijkheid van verjarings-, bewaar- en vernietigingster-

---

5 Beschikbaar via <<https://www.internetconsultatie.nl/wetterugvorderingstaatssteun>> (laatst geraadpleegd: 15-7-2016).

mijnen.<sup>6</sup> Bij het aanscherpen van de bestaande regelgeving zou ook moeten worden nagedacht over onderwerpen zoals de toegang tot de relevante informatie, de toepasselijke bewijsstandaard en mogelijke voorlopige voorzieningen die aan een concurrent bescherming kunnen bieden zonder dat zij zo ingrijpend zijn dat aan de aannemelijkheid van de vermeende schending van de standstillbepaling *de facto* (te) hoge eisen worden gesteld.

### 8.2.1 Het wetsvoorstel terugvordering staatssteun uit 2008

De Nederlandse wetgever, geconfronteerd met de noodzaak om over de terugvordering van onrechtmatige staatssteun regels op te stellen, blijkt oorspronkelijk bij deze eerste aanvliegroute zijn heil te hebben gezocht. Op 10 april 2008 heeft de Minister van Justitie een voorstel gedaan tot een Wet terugvordering staatssteun (hierna: *Wts 2008*).<sup>7</sup> Met deze wet zouden wijzigingen worden aangebracht in het BW, de Awb en de AWR om beter uitvoering te kunnen geven aan het Europese staatssteunrecht. De directe aanleiding voor dit wetsvoorstel was de gebrekkige uitvoering van een terugvorderingsbesluit van de Commissie in de in dit onderzoek al uitgebreid besproken *BPM*-zaak.<sup>8</sup> De uitvoering van dat besluit bleek zo omslachtig te zijn dat de Commissie jegens Nederland de inbreukprocedure van artikel 258 VWEU heeft ingeleid.<sup>9</sup> De zaak is halverwege 2008 doorgehaald, kort nadat de Nederlandse regering het prille wetsvoorstel terugvordering staatssteun aan de Commissie heeft voorgelegd.<sup>10</sup> Bij nader inzien was dat wat voorbarig, want na de eerste bespreking in de Tweede Kamer een paar dagen na deze doorhaling lijkt het wetsvoorstel een stille dood te zijn gestorven.<sup>11</sup>

Met het wetsvoorstel moesten zoals gezegd in het BW, de Awb en de AWR grondslagen worden geïntroduceerd voor de terugvordering van staatssteun en voor de terugvordering van de daarover genoten rente. Deze, hierna nog uitgebreider te bespreken, grondslagen zouden toepassing vinden in geval

---

6 Dit laatste onderwerp is in dit onderzoek niet expliciet onderzocht maar wel onder meer gesignaleerd in De Waard e.a. 2005.

7 Wetsvoorstel terugvordering staatssteun, *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 2. Het wetsvoorstel is uitgebreid besproken door onder meer Metselaar en Adriaanse 2011; Adriaanse en Den Ouden 2008; Van Slooten 2008a; Van Slooten 2008b; Schutte 2008.

8 Beschikking nr. 2001/521/EG van de Europese Commissie van 13 december 2001 betreffende de steunregeling die het Koninkrijk der Nederland ten uitvoer heeft gelegd ten gunste van zes mestverwerkingsbedrijven, *PbEU 2001*, L 189/13. Zie hierover nader in hoofdstuk 7, § 7.3.1.1 en § 7.4.1.1.

9 Verzoekschrift van de Europese Commissie, ingesteld op 29 augustus 2007, nr. C-401/07 (*Commissie/Nederland*).

10 HvJ EU 5 juni 2008, nr. C-401/07 (*Commissie/Nederland*). Vgl. *Kamerstukken II 2007/08*, 41 418, nr. 3 (MvT), p. 14.

11 Dit is althans het laatste kamerstuk in het dossier: *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 5 (verslag).

van een terugvorderingsbesluit van de Commissie, een uitspraak van het Hof van Justitie van de EU of een onherroepelijke uitspraak van de nationale rechter. Daarnaast zijn in het wetsvoorstel nationale bepalingen die aan een effectieve terugvordering in de weg kunnen staan buiten toepassing verklaard. Ook zijn bepalingen voorgesteld waarmee de verlening van met het staatssteunrecht strijdige subsidies kan worden geweigerd (artikel 4:35 lid 3 Awb) en het besluit op een subsidieaanvraag hangende de beoordeling van de Commissie kan worden uitgesteld (artikel 4:15 lid 1 sub c Awb).

Uit de consultatieversie Wts 2016 blijkt dat het de bedoeling is om het wetsvoorstel Wts 2008 in te trekken.<sup>12</sup> Na een radiostilte van meer dan zeven jaar en gezien de nieuwe plannen van de Minister van Economische Zaken bestaat weinig reden om aan te nemen dat de in 2008 voorgestelde wijzigingen werkelijkheid zullen worden. Toch is het wetsvoorstel Wts 2008 voor dit hoofdstuk wel degelijk interessant. Daaruit valt namelijk af te leiden hoe de Nederlandse regering destijds de problematiek rondom de handhaving van het staatssteunrecht duidde en op welke manier deze problematiek volgens de regering moest worden opgelost. Voorop staat dat de toenmalige Minister van Justitie ervoor heeft gekozen om bij het oplossen van de destijds gesignaleerde knelpunten aan te sluiten bij de bestaande rechtsverhoudingen. Daarnaast heeft hij ervoor gekozen om bepaalde knelpunten bij de handhaving van het staatssteunrecht te adresseren, terwijl andere knelpunten in het wetsvoorstel niet aan de orde zijn gekomen. Op deze materiële keuzes en de keuze om aansluiting te zoeken bij de bestaande rechtsverhoudingen wordt in de hiernavolgende paragrafen verder ingegaan.

### 8.2.2 Materiële keuzes in Wts 2008

In reacties op het wetsvoorstel Wts 2008 is toegejuicht dat de regering met het oog op de handhaving van het staatssteunrecht regels heeft willen stellen.<sup>13</sup> Tegelijkertijd is opgemerkt dat het wetsvoorstel niet alle (mogelijk) bij de handhaving van de staatssteunregels bestaande knelpunten adresseert. Van Slooten spreekt in zijn commentaar op het wetsvoorstel beeldend van een 'te kleine pleister op een veel grotere wonde'.<sup>14</sup> Het loont dan ook moeite om in te gaan op de vraag welke concrete problemen bij de handhaving van de staatssteunregels op nationaal niveau de Nederlandse regering in Wts 2008 heeft willen adresseren en welke buiten beeld zijn gebleven.

---

12 Memorie van toelichting bij consultatieversie Wts 2016, p. 2.

13 Bijv. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 63; Adriaanse en Den Ouden 2008, onder par. 7. Terughoudender: Van Slooten 2008b, onder par. 7.

14 Van Slooten 2008a en Van Slooten 2008b.



### 8.2.2.1 Terugvorderingsgrondslagen voor onrechtmatige steun

Het overduidelijk belangrijkste knelpunt dat de regering in Wts 2008 heeft willen redresseren is de afwezigheid van een terugvorderingsgrondslag voor staatssteun en de daarover genoten rente. Dit blijkt niet alleen uit de naam van het wetsvoorstel 'terugvordering staatssteun', maar ook uit de memorie van toelichting<sup>15</sup> en natuurlijk uit de voorgestelde bepalingen zelf. De kern van het wetsvoorstel bestaat uit de introductie van specifieke bevoegdheidsgrondslagen in het BW, de Awb en de AWR om terugvordering van steun en rente mogelijk te maken.

Hoe zijn deze terugvorderingsgrondslagen precies vormgegeven? In het BW is een artikel 6:212a voorgesteld op grond waarvan 'een rechtspersoon die, of een lichaam dat steun als bedoeld in artikel [107 lid 1 VWEU] heeft verstrekt, jegens de begunstigde gerechtigd [is] tot terugvordering of ongedaanmaking van de steun'. Met de termen 'terugvordering' en 'ongedaanmaking' is volgens de memorie van toelichting aangesloten bij de terminologie van de regeling voor onverschuldigde betaling in artikel 6:203 BW en de regeling voor de ontbinding van overeenkomsten in de artikelen 6:24 BW en 6:271 BW.<sup>16</sup>

Interessant hieraan is vooral dat met deze terminologie een brug tussen het Nederlandse en het Europese recht moet worden geslagen. De verwijzing naar het begrip 'terugvordering' past namelijk enerzijds niet naadloos in het systeem van het BW. Dat begrip in artikel 6:203 BW ziet in beginsel op de teruggave van een zonder rechtsgrond gegeven goed – en heeft dus op het oog een beperkter bereik dan de in het Unierecht bedoelde terugvordering van steun.<sup>17</sup> Anderzijds werkt het begrip ook weer verhelderend omdat het overeenkomt met de in de Europese jurisprudentie en regelgeving gehanteerde terminologie. Het begrip 'ongedaanmaking' mag voor een staatssteunjurist niet onmiddellijk een licht doen opgaan,<sup>18</sup> maar heeft als voordeel dat zijn strekking (het zo veel mogelijk herstellen van de voormalige toestand)<sup>19</sup> in beginsel ruim genoeg is om het staatssteunrechtelijke begrip 'terugvordering' te dekken. Met de keuze voor de begrippen 'terugvordering' en 'ongedaanmaking' kunnen daarnaast lastige discussies over nietigheid, partiële nietigheid en conversie, zoals zij nu gevoerd moeten worden, achterwege blijven. Gezien

---

15 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 1. Vgl. Adriaanse en Den Ouden 2008, onder par. 4.1.

16 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 9 en p. 16.

17 Vergelijk ook de terminologie in art. 7:39 BW. Zo'n vaart loopt het ook weer niet, nu blijkt dat de begrippen 'terugvordering' en 'ongedaanmaking' in de literatuur niet scherp van elkaar worden onderscheiden en gemakkelijk genoeg als synoniem worden gebruikt. Bijv.: Scheltema 2012 (Groene Serie Verbintenissenrecht), aant. 18; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-I\*), aant. 188.

18 Tijdens het LEGSA symposium 'Nut en noodzaak van het wetsvoorstel terugvordering staatssteun' is op het gebruik van het begrip 'ongedaanmaking' kritiek geuit omdat de strekking daarvan onvoldoende duidelijk zou zijn. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 60.

19 Scheltema 2012 (Groene Serie Verbintenissenrecht), aant. 17.

de in hoofdstuk 7 besproken problemen bij het bepalen van het 'onverbrekelijk verband' in de zin van artikel 3:41 BW is dat beslist een gelukkige keuze.<sup>20</sup>

In de Awb is met het voorgestelde artikel 4:80b beoogd om een terugvorderingsgrondslag voor onrechtmatige staatssteun te introduceren. Op grond van deze bepaling 'kan het bestuursorgaan dat de steun heeft verstrekt deze bij de begunstigde terugvorderen' en daartoe zo nodig een eerder genomen beschikking wijzigen of intrekken. In de subsidietitel van de Awb zijn daarnaast aanpassingen voorgesteld ten aanzien van de mogelijkheden om een subsidie lager vast te stellen en de subsidieverlening of -vaststelling in te trekken of te wijzigen (artikelen 4:46, 4:48 en 4:49 Awb). Het terug te vorderen bedrag kan op grond van het voorgestelde derde lid van artikel 4:80b Awb bij dwangbevel worden ingevorderd. Hiermee zouden de betreffende bepalingen van de geldschuldentitel in de Awb (schriftelijke aanmaning en aanmaningskosten) op de invordering van terug te vorderen staatssteun van toepassing zijn.<sup>21</sup> Op grond van het voorgestelde vierde lid zijn enkele bepalingen van de geldschuldentitel – die destijds nog niet (volledig) in werking was getreden – echter expliciet buiten toepassing verklaard.<sup>22</sup>

Een overbodige luxe is dit alles niet. Uit hoofdstuk 7 is weliswaar gebleken dat het ontbreken van een specifieke terugvorderingsgrondslag voor een deel al door het bestaande bestuursrecht kan worden opgevangen.<sup>23</sup> Zelfs dan verdient een expliciete terugvorderingsgrondslag in het Nederlandse recht echter vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur. De mogelijkheid dat staatssteun wordt teruggevorderd zou daarmee voor alle betrokkenen op grond van het nationale recht kenbaar zijn en niet uit (de jurisprudentie over) een bepaling uit het VWEU hoeven te worden afgeleid.<sup>24</sup> Daar komt bij dat het bestaande bestuursrecht voor het ontbreken van een expliciete grondslag, zelfs wanneer dat recht ruim wordt uitgelegd, zeker geen volledige oplossing biedt. Nog los van de (in de volgende paragraaf te bespreken) problematiek rond de terugvordering van rente in het Nederlands bestuursrecht, valt het zeer te betwijfelen dat onrechtmatige steun naar huidig recht kan worden teruggevorderd wanneer deze ten gunste is gekomen van een ander dan de

---

20 Zie in hoofdstuk 7 § 7.4.1.2.

21 Vgl. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 3 (*MvT*), p. 11.

22 In de memorie van toelichting is deze keuze toegelicht. De terugvordering zou in belangrijke mate door het Unierecht worden genormeerd, waardoor nationale bepalingen die daarmee op gespannen voet staan (zoals de bedoelde bepalingen uit de geldschuldentitel) moeten wijken. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 3 (*MvT*), p. 20.

23 Voor de mogelijkheden binnen de subsidietitel van de Awb en bijzondere wetgeving, zie hoofdstuk 7, § 7.3.1.1. Ook is het binnen bepaalde grenzen mogelijk gebleken om de nationale terugvorderingsbevoegdheid op de rechtstreekse werking van art. 108 lid 3 VWEU te baseren. Zie hoofdstuk 7, § 7.3.1.2 en 7.3.1.3.

24 Metselaar en Adriaanse 2011, p. 61. Te wijzen valt ook op de door Van den Brink en Den Ouden 2014, p. 81 geuite zorg dat vermeende Unierechtelijke verplichtingen worden opgerekt, discutabel zijn of helemaal niet blijken te bestaan.

geadresseerde van het steunverlenende besluit.<sup>25</sup> De zaak *Zorg en Zekerheid* heeft daarin geen verandering gebracht.<sup>26</sup> De in Wts 2008 voorgestelde terugvorderingsgrondslag in de Awb is dan in ieder geval nodig om een terugvorderingsbesluit te kunnen richten tot derde-begunstigden.<sup>27</sup>

Wanneer de steun bestaat uit vermindering van belasting, volgt uit lid 5 van het voorgestelde artikel 4:80b Awb dat de terugvordering plaatsvindt met toepassing van de AWR en de Invorderingswet 1990. Met dat doel zijn ook een aantal wijzigingen in de AWR voorgesteld. Belangrijk in deze context is vooral de wijziging van artikel 16 AWR, dat navordering mogelijk maakt in geval van directe belastingen. Voor navordering is in beginsel vereist dat sprake is van een nieuw feit. Dat is naar huidig recht problematisch omdat wordt aangenomen dat de omstandigheid dat een fiscale maatregel onrechtmatige staatssteun blijkt op te leveren, niet als een nieuw feit kwalificeert.<sup>28</sup> Daarom is in Wts 2008 een toevoeging aan het tweede lid van artikel 16 AWR voorgesteld, op grond waarvan navordering ook zonder nieuw feit kan plaatsvinden wanneer onrechtmatige staatssteun met toepassing van artikel 4:80b Awb moet worden teruggevorderd. Is sprake van indirecte belastingen, dan kan de terugvordering plaatsvinden via de naheffing van artikel 20 AWR.

