

AB 2013/115: Procesbelang. Beroep niet-ontvankelijk wanneer een partij die zich beroept op Europees staatssteunrecht de rechter slechts verzoekt ee...

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Instantie:	College van Beroep voor het bedrijfsleven	Datum:	13 september 2012
Magistraten:	Mrs. B. Verwayen, E. Dijt, E.M.H. Loozen	Zaaknr:	AWB 10/198
Conclusie:	-	LJN:	BX6991
Noot:	A.J. Metselaar ^[1] en W. den Ouden	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:CBB:2012:BX6991, Uitspraak, College van Beroep voor het bedrijfsleven, 13-09-2012		

Wetgeving: Art. 106, 107, 10 VWEU; Beleidsregel steunverlening AWBZ (CA-398); Richtsnoeren reddings- en herstructureringssteun

Brondocument: CBB, 13-09-2012, nr AWB 10/198

Essentie

Het procesbelang ontbreekt wanneer een partij die zich beroept op Europees staatssteunrecht de rechter slechts verzoekt een oordeel te geven of een besluit wel of niet staatssteun betreft. Dat zou in strijd komen met de taak van de uit de taak van de nationale rechter voortvloeiende verplichting om zodanige maatregelen te nemen dat de toestand vóór de steunverlening wordt hersteld.

Samenvatting

De taak van de nationale rechter bij de toepassing van de toezichtregeling voor staatssteun bestaat er uit om toe te zien op de vrijwaring van de rechten van de justitiabelen in geval van schending van de verplichting tot voorafgaande aanmelding van steunmaatregelen bij de Commissie (...) Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is het logische gevolg van de vaststelling dat een steunmaatregel onwettig is, de ongedaanmaking door middel van de terugvordering daarvan, teneinde de vroegere toestand te herstellen. Het hoofddoel van de terugvordering van onrechtmatig betaalde staatssteun is de verstoring van de mededinging op te heffen die voortkomt uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft. Door de terugbetaling van de steun verliest de begunstigde immers het voordeel dat hij op de markt ten opzichte van zijn concurrenten genoot en wordt de toestand van vóór de steunverlening hersteld. Slechts wanneer zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen kan het niet aangewezen zijn de terugbetaling van de steun te gelasten (...)

Uit deze jurisprudentie leidt het College af dat het, indien het naar aanleiding van het beroep van Thuiszorgservice zou vaststellen dat verweerster staatssteun aan HWW heeft verleend, in beginsel gehouden is om — nu die steun niet bij de Commissie is aangemeld — terugbetaling van die steun te gelasten, althans zodanige beslissing te nemen dat de toestand van vóór de steunverlening aan HWW wordt hersteld. Slechts in geval van uitzonderlijke omstandigheden kan het aangewezen zijn om hier niet toe over te gaan.

Het verzoek van Thuiszorgservice, zoals gewijzigd in haar brief van 22 december 2011, strekt er evenwel toe dat aan dit normale gevolg van de vaststelling dat sprake is van niet aangemelde staatssteun, wordt ontkomen. Het verzoek komt er op neer dat het College, indien de vraag of sprake is van staatssteun bevestigend wordt beantwoord, zou moeten volstaan met de vaststelling dat sprake is van verlening van niet aangemelde staatssteun door verweerster, waarbij het vervolgens aan verweerster zou moeten worden overgelaten om te beslissen welke consequentie aan die vaststelling moet worden verbonden: het alsnog aanmelden van de maatregel bij de Commissie dan wel het nemen van maatregelen tot terugvordering van de verleende steun. Naar het oordeel van het College is een dergelijke uitspraak — die ertoe zou strekken dat de verlener van ten onrechte niet aangemelde staatssteun het in zijn macht krijgt om het oordeel van de Commissie over de verenigbaarheid daarvan met de

interne markt af te wachten en dat de steun tot dat moment ongewijzigd in stand blijft — in strijd met de taak die de nationale rechter en de nationale overheid blijkens de hiervoor aangehaalde jurisprudentie heeft. Die taak strekt er immers toe om, indien wordt vastgesteld dat sprake is van niet aangemelde staatssteun, effectieve maatregelen te treffen om in afwachting van een eindbeslissing van de Commissie de door de steunverlening veroorzaakte verstoring van de mededinging op te heffen. (...)

Het vereiste belang ontbreekt echter naar het oordeel van het College indien het voeren van de procedure geacht moet worden uitsluitend gericht te zijn op het verkrijgen van een oordeel van de nationale rechter over de — in dat geval als academisch te kwalificeren — vraag of een besluit wel of niet staatssteun betreft, waarbij het vervolgens aan de discretie van het betrokken bestuursorgaan wordt gelaten welke consequenties het daaruit trekt, of gericht te zijn op het behouden van een versterkte onderhandelingspositie bij, in dit geval, het bieden op de hiervoor bedoelde marktplaats.

Partij(en)

Thuiszorg Service Nederland B.V., te Almelo, en Stichting Thuiszorgservice Groningen, (hierna: Thuiszorgservice), gemachtigde: mr. S. Verschuur, advocaat te Amsterdam, tegen

de Nederlandse Zorgautoriteit, verweerster, gemachtigden: mr. G.R.J. de Groot en mr. R.J.M. van den Tweel, beiden advocaat te 's-Gravenhage, aan welk geding tevens als partij deelnemen: Stichting Continuering Uitvoering AWBZ en Wmo Groningen e.o. (hierna: TZG), en Stichting Continuering Uitvoering AWBZ West (hierna: HWW), beide te 's-Gravenhage, gemachtigde: mr. E.S. Ebels.

Bewerkte uitspraak

Uitspraak

1. De procedure

Thuiszorgservice heeft bij brief van 26 februari 2010, bij het College binnengekomen op 1 maart 2010, beroep ingesteld tegen een besluit van verweerster van 11 februari 2010.

Bij dit besluit heeft verweerster deels gegrond en deels ongegrond verklaard de bezwaren van Thuiszorgservice tegen twee besluiten van 27 november 2009 (met inbegrip van twee tariefbeschikkingen van 16 december 2009), waarbij verweerster aan TZG en HWW steun als bedoeld in de Beleidsregel steunverlening AWBZ (CA-398) (hierna: Beleidsregel CA-398) heeft verleend tot een bedrag van respectievelijk € 15.235.000 en € 22.143.000.

Bij brief van 27 april 2010 heeft verweerster op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd en een verweerschrift ingediend. Met betrekking tot de stukken heeft zij met verwijzing naar artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) meegedeeld dat uitsluitend het College kennis zal mogen nemen van de bijlagen 50, 51 en 52.

Bij beslissing van 17 mei 2010 heeft het College beslist dat beperking van de kennisneming van de bijlagen 50, 51 en 52 gerechtvaardigd is.

Op 20 mei 2010 heeft verweerster nadere stukken ingediend.

Thuiszorgservice heeft bij brief van 21 mei 2010 erin toegestemd dat het College uitspraak doet mede op grondslag van de stukken waarvan beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is geacht.

Op 3 juni 2010 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad. Partijen hebben zich door hun gemachtigden laten vertegenwoordigen.

Bij beslissing van 22 juni 2010 heeft het College het onderzoek heropend.

Bij griffiersbrief van 22 juni 2010 heeft het College een procedurele vraag aan de Europese Commissie (hierna ook:

Commissie) gesteld over de behandeling van de onder andere door Thuiszorgservice ingediende klachten omtrent schending van de staatssteunregels.

Bij brief van 22 juli 2010 heeft de Commissie het College bericht dat zij klachten van, onder meer, Stichting Thuiszorgservice Groningen heeft ontvangen over de verlening van staatssteun aan TZG en HWW in december 2009 en dat nog geen beslissing over die klachten is genomen.

Bij brief van 13 september 2010 heeft Thuiszorgservice het College verzocht om de behandeling van het beroep tot nader order aan te houden en meegedeeld dat zij een brief van gelijke strekking aan de Commissie heeft gezonden. TZG en HWW hebben bij brief van 27 september 2010 verklaard geen bezwaar te hebben tegen aanhouding van de procedure. Verweerster heeft bij brief van 4 oktober 2010 verklaard geen bezwaar te hebben tegen de gevraagde aanhouding.

Bij griffiersbrief van 17 december 2010 is verweerster verzocht het College te informeren over de stand van zaken met betrekking tot de verkoopprocessen van TZG en HWW.

