



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: ABRvS 2006-01-11

Ouden, W. den

Citation

Ouden, W. den. (2006). Annotation: ABRvS 2006-01-11. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/22817>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/22817>

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

AB 2006, 208: Intrekking BPM-subsidies; noch de bevoegdheid tot het intrekken van subsidiebesluiten, noch de bevoegdheid tot het vorderen van rente...

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

Instantie:	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State	Datum:	11 januari 2006
Magistraten:	-	Zaaknr:	200410578/1
Conclusie:	-	LJN:	AU9416
Noot:	W. den Ouden	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:RVS:2006:AU9416, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 11-01-2006		

Wetgeving: EG-Verdrag art. 88; Awb art. 4:49; Awb art. 4:57

Brondocument: ABRvS, 11-01-2006, nr 200410578/1

Essentie

Intrekking BPM-subsidies; noch de bevoegdheid tot het intrekken van subsidiebesluiten, noch de bevoegdheid tot het vorderen van rente over onverschuldigd betaalde subsidiebedragen vloeit voort uit het gemeenschapsrecht inzake staatssteun; geen uitzonderlijke omstandigheden die het ingeroepen vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun wettigen.

Samenvatting

In de onderhavige procedure heeft de beschikking van de Commissie als uitgangspunt te gelden. Niet in geschil is derhalve dat sprake is van ongeoorloofde staatssteun en dat de Staat verplicht is tot terugvordering. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen vindt terugvordering van onwettige steun plaats op de wijze voorzien in het nationale recht, mits de door het gemeenschapsrecht verlangde terugvordering door het nationale recht niet praktisch onmogelijk dan wel uiterst moeilijk wordt gemaakt. Naar nationaal recht dient tot intrekking van het besluit tot subsidievaststelling van 23 februari 1998 te worden overgegaan alvorens kan worden teruggevorderd. De bevoegdheid tot intrekking van de subsidie vloeit niet rechtstreeks voort uit het gemeenschapsrecht, maar vereist een grondslag in het nationale recht. De bevoegdheid tot het vorderen van rente heeft de minister ontleend aan art. 14 lid 2 Verordening nr. 659/1999. Deze bepaling heeft weliswaar rechtstreekse werking, maar deze strekt niet tot het scheppen van een bevoegdheid van de minister tot het vorderen van rente bij onrechtmatig verstrekte steun. Ook de beschikking van de Commissie biedt niet een zodanige bevoegdheidsgrondslag. De Afdeling is van oordeel dat het door appellante gestelde geen uitzonderlijke omstandigheid oplevert die het ingeroepen vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun wettigt.

Partij(en)

Appellante, te X, tegen de uitspraak in zaak nr. AWB 03/2581 van de Rb. 's-Hertogenbosch van 26 november 2004 in het geding tussen:

appellante

en

de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit.

Bewerkte uitspraak

Uitspraak

1. Procesverloop

Bij besluit van 3 augustus 2001 heeft de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij (thans de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, de minister) het besluit van 23 februari 1998 tot vaststelling van de aan appellante bij besluit van 27 juli 1995 op grond van de Bijdrageregeling proefprojecten mestverwerking (de BPM) toegekende subsidie ingetrokken en het subsidiebedrag van f 278 250 (€ 126 264,34), vermeerderd met de toepasselijke referentierente van f 56 496,63 (€ 25 637,05), teruggevorderd.

Bij besluit van 6 augustus 2003 heeft de minister het daartegen door appellante gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij besluit van 5 april 2004 heeft de minister de motivering van het besluit van 6 augustus 2003 op onderdelen gewijzigd.

Bij uitspraak van 26 november 2004, verzonden op 29 november 2004, heeft de Rb. 's-Hertogenbosch (de rechtbank), voorzover thans van belang, het daartegen door appellante ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen, *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appellante bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 24 december 2004, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 24 januari 2005. Laatstgenoemde brief is aangehecht (niet opgenomen, *red.*).

Bij brief van 13 mei 2005 heeft de minister van antwoord gediend.