Of deze aanpassingen in de AWR voldoende zijn om de terugvordering van fiscale steun in alle gevallen mogelijk te maken, is in de literatuur betwifteld. Van Slooten merkt bijvoorbeeld op dat het wetsvoorstel eraan voorbijgaat dat onrechtmatige steun onder omstandigheden ook besloten kan liggen in (regels over) belastingen geheven bij wege van uitnodiging tot betaling (UTB). Voor de terugvordering van dergelijke belastingen bieden volgens hem noch het huidige recht, noch het wetsvoorstel ruimte.<sup>29</sup> Daarnaast is aan de orde gesteld dat betwifteld kan worden of met de verwijzing naar 'steun die bestaat uit vermindering van belasting' in het voorgestelde artikel 4:80b lid 5 Awb, alle vormen van fiscale steun zijn gedekt.<sup>30</sup> Een ander belangrijk vraagpunt bij de voorgestelde regeling over de terugvordering van onrechtmatige staatssteun in de AWR is hoe de terugvordering doorwerkt op belastingheffing over andere jaren.<sup>31</sup> Zo bestaat binnen het belastingrecht de mogelijkheid om schommelingen in de belastinggrondslag te verzachten door de in het ene jaar geleden verlies te verrekenen met de winst in bepaalde andere jaren.<sup>32</sup> De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs heeft daarom voorgesteld om in

---

25 Deze problematiek werd in Nederland na een terugvorderingsbesluit van de Commissie naar aanleiding van in strijd met het staatssteunrecht aan pompstationhouders verstrekte tegemoetkomingen. Zie daarover nader: Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 3.3.1.

26 Zie daarover in hoofdstuk 7 § 7.3.1.4.

27 Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.4.

28 Van Slooten 2008a, onder 2.4.2. Impliciet: *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 21.

29 Van Slooten 2008b, onder 6.

30 Brief van de NOB 2008, p. 2.

31 Idem, p. 3; Van Slooten 2008a, m.n. onder 3.2.3.

32 Zie bijv. Bouwman en Boer 2015, onder 12.1.

het wetsvoorstel een bepaling op te nemen die de Belastingdienst verplicht om in beginsel gelijktijdig met de formalisering van een terugvorderingsactie, de corresponderende aanpassingen over andere jaren of hetzelfde jaar eveneens te formaliseren door middel van één of meer passende besluiten en/of beschikkingen.<sup>33</sup>

In aanvulling op deze bespreking van de afzonderlijke terugvorderingsgrondslagen op basis van het wetsvoorstel Wts 2008 verdienen drie meer overkoepelende opmerkingen de aandacht. Ten eerste valt het op dat de terugvorderingsbevoegdheid in de verschillende wetten facultatief geredigeerd is. In de literatuur en reactie van de Raad van State is die keuze van de regering terecht stevig bekritiseerd.<sup>34</sup> Het Unierecht mag dan wel (zeer beperkte) uitzonderingen kennen op de hoofdregel dat onrechtmatig verleende steun met rente moet worden teruggevorderd, ruimte voor een vrije keuze om al dan niet terug te vorderen bestaat er zeker niet.<sup>35</sup> Op deze facultatieve redigering wordt hierna in § 8.2.3 nog verder ingegaan. Ten tweede is de vraag gesteld of de relatie tussen het faillissementsrecht en het staatssteunrecht in het wetsvoorstel wel voldoende aan de orde is gesteld.<sup>36</sup> Ten derde roept het wetsvoorstel de vraag op in hoeverre derde-belanghebbenden de mogelijkheid hebben om af te dwingen dat van de geïntroduceerde terugvorderingsbevoegdheden daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt. In reacties op het wetsvoorstel wordt aangenomen dat de voorgestelde wijzigingen de rechter geen nieuwe handvatten bieden om voor de daadwerkelijke en onverwijld terugvordering van steun zorg te dragen, nu de in het wetsvoorstel opgenomen bevoegdheden zijn gericht tot de steunverlenende overheid.<sup>37</sup> Het valt echter te betogen dat een justitiabele in het licht van artikel 3:296 BW bij de burgerlijke rechter kan vorderen dat een rechtspersoon of lichaam wordt veroordeeld tot het op grond van artikel 6:212a BW terugvorderen of ongedaanmaking van de onrechtmatige steun. Op dezelfde manier kan een justitiabele erop proberen aan te sturen dat de bestuursrechter op basis van artikel 8:72 lid 4 Awb het bestuur de opdracht geeft om een besluit te nemen in de zin van artikel 4:80b Awb.<sup>38</sup>

---

33 Brief van de NOB 2008, p. 3. Van Slooten 2008a, onder 3.5, heeft daarnaast opgemerkt dat het wetsvoorstel ook zou moeten voorzien in de situatie waarin als onrechtmatig beoordeelde en vervolgens op grond van de nieuwe terugvorderingsgrondslag teruggevorderde steun alsnog met de interne markt verenigbaar wordt verklaard. Nu het Unierecht toelaat dat de steun daarna alsnog wordt verleend, pleit hij voor een regeling die de verlening mogelijk maakt van steunmaatregelen die eerder werden ingetrokken.

34 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 4, p. 2; Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 5.2; Metselaar en Adriaanse 2011, p. 58.

35 Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.5.1.

36 Metselaar en Adriaanse 2011, p. 58.

37 *Idem*, p. 60.

38 Ook hier gelden echter de in hoofdstuk 7, § 7.2.3 aangegeven beperkingen.

### 8.2.2.2 Terugvorderingsgrondslagen voor rente

In hoofdstuk 7 is gebleken dat de huidige wetgeving in gevallen van onrechtmatige staatssteun het meest evident tekort schiet waar het de terugvordering van de over de steun genoten rente betreft. Voor de terugvordering van rente over de gehele periode van begunstiging en conform de door de Commissie gehanteerde rentevoet bestaat in Nederland gezien de huidige regelgeving en rechtspraak geen mogelijkheid.<sup>39</sup> Met het Wts 2008 is beoogd om in die situatie verandering te brengen. Zodoende is voorgesteld om aan artikel 6:119 BW een nieuw lid toe te voegen dat een met het staatssteunrecht conforme regeling voor de betaling van rente inhoudt. In de AWR is een nieuw artikel 30l voorgesteld, waarin wordt bepaald dat bij terugvordering van staatssteun rente wordt berekend overeenkomstig artikel 4:80b lid 2 Awb. Het voorgestelde artikel 4:80b lid 2 Awb, dat uiteraard ook in het algemene bestuursrecht toepassing vindt, bepaalt dat bij de beschikking tot terugvordering rente wordt gevorderd die wordt berekend overeenkomstig de relevante regels in de Procedureverordening.

Vooropgesteld mag worden dat deze bepalingen essentieel zijn om aan het Europese staatssteunrecht op de juiste wijze uitvoering te kunnen geven. Dat in de Awb een 'eigen' bevoegdheid voor de terugvordering van rente is voorgesteld, valt te zien als een gelukkige keuze omdat daarmee geen noodzaak meer bestaat om naast de bestuursrechtelijke procedure ook een privaatrechtelijke procedure te volgen.<sup>40</sup> Wel geldt dat het wetsvoorstel geen rekening heeft kunnen houden met een belangrijke ontwikkeling die zich kort na zijn introductie heeft voortgedaan in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. In de literatuur is in dat licht terecht bekritiseerd dat de terugvordering van rente in het wetsvoorstel noodzakelijkerwijs wordt gekoppeld aan de terugvordering van het steunbedrag.<sup>41</sup> Inmiddels is namelijk duidelijk dat in gevallen waarin een steunmaatregel in strijd met de standstillbepaling is uitgevoerd maar sindsdien door de Commissie al als verenigbaar met de interne markt is bevonden, enkel de over de steun genoten rente hoeft te worden teruggevorderd.<sup>42</sup> In lijn met de jurisprudentie van het Hof zou het wetsvoorstel dus ook moeten voorzien in de mogelijkheid van een aparte rentevordering.<sup>43</sup>

---

39 Vgl. in hoofdstuk 7 § 7.4.1.6. De daar besproken zaak *Spaansen* lijkt in een andere richting te wijzen, maar voorlopig kan worden betwijfeld dat de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland in deze zaak principieel is bedoeld.

40 Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.4.

41 Idem, onder 5.2.

42 HvJ EU 12 februari 2008, nr. C-199/06 (*CELF I*), *dictum*.

43 Het is eventueel nog mogelijk, hoewel niet wenselijk, om de aparte rentevordering in te lezen in het begrip 'ongedaanmaking' in het voorgestelde artikel 6:212a BW. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 58.

### 8.2.2.3 Voorwaarden voor terugvordering: een Commissiebesluit of onherroepelijke rechterlijke uitspraak

Zoals gezegd is het wetsvoorstel Wts 2008 oorspronkelijk voornamelijk ingestoken vanuit de noodzaak om terugvorderingsbesluiten van de Commissie te kunnen uitvoeren. De aandacht voor de rol van de Nederlandse rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht, op grond van de rechtstreekse werking van artikel 108 lid 3 VWEU, is dan ook karig. In de oorspronkelijk aan de Raad van State voorgelegde versie van het wetsvoorstel bleef de rol van de nationale rechter op grond van de rechtstreekse werking van de standstillbepaling zelfs volledig buiten beeld.<sup>44</sup> In de sindsdien gewijzigde versie van het voorstel gelden de terugvorderingsgrondslagen voor de situatie dat sprake is van een terugvorderingsbesluit van de Commissie of een onherroepelijke rechterlijke uitspraak.

Dat een terugvorderingsgrondslag wordt geïntroduceerd voor gevallen waarin de Commissie terugvordering gelast, is logisch. In het licht van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Deutsche Lufthansa* is op dit punt echter nog een verruiming nodig. In deze zaak heeft het Hof immers geoordeeld dat de nationale rechter vanaf het moment dat de Commissie ten aanzien van een niet-aangemelde steunmaatregel de formele onderzoeksprocedure opent, de nodige maatregelen moet nemen. Daaronder vallen de opschorting en terugvordering van al verrichte betalingen, en eventueel het treffen van voorlopige maatregelen ter bescherming van de belangen de betrokken partijen.<sup>45</sup> Hiervoor bestaan in het wetsvoorstel Wts 2008 logischerwijs nog geen mogelijkheden. Dat geldt overigens ook voor de consultatieversie Wts 2016. Wellicht dat de specifieke invulling van de bedoelde nodige maatregelen ook nog te onduidelijk is om bij wet te (moeten willen) regelen.

De eis in het Wts 2008 dat sprake is van een *onherroepelijke* rechterlijke uitspraak betekent dat, wanneer een Nederlandse rechter oordeelt dat onrechtmatige staatssteun is verleend en moet worden teruggevorderd, deze terugvordering onder het wetsvoorstel niet kan plaatsvinden zo lang ruimte bestaat om het rechterlijk oordeel in rechte aan te vechten.<sup>46</sup> Van de onmiddellijke bescherming van justitiabelen op grond van de rechtstreekse werking van de

---

44 De regeling voor situaties waarin de nationale recht tot terugvordering van staatssteun beslist is op advies van de Raad van State toegevoegd. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 4, p. 2. Van Slooten 2008a, onder 3.1.1, meent dat de rechtstreekse werking van het Unierecht met zich zou brengen dat de regeling ook zonder verwijzing naar de Nederlandse rechter desondanks zou moeten worden toegepast wanneer een schending van de standstillbepaling in een rechterlijke uitspraak is vastgesteld.

45 HvJ EU 21 november 2013, nr. C-284/12 (*Deutsche Lufthansa*). Zie nader in hoofdstuk 6 § 6.2.1.

46 Het ligt in de rede dat het uitlokken van een Commissiebesluit in zulke gevallen voor belanghebbende justitiabelen de aantrekkelijkere optie kan zijn. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 58.

opschortingsplicht blijft zodoende weinig over; in het ergste geval zullen zij jaren moeten wachten (en procederen) voordat de door de onrechtmatige staatssteun veroorzaakte mededingingsvervalsing kan worden geredigeerd. In wezen is dat een verslechtering ten opzichte van de huidige situatie, waarin op zijn minst in theorie onmiddellijk (zij het dan soms maar gedeeltelijk) rechtsbescherming mogelijk is. Met deze beperking maakt het wetsvoorstel Wts 2008 het dus nauwelijks makkelijker om via de rechter af te dwingen dat aan schendingen van de standstillbepaling de daaraan volgens het Hof van Justitie te koppelen gevolgen worden verbonden.<sup>47</sup>

De vraag of aan bepaalde formele vereisten (zoals het bestaan van een Commissiebesluit of een *onherroepelijke* rechterlijke uitspraak) moet zijn voldaan voordat een terugvorderingsbevoegdheid bestaat, blijkt in meerdere Europese landen relevant. In een aantal lidstaten, zoals Tsjechië en Frankrijk, is een wettelijke terugvorderingsgrondslag geregeld in de gevallen waarin de Commissie een terugvorderingsbesluit heeft genomen.<sup>48</sup> Dat blijkt ook de insteek te zijn van de consultatieversie van Wts 2016. Met de eis dat sprake is van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak gaat het wetsvoorstel Wts 2008 op bepaalde punten dus alsnog verder dan elders nodig lijkt te worden geacht.

Een mogelijk interessante oplossing voor de spanning tussen de wens om onmiddellijke rechtsbescherming te verlenen en de wens om te wachten op een onherroepelijke rechterlijke uitspraak volgt wellicht uit de Zweedse staatssteunwet uit 2013. In de artikelen 8 en 9 van die wet wordt bepaald dat onmiddellijke terugbetaling van de steun aan de provincie Stockholm kan worden gelast. Wanneer de beslissing over de terugbetaling van de steun definitief wordt, betaalt de provinciale overheid het bedrag vermeerderd met rente aan de steunverlener voor zover de vordering is toegewezen en aan de verweerder voor zover de vordering is afgewezen.<sup>49</sup>

#### 8.2.2.4 *Terugvorderen uit eigen beweging?*

Zojuist is kritiek geuit op de beperking van de in het Wts 2008 bedoelde terugvorderingsgrondslag tot situaties waarin sprake is van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak. Een interessante vervolgvraag is of een terugvorderingsgrondslag niet ook wenselijk is zonder dat daar een Commissiebesluit of een

---

47 Vgl. Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 5.2.

48 Art. L.1511-1-1 Code général des collectivités territoriales (Frankrijk); § 7 Zákon ze dne 2. Dubna 2004 o úpravě některých vztahů v oblasti veřejné podpory a o změně zákona o podpoře (Tsjechië). Dit was tot recent ook het geval in Roemenië, hoewel inmiddels de wet is gewijzigd: Legea 20/2015 pentru aprobarea OUG 77/2014 privind procedurile nationale in domeniul ajutorului de stat, precum si pentru modificarea si completarea Legii concurentei nr. 21/1996. Bij gebrek aan een dergelijk Commissiebesluit moesten Roemeense rechters hun bevoegdheid om rechtsbescherming te bieden afleiden uit de rechtstreekse werking van de standstillbepaling. Jurcovan 2013, p. 35.

49 Lag (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens stasstödsregler ('over de toepassing van de EU-staatssteunregels).

rechterlijke uitspraak aan vooraf gaat. Te denken valt dan aan de situatie, zoals deze onder meer bestond in de in hoofdstuk 7 besproken zaak *Zorg en Zekerheid*,<sup>50</sup> waarin een overheidsorgaan zelf tot het oordeel komt dat een steunmaatregel is verstrekt in strijd met het Unierecht en daaraan de nodige consequenties wil verbinden.<sup>51</sup> Zoals in hoofdstuk 4 van dit onderzoek aan de orde is gekomen, ligt het immers in de rede dat een steunverlener op grond van het loyaliteitsbeginsel van artikel 4 lid 3 VEU verplicht kan zijn om op een schending van de standstillbepaling terug te komen.<sup>52</sup>

Uit de wetsgeschiedenis bij het Wts 2008 blijkt dat de regering ervoor terugdeinst om bestuursorganen een ongeclausuleerde mogelijkheid te geven om een begunstigende beschikking zoals een subsidie te weigeren wegens vermeende strijd met de staatssteunregels. Voor een dergelijke mogelijkheid biedt het wetsvoorstel slechts een zeer beperkte opening, en dat pas nadat de Raad van State daartoe had geadviseerd.<sup>53</sup> De voorgestelde uitbreiding van artikel 4:35 in de Awb-subsidietitel verplicht bestuursorganen om een gevraagde subsidie te weigeren 'indien de Commissie [...] heeft vastgesteld dat de subsidie onverenigbaar is met de [interne] markt'.<sup>54</sup> Deze weigeringsgrond biedt echter geen soelaas in de situatie waarin een bestuursorgaan zelf meent (of een nationale rechter heeft geoordeeld!) dat de subsidieverstrekking in strijd met de staatssteunregels komt.<sup>55</sup>

In de consultatieversie van het Wts 2016 is de voorgestelde weigeringsgrond, gezien de ervaring met de zaak *Zorg en Zekerheid*, dan ook ruimer van opzet. Een nieuw derde lid bij artikel 4:35 Awb moet luiden: 'De subsidieverlening wordt voorts geweigerd indien de verstrekking van subsidie naar het oordeel van het bestuursorgaan niet verenigbaar is met het bepaalde in de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.' Met deze beoordelingsvrijheid zal het gemakkelijker zijn voor bestuursorganen om een gevraagde subsidie op staatssteungronden te weigeren dan naar huidige rechtspraak het geval is. Deze benadering verslechtert de rechtspositie van subsidieaanvragers, maar heeft wel tot gevolg dat subsidieverstreckende bestuursorganen niet bij elke staatssteungevoeelige subsidie contact met de Commissie hoeven op te nemen en vermindert het risico dat na uitputting van de subsidiepot (en lang procederen) alsnog een forse subsidie moet worden uitgekeerd.<sup>56</sup>

---

50 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1152 (*Zorg en Zekerheid*).