Bij brief van 20 december 2010 hebben TZG en HWW het College informatie verstrekt over de verkoopprocessen.

Bij brief van 4 januari 2011 heeft verweerster overgelegd het besluit van 9 december 2010, waarbij zij aan het bezwaar van TZG tegen voormeld besluit van 27 november 2009 in zoverre is tegemoetgekomen dat het verleende bedrag van € 15.235.000 aan steun als bedoeld in Beleidsregel CA-398 is verhoogd met € 1.881.111,15. Met betrekking tot het standpunt van Thuiszorgservice, die als belanghebbende aan die bezwaarschriftprocedure deelnam, heeft verweerster naar het besluit van 11 februari 2010 verwezen.

Bij brief van 11 januari 2011 heeft verweerster het College geïnformeerd over de verkoopprocessen van TZG en HWW. Verweerster heeft daarbij meegedeeld dat zij nog steeds instemt met aanhouding van de procedure.

Bij brief van 14 januari 2011 heeft Thuiszorgservice het College verzocht om, in afwachting van afronding van de verkoopprocessen in Den Haag en Groningen, haar beroep nog altijd aan te houden.

Bij griffiersbrief van 18 januari 2011 is Thuiszorgservice meegedeeld dat haar beroep wordt geacht mede tegen het besluit van 9 december 2010 te zijn gericht en is haar de gelegenheid geboden de gronden van haar beroep aan te vullen.

Bij brief van 31 januari 2011 heeft Thuiszorgservice de gronden van haar beroep aangevuld.

Bij brief van 9 maart 2011 heeft verweerster gereageerd op de aanvullende gronden van het beroep, informatie verschaft over de verkoopprocessen en verzocht de procedure aan te houden tot na de afronding van de verkoopprocessen.

Bij brief van 15 maart 2011 heeft TZG verzocht om een nader onderzoek ter zitting.

Bij brief van 16 maart 2011 heeft verweerster een stuk ingediend en nogmaals meegedeeld dat aanhouding van de procedure haar voorkeur heeft.

Bij griffiersbrief van 30 maart 2011 heeft het College partijen meegedeeld dat, gelet op het verzoek van TZG om een nader onderzoek ter zitting, het College ervan afziet om partijen de in artikel 8:57 Awb bedoelde toestemming te vragen.

Bij brief van 7 april 2011 heeft Thuiszorgservice informatie over de verkoopprocessen verstrekt en nadere stukken ingediend.

Bij griffiersbrief van 3 mei 2011 zijn partijen uitgenodigd om op 30 mei 2011 ter zitting te verschijnen.

Bij brief van 24 mei 2011 heeft Thuiszorgservice haar beroep voor zover dat is gericht tegen de steunverlening aan TZG ingetrokken, meegedeeld dat het beroep voor zover gericht tegen de steunverlening aan HWW wordt gehandhaafd en verzocht om aanhouding van dit beroep.

Bij brief van 25 mei 2011 heeft verweerster meegedeeld dat zij het verzoek om aanhouding ondersteunt.

Bij griffiersbrief van 26 mei 2011 zijn partijen bericht dat het College aanleiding ziet de behandeling van het resterende deel van het beroep aan te houden en dat de zitting op 30 mei 2011 geen doorgang zal vinden.

Bij griffiersbrief van 5 oktober 2011 is Thuiszorgservice verzocht het College kenbaar te maken of zij nog een uitspraak op het resterende deel van haar beroep wenst.

Bij brief van 25 oktober 2011 heeft Thuiszorgservice het College verzocht om uitspraak te doen op haar beroep en tevens verzocht om niet de terugvordering van de verleende steun te gelasten.

Bij griffiersbrief van 6 december 2011 is Thuiszorgservice verzocht om te motiveren welk verdergaand belang dan het verkrijgen van een principieel oordeel over de vraag of verweerster niet heeft voldaan aan de verplichting tot aanmelding van staatssteun bij de Commissie, Thuiszorgservice heeft met een uitspraak zoals door haar gevorderd.

Bij brief van 22 december 2011 heeft Thuiszorgservice aangegeven welk belang zij bij een uitspraak heeft en heeft

zij het verzoek, zoals neergelegd in het beroepschrift van 26 februari 2010, aangepast.

Bij brief van 30 januari 2012 heeft HWW gereageerd op deze brief. Bij brief van 7 februari 2012 heeft verweerster een reactie uitgebracht.

Bij griffiersbrief van 7 maart 2012 is partijen bericht dat het College zich voldoende voorgelicht acht en is partijen verzocht de in artikel 8:57 Awb bedoelde toestemming te verlenen.

Bij brieven van 13 maart 2012 hebben Thuiszorgservice en HWW deze toestemming verleend. Verweerster heeft bij brief van 14 maart 2012 toestemming verleend.

Bij griffiersbrief van 22 maart 2012 is meegedeeld dat het College het onderzoek heeft gesloten.

Bij brief van 12 april 2012 heeft Thuiszorgservice meegedeeld dat zij op basis van onlangs van verweerster ontvangen stukken over de steunverlening aan HWW een nadere toelichting wil geven en heeft zij verzocht om heropening van het onderzoek.

Bij griffiersbrief van 18 april 2012 is Thuiszorgservice bericht dat de inhoud van de brief van 12 april 2012 het College thans geen aanleiding geeft het onderzoek te heropenen.

2.De grondslag van het geschil

2.1 Beleidsregel CA-398 luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“1.Algemeen

- a. Deze beleidsregel is van toepassing op de zorg of dienst als omschreven bij of krachtens de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) die wordt geleverd door zorgaanbieders die zijn toegelaten voor een of meer van de functies persoonlijke verzorging, verpleging, begeleiding, behandeling of verblijf als omschreven in het Besluit zorgaanspraken AWBZ.
(...)

3.Steunverzoek

- a. Gelet op artikel 57, tweede lid, van de Wmg, wordt een steunverzoek door een AWBZ-zorgaanbieder en het zorgkantoor gezamenlijk ingediend.
(...)

4.Voorwaarden voor steunverlening

- 4.1 De AWBZ-zorgaanbieder beschikt over een negatief eigen vermogen
(...)
- 4.2. De continuïteit van de AWBZ-zorg in een regio is niet meer gegarandeerd
Voor steunverlening op grond van deze beleidsregel kan slechts aanleiding bestaan als het zorgkantoor, als gevolg van financiële moeilijkheden van een gecontracteerde zorgaanbieder niet in staat zal zijn er (duurzaam) in voldoende mate voor zorg te dragen dat verzekerden de zorg verkrijgen waarop zij op grond van de AWBZ aanspraak hebben, met als gevolg dat de continuïteit van AWBZ-zorg niet langer geborgd kan worden.
- 4.3. Er is sprake van een voldoende solide saneringsplan voor de zorgaanbieder
(...)
- 4.4. RvB en RvT bij de zorgaanbieder hebben voldoende vertrouwen
(...)
- 4.5 Steunverlening door de NZa vindt alleen plaats als en voor zover de AWBZ-zorgaanbieder niet op eigen kracht uit de financiële problemen kan komen.

5.Voorwaarden waaronder steunverlening plaatsvindt

- 5.1. De AWBZ-zorgaanbieder, en de rechtspersoon waarvan de zorgaanbieder onderdeel is, leveren een substantiële eigen bijdrage aan het wegwerken van het negatieve vermogen (inverdientaakstelling).
- 5.2. De NZa stelt de financiële steun in jaarlijkse termijnen beschikbaar.
In beginsel wordt de financiële steunverlening toegekend in drie tranches. De beschikbaarstelling van de eerste en volgende tranches vergen een expliciete en afzonderlijke besluitvorming van de NZa,

waarbij telkens rekening wordt gehouden met de financiële positie van de AWBZ-zorgaanbieder op dat moment. De tweede en volgende termijnen worden niet eerder beschikbaar gesteld dan nadat de AWBZ-zorgaanbieder en het zorgkantoor via een financiële rapportage hebben aangetoond aan de voor de eerdere termijn gestelde voorwaarden te hebben voldaan.

- 5.3** De AWBZ-zorgaanbieder waarborgt dat de AWBZ-steun niet kan weglekken naar andere onderdelen van de zorgaanbieder of de rechtspersoon waarvan de zorgaanbieder onderdeel uitmaakt. De AWBZ-zorgaanbieder toont via de financiële rapportage bedoeld in onderdeel 5.2 aan dat geen weglek van AWBZ-steun plaatsvindt.