Na sluiting van het vooronderzoek heeft de minister bij brief van 29 augustus 2005 nadere stukken ingediend. De Afdeling heeft de zaak, gevoegd met zaak nr. 200503463/1, ter zitting behandeld op 6 september 2005, waar appellante, vertegenwoordigd door mr. G.A. van der Veen, advocaat te Breda, en de minister, vertegenwoordigd door mr. K.J. Oost en mr. P.H.M. van Beukering, beiden ambtenaar van het departement, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1 Ingevolge art. 2 lid 1 BPM, kan de minister op verzoek een bijdrage verlenen in de investeringskosten van verwerkingsinstallaties voor pluimveemest, beproevingsinstallaties, proeffabrieken en voorzuiveringsinstallaties die naar zijn oordeel van belang zijn voor de ontwikkeling van de mestverwerking in Nederland, in het bijzonder de industriële verwerking. Tevens kan de minister op verzoek een bijdrage verlenen in de investeringskosten voor grootschalige opslag- en daarbij behorende overslagfaciliteiten van pluimveemestopslag.

Ingevolge art. 15 lid 4 BPM, kunnen aanvragen tot en met 31 december 1994 worden ingediend.

Ingevolge art. 16 BPM, ontstaat het recht op een bijdrage pas indien de Commissie van de Europese Gemeenschappen hiertegen geen bezwaar maakt.

Ingevolge art. 88 lid 3 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG), wordt de Commissie van de Europese Gemeenschappen (de Commissie) van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens art. 87 onvereenigbaar is met de gemeenschappelijke 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.

Ingevolge art. 14 lid 1 Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van art. 93 (thans art. 88) EG (*PbEG* L83 van 27 maart 1999; Verordening nr. 659/1999) beschikt de Commissie, indien negatieve beschikkingen worden gegeven in gevallen van onrechtmatige steun, dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen ('terugvorderingsbeschikking'). De Commissie verlangt geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht.

Ingevolge het tweede lid van dit artikel omvat de op grond van een terugvorderingsbeschikking terug te vorderen steun rente tegen een door de Commissie vastgesteld passend percentage. De rente is betaalbaar vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun.

Ingevolge het derde lid, voorzover thans van belang, dient terugvordering onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaat te geschieden, voorzover die procedures een onverwijld en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie toelaten.

- 2.2** Bij besluit van 27 juli 1995 is aan appellante een subsidie verleend voor een bedrag van f 278 250 (€ 126 264,34) voor een beproevingsinstallatie op grond van de BPM. Bij besluit van 23 februari 1998 is de subsidie conform de verlening vastgesteld. Bij beschikking 2001/521/EG van 13 december 2000 (nr. C (2000) 4070) heeft de Commissie besloten dat — onder meer — deze steunmaatregel, die niet onder een goedgekeurde en nog van kracht zijnde steunregeling viel aangezien de BPM in 1994 afliep, onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en dat Nederland alle nodige maatregelen moet nemen om de reeds onwettig ter beschikking gestelde steun van de begunstigten terug te vorderen. De terug te vorderen steun omvat de rente vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun de begunstigde ter beschikking is gesteld tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling van de steun. De rente wordt berekend op grond van de referentievoet welke wordt gehanteerd voor de berekening van het subsidie-equivalent in het kader van regionale steunregelingen.

Ter uitvoering van deze beschikking van de Commissie heeft de minister het besluit van 3 augustus 2001 genomen, dat bij de bestreden beslissing op bezwaar van 5 april 2004 is gehandhaafd.

- 2.3** In de onderhavige procedure heeft de beschikking van de Commissie als uitgangspunt te gelden. Niet in geschil is derhalve dat sprake is van ongeoorloofde staatssteun en dat de Staat verplicht is tot terugvordering. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het Hof) — onder meer in de arresten van 21 maart 1990 in zaak nr. zaak C-142/87 (Commissie/België; *Jur.* EG 1990, p. I-959) en van 20 september 1990 in zaak nr. C-5/89 (Commissie/Duitsland; *Jur.* EG 1990, p. I-3437) — vindt terugvordering van onwettige steun plaats op de wijze voorzien in het nationale recht, mits de door het gemeenschapsrecht verlangde terugvordering door het nationale recht niet praktisch onmogelijk dan wel uiterst moeilijk wordt gemaakt.

Naar nationaal recht dient tot intrekking van het besluit tot subsidievaststelling van 23 februari 1998 te worden overgegaan alvorens kan worden teruggevorderd. De bevoegdheid tot intrekking van de subsidie vloeit niet rechtstreeks voort uit het gemeenschapsrecht, maar vereist een grondslag in het nationale recht.