51 Zie in hoofdstuk 7 § 7.3.1.2.

52 Zie hierover in hoofdstuk 4 § 4.3.3.

53 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 4, p. 2.

54 Wetsvoorstel terugvordering staatssteun 2008, artikel II Aa.

55 Kritisch: Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.4 en onder 5.2. Vergelijkbare kritiek is ook mogelijk op de voorgestelde uitbreiding van artikel 4:15 Awb, t.a.v. de opschorting van de termijn tot het geven van de gevraagde beschikking.

56 Zie over deze discussie hoofdstuk 5 § 5.5.4.1 en 5.5.4.3 en daar aangehaalde literatuur.



Ook de in het wetsvoorstel geïntroduceerde en verstrekkendere bevoegdheid om een subsidieverlening of -vaststelling in te trekken of te wijzigen staat niet open in gevallen waarin een bestuursorgaan zelf van oordeel is dat de standstillbepaling is geschonden.<sup>57</sup> Daarvoor is op grond van het voorgestelde artikel 4:80b Awb nu juist een Commissiebesluit of een onherroepelijke rechterlijke uitspraak vereist. Dit betekent dat een bestuursorgaan, bij gebrek aan een Commissiebesluit of een onherroepelijke rechterlijke uitspraak, waar nodig niet zonder meer tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun kan overgaan – en een belanghebbende derde daar ook niet om kan verzoeken. Dat gezegd hebbende: de regering toont zich er wel degelijk van bewust dat uit andere regelgeving voor bestuursorganen (zoals bijvoorbeeld subsidie-(kader)wetten) wél een zelfstandige terugvorderingsgrondslag kan volgen. Interessant is dat de regering ervan lijkt uit te gaan dat de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid zonder voorafgaand overleg met de Commissie onwenselijk is. Op zijn minst zou het subsidieverstrekkende bestuursorgaan, aldus de memorie van toelichting, overleg moeten voeren met de Commissie ‘om te bezien of de zaak valt te repareren.’<sup>58</sup> Deze opvatting is in de latere (en in hoofdstuk 5 bekritiseerde) rechtspraak van de Afdeling in de zaak *Ridderstee Holiday* in iets andere vorm teruggekomen. In de consultatieversie Wts 2016 lijkt van deze benadering afstand te zijn gedaan.<sup>59</sup>

#### 8.2.2.5 Bepalingen over termijnen

Uit studies die bij de voorbereiding van het wetsvoorstel Wts 2008 zijn betrokken is naar voren gekomen dat bepaalde in Nederland geldende termijnen aan de uitvoering van een terugvorderingsbesluit van de Commissie in de weg kunnen staan.<sup>60</sup> Daarom is in het Wts 2008 voorgesteld om de verjaringstermijnen in het BW, de Awb en de AWR in gevallen van door de wet geregelde terugvorderingshandelingen buiten toepassing te verklaren.<sup>61</sup> Strikt noodzakelijk was dit niet, nu de Nederlandse rechter verjaringstermijnen sowieso buiten toepassing moet laten als toepassing daarvan in de weg zou staan aan de uitvoering van rechtstreeks werkend Europees recht.<sup>62</sup> Dat neemt niet weg

57 Wetsvoorstel terugvordering staatssteun 2008, artikel I B-D. Vgl. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 58.

58 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 13. Zie hierover ook de door de leden van de VVD-fractie gestelde vraag in *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 5, p. 6.

59 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1245 (*Ridderstee Holiday*). Zie nader in hoofdstuk 5, § 5.5.4.2 en § 5.5.4.3.

60 Zie voor de verwijzingen *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 2.

61 Op grond van het voorgestelde art. 6:212a BW blijven de artt. 3:306 t/m 3:326 BW buiten toepassing. Daarnaast wordt voorgesteld om de verjaringstermijn van art. 4:57 lid 4 Awb buiten toepassing te laten. Ook de verjaringsregeling van de geldschuldentitel van de Awb blijft buiten toepassing, op grond van art. 4:80b lid 4 Awb. Nieuwe leden in de artt. 16 en 20 AWR hebben een vergelijkbare strekking.

62 Dit vloeit voort uit het voorrangsbeginsel. Zie in hoofdstuk 2 § 2.6.1.2.

dat het ten behoeve van de rechtszekerheid gunstig is dat de gevolgen van een terugvorderingsplicht op de geldende verjaringstermijnen in het Nederlandse recht worden verankerd.

Dat de Nederlandse verjaringstermijnen ten behoeve van de terugvordering van staatssteun in het Wts 2008 helemaal buiten toepassing zijn gelaten, is niet geheel zonder kritiek gebleven.

Zo achtte de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs het wenselijk om de verjaringstermijnen wel op te rekken, maar niet volledig 'af te schrijven'. Zij wees daartoe op de mogelijkheid om een bepaling op te nemen op grond waarvan de fiscus binnen drie jaar nadat het terugvorderingsbesluit van de Commissie onherroepelijk is geworden, de terugvordering zou moeten formaliseren in een beschikking of besluit.<sup>63</sup> Dit voorstel is aantrekkelijk omdat het tegemoet komt aan de rechtszekerheid van begunstigden, en zelfs kan bijdragen aan de spoedige uitvoering van een terugvorderingsbesluit van de Commissie. Toch is het nog maar de vraag of het Unierecht een dergelijke beperking toelaat.<sup>64</sup> Ten eerste valt niet uit te sluiten dat zelfs een termijn van drie jaar te kort kan zijn, nu het op grond van een terugvorderingsbesluit niet altijd van meet af aan duidelijk is bij wie onrechtmatige steun moet worden teruggevorderd.<sup>65</sup> Belangrijker nog is dat een dergelijke regeling de Nederlandse overheid de mogelijkheid zou geven om zich aan zijn terugvorderingsplicht te onttrekken door het nemen van een besluit uit te stellen, waarna de begunstigde zich op de nationale verjaringstermijnen kan beroepen. Uitstel zou dan afstel legitimeren, zeker als aan het laten verstrijken van de termijn van drie jaar geen effectieve sancties verbonden zouden zijn. Het laten verstrijken van een termijn strookt niet met de situaties waarin een lidstaat zich mag beroepen op de absolute onmogelijkheid om een terugvorderingsbesluit ten uitvoer te leggen.<sup>66</sup> Naar alle waarschijnlijkheid zou een nationale rechter een dergelijke bepaling dus alsnog buiten toepassing moeten laten. Met de door de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs voorgestelde regeling zou dan hooguit een schijnzekerheid worden gecreëerd.

Of de normale verjaringstermijnen ook buiten toepassing moeten blijven wanneer een terugvorderingshandeling een gevolg is van een rechterlijke uitspraak, zoals het Wts 2008 voorschrijft, is overigens nog niet zo evident. Het is namelijk geen uitgemaakte zaak dat de in de Procedureverordening op te schorten termijn van tien jaar, die geldt voor de Commissie, ook in nationale procedures over de terugvordering van staatssteun (analoog) heeft te gelden.<sup>67</sup> Daarbij geldt uiteraard wel dat elke toepassing van een nationale

---

63 Brief van de NOB 2008, p. 2. Een enigszins vergelijkbare regeling valt te herkennen in Slowakije. Zie daarover Papazova en Thyri 2011, p. 413.

64 Vgl. Van Slooten 2008b, onder 5.1.

65 Zie daarover in hoofdstuk 2 § 2.5.3.2 en § 2.6.2. Dat dit tot lange en ingewikkelde procedures kan leiden, blijkt onder meer uit de Italiaanse zaak HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset SpA*).

66 Zie daarover in hoofdstuk 2 § 2.5.3.3.

67 Zie daarover in hoofdstuk 2 § 2.6.5.1.

verjaringstermijn bij de uitvoering van het Unierecht moet voldoen aan de beginselen van doeltreffendheid, gelijkwaardigheid en effectieve rechtsbescherming. Als de eis dat sprake is van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak betekent dat aan die uitspraak, na jaren procederen, door het verstrijken van een verjaringstermijn geen gevolg kan worden gegeven, dan zal het toepassen van die termijn de *effet utile* van de staatssteunregels ondermijnen. In die situatie ligt het wel voor de hand dat een verjaringstermijn buiten toepassing blijft.

In het Wts 2008 zijn geen aanpassingen voorgesteld voor de termijn waarbinnen justitiabelen de mogelijkheid hebben om de rechtmatigheid van een vermeende steunmaatregel aan de kaak te stellen. Dat zou vooral in het algemene bestuurs- en belastingrecht interessant zijn, nu daar naar Nederlands recht korte bezwaartermijnen gelden. Wie na het verstrijken van deze termijnen tegen een besluit wil opkomen, wordt in beginsel geconfronteerd met de onaantastbaarheid van dat besluit.<sup>68</sup> In deze hoofdregel en de daarbij horende termijnen brengt het wetsvoorstel geen verandering. Dat is ook niet per se nodig. Het Unierecht verzet zich immers niet in absolute zin tegen de plicht om binnen een bepaalde termijn tegen een vermeend in strijd met het Unierecht genomen maatregel op te komen.<sup>69</sup> Zou het wetsvoorstel op dit punt aanpassingen hebben voorgesteld, dan zou het hiermee dus verder zijn gegaan dan het Unierecht eist. Daarnaast heeft het verrichte jurisprudentieonderzoek geen harde aanknopingspunten gevonden voor een constatering dat de in het bestuurs- en belastingrecht geldende bezwaartermijnen de effectieve mogelijkheid om de bescherming van de opschortingsplicht in te roepen zouden ondermijnen.<sup>70</sup>

Het buiten toepassing laten van de Nederlandse verjaringstermijnen kan betekenis hebben voor de plicht om bepaalde administratie en de daarbij behorende bescheiden te bewaren. Deze bewaarplicht (artikel 2:10 lid 3 BW, artikel 4:69 lid 2 Awb en artikel 52 lid 4 AWR) geldt naar huidig recht gedurende een termijn van zeven jaar.<sup>71</sup> Zo lang de bewaartermijn korter is dan de verjaringstermijn, bestaat de mogelijkheid dat onrechtmatige staatssteun moet worden teruggevorderd wanneer de daarvoor relevante stukken al zijn vernietigd. Toch heeft de regering in het Wts 2008 onvoldoende noodzaak gezien om de bewaartermijn van zeven jaar te verlengen. De daarmee gepaard gaande

---

68 Zie over de (on)aantastbaarheid van bestuursrechtelijke besluiten het uitgebreide proefschriftonderzoek van Ortlep 2011.

69 Vgl. in hoofdstuk 2 § 2.6.1.4.

70 Deze problematiek is in dit onderzoek (mede vanwege het ontbreken van harde aanknopingspunten in de bestudeerde jurisprudentie) hoe dan ook niet specifiek onderzocht, zoals toegelicht in hoofdstuk 4, § 4.1.1. Zie wel: CBB 20 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:93 (*Wrakingsverzoek Stichting Rivierduinen*). Te wijzen valt ook op ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378 (*Edufax*), AB 2013, 264, m.nt. W. den Ouden.

71 Deze termijn is op enig moment gezien de daarbij behorende administratieve lasten teruggebracht van tien jaar. *Kamerstukken II 2007/08*, 418, nr. 3 (MvT), p. 10.

verzwarend van de administratieve lasten zou namelijk niet in verhouding staan tot de mogelijkheid dat de administratie op een later moment nog ten behoeve van een terugvorderingsactie nodig is.<sup>72</sup>

Over deze keuze hebben de leden van een aantal politieke partijen zorgen geuit, nu juridische en praktische problemen kunnen ontstaan wanneer de terugvordering moet plaatsvinden wanneer de bewaartermijn al is verstreken.<sup>73</sup> Dit kan problematisch zijn voor de uitvoering van het terugvorderingsbesluit, bijvoorbeeld wanneer de administratie nodig is om de onrechtmatige steun te kwantificeren, maar ook voor de bescherming van de begunstigde, die met behulp van bepaalde bescheiden bijvoorbeeld had kunnen proberen aan te tonen dat het terug te vorderen steunbedrag in zijn geval lager moet uitvallen dan berekend door de Commissie of door de steunverlenende overheid.<sup>74</sup> Ook in de literatuur zijn dergelijke zorgen geuit. Voorgesteld is om de bewaartermijn met het oog op een zinvolle afwikkeling van eventuele terugvorderingsacties te verlengen, in combinatie met een wettelijke verplichting van de nationale autoriteiten om belanghebbende in het vroegste stadium op de hoogte te stellen van de (mogelijkheid van) terugvordering.<sup>75</sup> In de consultatieversie van Wts 2016 lijken de geuite zorgen ter harte te zijn genomen. Het daar voorgestelde artikel 4 bepaalt:

‘Een begunstigde die de op de verstrekking van staatssteun betrekking hebbende of met die verstrekking samenhangende informatie niet gedurende de termijn, bedoeld in artikel 17, eerste en tweede lid, van de procedureverordening heeft bewaard, kan zich niet beroepen op krachtens Nederlands recht geldende verjarings-, bezwaar- of vernietigingstermijnen, tenzij hij aannemelijk maakt dat hij niet wist of behoorde te weten begunstigde te zijn.’

Of deze beperking alleen geldt voor de in de wet geregelde situatie waarin naar aanleiding van een terugvorderingsbesluit van de Commissie wordt teruggevorderd of ook een bredere strekking heeft, wordt niet geheel duidelijk.

#### 8.2.2.6 Bepalingen over andere gevolgen van schendingen van het staatssteunrecht?

Dat het wetsvoorstel Wts 2008 zich richt op het scheppen van terugvorderingsgrondslagen in gevallen van onrechtmatige steun, betekent dat maar een deel van de gevolgen die op grond van de Europeesrechtelijke jurisprudentie aan een schending van de standstillbepaling moet worden verbonden, wettelijk

---

72 Idem.

73 *Kamerstukken II* 2007/08 31, 418, nr. 5, p. 5-6.

74 Zelfs na een terugvorderingsbesluit van de Commissie is het nog mogelijk dat op basis van de relevante gegevens wordt vastgesteld dat het terug te vorderen steunbedrag nihil is. HvJ EU 13 februari 2014, nr. C-69/13 (*Mediaset SpA*), r.o. 35-7.

75 Van Slooten 2008b, onder 4.3.

wordt geregeld.<sup>76</sup> Interessant is met name dat nauwelijks voorzieningen worden getroffen voor de mogelijkheid om de uitkering van steun op te schorten of anderszins te voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt uitgekeerd. Eigenlijk zien alleen de voorgestelde artikelen 4:15 lid 2 sub c Awb en 4:35 lid 3 Awb daarop. Zij kwamen hierboven al even aan de orde in § 8.2.2.4.