(...)

6. Oordeel staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport

- 6.1** Indien de NZa voornemens is om het steunverzoek af te wijzen respectievelijk om geen volgende tranche beschikbaar te stellen, stelt de NZa de staatssecretaris van VWS op de hoogte van dit voornemen. Als de Staatssecretaris oordeelt dat het voortbestaan van de AWBZ-zorgaanbieder noodzakelijk is gelet op de continuïteit van zorg, verzoekt zij de NZa steun te geven respectievelijk de steun te continueren. Als de NZa dit verzoek opvolgt, kan de NZa zonedig aan de steunverlening aanvullende voorwaarden stellen.”

In het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) is, voor zover hier van belang, het volgende bepaald:

“Artikel 106

1. De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109.
2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.
3. De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voor zover nodig, passende richtlijnen of besluiten tot de lidstaten.

Artikel 107

1. Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.
- (...)

Artikel 108

1. De Commissie onderwerpt tezamen met de lidstaten de in die staten bestaande steunregelingen aan een voortdurend onderzoek. Zij stelt de dienstige maatregelen voor, welke de geleidelijke ontwikkeling of de werking van de interne markt vereist.
2. Indien de Commissie, na de belanghebbenden te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken, vaststelt dat een steunmaatregel door een staat of met staatsmiddelen bekostigd, volgens artikel 107 niet verenigbaar is met de interne markt of dat van deze steunmaatregel misbruik wordt gemaakt, bepaalt zij dat de betrokken staat die steunmaatregel moet opheffen of wijzigen binnen de door haar vast te stellen termijn.

Indien deze staat dat besluit niet binnen de gestelde termijn nakomt, kan de Commissie of iedere andere belanghebbende staat zich in afwijking van de artikelen 258 en 259 rechtstreeks tot het Hof

van Justitie van de Europese Unie wenden.

(...)

3. De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering van of wijziging van steunmaatregelen op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 107 onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.
4. (...)"

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

- Stichting Meavita Nederland (hierna: Meavita) was een op 1 januari 2007 uit een fusie van meerdere organisaties ontstane onderneming die, onder meer, uit de AWBZ gefinancierde zorgactiviteiten, zoals verzorgings- en verpleegzorg en uitleen van hulpmiddelen, aanbod in verschillende delen van Nederland, waaronder de provincie Groningen en de regio Den Haag. Meavita was als organisatie opgedeeld in een aantal werkmaatschappijen die binnen het concern ieder hun eigen thuismarkt bedienden.
- Meavita verkeerde sinds medio 2008 in financiële moeilijkheden. Uiteindelijk hebben deze problemen ertoe geleid dat Meavita begin 2009 is gedefuseerd. Voor een aantal bedrijfsonderdelen — Stichting Meavitagroep Den Haag en Stichting Thuiszorg Groningen — is op 24 februari 2009 surseance van betaling aangevraagd. Deze onderdelen zijn vervolgens op 9 maart 2009 failliet verklaard.
- Met het oog op de ontstane problematiek bij Meavita hebben de bij de verlening van zorg betrokken partijen — het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, de betrokken zorgkantoren en gemeenten — voorbereidingen getroffen voor het geval surseance of faillissement zou worden aangevraagd voor (onderdelen van) Meavita. Die voorbereidingen bestonden eruit dat, wanneer sprake zou zijn van faillissement en alle andere opties voor het waarborgen van de continuïteit van de zorg niet haalbaar waren gebleken, er nieuwe rechtspersonen klaar zouden staan die de zorg konden overnemen, mits de curatoren van deze mogelijkheid gebruik zouden willen maken.
- Op 7 februari 2009 zijn blijkens daartoe opgestelde akten TZG en HWW opgericht. Met betrekking tot hun doelstelling vermelden de oprichtingsakten, die voor beide gelijkkluidend zijn en waarin TZG en HWW als “de stichting” worden aangeduid, in artikel 2, eerste lid, het volgende:

“ De stichting heeft ten doel het verlenen van zorg ingevolge de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) en huishoudelijke verzorging ingevolge de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), in het bijzonder ter waarborging van de continuering van de door Stichting Meavita Nederland en de met haar verbonden rechtspersonen verleende zorg respectievelijk huishoudelijke verzorging in Nederland. De stichting is opgericht voor onbepaalde tijd doch heeft ten doel de voornoemde activiteiten slechts tijdelijk uit te oefenen. De stichting is er op gericht de daartoe bestemde activa en activiteiten over te dragen aan derden ter continuering van de zorg respectievelijk huishoudelijke verzorging, waarna het surplus ter beschikking zal worden gesteld van de gerechtigden conform de (huur)overeenkomsten welke de stichting zal aangaan met Stichting Meavita Nederland dan wel met een of meer van de met haar verbonden rechtspersonen.”
- Op 11 maart 2009 en 13 maart 2009 hebben de curatoren met zowel TZG als HWW een zogenoemde “gebruiksovereenkomst voortzetting zorgactiviteiten” (hierna: gebruiksovereenkomst) gesloten. Bij deze nagenoeg gelijkkluidende overeenkomsten hebben TZG en HWW (daarin aangeduid als “de Stichting Continuering”) de zorgtaken van failliete onderdelen van Meavita per die datum overgenomen.
- Op 23 juli 2009 hebben TZG en Stichting Menzis Zorgkantoor een aanvraag ingediend om steunverlening als bedoeld in Beleidsregel CA-398.
- Op 24 juli 2009 hebben HWW en CZ Zorgkantoren, regio Haaglanden, een aanvraag ingediend om steunverlening als bedoeld in Beleidsregel CA-398.
- Bij besluit van 27 november 2009 heeft verweerster steun aan HWW verleend tot een bedrag van € 22.143.000, beschikbaar te stellen in drie tranches, waarvan de eerste tranche van een bedrag van

- € 17.895.000 per direct beschikbaar wordt gesteld en de volgende twee tranches van ieder € 2.124.000 na ontvangst van een daartoe strekkend verzoek op of omstreeks 1 juli 2010 en vervolgens op of omstreeks 1 juli 2011. Aan de beschikbaarheid van ieder van deze tranches heeft verweerster een aantal voorwaarden verbonden.
- Bij besluit van eveneens 27 november 2009 heeft verweerster, ambtshalve in afwijking van de aanvraag, aan TZG tot een bedrag van € 15.235.000 aan steun verleend in drie tranches. Verweerster heeft daarbij bepaald dat de eerste tranche van een bedrag van € 14.968.000 per direct beschikbaar wordt gesteld en de volgende twee van ieder € 133.000 na ontvangst van een daartoe strekkend verzoek op of omstreeks 1 juli 2010 en vervolgens op of omstreeks 1 juli 2011. Aan de beschikbaarheid van ieder van deze tranches heeft verweerster een aantal voorwaarden verbonden.
 - In een tariefbeschikking van 16 december 2009, met kenmerk 650-8805-09-4, heeft verweerster aan TZG meegedeeld welke tarieven door haar aan alle ziektekostenverzekeraars en alle (niet-)verzekerden in rekening kunnen worden gebracht. De beschikking vermeldt een steunbedrag eerste tranche van € 14.968.000.
 - De aan HWW gerichte tariefbeschikking, met kenmerk 650-8804-09-4, vermeldt hetzelfde, met dien verstande dat het steunbedrag € 17.895.000 is.
 - Tegen voormelde besluiten hebben Thuiszorgservice en Stichting Oosterlengte, ieder voor zich, bezwaar gemaakt.
 - Bij brief van 15 december 2009 heeft de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport voorts aan de Tweede Kamer laten weten dat verweerster heeft vastgesteld dat zonder steunverlening aan HWW en TZG de continuïteit van de zorg in de regio Haaglanden en de regio Groningen in gevaar is. De maatregelen zijn volgens de Staatssecretaris getroffen vanuit het oogmerk van de continuïteit van de zorg, huishoudelijke hulp, jeugdgezondheidszorg en algemeen maatschappelijk werk zo goed mogelijk te waarborgen en daarmee zo veel mogelijk onrust en onzekerheid weg te nemen. In deze brief heeft de Staatssecretaris voorts overwogen dat de steunverleningsbesluiten er feitelijk op neer komen dat potentiële overnamekandidaten in staat worden gesteld de tijdelijke stichtingen zonder zware last uit het verleden over te nemen. Het gelijke speelveld wordt door de steunverlening hersteld en gewaarborgd, waardoor bestaande marktpartijen onder gelijke condities, zonder last van een aanzienlijk negatief eigen vermogen en het sociaal plan, in de gelegenheid worden gesteld de tijdelijke stichtingen over te nemen. Met de wijze waarop deze steun wordt verschaft is niet beoogd bepaalde ondernemingen te begunstigen en wordt geen voordeel verschaft, immers kunnen de marktpartijen onder gelijke condities de zorgverlening overnemen. De mededinging wordt hier dan ook niet vervalst. Gelet op het voorgaande volgt de Staatssecretaris verweerster in haar mening dat geen sprake is van steun in de zin van artikel 107 VWEU. Om die reden is de Staatssecretaris dan ook niet voornemens de steunverlening te melden bij de Europese Commissie.
 - Bij besluit van 11 februari 2010 (hierna: bestreden besluit) heeft verweerster beslist op de bezwaren van Thuiszorgservice.
 - Bij besluit van 8 maart 2010 heeft verweerster beslist op de bezwaren van Stichting Oosterlengte. Stichting Oosterlengte heeft tegen dit besluit beroep ingesteld bij het College (geregistreerd onder nummer AWB 10/364), welk beroep zij bij brief van 24 mei 2011 heeft ingetrokken.

3. Het bestreden besluit

Bij het bestreden besluit heeft verweerster de bezwaren van Thuiszorgservice in zoverre gegrond verklaard dat de in onderdeel 2 van het besluit tot steunverlening genoemde voorwaarde is gewijzigd. Die voorwaarde betreft het door HWW en TZG gedurende de periode van steunverlening aantoonbaar leveren van inspanningen tot vervreemding van (onderdelen van) de zorgactiviteiten van de stichting aan een derde partij. Verweerster heeft de bezwaren van appellanten voor het overige ongegrond verklaard. In het bijzonder heeft verweerster bepaald dat de in onderdeel 8 van het besluit tot steunverlening genoemde voorwaarde, te weten dat de steun wordt verleend onder voorbehoud van goedkeuring door de Europese Commissie, als vervallen moet worden beschouwd. Volgens verweerster is geen sprake van staatssteun, omdat niet aan alle vijf criteria van artikel 107, eerste lid, VWEU is voldaan. Om die reden is de steunverlening niet op grond van artikel 108, derde lid, VWEU bij de Europese Commissie aangemeld. In elk geval is naar de mening van verweerster (1) geen sprake van een voordeel voor c.q. begunstiging van bepaalde

ondernemingen, (2) vervalst de steun de mededinging niet of dreigt deze niet te vervalsen en (3) beïnvloedt de steun het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig.

4. Het standpunt van Thuiszorgservice

- 4.1 Thuiszorgservice stelt zich, samengevat, op het standpunt dat de steunverlening aan TZG en HWW staatssteun vormt in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU, aangezien aan alle eisen van deze bepaling is voldaan. Er is sprake van een niet-marktconforme en selectieve bevoordeling van ondernemingen, die met overheidsmiddelen wordt bekostigd en die leidt tot een verstoring van de mededinging en een beïnvloeding van de tussenstaatse handel.
- Nu sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU, is het bestreden besluit strijdig is met artikel 108, derde lid, VWEU. De steunverlening is immers (gedeeltelijk) ten uitvoer gelegd zonder voorafgaande goedkeuring van de Europese Commissie.
- In haar beroepschrift van 26 februari 2010 heeft Thuiszorgservice het College verzocht:
- (a) het beroep gegrond te verklaren;
 - (b) het besluit op bezwaar te vernietigen;
 - (c) verweerster met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, Awb op te dragen om binnen veertien dagen, althans een termijn die het College redelijk acht, met inachtneming van de uitspraak een nieuw besluit op bezwaar te nemen;
 - (d) voor zover noodzakelijk de steunbesluiten en de tariefbeschikkingen met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, Awb te schorsen totdat deze in het nieuw te nemen besluit op bezwaar zijn herroepen;
 - (e) verweerster met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, Awb op te dragen om op de kortst mogelijke termijn alle handelingen te verrichten die noodzakelijk zijn om de terugvordering van de verleende steun te realiseren.
- 4.2 Bij brief van 25 oktober 2011 heeft Thuiszorgservice het College uitdrukkelijk verzocht om niet de terugvordering van de steun te gelasten, omdat naar haar oordeel de mogelijke consequenties van een acute terugvordering maatschappelijk onaanvaardbaar zijn. Thuiszorgservice heeft het College verzocht verweerster op te dragen binnen een redelijke termijn, met inachtneming van de uitspraak van het College, een nieuw besluit op bezwaar te nemen. Hiermee zou verweerster met inachtneming van alle betrokken belangen, mede in het licht van het verloop van de marktplaats en eventueel na te sonderen met de Commissie, een nieuw en evenwichtig besluit kunnen nemen.
- 4.3 Bij brief van 22 december 2011 heeft Thuiszorgservice, desgevraagd, nader uiteengezet welk belang zij met haar beroep nastreeft. Thuiszorgservice was en is zeer geïnteresseerd in de activiteiten van HWW en heeft deze interesse meerdere keren kenbaar gemaakt aan zowel HWW als verweerster. Toen bleek dat het voormalige bestuur van HWW niet openstond voor deze belangstelling en HWW niet tot een verkoop van activiteiten wilde overgaan, zag Thuiszorgservice geen andere mogelijkheid dan bezwaar te maken tegen de steunverlening door verweerster en — nadat dit bezwaar grotendeels ongegrond was verklaard — beroep in te stellen. Zij heeft het College toen uitdrukkelijk verzocht verweerster op te dragen de steun terug te vorderen. Dit leek in de omstandigheden van het voorjaar van 2010, toen HWW nog geen verkoopproces was opgestart en verweerster geen maatregelen had getroffen om tot een objectief, transparant en non-discriminatoire verkoopproces te komen, de enige manier om HWW te dwingen tot een verkoop van haar activiteiten. Nadat Thuiszorgservice beroep had ingesteld is HWW de zogenaamde marktplaats gestart, waarin HWW gesprekken is aangegaan met mogelijke fusie- of samenwerkingspartners. Thuiszorgservice heeft zich als gegadigde gemeld en heeft een voorstel ingediend bij HWW. Eind 2010 heeft Thuiszorgservice te horen gekregen dat HWW vooralsnog met een andere partij in onderhandeling zal treden over een mogelijke fusie of samenwerking. Toen HWW de marktplaats startte, heeft Thuiszorgservice het College verzocht om aanhouding van haar beroep. Indien de marktplaats zuiver zou zijn verlopen, zou Thuiszorgservice haar beroep tegen de steun aan HWW hebben ingetrokken. In dat geval zou de marktplaats een adequate remedie hebben geboden ter compensatie van de mededingingsverstoring die is veroorzaakt door de steunverlening aan HWW. Als Thuiszorgservice daarentegen gerede twijfels zou hebben over de zuiverheid van het verloop van de marktplaats zou zij het College waarschijnlijk hebben verzocht het besluit te vernietigen en verweerster op te

dragen de steun aan HWW alsnog aan te melden bij de Commissie. De Commissie zou dan aan de hand van de Richtsnoeren reddings- en herstructureringssteun onderzoeken of de marktplaats, mede gelet op het verloop daarvan, de mededingingsverstoring als gevolg van de steun voldoende had gecompenseerd.

Sinds de brief van het College van 5 oktober 2011 is het voor Thuiszorgservice niet langer mogelijk de uitkomst van de marktplaats af te wachten. In deze brief heeft het College aangegeven dat de tijd was aangebroken om tot een afronding van de beroepsprocedure te komen en Thuiszorgservice verzocht aan te geven of het beroep zou worden voortgezet. Omdat Thuiszorgservice in dit stadium nog niet definitief kon beoordelen of de marktplaats correct is verlopen (de marktplaats loopt immers nog), zag zij zich genoodzaakt het College om een uitspraak te vragen. Tegelijkertijd heeft Thuiszorgservice aangegeven dat zij het College niet langer verzoekt om de terugvordering van de steun te gelasten, maar enkel om verweerster op te dragen een nieuw besluit op bezwaar te nemen met inachtneming van alle betrokken belangen, mede in het licht van het verloop van de marktplaats en eventueel na te sonderen met de Commissie.