Nu het wetsvoorstel voornamelijk een reactie was op de onmogelijkheid om aan een terugvorderingsbesluit van de Commissie daadwerkelijk gevolg te geven, is de gekozen nadruk op de terugvorderingsbevoegdheden logisch. Uit het in hoofdstuk 7 weergegeven jurisprudentieonderzoek is echter gebleken dat, met name in het burgerlijk recht, belangrijke drempels bestaan wanneer justitiabelen juist de uitkering van steun willen voorkomen.<sup>77</sup> Hoewel daarbij ook is opgemerkt dat deze drempels voor een deel het gevolg zijn van in het licht van de kortgedingprocedure moeilijk op te lossen problemen bij de kwalificatie en kwantificatie van steun, is het een gemis dat aan deze problematiek in het wetsvoorstel zo weinig aandacht is besteed.

De regering had er ook voor kunnen kiezen om regels op te nemen die niet (alleen) zien op de *ex post* handhaving van het staatssteunrecht, maar (ook) op het *ex ante* voorkomen van schendingen van de staatssteunregels. Dit onderwerp valt buiten de onderzochte rol van de rechter bij de handhaving van het staatssteunrecht en wordt hier verder niet uitgediept. Er kan wel op worden gewezen dat in diverse EU-lidstaten regels zijn getroffen die moeten waarborgen dat overheidsorganen niet doelbewust of onwetend in strijd met de staatssteunregels handelen.<sup>78</sup> Een concreet voorstel in de Nederlandse literatuur, vanuit fiscaalrechtelijke hoek, is om in het wetsvoorstel een regeling op te nemen die de belastinginspecteur verplicht te beoordelen of door hem toegepaste fiscale maatregelen tot staatssteun leiden, en die hem verplicht om de uitkomst van die beoordeling op verzoek aan de belastingplichtige te verstrekken.<sup>79</sup> Regels over het *ex ante* voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt verleend zijn uiteraard ook buiten het belastingrecht denkbaar en bestaan voor een deel al.<sup>80</sup>

---

76 Bij het LEGSA Symposium 'Nut en noodzaak van het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun' zijn overigens mogelijke verdere alternatieven voor de terugvordering aangereikt, zoals het laten splitsen van een onderneming, het tijdelijk laten sluiten van een website en het laten betalen van schadevergoeding door de begunstigde onderneming aan benadeelde concurrenten. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 60.

77 Zie nader in hoofdstuk 7 § 7.4.4.

78 Zie bijvoorbeeld: artt. 4-11 Zakon o spremljanju državnih pomoči (Slowenië); art. 45 Legge 24 dicembre 2012, n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea (GU n.3 del 4-1-2013) (Italië). Vgl. Lagzdina 2010, p. 13-14 (Letland); Kamperis 2010, p. 8 (Cyprus); Papzova en Thyri 2010, p. 581 (Bulgarije); Muñoz de Juan en Panero Rivas 2011, p. 16 (Spanje).

79 Van Slooten 2008b, onder 5.3.

80 Zie voor de wijze waarop in Nederland de melding en kennisgeving van steunmaatregelen wordt geregeld (en hopelijk dus ook schendingen van de staatssteunregels worden voorkomen) de website van Europa Decentraal: <<https://www.europadecentraal.nl/onderwerpen/staatssteun/procedures-staatssteun/opvragen-informatie/>>.

### 8.2.2.7 Bepalingen over de toegang tot de rechter?

Met de nadruk van het Wts 2008 op de terugvordering van onrechtmatige staatssteun na een Commissiebesluit of onherroepelijke rechterlijke uitspraak zal het niet verbazen dat geen veranderingen zijn voorgesteld in de Nederlandse regels over het bestaan van een voldoende belang of de toegang tot de rechter. Hetzelfde geldt voor de consultatieversie van Wts 2016.

Zoals in hoofdstuk 4 is uiteengezet valt er echter met name veel voor te zeggen dat voor door onrechtmatige staatssteun geraakte derden een rechtsingang bij de belastingrechter wordt geschapen.<sup>81</sup> Weliswaar kunnen deze derden op grond van de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling nog bij de burgerlijke rechter terecht, zodat hen een rechtsingang niet in absolute zin ontnomen wordt. Desondanks is een wettelijke regeling op dit punt wenselijk, omdat uit de staatssteunrechtelijke jurisprudentie van de afgelopen tien jaar blijkt dat van de mogelijkheid voor concurrenten van ontvangers van fiscale steun om voor de burgerlijke rechter te procederen niet tot nauwelijks gebruik wordt gemaakt.<sup>82</sup> Het gebrek aan een duidelijke rechtsingang is volgens Van Slooten zelfs 'zonder twijfel [...] de reden dat in Nederland slechts sporadisch een beroep op de rechtstreekse werking van [artikel 108 lid 3 VWEU] wordt gedaan.'<sup>83</sup> Hij oppert, niet onbegrijpelijk, dat de minister van het scheppen van een dergelijke rechtsingang heeft willen afzien omdat hij op de hoede was voor 'het openen van een doos van Pandora die men met een dergelijke eenduidige regeling zou kunnen opentrekken'.<sup>84</sup> Hoewel het, zoals dat in hoofdstuk 4 ook aan bod is gekomen, zeker belangrijk is dat de rechter de mogelijkheid heeft om zich op een zinvolle manier tegen een stortvloed aan (mogelijk oneigenlijke) staatssteungeschillen te wapenen, valt het echter moeilijk te rechtvaardigen dat aan concurrenten van ontvangers van fiscale steun op deze manier een effectieve rechtsgang wordt onthouden.

### 8.2.2.8 Bepalingen over de kwalificatie van steun?

Het wetsvoorstel voorziet evenmin in bepalingen die zijn gericht op de vraagstukken rondom de kwalificatie van maatregelen als staatssteun, zoals de toegang tot de nodige informatie of de toe te passen bewijsstandaarden of bewijslastverdeling.<sup>85</sup> Dit verdient opmerking omdat in de afgelopen tien jaren zoals gezegd nauwelijks uitspraken zijn gepubliceerd waarin partijen erin zijn geslaagd om het bestaan van staatssteun in de zin van artikel 107

---

81 Hoofdstuk 4, § 4.4.1. Vgl., op iets andere gronden, Van Slooten 2008a, onder 3.1.3.

82 Zie de discussie in hoofdstuk 3 § 3.5.6.

83 Van Slooten 2008b, onder 7.

84 Idem.

85 Vgl. Metselaar en Adriaanse 2011, p. 59. Daar wordt opgemerkt dat dit misschien ook niet mogelijk is, gezien de complexiteit van de te maken (feitelijke) afwegingen. Dergelijke bepalingen zijn ook afwezig in de consultatieversie Wts 2016.

lid 1 VWEU voldoende aannemelijk te maken. Uit deze constatering volgt nog niet dat sprake is van een probleem dat via een wettelijke regeling moet worden opgelost. In hoofdstuk 5 is geconcludeerd dat de relatieve afwezigheid van geslaagde staatssteunberoepen op minimaal vijf manieren te verklaren valt, waarvan slechts twee (het bestaan van informatie-asymmetrie en het hanteren van een te zware toetsingsmaatstaf) evident via een wijziging van (de toepassing van) het toepasselijke recht kunnen worden opgelost. Een harde noodzaak voor optreden van de wetgever blijkt dus niet onomwonden uit het verrichte onderzoek. Dat neemt niet weg dat, zoals tijdens het LEGSA Symposium 'Nut en noodzaak van het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun' is opgemerkt, het van belang is om deze problematiek onder ogen te zien, bijvoorbeeld door daaraan in de memorie van toelichting aandacht te besteden.<sup>86</sup> Nu voor het ontstaan van een terugvorderingsbevoegdheid immers een Commissiebesluit of een rechterlijke uitspraak nodig is, en de kans om een dergelijke rechterlijke uitspraak af te dwingen miniem is, is namelijk terecht geconstateerd dat het wetsvoorstel Wts 2008 voor private handhavingsacties van concurrenten en andere belanghebbenden weinig toegevoegde waarde heeft.<sup>87</sup>

#### 8.2.2.9 Bepalingen over contact met de Commissie?

Een laatste opmerking bij de materiële keuzes van de regering in Wts 2008 is dat geen bepalingen zijn voorgesteld die de in hoofdstuk 6 behandelde communicatie tussen de Nederlandse rechter en de Europese Commissie regelen. Hoewel is gebleken dat de afwezigheid van zulke bepalingen in het huidige Nederlandse recht niet heeft verhinderd dat de rechter toch enkele malen vragen aan de Commissie heeft gesteld, kan het toch waardevol zijn om in het Nederlands recht een expliciete regeling op te nemen die het contact met de Commissie nader invult. Met deze regeling kunnen ook de nodige waarborgen voor hoor en wederhoor van de partijen worden ingebouwd.<sup>88</sup> Voor een dergelijke regeling kan ook buiten Wts 2008 worden gezorgd. Een aantal bevoegdheden van de Commissie op grond van de Procedureverordening, zoals het uitvoeren van controles ter plaatse, heeft namelijk al via de Wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen een regeling gevonden in het Nederlandse recht.<sup>89</sup>

---

86 Metselaar en Adriaanse 2011, p. 60.

87 Idem, p. 62.

88 Idem. Vgl. Adriaanse en Van Angeren 2010, p. 684. Zie ook in hoofdstuk 6 § 6.2.4.

89 Wet van 27 februari 1997, houdende enige regels ter uitvoering van een aantal EG-verordeningen op het gebied van de mededinging (Wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen).

### 8.2.3 De keuze om aan te sluiten bij de bestaande rechtsverhouding in Wts 2008

Tot zo ver de inhoudelijke keuzes die door de regering in het wetsvoorstel Wts 2008 zijn gemaakt. Zeer nauw daaraan verbonden en voor dit onderzoek uitermate interessant is een meer conceptuele keuze die de regering bij het schrijven van het wetsvoorstel heeft moeten maken. In het eerste hoofdstuk van dit onderzoek is al uiteengezet dat het niet altijd even evident is hoe de handhaving van het Europese staatssteunrecht op een coherente manier kan worden ingepast in het Nederlandse rechtssysteem. Het staatssteunrecht kan van de overheid, waaronder ook de rechter, vragen om op te treden op een manier die niet goed aansluit bij het hem ter beschikking staande instrumentarium.

Op dit moment werkt de Nederlandse rechter bij de handhaving van het Europese staatssteunrecht met het instrumentarium dat hem door het gewone Nederlandse recht wordt geboden, te weten met name het BW, de Awb en tot op zekere hoogte de AWR. Waar wordt geconstateerd dat dit instrumentarium niet voldoet aan de Unierechtelijk gestelde eisen, kunnen twee principiële keuzes worden gemaakt. Enerzijds kan worden geprobeerd om binnen het BW, de Awb en de AWR de nodige aanpassingen aan te brengen, zoals de regering dat in 2008 ook heeft voorgesteld. Anderzijds kan ervoor worden gekozen om, gezien de *mismatch* tussen het gewone Nederlandse recht en de verplichtingen op grond van de staatssteunregels, een apart wettelijk regime op te tuigen dat specifiek ziet op de handhaving van het staatssteunrecht. Het is al gebleken dat de Nederlandse regering in Wts 2008 heeft gekozen voor de eerste optie: zo veel mogelijk aansluiting bij de bestaande rechtsverhouding en aanpassing van drie grote Nederlandse wetten. Geen apart staatssteunregime dus.

Waarom is dat nu zo interessant voor dit onderzoek? Ten eerste omdat uit deze keuze kan worden afgeleid dat de regering destijds weinig heeft gevoeld voor een systeem van versnipperde wettelijke regimes afhankelijk van de inhoud (de staatssteunregels) en herkomst (het Unierecht) van een geschil. Hoewel het Unierecht een andere benadering en uitkomst van geschillen kan eisen dan soepel in het bestaande recht passen, lijkt de regering op dit punt te hebben gekozen voor een zo uniform mogelijke benadering van het Nederlandse recht.<sup>90</sup> De keuze van de regering is ten tweede interessant omdat daaruit blijkt hoe moeilijk het zelfs voor de wetgever kan zijn om het Unierecht goed in het Nederlandse systeem in te passen. Zelfs met de keuze voor plaatsing van de regels over de terugvordering van staatssteun in de drie grote Nederlandse wetten blijkt het namelijk nog nodig om een aantal kunst-

---

90 Vgl., in een andere context, Steunenbergh en Voermans 2006, p. 20.



grepen toe te passen waarmee recht moet worden gedaan aan de Europese herkomst van de regels, maar waarmee tegelijkertijd verwarring kan ontstaan.

### 8.2.3.1 Redenen om bij de bestaande rechtsverhouding aan te sluiten

De keuze van de regering om aanpassingen aan te brengen in de grote Nederlandse wetten en niet een aparte 'staatssteunwet' te creëren is ingegeven door een aantal overwegingen. Tot op zekere hoogte zal sprake geweest zijn van 'padafhankelijkheid': het fenomeen waarbij impliciete of expliciete keuzes voortvloeien uit eerder, al dan niet toevallig, gemaakte keuzes of ontstane feitelijke omstandigheden. In de tijd waarin het wetsvoorstel Wts 2008 werd geschreven waren namelijk in een aantal studies problemen geïdentificeerd (delen) van de grote Nederlandse wetten waar het ging om de handhaving van het staatssteunrecht.<sup>91</sup> Ook in de literatuur was tot dusverre vooral aandacht uitgegaan naar mogelijke 'staatssteunrechtelijke' knelpunten in de grote wetten, terwijl invloedrijke artikelen waarin voor een aparte staatssteunwet werd gepleit, achterwege bleven.<sup>92</sup> Tegelijkertijd bleek de grotendeels succesvolle afwikkeling van aan Nederland gerichte terugvorderingsbesluiten van de Commissie tot dusverre – en logischerwijs – te hebben plaatsgevonden volgens het nationale recht en over de band van de bestaande rechtsverhouding.<sup>93</sup> Uit het onderhavige en eerder uitgevoerde onderzoek blijkt ook dat inmiddels een uitgebreide rechtspraak is ontstaan waarin de rechtsverhouding waarbinnen vermeende staatssteun is verleend, bepaalt welke rechter bevoegd en welk recht van toepassing is.<sup>94</sup> Tegen deze achtergrond is er blijkens de memorie van toelichting voor gekozen om door aanpassing van het BW, de Awb en de AWR aan te sluiten bij de aard van de rechtsverhouding waarin de steunmaatregel vorm heeft gekregen. Daarmee zou terugvordering het beste aansluiten op het bestaande rechtssysteem, waaronder ook de rechterlijke bevoegdheidsverdeling.<sup>95</sup>

Voor deze keuze worden in de memorie van toelichting verschillende redenen gegeven. Zo acht de regering het wenselijk dat partijen bij een mogelijk steunverlenende privaatrechtelijke overeenkomst uit het privaatrecht zelf kunnen afleiden aan welke eventuele risico's zij worden blootgesteld, en de mogelijkheid van terugvordering dus niet uit een publiekrechtelijke regeling hoeven af te leiden. 'Niet wenselijk', zo de memorie van toelichting, 'is een situatie waarin men in gevallen die door het BW worden geregeld de bevoegd-

---

91 ICER-rapport 2002; Widdershoven e.a. 2007. Zie *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 2-3.

92 Zie de bespreking van de aanloop tot het wetsvoorstel in Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.1; Adriaanse 2006, p. 340.

93 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 6-7.