De inzet van deze procedure was en is het wegnemen van de mededingingsverstoring die door de steunverlening aan HWW is veroorzaakt. Aan deze doelstelling is niets veranderd. Wel is de manier waarop Thuiszorgservice dit tracht te bereiken in de loop van de procedure gewijzigd als gevolg van veranderende omstandigheden. Op dit moment meent Thuiszorgservice dat de door haar beoogde doelen het beste zijn gediend met een uitspraak van het College waarin het besluit op bezwaar wordt vernietigd en verweerster wordt opgedragen met inachtneming van de uitspraak een nieuw besluit op bezwaar te nemen.

Indien het College het besluit op bezwaar vernietigt (en dus vaststelt dat de steun aan HWW onrechtmatige staatssteun vormt die in strijd met artikel 108, derde lid, VWEU is verstrekt), kan de steun niet in stand blijven, tenzij de Commissie de steun alsnog verenigbaar verklaart met de interne markt. Dit betekent concreet dat verweerster in geval van vernietiging van het besluit op bezwaar ervoor kan kiezen de steun alsnog aan de Commissie te melden (bijvoorbeeld als verweerster het wenselijk acht dat de marktplaats en de uitkomst daarvan zoveel mogelijk in stand blijven). De Commissie zal de steun vervolgens toetsen aan de Richtsnoeren reddings- en herstructureringssteun en zal — indien nodig — nadere compenserende maatregelen opleggen (bijvoorbeeld afstoting van activiteiten volgens een openbare biedprocedure). Indien de Commissie de steun geheel of gedeeltelijk onverenigbaar met de interne markt verklaart, zal zij de gehele of gedeeltelijke terugvordering van de steun gelasten. Vervolgens kan verweerster een nieuw besluit op bezwaar nemen waarin uitvoering wordt gegeven aan de beschikking van de Commissie. In ieder geval zou een melding aan en beoordeling door de Commissie beantwoorden aan de doelstelling die Thuiszorgservice met deze procedure nastreeft, omdat de mededingingseffecten van de steun dan worden getoetst door een onafhankelijke mededingingsautoriteit, te weten de Commissie.

Indien verweerster het, om welke reden dan ook, niet wenselijk acht dat de (uitkomst van) de marktplaats in stand blijft, kan zij zelf de terugvordering van de steun gelasten. Terugvordering zal er in de praktijk op neerkomen dat HWW gedwongen wordt haar activiteiten tegen de hoogst mogelijke opbrengst te verkopen. In dat geval zou zij de huidige marktplaats, waarin maximalisatie van de verkoopopbrengst niet centraal lijkt te staan, moeten staken en alsnog een onvoorwaardelijke biedprocedure moeten starten. Ook deze uitkomst zou beantwoorden aan de doelstelling die Thuiszorgservice met deze procedure nastreeft.

Een gegrondverklaring van het beroep kan dus leiden tot meerdere scenario's met concrete resultaten voor Thuiszorgservice. Zij heeft in haar brief van 25 oktober 2010 niet willen aangeven dat terugvordering van de steun niet meer zou moeten plaatsvinden, maar enkel dat het College verweerster niet onverkort zou moeten opdragen tot terugvordering over te gaan. De afweging tussen melding aan de Commissie en terugvordering van steun zou moeten worden gemaakt door verweerster, die hiertoe in de huidige omstandigheden het beste is gepositioneerd. Een vaststelling van de onrechtmatigheid van de steun door het College en een terugwijzing van de zaak naar verweerster is dan ook het meest wenselijk.

In aansluiting hierop heeft Thuiszorgservice in de brief van 22 december 2011 het verzoek zoals neergelegd in het beroepschrift van 26 februari 2010, als volgt aangepast:

- (a) het beroep gegrond te verklaren en het besluit op bezwaar te vernietigen;
- (b) verweerster met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, Awb op te dragen om:
 - hetzij de steun aan HWW alsnog aan de Commissie te melden en, zo spoedig mogelijk nadat het besluit van de Commissie onherroepelijk is geworden met inachtneming van het onherroepelijke besluit van de Commissie, een nieuw besluit op bezwaar te nemen;

- hetzij alle handelingen te verrichten die noodzakelijk zijn om de terugvordering van de steun te realiseren, met inachtneming van de uitspraak van het College en ter uitvoering van de terugvordering, een nieuw besluit op bezwaar te nemen.

5. De beoordeling van het geschil

- 5.1 Het College ziet zich, gelet op het verzoek van Thuiszorgservice, neergelegd in haar brief van 22 december 2011, allereerst gesteld voor de vraag of Thuiszorgservice voldoende procesbelang heeft bij inhoudelijke beoordeling van het bestreden besluit. Het College overweegt dienaangaande als volgt.
- 5.2 Het beroep van Thuiszorgservice is gebaseerd op haar standpunt dat verweerster met eerdergenoemd besluit van 27 november 2009 en eerdergenoemde tariefbeschikking van 16 december 2009 staatssteun aan HWW heeft verleend die in strijd met artikel 108, derde lid, VWEU niet aan de Commissie is gemeld. Deze besluiten zijn bij het bestreden besluit, behoudens de wijziging van een voorwaarde, gehandhaafd.
- 5.3 Artikel 108, derde lid, VWEU schrijft voor dat de Commissie tijdig op de hoogte wordt gebracht van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien de Commissie meent dat zulk een voornemen onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld aan met de in artikel 108, tweede lid, beschreven procedure. Ingevolge de laatste volzin van artikel 108, derde lid, kan de betrokken lidstaat de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.
- 5.4 Blijkens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (voorheen: Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, hierna: Hof van Justitie) is artikel 108, derde lid, laatste volzin, VWEU (voorheen: artikel 88 Verdrag betreffende de oprichting van de Europese Gemeenschap) bedoeld om er preventief voor te zorgen dat een onverenigbare steunmaatregel nooit tot uitvoering zal worden gebracht. Teneinde deze doelstelling te bereiken, wordt de uitvoering van een voorgenomen steunmaatregel opgeschort totdat de twijfel over de verenigbaarheid ervan is weggenomen door de eindbeslissing van de Commissie (onder meer: arrest van 12 februari 2008, C-199/06, *CELF-SIDE*, *Jur.* p. I-469, punten 47-48 (*AB* 2009/205, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt; *red.*)).

De taak van de nationale rechter bij de toepassing van de toezichtregeling voor staatssteun bestaat er uit om toe te zien op de vrijwaring van de rechten van de justitiabelen in geval van schending van de verplichting tot voorafgaande aanmelding van steunmaatregelen bij de Commissie (onder meer: arrest van 21 oktober 2003, C-261/01 en C-262/01, *Van Calster e.a.*, *Jur.* p. I-12249, punt 75 (*NJ* 2004/517; *red.*)). Hierbij is van belang dat een steunmaatregel die tot uitvoering wordt gebracht met schending van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 108, derde lid, VWEU, onwettig is (onder meer: arrest van 21 november 1991, C-354/90, *FNCE*, *Jur.* p. I-5505, punt 17).

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is het logische gevolg van de vaststelling dat een steunmaatregel onwettig is, de ongedaanmaking door middel van de terugvordering daarvan, teneinde de vroegere toestand te herstellen. Het hoofddoel van de terugvordering van onrechtmatig betaalde staatssteun is de versterking van de mededinging op te heffen die voortkomt uit het concurrentievoordeel dat door de onrechtmatige steun wordt verschaft. Door de terugbetaling van de steun verliest de begunstigde immers het voordeel dat hij op de markt ten opzichte van zijn concurrenten genoot en wordt de toestand van vóór de steunverlening hersteld. Slechts wanneer zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen kan het niet aangewezen zijn de terugbetaling van de steun te gelasten (arrest van 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital*, www.curia.europa.eu, punten 33-35 (*NJ* 2012/124, m.nt. M.R. Mok; *red.*) en de aldaar aangehaalde arresten).