94 Zie in dit onderzoek de hoofdstukken 3 t/m 7. Voor de voorafgaande periode: Adriaanse 2006.

95 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 7.

heid tot terugvordering of ongedaanmaking uit een publiekrechtelijke regeling zou moeten afleiden.<sup>96</sup>

Een verdere reden om niet een aparte, in het publiekrecht opgenomen, staatssteunwet te introduceren was volgens de memorie van toelichting de omstandigheid dat de staatssteunregels invloed hebben op de relatie tussen de overheid aan de ene kant en burgers en/of bedrijven aan de andere. Dat is relevant omdat met name het BW en de Awb bedoeld zijn om de algemene aspecten van de verhouding tussen overheid en burger en bedrijf te regelen. Om die reden acht de regering inpassing van het staatssteunrecht in die wetten wenselijk. Daar komt bij dat de inpassing in het BW en de Awb er volgens de memorie van toelichting toe kan bijdragen dat partijen zich ervan bewust zijn dat in gevallen van de terugvordering van steun de algemene regels en beginselen uit deze wetten toegepast moeten worden voor zover die niet in strijd zijn met het Unierecht.<sup>97</sup> Een begrijpelijke keuze, aldus Adriaanse en Den Ouden in hun reactie op het wetsvoorstel, ook omdat mag worden aangenomen dat de algemene kennis van de Nederlandse grote wetten over het algemeen beter is, 'waardoor ook het besef van het bestaan van nationale staatssteunregels (en daarmee de kans op gebruik daarvan indien nodig) waarschijnlijk optimaal zal zijn'.<sup>98</sup>

Een laatste reden om voor de terugvordering van staatssteun niet een apart regime op te tuigen maar de bestaande wetten aan te passen ligt besloten in de wijze waarop fiscale steun kan worden teruggevorderd. Met het gebruik van het in het fiscale recht gebruikelijke instrument van navordering of naheffing kan volgens de regering worden bewerkstelligd dat, nu het verschuldigde bedrag aan belasting opnieuw wordt vastgesteld, zo goed mogelijk de situatie wordt hersteld die zou hebben gegolden als geen staatssteun was verstrekt. Dit, aldus de regering in de memorie van toelichting bij het Wts 2008, sluit aan bij de zienswijze van de Commissie dat zoveel mogelijk de oude situatie moet worden hersteld.<sup>99</sup>

### 8.2.3.2 Overblijvende spanningen en kunstgrepen

Ondanks dit alles blijkt dat het wetsvoorstel Wts 2008 maar tot op bepaalde hoogte logisch past in de door dat voorstel te wijzigen wetten. Op een aantal punten zijn toch nog – soms verwarrende – kunstgrepen nodig om een balans te kunnen treffen tussen de integriteit van de rechtssystemen zelf, het streven naar een geharmoniseerde benadering van het staatssteunrecht en de wens (en noodzaak) om uitvoering te geven aan het Unierecht. Dit blijkt ten eerste uit de discussie over de facultatieve redigering van de terugvorderingsgrond-

---

96 Idem, p. 8.

97 Idem, p. 13. Instemmend: Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 7.

98 Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 7.

99 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 12.

slagen in het BW, de Awb en de AWR, die zoals hierboven beschreven tot de nodige kritiek heeft geleid.<sup>100</sup> Ook de Raad van State heeft in zijn advies op het wetsvoorstel beklemtoond dat een imperatieve formulering van de terugvorderingsgrondslagen in het licht van het Unierecht de voorkeur geniet. De Minister van Justitie heeft in zijn reactie daarop echter gemeend het advies van de Raad van State niet te moeten volgen.<sup>101</sup> De reden daarvoor is een boeiende en verdient het, volledig te worden geciteerd. De minister schrijft:

‘Wat de wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreft, geldt dat een verplichting om een vordering in te stellen niet goed past in het systeem van ons privaatrecht. Een verplichting tot navordering of naheffing zou evenzeer een inbreuk op het systeem van de Algemene wet inzake rijksbelastingen betekenen, waartoe de Raad dan ook niet adviseert. In de Algemene wet bestuursrecht zou een imperatieve redactie op zich wel mogelijk zijn, maar uit een oogpunt van harmonisatie met de andere twee wetten is daarvan afgezien.’<sup>102</sup>

Dit citaat illustreert mooi het in hoofdstuk 1 al beschreven spanningsveld tussen interne en externe coherentie, dat kan ontstaan wanneer via het nationale recht een Europese norm moet worden toegepast. Het blijkt dat de wetgever moet kiezen of hij met een facultatieve redigering de interne coherentie van de AWR en het BW eerbiedigt maar daarmee tekort doet aan de strekking van het Unierecht (dat geen keuzeruimte laat), of met eerbiediging van de externe coherentie van het recht inbreuk maakt op het systeem van het privaatrecht en de AWR. In dit geval heeft de regering duidelijk gekozen voor de interne coherentie van het recht. Of dat wenselijk is, is nog maar zeer de vraag. Als het puntje bij het paaltje komt, moet de facultatief geformuleerde terugvorderingsgrondslag namelijk alsnog, Unierechtconform interpreterend, zo worden uitgelegd dat deze verplicht moet worden toegepast. Dat wekt niet alleen verwarring,<sup>103</sup> maar betekent ook dat *alleen op papier* bij het systeem van het privaatrecht en de AWR wordt aangesloten.

De regering blijkt op dit punt niet alleen de interne coherentie van het systeem van het privaatrecht en de AWR te hebben willen beschermen. Ook is gestreefd naar een zo uniform mogelijke benadering binnen de drie rechtsgebieden, zoals uit het citaat blijkt. Om die reden is ook in de Awb een facultatief geformuleerde terugvorderingsgrondslag voorgesteld. Dat is een opmerkelijke keuze. Niet alleen staat dit namelijk zoals gezegd op gespannen voet met de externe coherentie van het recht, maar een facultatieve terugvorderingsgrondslag verhoudt zich ook slecht tot het systeem van het bestuursrecht. Een discretionaire bevoegdheid in het bestuursrecht impliceert namelijk de mogelijkheid van een belangenafweging in de zin van artikel 3:4 Awb die het

---

100 Zie eerder in dit hoofdstuk § 8.2.2.1.

101 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 4, p. 2.

102 *Idem*.

103 Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 5.2.

Unierecht juist niet toestaat en die door de wetgever ook niet is bedoeld.<sup>104</sup> Dat hier ook de interne coherentie van het bestuursrecht in de knel komt, is echter blijkbaar van ondergeschikt belang geacht.

De lastige spagaat waarin de wetgever zich bevindt blijkt ook uit de wijze waarop de voorgestelde terugvorderingstitel in het BW vorm heeft gekregen. Zoals gezegd wordt enerzijds aangesloten bij de terminologie die in het burgerlijk recht gewoon is ('ongedaanmaking' en tot op zekere hoogte 'terugvordering'), en anderzijds gebruik gemaakt van termen die een eigen Unierechtelijke lading hebben ('steun', 'begunstigde').<sup>105</sup> Sterker nog: ondanks de wens om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de bestaande rechtsverhoudingen, heeft de regering het wel nodig geacht om over de terugvordering van staatssteun een aparte terugvorderingstitel in het BW op te nemen. Met een dergelijke zelfstandige titel moeten volgens de wetsgeschiedenis gecompliceerde vragen over de juridische kwalificatie van de rechtshandelingen op nationaal niveau worden vermeden, waaronder met name de vraag naar de nietigheid van steunverlenende handelingen.<sup>106</sup> Tegelijkertijd moet met het gebruik van een aparte titel duidelijk zijn dat de partijen niet alle op grond van het BW beschikbare verweermiddelen kunnen inroepen.<sup>107</sup> Dit zijn logische overwegingen, maar in deze context vooral interessant omdat ook zij illustreren dat de inpassing van het staatssteunrecht in het Nederlandse recht nog wel de nodige kunstgrepen vraagt.

#### 8.2.4 Aandachtspunten bij het aansluiten bij de bestaande rechtsverhouding

Na de uitgebreide bespreking van de materiële keuzes in het Wts 2008 in § 8.2.2 hierboven mag duidelijk zijn dat de mate waarin de bij de handhaving van het staatssteunrecht via de Nederlandse rechter bestaande knelpunten kunnen worden opgelost, voor een belangrijk deel afhangt van de inhoudelijke keuzes die op dat vlak worden gemaakt. Daarvoor is nog niet eens zo relevant of wordt aangesloten bij de bestaande rechtsverhouding, een aparte rechtsgang wordt gecreëerd of een bestuurlijke toezichthouder wordt opgericht. Toch brengt de keuze voor een bepaald oplossingsmodel wel degelijk een paar 'eigen' nadelen met zich, die niet of slechts met grote moeite kunnen worden geadresseerd zolang wordt aangesloten bij de bestaande rechtsverhouding.

---

104 Metselaar en Adriaanse 2011, p. 58.

105 Vgl. Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.3. Zie ook de bespreking hierboven in § 8.2.2.1.

106 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p.16. Adriaanse en Den Ouden achten dit een gelukkige keuze, nu zelfs vóór de uitspraak van het Hof in de zaak *Residex* te betwijfelen viel of een schending van de standstillbepaling automatisch nietigheid van de rechtshandeling betekent. Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.3.

107 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 9. Instemmend: Adriaanse en Den Ouden 2008, onder 4.3.

Ten eerste moet dan worden gewezen op de in hoofdstuk 3 van dit onderzoek gesignaleerde problematiek van de Nederlandse rechtsmachtverdeling en het daarbij behorende risico van de verbrokkeling van een staatssteungeschil.<sup>108</sup> Zolang voor de beslechting van staatssteungeschillen wordt aangesloten bij de bestaande rechtsverhouding en het huidige stelsel van de rechtsmachtverdeling blijft bestaan, blijft de realiteit dat een samenstel van steunverlenende (rechts)handelingen noodzakelijkerwijs in verschillende procedures aan de orde moet worden gesteld, met alle gevolgen van dien. Het blijft dan met andere woorden moeilijk om verschillende handelingen die deel uitmaken van een enkele economische realiteit in hun onderlinge samenhang te bezien.

Ten tweede, en daaraan verwant, betekent de omstandigheid dat wordt aangesloten bij de bestaande rechtsverhouding dat verschillende rechters bevoegd zijn afhankelijk van de wijze waarop de vermeende steun is verleend. Een enkele norm wordt zodoende door verschillende rechters toegepast, met het risico op uiteenlopende beoordelingen van het geschil, en zodoende op rechtsongelijkheid. Als zodanig hoeft dat niet problematisch te zijn. Dat verschillende rechters gegeven het toepasselijke procesrecht tot andere beoordelingen (kunnen) komen, is immers een logisch en binnen bepaalde grenzen geaccepteerd uitvloeisel van de nationale procedurele autonomie. Daarnaast zijn op basis van dit onderzoek maar weinig écht fundamentele verschillen tussen de beoordelingen van de bevoegde rechters aangetoond, en waar die wel bestaan, vallen zij voor een groot deel op te lossen door middel van aanpassing van het toepasselijk procesrecht. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan het creëren van de al eerder genoemde rechtsingang voor concurrenten van steunontvangers bij de belastingrechter.

Toch valt er veel voor te zeggen dat waar de belangen van justitiabelen (bescherming tegen schending van de staatssteunregels) en de toe te passen norm (artikel 108 lid 3 VWEU) dezelfde zijn, er weinig rechtvaardiging bestaat voor een mogelijk verschillende toepassing van, bijvoorbeeld, het relativiteitsvereiste, omwille van de vrij arbitraire omstandigheid dat de vermeende schending van de norm voortvloeit uit een overeenkomst in plaats van een appellabel besluit. Voor zover zou worden gekozen voor een wettelijke regeling waarin bij de bestaande rechtsverhouding wordt aangesloten, betekent dat eventueel dat rechters zich bewust zouden moeten zijn van de wijze waarop het relevante procesrecht door hun *counterparts* in andere rechtsgebieden wordt toegepast. Daarnaast zouden zij idealiter moeten bezien in hoeverre zij daaraan in het licht van de eigen procesregels, cultuur en precedentes kunnen aansluiten.

Met deze laatste opmerking komt meteen ook een derde aandachtspunt aan het licht dat in geval van een keuze voor de eerste aanvliegroute opmerking verdient. In het eerste hoofdstuk is al gewezen op de bij de toepassing

---

108 Zie nader in hoofdstuk 3, § 3.2.

van het Unierecht bestaande spanning tussen de interne en externe coherentie van het nationale recht. Die spanning is zoals gezegd ook in Wts 2008 voelbaar. Gewezen is op de ongemakkelijke constructie waarbij in de Awb is gekozen voor een facultatieve terugvorderingsbevoegdheid. Ook is gewezen op de keuze om enerzijds een terugvorderingsbevoegdheid op te nemen in het BW (in plaats van in een aparte staatssteunwet), maar om deze anderzijds in een aparte titel op te nemen met de civielrechtelijk verder nauwelijks ingevulde figuur van de ongedaanmaking. Het blijft zodoende schipperen tussen het effectueren van het Unierecht, het aansluiten bij de bestaande rechtstelsels en het zoeken naar rechtseenheid. Het is zaak om ervan bewust te zijn dat hoe meer bij de handhaving van de staatssteunregels aansluiting wordt gezocht bij het nationale recht en de bestaande rechtsverhouding, hoe duidelijker de spanning tussen interne en externe coherentie zich in concreto doet gevoelen. Aansluiting bij het bestaande nationale recht betekent immers ook dat de daar ontwikkelde algemene leerstukken en beginselen van toepassing zijn. Staan zij in de weg aan een effectieve toepassing van de staatssteunregels, dan betekent dit dat zij eventueel *op het gebied van het staatssteunrecht* buiten toepassing moeten blijven of op een alternatieve manier moeten worden uitgelegd. Dit hoeft geen probleem te zijn: zó fragiel is het bouwwerk van de Awb, de AWR en het BW nu ook weer niet. Het is echter wel van belang om te beseffen dat het op deze manier ‘inbouwen’ van de handhaving van het staatssteunrecht in het algemene bestuursrecht, belastingrecht en burgerlijk recht de genoemde spanningen met zich brengt.

### 8.3 DE TWEEDE AANVLIEGRROUTE: EEN APART REGIME VOOR STAATSSTEUNGESCHILLEN

Hoewel de beslechting van staatssteungeschillen in Nederland tot nu toe via het ‘normale’ wettelijke systeem is verlopen, afhankelijk van de rechtsverhouding waarbinnen de steun zou zijn verleend, is dat niet de enige manier waarop de Nederlandse rechter zijn rol bij de handhaving van de staatssteunregels zou kunnen vervullen. Als de overheersende gedachte blijkt te zijn dat de handhaving van het staatssteunrecht (te) slecht aansluit bij het algemene bestuursrecht, belastingrecht en burgerlijk recht, kan er ook voor worden gekozen om voor staatssteungeschillen een aparte procedure in te richten.

#### 8.3.1 Voordelen van en draagvlak voor een eigen wettelijk regime

Het introduceren van een eigen wettelijk regime voor de handhaving van de staatssteunregels heeft een aantal duidelijke voordelen. Om te beginnen heeft een dergelijke insteek van de procedure minder te ‘lijden’ onder de zojuist genoemde aandachtspunten ten aanzien van de interne coherentie, de mogelijke

verbrokkeling van staatssteungeschillen en het risico op rechtsongelijkheid. Daarnaast kan het aantrekkelijk zijn om een geschil over vermeende staatssteun los te koppelen van eventuele andere conflicten over de aan de orde zijnde rechtsverhouding. Dat levert in potentie een 'zuiverder' geschil op omdat niet de verleiding bestaat, zoals nu het geval lijkt te zijn, om de vermeende schending van het staatssteunrecht maar deels gemotiveerd en als laatste grond of uiterst subsidiair aan te voeren onder het motto 'baat het niet dan schaadt het niet'.<sup>109</sup> Daar komt bij dat, zoals in hoofdstuk 7 is betoogd, de huidige moeilijkheid om het staatssteungeschil te isoleren in sommige gevallen juist in de weg staat aan de effectieve mogelijkheid om de nodige gevolgen aan een schending van de standstillbepaling te verbinden.<sup>110</sup> Een bijkomend voordeel is dat desgewenst makkelijker kan worden geregeld dat een teruggevorderd steunbedrag niet terugvloeit in het budget van de steunverlener, maar een andere bestemming krijgt.<sup>111</sup> Dit zou een oplossing kunnen bieden voor in de literatuur geuite kritiek, dat steunverlenende overheden met de huidige gang van zaken te weinig prikkels hebben om het staatssteunrecht na te leven.<sup>112</sup> Een financieel risico dragen zij immers niet.

Tot recent heeft de mogelijkheid van een aparte rechtsgang voor staatssteungeschillen in Nederland niet op veel enthousiasme mogen rekenen. In het wetsvoorstel Wts 2008 is zoals gezegd expliciet gekozen voor aansluiting bij de bestaande rechtsverhouding en de rechterlijke bevoegdheidsverdeling.<sup>113</sup> Tijdens het LEGSA symposium 'Nut en noodzaak wetsvoorstel terugvordering staatssteun' is daarnaast gepleit tegen het inschakelen van gespecialiseerde rechters, nu staatssteunargumenten vaak deel uitmaken van de gehele rechtszaak en daarvan moeilijk kunnen worden losgekoppeld.<sup>114</sup>

Voor een eigen wettelijk regime vallen in andere EU-lidstaten meer aanknopingspunten te vinden.

Zo heeft een bijzondere onderzoekscommissie in opdracht van de Zweedse overheid in 2011 een voorstel gedaan om het Zweedse recht ingrijpend te wijzigen om

---

109 Zie bijvoorbeeld in hoofdstuk 5 § 5.6.

110 Hoofdstuk 7 § 7.4.5.

111 Een dergelijke regeling geldt bijvoorbeeld in Denemarken. Honoré 2013, p. 448. In afdeling 11a, subafdeling 9 van de Deense mededingingswet (in de geconsolideerde versie van 18 juni 2013) wordt bepaald dat teruggevorderde steun moet worden betaald aan de Deense staatskas, ook wanneer de steun is verleend door een decentrale autoriteit. Volgens Honoré is deze regeling op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel in potentie ook relevant in gevallen waarin met art. 108 lid 3 VWEU strijdige staatssteun wordt teruggevorderd, hoewel de mededingingswet in beginsel slechts ziet op steun in strijd met het Deense staatssteunrecht. Vgl. in minder vergaande vorm: art. 5 lid 3 consultatieversie Wts 2016.

112 Ølykke 2016, p. 290; Koenig en Lindner 2015; Temple Lang 2014; Lever 2013; Nicolaidis 2008, p. 588; Adriaanse 2006, p. 338.

113 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3 (MvT), p. 7.

114 Metselaar en Adriaanse 2011, p. 60. In de consultatieversie Wts 2016 wordt tegen op grond van die wet genomen besluiten rechtsbescherming in eerste en enige aanleg opengesteld bij het CBb. Art. 9 onderdeel C consultatieversie Wts 2016.

tegemoot te komen aan de noodzaak om het staatssteunrecht te handhaven. Met name zouden concurrenten in staat moeten worden gesteld om een op de staatssteunregels geënte procedure in te leiden bij de rechtbank in Stockholm, die ook bevoegd is in reguliere mededingingsgeschillen.<sup>115</sup> Dat voorstel bleek voor de Zweedse wetgever uiteindelijk echter te verstrekkend. In 2013 is in Zweden een veel bescheidener wet in werking getreden die in de literatuur als *'somewhat toothless'* is beschreven. Deze wet heeft geen aparte rechtsingangen voor door schendingen van het staatssteunrecht gedupeerde derden in het leven geroepen maar houdt vast aan het bestaande Zweedse burgerlijk procesrecht, waardoor bestaande procedurele hobbels voor concurrenten van vermeende steunontvangers blijven bestaan.<sup>116</sup>

Het Roemeense parlement heeft in 2015 een wet aangenomen op grond waarvan ondernemingen die door onrechtmatige staatsteun worden geraakt tegen de steunverlener kunnen optreden. Daarvoor kunnen zij een procedure inleiden voor het bestuursrechtelijke Hof van Beroep in Boedapest. De Roemeense staatssteunwet bepaalt dat deze rechter in gevallen van onrechtmatige staatssteun alle nodige maatregelen treft in overeenstemming met de nationale procedures. Genoemd worden de opschorting van betaling, terugvordering van de steun en de daarover genoten rente, en het toekennen van schadevergoeding aan de benadeelde concurrenten.<sup>117</sup>

Ondenikbaar is een 'eigen' regime voor de handhaving van het staatssteunrecht dus zeker niet. Inmiddels heeft die mogelijkheid ook in Nederland voet aan de grond gekregen. Zoals gezegd heeft de Minister van Economische Zaken in 2014 aangekondigd een wettelijke bevoegdheid te introduceren op grond waarvan publieke entiteiten onrechtmatige staatssteun effectief terug kunnen halen.<sup>118</sup> Deze aankondiging heeft geleid tot de publicatie, in juni 2016, van de consultatieversie van een nieuw wetsvoorstel terugvordering staatssteun (de consultatieversie Wts 2016). Dit nieuwe voorstel bevat enkele elementen van een eigen wettelijk regime, het onderwerp van de hiernavolgende paragrafen, maar houdt voor een deel ook vast aan de bestaande rechtsverhoudingen, conform de eerste aanvliegroute. Uiteraard wordt dit wetsvoorstel in de volgende bespreking waar relevant aangestipt.

115 Otken Eriksson 2012b, p. 761-2; Rapport 'Olagligt statsstöd' 2011.

116 Otken Eriksson 2013, p. 636-7, met verwijzing naar Lag (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler ('over de toepassing van de EU-staatssteunregels'). De wet expliciteert wel dat de verlener van onrechtmatige staatssteun in beginsel verplicht is om de steun terug te vorderen, en draagt in die zin op zijn minst wel bij aan de rechtszekerheid.

117 Artikel 41<sup>1</sup>, lid 1 en lid 6 Roemeense staatssteunwet (Legea 20/2015 pentru aprobarea OUG 77/2014 privind procedurile nationale in domeniul ajutorului de stat, precum si pentru modificarea si completarea Legii concurentei nr. 21/1996). Vgl. in Italië: Gobbato 2013, p. 241.

118 *Kamerstukken II* 2014/15, nr. 2014D41711, Aanhangsel (Antwoord op vragen van de leden Verhoeven en Schouw over de controle op Europese subsidies), p. 4.



### 8.3.2 Mogelijke invulling van een apart regime voor staatssteungeschillen

Een interessante vraag is natuurlijk hoe een 'eigen' staatssteunregime vorm zou kunnen krijgen. Een mogelijke invulling is het introduceren van een aparte in staatssteunzaken bevoegde rechter of het aanwijzen van bepaalde rechterlijke instanties om die rol te vervullen. Justitiabelen zouden dan bij deze rechter(s) een beroep op de staatssteunregels kunnen doen. De vraag is dan uiteraard welk procesrecht bij deze rechter(s) zou gelden. Om niet een geheel eigen procesrechtelijk kader te hoeven creëren – voor dergelijk verstrekkend optreden zou de gesignaleerde problematiek veel indringender moeten zijn – kan ervoor worden gekozen om staatssteungeschillen in beginsel onder te brengen bij het bestuursrecht.

Voor een dergelijke keuze valt wel wat te zeggen. Uit hoofdstuk 7 komt naar voren dat de vordering die is gericht op het aantasten van de rechtsverhouding tussen twee of meer *andere* partijen slecht aansluit bij het systeem van het privaatrecht.<sup>119</sup> Dat is anders dan in het bestuursrecht, waar het aan de orde van de dag is dat een justitiabele door het aanvechten van een besluit beoogt, invloed uit te oefenen op de verplichtingen die tussen een bestuursorgaan en een derde bestaan. Daar komt bij dat de staatssteunregels zelf publiekrechtelijke normen bevatten. Dit lijkt ook de gedachte te zijn van de Minister van Economische Zaken in de consultatieversie Wts 2016. De artikelen 2 en 3 van dat voorstel regelen, met een uitzondering voor fiscale steunmaatregelen, een exclusieve bestuursrechtelijke route voor de terugvordering van steun in gevallen waarin de Commissie die terugvordering heeft gelast.<sup>120</sup>

Dat het publiekrecht beter dan het privaatrecht zou passen bij de handhaving van de staatssteunregels, is een gedachte die ook in andere EU-lidstaten enige steun geniet. Zo blijkt het dat een aantal Hongaarse burgerlijke rechters zich in het verleden in staatssteungeschillen onbevoegd heeft verklaard omwille van de, in hun beoordeling, bestuursrechtelijke aard van het staatssteunrecht.<sup>121</sup> In Roemenië en Italië is het ook de bestuursrechter die exclusief bevoegd is voor de beoordeling van een eventuele schending van de standstillbepaling.<sup>122</sup>

119 Zie in hoofdstuk 7 met name § 7.2.5.2 (na de nietigheid zijn nog extra handelingen noodzakelijk). Pas sinds het arrest *P1 Holding* staat onomstotelijk vast dat ook een derde die bij een steunverlenende overeenkomst geen partij is, zich op de nietigheid daarvan mag beroepen. HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*).

120 Consultatieversie Wts 2016, artt. 2 en 3. Volgens de memorie van toelichting (p. 7) biedt het wetsvoorstel hiermee een 'zo compact, eenvoudig en effectief mogelijke regeling'.

121 Keller 2013, p. 239, met verwijzing naar Guidance no. 1/2012 (XII. 10.) of the Administrative and Labour Law and the Civil Law Department of the Supreme Court.

122 Artikel 41<sup>1</sup>(6) Roemeense staatssteunwet (Legea 20/2015 pentru aprobarea OUG 77/2014 privind procedurile nationale in domeniul ajutorului de stat, precum si pentru modificarea si completarea Legii concurentei nr. 21/1996); art. 49 Italiaanse staatssteunwet (Legge 24 dicembre 2012, n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea (GU n.3 del 4-1-2013)); Gobbato 2013, p. 241.

Een koppeling van (de private handhaving van) het staatssteunrecht aan het bestuursrecht kan een meer of minder verstrekkende invulling krijgen, zoals in de volgende paragrafen aan de orde komt. Hierna wordt ingegaan op de mogelijkheid dat (alleen) een grondslag in het bestuursrecht wordt gecreëerd waarmee aan een terugvorderingsbesluit van de Commissie uitvoering kan worden gegeven (§ 8.3.2.1), dat deze terugvorderingsgrondslag wordt uitgebreid tot situaties waarin de terugvordering in een rechterlijke uitspraak wordt gelast (§ 8.3.2.2) en zelfs tot situaties waarin zowel een Commissiebesluit als een rechterlijke uitspraak ontbreken (§ 8.3.2.3). Het is ten slotte ook mogelijk, hoewel niet erg waarschijnlijk, dat een bestuursrechtelijke route zou worden gecreëerd die verder strekt dan het enkel bieden van terugvorderingsgrondslagen maar bijvoorbeeld ook voorziet in de terugbetaling van heffingen, vergoeding van geleden schade en/of het voorkomen dat steun überhaupt wordt verstrekt (§ 8.3.2.4).

Bij alle hierna te bespreken varianten is relevant of de bestuursrechtelijke route voor de terugvordering van staatssteun exclusief zou zijn of zou hebben te functioneren als alternatief voor de huidige en in dit onderzoek centraal staande wijze waarop de handhaving van de staatssteunregels via de drie Nederlandse rechters plaatsvindt. Zou een apart regime voor staatssteungeschillen exclusief zijn, dan brengt dit met zich dat moet worden onderzocht of de regimes die daarmee worden vervangen volledig worden afgedekt. Functioneert een apart regime als alternatief, dan ligt het voor de hand dat zou moeten worden verhelderd hoe – en door wie – wordt bepaald welk rechtstelsel in een concrete situatie van toepassing is.

#### *8.3.2.1 Een bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid na een Commissiebesluit?*

In § 8.2.2.3 hierboven is al benoemd dat in verschillende Europese landen een terugvorderingsbevoegdheid is gecreëerd in gevallen waarin de Europese Commissie op grond van de Procedureverordening een terugvorderingsbesluit heeft genomen. Het is tegen die achtergrond niet ondenkbaar dat ook in Nederland een bestuursrechtelijke grondslag zou worden gecreëerd die het mogelijk maakt om aan een terugvorderingsbesluit van de Commissie gevolg te geven. Dit is de minst vergaande variant, die alleen ziet op de uitvoering van een terugvorderingsbesluit van de Commissie. Met deze variant zou worden toegespitst op de situatie die heeft geleid tot de tegen Nederland ingestelde inbreukprocedure – de onvolledige naleving van het Commissiebesluit tot terugvordering van de aan Fleuren Compost verstrekte steun.<sup>123</sup>

Dit lijkt de strekking te zijn van artikel 2 lid 1 van de consultatieversie Wts 2016: 'De terugvordering van staatssteun die ingevolge een Commissiebesluit moet worden teruggevorderd, geschiedt uitsluitend op grond en met inachtneming van het bepaalde in deze wet'. Dit moet gelden ongeacht de wijze waarop de steun

---

123 Zie hierboven § 8.2.1.

is verleend, behalve wanneer die steun 'voortvloeit uit de toepassing van een belastingwet als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onder a, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen of de Invorderingswet 1990' (artikel 2 lid 2 consultatieversie Wts 2016).

Justitiabelen kunnen er uiteraard belang bij hebben dat wordt afgedwongen dat aan een in een Commissiebesluit neergelegde terugvorderingsverplichting gevolg wordt gegeven. Als met een wettelijke regeling zou worden voorzien in een bestuursrechtelijke bevoegdheid voor de handhaving van het staatssteunrecht, dan ligt het voor de hand dat belanghebbenden een bestuursorgaan<sup>124</sup> zouden kunnen verzoeken om van deze bevoegdheid gebruik te maken. Wordt dit verzoek afgewezen, dan kan die afwijzing via de normale bestuursrechtelijke weg (bezwaar en beroep ex artt. 8:1 en 7:1 Awb)<sup>125</sup> worden aangevochten, tenzij van het systeem van de Awb zou worden afgeweken.

#### *8.3.2.2 Een bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid ook na een rechterlijke uitspraak?*

Het zojuist geschetste systeem is vrij logisch wanneer de Commissie een terugvorderingsbesluit heeft genomen en een justitiabele de naleving daarvan wil afdwingen, in dit geval via een bestuursorgaan en zo nodig de bestuursrechter. Moeilijker ligt het wanneer een bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid ook zou moeten ontstaan naar aanleiding van een (onherroepelijke) uitspraak van de nationale rechter. Ook die situatie is niet ondenkbaar; in het wetsvoorstel Wts 2008 werd immers ook voorzien in terugvorderingsgrondslagen in gevallen waarin sprake was van een onherroepelijke uitspraak. In deze situatie komt de justitiabele echter in de knel. Hoe moet de rechterlijke uitspraak dan immers ontstaan? Niet naar aanleiding van een afwijzing van een terugvorderingsverzoek zoals hierboven beschreven, want die afwijzing is zonder meer terecht als de benodigde rechterlijke uitspraak (of Commissiebesluit) ontbreekt. De voor het gebruiken van een bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid benodigde (onherroepelijke) uitspraak zou dan op een andere manier tot stand moeten komen. Ofwel op de naar huidig recht gebruikelijke manier, maar dan zou een daarop volgende terugvorderingsgrondslag maar weinig toegevoegde waarde hebben ten opzichte van de in dit onderzoek geanalyseerde handhaving van de staatssteunregels. Wellicht valt nog te denken aan de situatie waarin de rechter kan verklaren dat sprake is van onrechtmatige staatssteun die moet worden teruggevorderd. Naar huidig recht loopt een justitiabele dan echter voor de bestuurs- en belastingrechter stuk

---

124 Mogelijk problematisch in dit kader is dat zoals bekend zeker niet alle steun door bestuursorganen wordt verstrekt. Deze problematiek komt hierna aan de orde in § 8.3.4.2.