- 5.5 Uit deze jurisprudentie leidt het College af dat het, indien het naar aanleiding van het beroep van Thuiszorgservice zou vaststellen dat verweerster staatssteun aan HWW heeft verleend, in beginsel gehouden is om — nu die steun niet bij de Commissie is aangemeld — terugbetaling van die steun te gelasten, althans zodanige beslissing te nemen dat de toestand van vóór de steunverlening aan HWW wordt hersteld. Slechts in geval van uitzonderlijke omstandigheden kan het aangewezen zijn om hier niet toe over te gaan. Het verzoek van Thuiszorgservice, zoals gewijzigd in haar brief van 22 december 2011, strekt er evenwel toe dat aan dit normale gevolg van de vaststelling dat sprake is van niet aangemelde staatssteun, wordt ontkomen. Het verzoek komt er op neer dat het College, indien de vraag of sprake is van staatssteun bevestigend wordt

beantwoord, zou moeten volstaan met de vaststelling dat sprake is van verlening van niet aangemelde staatssteun door verweerster, waarbij het vervolgens aan verweerster zou moeten worden overgelaten om te beslissen welke consequentie aan die vaststelling moet worden verbonden: het alsnog aanmelden van de maatregel bij de Commissie dan wel het nemen van maatregelen tot terugvordering van de verleende steun. Naar het oordeel van het College is een dergelijke uitspraak — die ertoe zou strekken dat de verlener van ten onrechte niet aangemelde staatssteun het in zijn macht krijgt om het oordeel van de Commissie over de verenigbaarheid daarvan met de interne markt af te wachten en dat de steun tot dat moment ongewijzigd in stand blijft — in strijd met de taak die de nationale rechter en de nationale overheid blijkens de hiervoor aangehaalde jurisprudentie heeft. Die taak strekt er immers toe om, indien wordt vastgesteld dat sprake is van niet aangemelde staatssteun, effectieve maatregelen te treffen om in afwachting van een eindbeslissing van de Commissie de door de steunverlening veroorzaakte verstoring van de mededinging op te heffen.

- 5.6** Daarvan zou bij het nemen van een beslissing als thans door Thuiszorgservice verzocht geen sprake zijn. De aan HWW verleende steun zou dan, indien verweerster er voor zou kiezen om — wat door Thuiszorgservice als eerste mogelijkheid wordt genoemd — de maatregel alsnog aan te melden en van terugvordering af te zien, gedurende de periode van onderzoek door de Commissie ter beschikking van HWW blijven. Indien verweerster ervoor zou kiezen om, wat door Thuiszorgservice als tweede mogelijkheid wordt genoemd, terugvordering te gelasten, zou het door de steunverlening voor HWW ontstane concurrentievoordeel wél worden opgeheven. Thuiszorgservice wil evenwel blijkens haar verzoek op dit punt de keuze aan verweerster laten en verzoekt dat het College niet haar een verplichting tot terugvordering oplegt. De uitspraak van het College zou derhalve ook in dat geval geen effectieve maatregel zijn om de door de steunverlening veroorzaakte verstoring van de mededinging op te heffen.
- 5.7** De door Thuiszorgservice genoemde redenen op grond waarvan zij geen onverkorte opdracht van het College aan verweerster wenst om tot terugvordering van de aan HWW verleende steun over te gaan, zijn naar het oordeel van het College — gelet op de restrictieve uitleg die het Hof van Justitie blijkens voormelde jurisprudentie geeft aan dit begrip — niet aan te merken als uitzonderlijke omstandigheden waarin het niet aangewezen zou zijn om terugbetaling van deze steun — indien deze door het College als staatssteun zou worden aangemerkt — te gelasten. De wens van Thuiszorgservice om het verloop van de door HWW georganiseerde marktplaats af te wachten, kan niet als zodanige omstandigheid worden aangemerkt. Voor zover Thuiszorgservice met haar verzoek beoogt dat een oordeel van de Commissie wordt verkregen over de verenigbaarheid van de verleende steun met de interne markt, overweegt het College dat — daargelaten dat Thuiszorgservice aanmelding bij de Commissie niet als een verplichting aan verweerster wenst te zien opgelegd — een uitspraak van het College daarvoor niet noodzakelijk is. Thuiszorgservice kan immers zelf op grond van artikel 20, tweede lid, van Verordening (EG) Nr. 659/1999 de Commissie in kennis stellen van beweerdelijk onrechtmatige steun. De Commissie zal dan de door Thuiszorgservice verstrekte informatie onderzoeken, resulterend in een beschikking over het karakter van de steun en, indien het staatssteun betreft, over de vraag of deze verenigbaar is met de interne markt (artikelen 4, 10 en 13 van genoemde Verordening).
- 5.8** Het vorenstaande leidt het College tot de slotsom dat het verzoek van Thuiszorgservice, zoals gewijzigd in haar brief van 22 december 2011, door het College — indien zou worden geoordeeld dat verweerster niet aangemelde staatssteun heeft verleend aan HWW — niet kan worden ingewilligd zonder in strijd te komen met de uit de hiervoor onder 5.4 omschreven taak van de nationale rechter voortvloeiende verplichting om zodanige maatregelen te nemen dat de toestand vóór de steunverlening wordt hersteld. In zoverre wordt in dit geval derhalve niet voldaan aan het vereiste, dat het doel dat Thuiszorgservice met het instellen van het beroep voor ogen staat, met het beroep moet kunnen worden bereikt. Dit stelt de vraag aan de orde of Thuiszorgservice voor het overige nog een voor de ontvankelijkheid toereikend procesbelang heeft bij het voeren van deze procedure.

Een rechtens relevant belang bij het voeren van deze procedure is, zoals volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen, naar zijn aard aanwezig, indien het beroep geacht kan worden ertoe te strekken dat de rechter de nodige maatregelen neemt die ertoe leiden dat een, wegens niet aanmelding, onwettige steunmaatregel ongedaan wordt gemaakt, namelijk doordat verzocht wordt de uitvoering van een voorgenomen steunmaatregel te schorsen of doordat de terugvordering van verleende steun wordt geëist. Het vereiste belang ontbreekt echter naar het oordeel van het College indien het voeren van de procedure geacht moet worden uitsluitend gericht te zijn op het verkrijgen van een oordeel van de nationale rechter over de — in dat geval als academisch

te kwalificeren — vraag of een besluit wel of niet staatssteun betreft, waarbij het vervolgens aan de discretie van het betrokken bestuursorgaan wordt gelaten welke consequenties het daaruit trekt, of gericht te zijn op het behouden van een versterkte onderhandelingspositie bij, in dit geval, het bieden op de hiervoor bedoelde marktplaats. Gezien de inhoud van haar verzoek, zoals door haar nader toegelicht, is het College van oordeel dat het slechts laatstbedoelde belangen zijn waarop de onderhavige procedure van Thuiszorgservice nog is gericht. Gesteld noch gebleken is dat Thuiszorgservice nog om andere redenen een voldoende belang heeft bij een inhoudelijk oordeel over het bestreden besluit. Het beroep dient derhalve wegens het ontbreken van procesbelang niet-ontvankelijk te worden verklaard.

5.9 Voor een proceskostenveroordeling zijn geen termen aanwezig.

6. De beslissing

Het College verklaart het beroep niet-ontvankelijk.

Noot

Auteur: A.J. Metselaar^{*} en W. den Ouden

1. Casus

Eind 2008 en begin 2009 staan de kranten bol van berichten over de financiële aftakeling van Meavita, een van de grootste zorgorganisaties van Nederland. Om te voorkomen dat de zorg aan de cliënten zal stilvallen bij een eventueel faillissement, worden er begin februari 2009 twee lege stichtingen opgericht. Deze stichtingen, TZG en HWW, moeten de failliete zorgactiviteiten van Meavita tijdelijk overnemen en ze uiteindelijk doorverkopen aan een andere zorgaanbieder. Na het faillissement van Meavita doen de twee stichtingen een steunaanvraag op basis van de Beleidsregel steunverlening AWBZ. Bij besluiten van de Nederlandse Zorgautoriteit ontvangen zij in totaal zo'n € 37 miljoen steun om de continuïteit van de zorg te waarborgen. Het is de bedoeling om op die manier overnamekandidaten in staat te stellen de tijdelijke stichtingen over te nemen zonder zware lasten uit het verleden. Eiseres, Thuiszorg Service Nederland BV (hierna: Thuiszorgservice), is tegen de betrokken besluiten in bezwaar en beroep gegaan. Zij stelt zich op het standpunt dat met de bestreden besluiten onrechtmatige staatssteun wordt verleend. Rond dezelfde tijd wordt door een andere thuiszorgaanbieder een klacht over staatssteun ingediend bij de Europese Commissie. Daarover is, voor zover wij weten, nog geen beslissing genomen.