125 De afwijzing van een aanvraag van een beschikking wordt op grond van art. 1:3 lid 2 Awb met een beschikking gelijkgesteld.

op het gelimiteerde stelsel van artikel 8:72 Awb, en voor de burgerlijke rechter op het vereiste van een voldoende belang ex artikel 3:303 BW.<sup>126</sup>

Voor het creëren van een terugvorderingsgrondslag op basis van een (al dan niet onherroepelijke) rechterlijke uitspraak zouden dus verdere aanpassingen in het recht noodzakelijk zijn, bijvoorbeeld door de Nederlandse rechters de mogelijkheid te bieden om uit te spreken dat sprake is van een schending van de staatssteunregels. Wordt er voor dit soort situaties niets geregeld, dan zou een bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid die een Commissiebesluit of rechterlijke uitspraak vereist dus ten opzichte van de huidige situatie maar weinig toevoegen aan de private handhaving van het staatssteunrecht. Een justitiabele zou dan ofwel een besluit van de Commissie moeten uitlokken, ofwel op grond van het nu geldende Nederlandse recht een rechterlijke procedure moeten inleiden waarin hij een beroep doet op de rechtstreekse werking van de opschortingsplicht. Voor een dergelijke regeling heeft de Minister van Economische Zaken, zo blijkt uit de hierboven genoemde afbakening in artikel 2 lid 1 van de consultatieversie Wts 2016, dan ook duidelijk niet gekozen.

### 8.3.2.3 Een ongeclausuleerde bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid?

Binnen de voorgaande gedachtegang is het interessant om kort stil te staan bij de mogelijkheid dat een aparte bestuursrechtelijke terugvorderingsbevoegdheid in het leven zou worden geroepen die ook bij een 'enkele' schending van de opschortingsplicht geldt. Aan een dergelijke oplossing kleven de nodige risico's, zowel voor de (vermeend) steunverlenende overheid als voor de betrokken justitiabelen. Hoewel het namelijk aannemelijk is dat bestuursorganen verplicht kunnen zijn om verleende staatssteun terug te vorderen,<sup>127</sup> ligt enerzijds het risico van over-handhaving door te doortastende bestuursorganen op de loer.<sup>128</sup> Anderzijds kan een ongeclausuleerde terugvorderingsbevoegdheid leiden tot een voor bestuursorganen duur systeem.

Binnen de zojuist geschetste constructie zouden belanghebbenden bestuursorganen namelijk kunnen verzoeken om van hun bevoegdheid om bij een vermeende schending van de staatssteunregels handhavend op te treden gebruik te maken, zonder dat nog vaststaat of van een schending van de staatssteunregels daadwerkelijk sprake is. Een eventuele afwijzing van dat verzoek moet logischerwijs zorgvuldig worden voorbereid en deugdelijk worden gemotiveerd (art. 3:2 en art. 3:46 Awb). Dit betekent in wezen dat justitiabelen de discussie over het al dan niet bestaan van onrechtmatige

---

126 Zoals in staatssteunrechtelijke context nog in 2013 door de Hoge Raad bevestigd: HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 (*P1 Holding*), r.o. 4.6.2.

127 Zie in hoofdstuk 4 § 4.3.3.

128 Vgl. in een iets andere context: Van den Brink en Den Ouden 2014, p. 81: 'Wij zien in de rechtspraak namelijk met enige regelmaat gevallen waarin vermeende Unierechtelijke verplichtingen worden opgerekt, discutabel zijn of helemaal niet blijken te bestaan.'

staatssteun, die nu (al dan niet na het doorlopen van een voorprocedure) bij de rechter wordt gevoerd, vrij eenvoudig kunnen verleggen naar de voorbereiding van het besluit naar aanleiding van een handhavingsverzoek. Het is goed denkbaar dat bestuursorganen bij een regeling als hier geschetst regelmatig met terugvorderingsverzoeken te maken zouden krijgen. Op dit moment bestaan immers al indicaties dat sommige beroepen op het staatssteunrecht voor de Nederlandse rechter halfslachtig gemotiveerd ‘voor het geval dat’ worden gedaan,<sup>129</sup> terwijl het uitlokken van een besluit (waarin een bestuursorgaan zich al over de vermeende schending van het staatssteunrecht moet uitlaten) voor justitiabelen een goedkopere optie is dan de gang naar de rechter.<sup>130</sup>

Dat dit alles geen hypothetische situatie betreft, blijkt uit artikel 7 lid 1 van de consultatieversie Wts 2016:

‘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’.

Deze bepaling is blijkens de memorie van toelichting (p. 18) kennelijk bedoeld om de met de zaak *Zorg en Zekerheid* gesignaleerde lacune op te vangen. Niet duidelijk is echter of het ook de bedoeling is geweest om hiermee een potentiële toestroom aan handhavingsverzoeken te faciliteren.

#### 8.3.2.4 Meer dan alleen terugvordering?

Het is natuurlijk mogelijk dat een apart regime voor staatssteungeschillen meer zou regelen dan alleen de terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Te denken valt ook aan bepalingen over het voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt uitgekeerd, de terugbetaling van heffingen of de vergoeding van geleden schade. Ook over bijvoorbeeld de kwalificatie van staatssteun zouden regels kunnen worden opgesteld. In het licht van zowel het wetsvoorstel Wts 2008 als de consultatieversie Wts 2016 valt een dergelijk verstrekkende regeling in de nabije toekomst niet te verwachten. Zij blijft dan ook buiten bespreking.

---

129 Zie hierover nader in hoofdstuk 5 § 5.6.

130 De bewijslast voor de gestelde schending van de standstillbepaling mag in dit soort gevallen dan wel op de aanvrager liggen (zie in hoofdstuk 5 § 5.3.7), dat ontslaat het betrokken bestuursorgaan echter nog niet van de op hem rustende zorgvuldigheidsplicht. Voor bestuursorganen kan dit een dure bedoening worden, zeker als de in hoofdstuk 5, § 5.5.4.2, uiteengezette ‘Ridderstee-vergewisplicht’ onverkort zou gelden.

### 8.3.4 Aandachtspunten bij een apart regime voor staatssteungeschillen

#### 8.3.4.1 *De potentie voor versnippering van het bredere geschil*

Het creëren van een apart regime voor staatssteungeschillen heeft voordelen, maar dwingt ook om bewust te zijn van enkele aandachtspunten. Deze gelden overigens vooral wanneer het aparte systeem niet alleen zou gelden voor terugvorderingshandelingen naar aanleiding van een terugvorderingsbesluit van de Commissie.

Het belangrijkste algemene aandachtspunt is dat het hierboven in § 8.2.4 gesignaleerde risico op de verbrokkeling van geschillen blijft bestaan, zij het dan op een andere manier. Ter herinnering: de huidige noodzaak om bepaalde staatssteungeschillen op te knippen omdat de vermeende staatssteun uit verschillende met elkaar verbonden maatregelen bestaat die aan verschillende rechters moeten worden voorgelegd, brengt belangrijke nadelen met zich. Met een apart regime voor staatssteungeschillen (aangenomen dat dit ziet op de mogelijkheid voor justitiabelen om in een aparte procedure een beroep op de staatssteunregels te doen) kan versnippering op dit punt worden voorkomen. Daar staat tegenover dat een dergelijke aparte procedure op andere belangrijke punten juist wel tot versnippering kan leiden.

Dit is in potentie het geval wanneer een justitiabele die meent dat in de rechtsverhouding tussen de overheid en een onderneming verschillende normen zijn geschonden, waaronder ook de opschortingsplicht. Deze justitiabele zal in het geval van een apart staatssteunregime onder omstandigheden namelijk gedwongen zijn om meerdere procedures te starten – over de vermeende schending van de opschortingsplicht en over de overige binnen de rechtsverhouding gestelde schendingen. Om een voorbeeld te noemen: het komt in de bestudeerde jurisprudentie met enige regelmaat voor dat een justitiabele meent dat een door zijn concurrent met de overheid gesloten overeenkomst zowel de staatssteunregels als de aanbestedingsregels schendt. In een dergelijke situatie zou de justitiabele genoodzaakt zou zijn om twee procedures te starten: één bij de burgerlijke (kortgeding)rechter, over de vermeende schending van de aanbestedingsregels, en één over de vermeende schending van het staatssteunrecht via het hier geconcipeerde bestuursrechtelijke regime. De andere kant van de medaille van het creëren van een enkele rechtsingang voor staatssteungeschillen, is dus de (mogelijke) verbrokkeling van geschillen waarin met een enkele (rechts)handeling meerdere normen zouden worden geschonden.

In hoeverre dit probleem zich daadwerkelijk voordoet, zal er mede van afhangen of een mogelijk apart staatssteunregime exclusief is, of dat het zou gelden als alternatief voor de gewone rechtsgang zoals deze in dit onderzoek is onderzocht. In het tweede geval zou uiteraard ook duidelijkheid moeten ontstaan over de wijze waarop (en door wie) wordt bepaald of de gewone rechtsgang of de aparte op staatssteungeschillen toegespitste rechtsgang wordt gevolgd.

Afsplitsing van een staatssteungeschil van het bredere geschil brengt ook om andere redenen de nodige risico's met zich. In dit onderzoek is namelijk ook geconstateerd dat een vermoeden dat sprake is van staatssteun op zijn minst in theorie kan ontstaan door de vaststelling dat een andere norm is geschonden. Te denken valt dan aan de in hoofdstuk 5 geopperde mogelijkheid dat een schending van de aanbestedingsregels leidt tot een vermoeden van niet-marktconformiteit.<sup>131</sup> Wie meent dat met een overeenkomst niet alleen de staatssteun-, maar ook de aanbestedingsregels geschonden zijn, kan bij een apart regime voor staatssteungeschillen afhankelijk van de timing van de procedures mogelijk geen beroep doen op het eventuele bestaan van een dergelijk vermoeden. Zeker nu het niet evident is dat een vaststelling dat de aanbestedingsregels zijn geschonden van invloed moet zijn op de beoordeling van de staatssteunconformiteit van een maatregel, hoeft dit overigens geen fundamenteel probleem te zijn.

Het verdient ook opmerking dat de omstandigheid dat een apart staatssteunregime zou gelden, nog niet wil betekenen dat het staatssteunrecht niet in 'gewone' procedures voor de Nederlandse rechter relevant kunnen zijn. Gebleken is immers dat met het staatssteunrecht een andere nationale of Europese norm kan worden ingekleurd. Te denken valt bijvoorbeeld aan de in hoofdstuk 7 beschreven situaties waarin een schending van artikel 108 lid 3 VWEU relevant kan zijn voor de beoordeling of een RO-besluit moet worden vernietigd omdat gebreken bestaan in zijn economische uitvoerbaarheid.<sup>132</sup> Zo lang de Afdeling zijn huidige jurisprudentielijn voortzet, ligt het niet voor de hand dat een nieuwe aparte staatssteunwet daarin verandering zou aanbrengen. Problematisch hoeft dat overigens niet te zijn. Zoals gezegd, is de wijze waarop over vermeende staatssteun in RO-besluiten wordt geoordeeld uiteindelijk een kwestie van Nederlands recht, zo lang voldoende mogelijkheid bestaat om de gestelde schending van de standstillbepaling op een andere manier aan de Nederlandse rechter voor te leggen.

#### 8.3.4.2 Enkele aandachtspunten voor de verhouding tot het overige Nederlandse procesrecht

Naast deze meer algemene aandachtspunten verdienen twee opmerkingen over de verhouding tot het overige Nederlands procesrecht specifiek de aandacht. Ten eerste: ook wanneer een bestuursrechtelijke bevoegdheid bestaat om bij schendingen van de staatssteunregels op te treden, moet worden aangenomen dat een handhavingsverzoek van een derde-belanghebbende zal stranden op de onaantastbaarheid van het steunbesluit wanneer hij heeft verzuimd daartegen tijdig op te komen.<sup>133</sup> Ten tweede: wanneer een bestuursrechtelijk regime voor de terugvordering van staatssteun zou worden gecreëerd, ligt

---

131 Zie nader in hoofdstuk 5 § 5.5.1.3.

132 Zie daarover nader in hoofdstuk 7 § 7.3.6.

133 Vgl. ABRvS 17 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5195 (*Stichting NOB*).

het voor de hand dat moet worden nagedacht over de verhouding van dat regime tot het privaatrecht. Aansluiting bij het bestuursrecht betekent logischerwijs dat op enige manier sprake moet zijn van appellabele besluiten van bestuursorganen. Dat is een belangrijk punt omdat staatssteun zoals bekend besloten kan liggen in uiteenlopende (rechts)handelingen van bestuursorganen, maar ook van publiek- en privaatrechtelijke rechtspersonen. Wil het mogelijk zijn dat de handhaving van het staatssteunrecht via het bestuursrecht plaatsvindt, is het dus nodig om wettelijk te regelen dat bestuursorganen onder omstandigheden bevoegd zijn om staatssteun terug te vorderen die zij zelf niet hebben verstrekt.

In de consultatieversie Wts 2016 komt de terugvorderingsbevoegdheid toe aan 'het bestuursorgaan dat het aangaat' (artikel 3 lid 1). Volgens de definitie in artikel 1 is dat in beginsel, maar niet per definitie, het bestuursorgaan dat de staatssteun heeft verstrekt.

Daarbij zou ook duidelijkheid moeten worden gecreëerd over de gevolgen die een dergelijke terugvordering heeft voor de rechtsverhouding waarbinnen de terug te vorderen steun is verleend. Zou een koopovereenkomst waarin een niet-marktconforme prijs is vastgelegd dus bijvoorbeeld in stand kunnen blijven, terwijl 'enkel' bij besluit de onrechtmatige steun en rente worden teruggevorderd? Of impliceert terugvordering van bij overeenkomst verstrekte steun, ook al gebeurt dat bij besluit, bepaalde (door de partijen bij die overeenkomst in te roepen) gevolgen voor de inhoud of geldigheid van de overeenkomst zelf? Op dergelijke vragen zou een eventuele wettelijke regeling antwoord moeten geven.<sup>134</sup>

Interessant in dat kader is artikel 6 van de consultatieversie Wts 2016, dat als volgt luidt:

'Het bestuursorgaan dat het besluit tot verstrekking van staatssteun heeft genomen dan wel het bestuursorgaan dat belast is met de uitvoering van de wet- of regelgeving die rechtstreeks tot de verstrekking van de desbetreffende staatssteun heeft geleid, kan in verband met de terugvordering van die staatssteun op grond van deze wet, ter nadere regeling van de rechtsverhouding met een begunstigde besluiten tot het ambtshalve wijzigen of intrekken van een aan een begunstigde gegeven beschikking dan wel tot het ambtshalve geven van een beschikking aan een begunstigde.'

---

134 Daarbij loont het de moeite om op te merken dat de problematiek van bestuursrechtelijke 'bemoënenis' in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen niet uniek is voor het staatssteunrecht. Te wijzen valt bijvoorbeeld op de kritiek die is geuit in het kader van de (publiekrechtelijke) bevoegdheid van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) om handhavend op te treden ten aanzien van prijsafspraken in strijd met het telecommunicatierecht. Zie Hage 2014, met verwijzingen. Met name zijn zorgen geuit ten aanzien van de blijvende onzekerheid over de wijze waarop een handhavingsbesluit van de ACM in de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen de partijen doorwerkt.



Volgens de memorie van toelichting (p. 17) is het de bedoeling dat de gevolgen van de terugvordering voor de bestaande rechtsverhouding zo veel mogelijk aan de betrokken rechtssubjecten worden overgelaten. Met de voorgestelde bepaling moet aan bestuursorganen de daarbij behorende bevoegdheid worden gegeven.

#### 8.4 DE DERDE AANVLEIEGRROUTE: EEN STAATSSTEUNAUTORITEIT

Het is ten slotte op zijn minst in theorie denkbaar dat ervoor wordt gekozen om de Nederlandse rechter niet meer hoofdverantwoordelijke te maken voor het op nationaal niveau waarborgen dat de staatssteunregels worden nageleefd. Deze taak zou ook kunnen worden opgedragen aan een bestuurlijke 'staatssteunautoriteit' die net als de Europese Commissie maar dan op Nederlands niveau optreedt als staatssteunrechtelijke toezichthouder. Het is mogelijk om te kiezen voor een aparte staatssteunautoriteit, maar ook om de bevoegdheid om in staatssteunzaken handhavend op te treden onder te brengen bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM), die nu al bevoegdheden heeft op het gebied van het mededingingsrecht en de naleving van de Wet markt en overheid. Een dergelijke staatssteunautoriteit zou ambtshalve en/of op basis van klachten van belanghebbenden de staatssteunconformiteit van maatregelen kunnen onderzoeken. Dergelijke onderzoeken zouden kunnen worden afgesloten met een besluit, dat vervolgens door de (bestuurs)rechter kan worden getoetst.

Voor de mogelijkheid om een staatssteunautoriteit op te richten bestaan in andere EU-lidstaten beperkte aanknopingspunten. In Denemarken zijn aan de nationale mededingingsautoriteit bijvoorbeeld bevoegdheden toegewezen voor de handhaving van het Deense staatssteunrecht, hoewel zij niet zien op de regels die voortvloeien uit artikel 108 lid 3 vWEU.<sup>135</sup> Iets vergelijkbaars geldt voor Portugal, waar in 2012 voor de bestaande mededingingsautoriteit nieuwe bevoegdheden zijn gecreëerd. In een reactie daarop is echter betreurd dat, waar het gaat om Europees staatssteunrecht, die bevoegdheden zijn beperkt tot het geven van aanbevelingen en tekortschieten waar het gaat om de handhaving van de standstillbepaling.<sup>136</sup>

Met de introductie van een 'staatssteunautoriteit' kan in potentie een aantal in dit onderzoek gesignaleerde knelpunten bij de handhaving van het staatssteunrecht via de Nederlandse rechter worden weggenomen. Zo zouden waar nodig verschillende maatregelen die gezamenlijk zouden leiden tot onrechtmatige staatssteun in hun onderlinge samenhang kunnen worden gezien. Dat zou desgewenst zelfs ambtshalve kunnen, waardoor niet alleen de rechts-

---

135 Honoré 2013, p. 447-448.

136 Romão 2012, p. 545.

bescherming van mogelijke gedupeerden voorop staat maar ook de 'zuivere' handhaving van het staatssteunrecht wordt gesterkt.<sup>137</sup> In dit onderzoek is er immers op gewezen dat de bij onrechtmatige staatssteun betrokken partijen, waaronder zelfs de daardoor gedupeerde concurrent, er niet altijd belang bij hebben om een vermeende schending van de staatssteunregels via de officiële kanalen aan de kaak te stellen.<sup>138</sup> Een door deze onwil mogelijk ontstaan 'handhavingsgat' kan door het oprichten van een staatssteunautoriteit worden opgevangen. Aantrekkelijk is ook dat een staatssteunautoriteit kan worden toegerust met de voor de kwalificatie van steun zo nodige expertise en onderzoeksbevoegdheden. Het gebrek aan expertise en (daadwerkelijke) onderzoeksmogelijkheden is in hoofdstuk 5 aangewezen als een van de redenen waarom beroepen op de standstillbepaling in de Nederlandse jurisprudentie zo zelden slagen.<sup>139</sup> Voor de rol van de rechter biedt een aparte staatssteunautoriteit, zoals in het kader van de LEGSA-conferentie 'nut en noodzaak van het wetsvoorstel terugvordering staatssteun' is opgemerkt, het voordeel dat de rechter dan besluiten van een gespecialiseerde instantie kan toetsen, hetgeen in ieder geval in het bestuursrecht beter past bij zijn voorgeschreven terughoudende opstelling en vaak beperkte eigen expertise.<sup>140</sup>

De mogelijke voordelen van een staatssteunautoriteit moeten niet worden overdreven. Voorop staat dat voor de introductie van een nieuwe toezichthouder (of nieuwe taken voor een bestaande toezichthouder) de nodige financiële en personele middelen moeten worden vrijgemaakt. Hoeveel onderzoeken naar mogelijk onrechtmatige staatssteun kunnen plaatsvinden en hoe uitgebreid dat onderzoek kan zijn, zal eveneens voor een deel afhangen van de middelen die daarvoor ter beschikking worden gesteld.<sup>141</sup> De vraag of de hiermee gemoeide kosten worden gerechtvaardigd door de ernst van het op te lossen probleem, valt op basis van dit onderzoek niet zonder meer bevestigend te beantwoorden. In ieder geval kan worden geconstateerd dat in dit onderzoek op geen enkel punt is geconcludeerd dat bij de handhaving van de staatssteunregels dusdanig grote problemen bestaan dat deze alleen door het oprichten van een staatssteunautoriteit zouden kunnen worden opgelost. Hoe de balans uitvalt, moet uiteindelijk door de politiek worden beantwoord. Dat de keuze in het voordeel van een (dure) staatssteunautoriteit uitvalt, is niet waarschijn-

---

137 Vgl. de discussie in hoofdstuk 2, § 2.6.3.

138 Zie met in hoofdstuk 3, § 3.1.1 en § 3.5.6.

139 Hoofdstuk 5, § 5.6.

140 Metselaar en Adriaanse 2011, p. 59.

141 Bij wijze van parallel kan worden gewezen op de handhaving van de Wet markt en overheid, die bij de ACM (destijds: NMa) is ondergebracht. In de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel is destijds het volgende opgemerkt: 'Opdat de NMa voldoende prioriteit kan geven aan de handhaving van de gedragsregels van dit wetsvoorstel zal aan de NMa extra budget worden toegekend om het toezicht ook in personele zin mogelijk te maken. De NMa heeft de NMa de capaciteitsinzet voorlopig geschat in de orde van grootte van 10 fte. De hiermee gemoeide kosten worden voorshands begroot op circa €1 miljoen per jaar.' *Kamerstukken II 2009/10*, 31 354, C, p. 5.

lijk. In de reacties uit de Tweede Kamer naar aanleiding van het wetsvoorstel Wts 2008 vallen weinig aanknopingspunten te vinden voor het bestaan van een politieke wens om met de handhaving van het staatssteunrecht voortvarender om te gaan dan nu het geval is.<sup>142</sup> Zou wel een staatssteunautoriteit worden opgericht, dan zal ook aandacht moeten worden besteed aan de hierboven gesignaleerde problematiek in het geval een bestuursorgaan (in dit geval: een toezichthouder) ingrijpt in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.<sup>143</sup> Belangrijker nog: het introduceren van een staatssteunautoriteit zal de nationale rechter in ieder geval niet ontheffen van zijn taken op grond van de rechtstreekse werking van de opschortingsplicht. Wel ligt het voor de hand dat zijn taken in de praktijk zouden worden verlicht omdat justitiabelen ervoor kunnen kiezen om zich tot de staatssteunautoriteit te wenden.

Hoewel interessant vanuit theoretisch oogpunt, ligt het op dit punt niet voor de hand om de mogelijkheid van een staatssteunautoriteit als oplossing voor de in dit onderzoek gesignaleerde knelpunten nader te bespreken. Gezien de in juni 2016 gepubliceerde consultatieversie Wts 2016 is nagenoeg uitgesloten dat in Nederland op korte termijn een staatssteunautoriteit zal worden opgericht. Om die reden wordt met de hierboven gemaakte opmerkingen volstaan.

## 8.5 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

Dit hoofdstuk borduurt voort op de premisse dat de nationale juridische context waarbinnen de Nederlandse rechter opereert, beïnvloedt hoe hij zijn rol bij de handhaving van de Europese staatssteunregels vervult of kan vervullen. In de vorige paragrafen is daarom onderzocht op welke manier de Nederlandse wetgever op de handhaving van de staatssteunregels toegespitst gereedschap zou kunnen creëren, hoe dat gereedschap eruit zou kunnen zien en waar de wetgever bij de ontwikkeling van dat gereedschap vooral op moet letten. Daarbij is inspiratie geput uit de literatuur, uit op de handhaving van het staatssteunrecht gerichte wetsvoorstellen van de Nederlandse wetgever en (in mindere mate) uit wetgeving(sprojecten) in andere lidstaten. Op basis daarvan zijn drie aanvliegroutes aangereikt voor de wijze waarop de handhaving van het staatssteunrecht op nationaal niveau zou kunnen plaatsvinden.

---

142 Vanuit verschillende kanten zijn met name zorgen geuit over de voor ondernemingen verstrekende gevolgen van de terugvordering van staatssteun. Dat voor té doortastend wetgevend optreden weinig animo bestond, wordt mooi geïllustreerd door een uitspraak vanuit de leden van de VVD-fractie: 'Uiteraard erkennen de leden van de VVD-fractie het belang en de waarde van het principe van gemeenschapstrouw, maar vragen zich gelijk af of dit niet weer een voorbeeld is van Nederland in de rol van beste jongetje in de klas.' *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 5, p. 4.

143 Zie daarover hierboven § 8.3.4.2.

Het gaat dan ten eerste om de mogelijkheid dat voor de beslechting van staatssteungeschillen net als naar huidig recht wordt aangesloten bij de bestaande rechtsverhouding, maar het toepasselijke procesrecht waar nodig wordt aangepast om gesignaleerde knelpunten weg te nemen. In deze aanvliegroute heeft de Nederlandse rechter oorspronkelijk zijn heil gezocht bij het opstellen van het wetsvoorstel Wts 2008. Dit wetsvoorstel biedt vanwege een vrij ambitieuze opzet veel inspiratie voor mogelijk optreden van de wetgever en is in dit hoofdstuk daarom uitgebreid besproken. Verder dan de bespreking in de Tweede Kamer heeft het voorstel het echter niet geschopt. Ten tweede is ingegaan op de mogelijkheid dat een apart regime voor staatssteungeschillen wordt gecreëerd. Dat heeft als voordeel dat niet drie procesrechten hoeven te worden aangepast. Wel wijkt zo'n nieuw regime af van de huidige gang van zaken en leidt dus nog tot de nodige vragen. De Minister van Economische Zaken heeft een consultatieversie gepubliceerd van een nieuw wetsvoorstel Wts 2016. Daarmee wordt bij de tweede aanvliegroute aangesloten, zij het dat dit alleen geldt voor zover terugvordering plaatsvindt naar aanleiding van een terugvorderingsbesluit van de Commissie, en dat in het geval van fiscale steun wel 'gewoon' bij het belastingrecht wordt aangesloten. Ook moet volgens het voorstel (toch ook) de Awb worden aangepast om voor gevallen van onrechtmatige staatssteun een expliciete wetgevingsgrond te creëren. Ten slotte is het theoretisch denkbaar, hoewel een dergelijke ontwikkeling in Nederland op korte termijn niet hoeft te worden verwacht, dat de taak van de nationale rechter zou worden verlicht door het instellen van een toezichthoudende staatssteunautoriteit op nationaal niveau.

Binnen deze aanvliegroutes kunnen natuurlijk uiteenlopende materiële keuzes worden gemaakt. Deze kunnen bijvoorbeeld zien op de invulling van en voorwaarden voor terugvorderingsmogelijkheden, regels over termijnen of manieren om onrechtmatige steunverlening op voorhand te voorkomen. Belangrijk is ook dat keuzes kunnen (of moeten) worden gemaakt over de mate waarin alleen aan bestuursorganen of ook aan de Nederlandse rechter (extra) instrumenten voor de handhaving van de staatssteunregels worden gegeven.

In dit hoofdstuk is geconstateerd dat het inmiddels verstoefte wetsvoorstel Wts 2008 een belangrijke verbetering ten opzichte van de huidige situatie zou hebben betekend. Het blijft noodzakelijk om de voor de terugvordering van onrechtmatige staatssteun en rente de benodigde grondslagen te creëren. Het Wts 2008 zou echter zeker niet afdoende zijn geweest om de Nederlandse rechter het door hem bij de handhaving van de staatssteunregels idealiter benodigde gereedschap te bieden. Het valt niet te verwachten dat het door de Minister van Economische Zaken aangekondigde wetsvoorstel dat wel zal doen.<sup>144</sup> De mogelijkheid om een bestuursrechtelijke route voor de terugvor-

---

144 Bij de afronding van dit manuscript is het niet meer mogelijk gebleken om de mogelijke voor- en nadelen van dit voorstel in detail te bespreken. Dit zal ongetwijfeld wel een onderwerp zijn van toekomstige publicaties.

dering van onrechtmatige staatssteun te introduceren, zo laat de (op dit moment nog vrij algemene) bespreking in dit hoofdstuk zien, is althans verre van onproblematisch.

Bij de vraag hoe de Nederlandse wetgever op de handhaving van de staatssteunregels toegespitst gereedschap zou kunnen creëren, vallen op basis van dit hoofdstuk nog twee belangrijke overkoepelende opmerkingen te maken. De bespreking van het wetsvoorstel Wts 2008 heeft ten eerste laten zien hoe moeilijk het zelfs voor de wetgever kan zijn om het Unierecht goed in het Nederlandse systeem in te passen. Zelfs met een vrij uitgebreid wetgevingsproject, waarin drie van de grote Nederlandse wetten zouden worden aangepast, bleek het immers nog noodzakelijk om een aantal kunstgrepen toe te passen waarmee recht moet worden gedaan aan de eisen van het Unierecht, maar waarmee op nationaal niveau tegelijkertijd verwarring kan ontstaan. Deze spanning blijkt nog wel het sterkst uit de keuze om – omwille van de interne coherentie van met name het burgerlijk recht – een facultatief geformuleerde terugvorderingsgrondslag te introduceren, terwijl het Unierecht dat nauwelijks toelaat en een dergelijke formulering in het bestuursrecht vooral verwarring wekt. Het blijft zodoende schipperen tussen het effectueren van het Unierecht, het aansluiten bij de bestaande rechtsstelsels en het zoeken naar rechtseenheid.

Sterk gerelateerd aan dit punt, ten tweede, is de constatering dat er geen probleemloze manier bestaat om de nationale juridische context waarin de Nederlandse rechter bij de handhaving van de staatssteunregels opereert aan te passen. Voor een zeer belangrijk deel hangt dit samen met de in Nederland geldende rechtsmachtverdeling. Geconstateerd is dat een samenstel van steunverlenende (rechts)handelingen naar huidig recht noodzakelijkerwijs in verschillende procedures aan de orde moet worden gesteld, met alle gevolgen van dien. Zo lang voor de beslechting van staatssteungeschillen bij de bestaande rechtsverhouding wordt aangesloten, zoals dit in Wts 2008 het geval was, blijft dit probleem bestaan. Zou daarentegen een apart regime voor staatssteungeschillen worden gecreëerd, dan leidt de oplossing van het ene probleem echter tot het ontstaan van een ander probleem. Meent een justitiabele namelijk dat binnen één rechtsverhouding verschillende normen zijn geschonden, dan betekent een apart regime voor staatssteungeschillen – zeker als dat exclusief zou gelden – dat hij over dezelfde rechtsverhouding verschillende procedures moet voeren wanneer een van die normen de opschortingsplicht is. Los van de nadelen hiervan uit proceseconomisch oogpunt zou dit onwenselijk zijn omdat, zoals ook uit dit onderzoek is gebleken, niet valt uit te sluiten dat tussen de diverse normen een relevant verband bestaat. Dezelfde problematiek geldt tot op zekere hoogte voor het geval een aparte staatssteunautoriteit zou worden opgericht, met dien verstande dat dit ook een potentieel dure oplossing zou zijn die overigens niet afdoet aan de zelfstandige taak van de rechter om aan een schending van de staatssteunregels de nodige gevolgen te verbinden.

Het ligt voor de hand dat op enige termijn een op de consultatieversie Wts 2016 gestoelde Wet terugvordering staatssteun in werking zal treden. Daarover kan ongetwijfeld veel worden gezegd. Wat daar ook van zij, aan de belangrijkste conclusies van dit onderzoek, dat zich immers over een grote hoeveelheid onderwerpen en terreinen uitstrekt, zal dit vermoedelijk maar weinig veranderen. Nu het voorstel zich nog in de consultatieversie bevindt, in ieder geval het volgende: het mag op zijn minst worden gehoopt, hoewel het huidige wetsvoorstel voor zulke hoop weinig grond biedt, dat de wetgever de Nederlandse rechter een handreiking biedt op het gebied van de terugvordering van steun en rente. Dit is immers het onderwerp waar de rechter het hem beschikbare gereedschap het meest ongemakkelijk heeft moeten oprekken om zijn rol bij de handhaving van de Europese staatssteunregels naar behoren te kunnen vervullen.