Uit de brieven van Thuiszorgservice aan het CBb blijkt het volgende: Thuiszorgservice is met name geïnteresseerd in het overnemen van de zorgactiviteiten van HWW en probeert daarom af te dwingen dat HWW de zorgactiviteiten middels een objectief, transparant en non-discriminatoire proces verkoopt. In de beslissing op bezwaar heeft de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: Zorgautoriteit) de bezwaren van Thuiszorgservice in zoverre gegrond verklaard dat aan het steunbesluit de voorwaarde werd verbonden dat de zogenaamde 'continueringstichtingen' gedurende de periode van steunverlening aantoonbaar inspanningen moeten leveren om te komen tot verkoop van (onderdelen van) de zorgactiviteiten aan derden (r.o. 3). Wanneer een verkoopproces desondanks lijkt uit te blijven, dient Thuiszorgservice in maart 2010 bij het CBb een beroepschrift in waarin zij expliciet verzoekt de terugvordering van de — volgens haar potentieel onrechtmatige — steun te gelasten. Deze handeling heeft effect: kort daarna start HWW een zogenaamde marktplaats, waarin zij gesprekken aangaat met mogelijke fusie- of samenwerkingspartners. Thuiszorgservice verzoekt het CBb vervolgens om de procedure hangende deze gesprekken aan te houden. Echter, in het najaar van 2011 is de uitkomst van de marktplaats nog steeds niet duidelijk. Dan verzoekt het CBb per brief van 5 oktober 2011 aan Thuiszorgservice om kenbaar te maken of zij nog een uitspraak op het beroep wenst; de tijd is gekomen om de procedure af te ronden. Een begrijpelijk verzoek gezien het moderne streven naar zo kort mogelijke gemiddelde doorlooptijden van bestuursrechters.

Thuiszorgservice kan dus niet langer afwachten of de marktplaats in haar voordeel zal uitpakken en kiest ervoor om het beroep dan maar voort te zetten. Dat is begrijpelijk nu Thuiszorgservice wel van HWW te horen heeft gekregen

dat de laatste vooralsnog in onderhandeling is getreden met een andere mogelijke overnamekandidaat.

Wel wijzigt Thuiszorgservice haar vordering. Zij verzoekt het CBb niet langer om de terugvordering van de steun te gelasten, maar om de beslissing op bezwaar te vernietigen en de zaak terug te wijzen naar de Zorgautoriteit om een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen, 'met inachtneming van alle betrokken belangen, mede in het licht van het verloop van de marktplaats en eventueel na sonderen met de Europese Commissie.'

In deze verrassende uitspraak acht het CBb het beroep niet-ontvankelijk wegens het ontbreken van procesbelang. Het verzoek van Thuiszorgservice om te volstaan met de vernietiging van de beslissing op bezwaar op grond van het staatssteunrecht zou niet kunnen worden ingewilligd zonder in strijd te komen met de taak van de nationale rechter om in dit soort gevallen zodanige maatregelen te nemen dat de toestand van vóór de steunverlening wordt hersteld. Volgens vaste Europese jurisprudentie is het namelijk zijn taak om terugbetaling van onrechtmatige steun te gelasten. Thuiszorgservice zou zich met de procedure echter uitsluitend richten op een antwoord van de nationale rechter op de — in dit geval academische — vraag of het bestreden besluit staatssteun betreft, dan wel op het behouden van een versterkte onderhandelingspositie bij de marktplaats.

Zodoende is niet voldaan aan het vereiste dat het doel dat Thuiszorgservice met het instellen van het beroep voor ogen staat ook met het beroep kan worden bereikt, aldus het CBb. Het beroep wordt daarom wegens het ontbreken van procesbelang niet ontvankelijk verklaard; Thuiszorgservice blijft met lege handen achter.

2. Procesbelang

Waarom is deze uitspraak verrassend? De eis van procesbelang is immers een onomstreden, zij het ongeschreven ontvankelijkheidseis onder het Awb bestuursprocesrecht? Deze strekt er volgens Schreuder-Vlasblom (Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, Deventer: Kluwer, 2011, p. 360) toe dat het middel (het ingediende beroep) kan leiden tot het daarmee beoogde doel: het ongedaan maken van een of meer rechtsgevolgen van het bestreden besluit of het nemen van een besluit met de voor appellant voor ogen staande rechtsgevolgen. Aan die eis lijkt het beroep van Thuiszorgservice te voldoen: zij vraagt om de vernietiging van de beslissing op bezwaar, daarmee zullen zeker rechtsgevolgen optreden die haar voor ogen staan. De Zorgautoriteit moet in dat geval opnieuw *ex nunc* beslissen op haar bezwaren, die in de kern zijn gericht op het niet transparant verlopen van de marktprocedure.

Algemeen erkend wordt ook dat rechtsmiddelen er niet zijn om over kwesties van slechts principiële aard een rechtsoordeel te krijgen en dat lijkt ook te gelden wanneer de stellingen van belanghebbende betrekking hebben op de toepassing van het Unierecht (vgl. HR 23 maart 2012, *AB* 2012/335, m.nt. Widdershoven). Daar lijkt het CBb op te duiden waar het in r.o. 5.8 spreekt over de puur als academisch te kwalificeren vraag of een besluit wel of niet staatssteun betreft. Dat het slechts een academische kwestie zou betreffen kunnen wij echter niet volgen; er was wel degelijk een actueel en reëel belang voor Thuiszorgservice om de beslissing op bezwaar vernietigd te zien. Daarmee zou de Zorgautoriteit zich immers opnieuw hebben moeten buigen over de vraag of steunverlening aan HWW niet leidt tot onaanvaardbare verstoring van de markt.

Het door het CBb gehanteerde argument dat *de vordering* van de Thuiszorgservice, inhoudende dat het College zou moeten volstaan met een vernietiging en niet zelf in de zaak zou moeten voorzien, moet leiden tot een niet-ontvankelijkheid, is lastig te plaatsen. Volgens de doctrine (zie Schreuder-Vlasblom 2011, p. 363) moet *de rechtsgang* tot het gewenste, althans een beter resultaat kunnen leiden. Die formulering past veel beter bij de ratio achter de eis van procesbelang: het is niet wenselijk dat nodeloos een beslag wordt gelegd op de beperkte capaciteit van het rechterlijk apparaat (Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag: Elsevier Juridisch, 2011, p. 582). In dit geval had eiseres belang bij een vernietiging van de beslissing op bezwaar ook als dat niet zou leiden tot het door haar (*primair*) beoogde doel, te weten hernieuwde aandacht van de Zorgautoriteit het liefst in overleg met de Europese Commissie (vgl. CBb 6 juni 2002, *AB* 2003/151).

Dat niet zou kunnen worden volstaan met een vernietiging omdat ingevolge het Europese recht en de Europese jurisprudentie van de nationale rechter onder dit soort omstandigheden een actievere houding wordt verwacht, is een tweede en heel andere kwestie. Indien dit juist is, zou dat niet betekenen dat Thuiszorgservice in casu geen procesbelang heeft, maar dat het CBb, indien schending van het staatssteunrecht wordt vastgesteld, eventueel niet kan voldoen aan haar verzoek om niet zelf in de zaak te voorzien omdat het Europese recht zich daartegen verzet. Dat roept de vraag op naar wat nu precies de taak is van nationale rechters in dit soort gevallen.

3. Rol van de nationale rechter in staatssteungeschillen

Het CBb zet zijn visie op zijn taak op grond van het Europese (staatssteun)recht opvallend helder uiteen. Uit Europese jurisprudentie leidt het College af dat het in beginsel gehouden is om steun die ten onrechte niet bij de Europese Commissie is gemeld, terug te laten betalen. Daarvan kan de nationale rechter slechts in uitzonderlijke omstandigheden afzien. Een uitspraak die ertoe strekt dat de verlener van onrechtmatige staatssteun het in zijn macht krijgt om het oordeel van de Europese Commissie over de verenigbaarheid daarvan af te wachten, terwijl de steun tot dat moment ongewijzigd in stand blijft, komt volgens het CBb in strijd met deze verplichting. Deze opvatting wijkt overigens af van de lijn die de Afdeling bestuursrechtspraak in dit soort gevallen hanteert. Zij gaat er vanuit dat in dit soort gevallen op grond van schending van art. 3:4 Awb de zaak mag worden teruggestuurd naar het bestuur, dat met inachtneming van de uitspraak een nieuw besluit moet nemen (vgl. ABRvS 17 december 2003, *AB* 2004/262, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden (*Martiniplaza*) en meer recent ABRvS 13 oktober 2010, *LJN* BO0270 (*NPO*)). De opvatting van het CBb, dat van de nationale rechter meer doortastendheid wordt verwacht, doet, op zijn minst op papier, meer recht aan de genoemde Europese jurisprudentie en sluit ook aan bij de opvattingen terzake van de Hoge Raad (HR 18 januari 2013, *AB* 2013/108).

Het is echter de vraag of de door het CBb genoemde Europese jurisprudentie wel is geschreven voor de hier voorliggende situatie. Ten eerste: de Europese jurisprudentie waarop het CBb zich baseert ziet niet op de situatie waarin een nationale rechter de terugvordering van steun moet bewerkstelligen wanneer de partij die daarbij belang heeft dat niet (zonder meer) wil. Wij kennen geen uitspraken die daar wel op zien. Een prejudiciële vraag over de rol van nationale rechters wanneer de belanghebbende (juist) niet om terugvordering van steun (maar om een andere maatregel) heeft verzocht zou op zijn plaats zijn geweest. Dat in een dergelijk geval het procesbelang zou ontbreken, lijkt ons niet voor de hand liggend. Het concrete resultaat daarvan is immers dat Thuiszorgservice met lege handen komt te staan en helemaal geen bescherming kan ontlenen aan het Europese staatssteunrecht, terwijl deze partij wellicht last heeft van concurrentievervalsing op de markt.

Ten tweede: Thuiszorgservice stelt zich op het standpunt dat de mededinging wordt vervalst voor zover HWW haar (gesubsidieerde) activiteiten niet verkoopt aan een commerciële partij op basis van een open marktprocedure en tegen een marktconforme prijs (r.o. 4.3). Ten tijde van de uitspraak is daarvan echter nog geen sprake, hoewel Thuiszorgservice vreest dat de aangekondigde 'marktplaats' niet zuiver zal verlopen. Voor zover ons bekend is heeft het Hof van Justitie ook nog geen uitspraak gedaan over de rol van de nationale rechter in het geval een maatregel *onder omstandigheden* als staatssteun moet worden gekwalificeerd. Ook daarover had het CBb dus een prejudiciële vraag kunnen stellen. Men kan echter ook redeneren langs een andere lijn: mogelijke toekomstige situaties zijn niet relevant. Het CBb dient dan te toetsen of de aan HWW verstrekte gelden een niet-marktconform voordeel opleveren, waarvoor de meldplicht geldt. De steun is al verstrekt en moet, als vast komt te staan dat deze kwalificeert als staatssteun, worden teruggevorderd. In het ergste geval zou het CBb dan het toekenningsbesluit moeten herroepen en de Zorgautoriteit moeten opdragen om de subsidie als onverschuldigd betaald terug te vorderen — een route met nogal ingrijpende rechtsgevolgen in een politiek gevoelig dossier die het CBb wellicht (voorlopig) heeft willen vermijden.

4. Waarom kiest het CBb deze terughoudende aanpak?

Kortom: dat het CBb het beroep niet-ontvankelijk heeft verklaard is ook op basis van de Europese jurisprudentie niet vanzelfsprekend. Wij kunnen ons voorstellen dat het College om verschillende redenen heeft gekozen voor een meer terughoudende aanpak. Over de vermeende steun is in casu al een klacht ingediend bij de Europese Commissie. Hoewel de nationale rechter niet om deze reden van een inhoudelijke beoordeling mag afzien, zal hij de Commissie ook niet voor de voeten willen lopen. Daar komt bij dat de Commissie klaarblijkelijk heeft ingestemd met het verzoek van Thuiszorgservice om de behandeling van de klacht tot nader order aan te houden; zij heeft althans gedurende zeker twee jaren geen beslissing over de klacht genomen. Het is dan verleidelijk om te denken dat het probleem ook zonder ingrijpen van de rechter wel zal worden opgelost. Als het CBb zou vaststellen dat de meldplicht inderdaad is geschonden, zou het daarnaast moeten ingrijpen in een dossier dat als gezegd politiek zeer gevoelig ligt. Dat blijkt al uit het feit dat de Staatssecretaris er vragen over kreeg vanuit de Tweede Kamer (Brief van 15 december 2009, Kamerstukken II 2009/10, 26 631, nr. 323). Tot slot zal zeker ook een rol spelen dat Thuiszorgservice in eerste instantie zelf uitdrukkelijk heeft verzocht om niet de terugvordering van de steun te gelasten omdat de mogelijke consequenties van een acute terugvordering maatschappelijk onaanvaardbaar zouden

zijn (r.o. 4.2).

Maar had het CBb hier niet kool én geit kunnen sparen? Uit het arrest *Residex* (HvJ EU 8 december 2011, nr. C-275/10, r.o. 46) volgt dat het de nationale rechter in beginsel vrij staat hoe hij de terugvordering bewerkstelligt. Zoals Thuiszorgservice heeft betoogd, is het zeker denkbaar dat terugvordering in dit geval zou kunnen bestaan uit de verkoop van de gesubsidieerde activiteiten tegen de marktprijs. In een dergelijk geval wordt de koper van de activiteiten geacht geen voordeel te hebben genoten, nu het steunelement uit de subsidie is meegerekend in de aankoopprijs (vgl. HvJ EU 29 april 2004, nr. C-277/00 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 80). Deze oplossing veronderstelt wel dat de betaalde marktprijs terugvloeit naar de overheid. Langs deze lijn zou het CBb dus de beslissing op bezwaar hebben kunnen vernietigen zoals gevraagd en aan de Zorgautoriteit kunnen opdragen om met inachtneming van zijn uitspraak een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen waarin de marktconforme verkoop van de gesubsidieerde activiteiten wordt gewaarborgd.

5. Is het staatssteunrecht wel geschikt voor toepassing door nationale rechters?

Dit is niet de enige zaak waaruit blijkt dat het voor benadeelden lastig is om hun rechten op grond van het staatssteunrecht gerealiseerd te krijgen voor de Nederlandse (bestuurs-) rechter. Wij wijzen als voorbeeld op ABRvS 17 augustus 2011, *AB* 2011/316, m.nt. W. den Ouden en ABRvS 6 februari 2013, *LJN* BZ0794 (*Vogelaar II*, die binnenkort in de *AB* zal worden becommentarieerd). Dat is niet gek: een beroep op het staatssteunrecht betekent dat de rechter wordt geconfronteerd met vaak ingewikkelde feitencomplexen die een economische analyse en een gedegen kennis van Europese rechtspraak en soft law vergen. Bovendien blijkt dat een beroep op de staatssteunregels juist vaak wordt gedaan in zaken die niet goed aansluiten op het klassieke systeem waarvoor het staatssteunrecht is geschreven: partij A ontvangt een voordeel, partij B ondervindt daarvan concurrentieschade, partij A moet het voordeel met rente terugbetalen (zie P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. VU) 2006). Zaken als deze laten zien dat concurrentievervalsing vaak veel complexere vormen aanneemt, waarin de enkele terugvordering van niet gemelde staatssteun een nogal botte bijl is die nationale rechters niet graag hanteren, zeker niet in gevallen waarin de Europese Commissie al op de hoogte is van vermeende misstanden. Steeds duidelijker wordt dat het staatssteunrecht weinig geschikt is om de diverse, ingewikkelde vormen van marktverstoring door overheidsmiddelen aan te pakken. Gevolg daarvan is wel dat de door de Europese instelling zo vurig gewenste handhaving voor nationale rechters nogal eens een wassen neus blijkt te zijn. Dat is jammer, want de betrokken concurrentiebelangen zijn reëel. Daarbij hoeft terugvordering volgens ons geen botte bijl te zijn, met een beetje creativiteit is een genuanceerdere benadering wel mogelijk, desnoods na het stellen van vragen aan de Commissie of het Hof.

Voetnoten

Voetnoten

[*] Alke Metselaar is promovenda bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.