- 2.4** Op de intrekking en terugvordering van een subsidie die is verleend of vastgesteld voor 1 januari 1998 is ingevolge art. III lid 1 Wet van 20 juni 1996 ter aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (de Awb) (Derde tranche Awb; *Stb.* 1996, 333) het recht van toepassing, zoals dat gold voor de inwerkingtreding van titel 4.2 Awb. De minister heeft in het besluit van 5 april 2004 de bevoegdheid tot intrekking gebaseerd op art. 4:49 Awb, waarbij in beroep bij de rechtbank is aangegeven dat het bepaalde in het eerste lid, onder a, van toepassing is. Hieraan kan de minister evenwel geen bevoegdheid ontleen, nu de subsidie is verleend bij besluit van 27 juli 1995, mitsdien voor de inwerkingtreding van titel 4.2 van de Awb op 1 januari 1998. De minister heeft dit artikel dan ook ten onrechte als bevoegdheidsgrondslag voor de intrekking van de vastgestelde subsidie gehanteerd. Het besluit van 5 april 2004 is in zoverre ondeugdelijk gemotiveerd. De Afdeling constateert dat de minister het bestreden besluit op geen andere bevoegdheidsgrondslag heeft gebaseerd.

Gelet hierop heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat de minister terecht en op goede gronden is overgegaan tot intrekking van de aan appellante op 27 juli 1995 op basis van de BPM verleende subsidie en heeft zij het besluit van 5 april 2004 ten onrechte niet wegens strijd met art. 7:12 Awb vernietigd.

- 2.5** Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het door appellante bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond verklaren en de beslissing op bezwaar van 5 april 2004 vernietigen wegens strijd met art. 7:12 Awb. Aangezien door deze vernietiging het besluit van 6 augustus 2003 herleeft en aan dit besluit hetzelfde gebrek kleeft, dient ook dit besluit te worden vernietigd.

Gelet op hetgeen partijen naar aanleiding van de overwegingen van de rechtbank voor het overige hebben aangevoerd, zal de Afdeling hierna beoordelen of er aanleiding bestaat om zelf in de zaak te voorzien,

teneinde tot een finale beslechting van het reeds lang lopende geschil te komen.

- 2.6** Wat betreft de bevoegdheid tot de intrekking van de vastgestelde subsidie, gold ten tijde van belang in het — ongeschreven — bestuursrecht als uitgangspunt dat aan het betrokken bestuursorgaan in beginsel niet de bevoegdheid kan worden ontzegd een begunstigende beschikking met terugwerkende kracht in te trekken indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven. De toelaatbaarheid daarvan werd en wordt begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel. Op grond hiervan en in aanmerking genomen het in de in overweging 2.3 vermelde rechtspraak van het Hof erkende effectiviteitsbeginsel alsmede het in art. 10 EG-Verdrag verankerde beginsel van de gemeenschapstrouw, is de Afdeling van oordeel dat de minister bevoegd en ook gehouden was de subsidie vaststelling met terugwerkende kracht in te trekken. Nu het daartoe strekkende besluit tot rechtsgevolg heeft dat de verleende subsidie onverschuldigd is betaald, is de minister uit hoofde van het algemene, ook in het bestuursrecht geldende, rechtsbeginsel dat hetgeen onverschuldigd is betaald kan worden teruggevorderd, tevens bevoegd het reeds betaalde subsidiebedrag terug te vorderen, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 21 oktober 1996 in zaak nr. H01.96.0142 (*AB* 1996, 496).
- 2.7** Appellante heeft zich, ten betoge dat de minister in dit geval van de terugvorderingsbevoegdheid geen gebruik heeft mogen maken, op het standpunt gesteld dat de minister bij haar het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat de Commissie de subsidieverlening had goedgekeurd, zodat zij zich als behoedzaam ondernemer er niet van behoefde te vergewissen of de subsidie met inachtneming van art. 88 EG-Verdrag was toegekend. Uit het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 14 januari 2004 in zaak nr. T-109/01 (*Fleuren Compost; AB* 2004, 411) volgt volgens appellante dat art. 16 BPM een beroep op het nationale vertrouwensbeginsel, gewekt door een nationaal bestuursorgaan, niet uitsluit. Daartoe voert appellante allereerst aan dat de minister haar niet heeft ingelicht over de bedenkingen die de Commissie reeds ten tijde van het besluit van 27 juli 1995 had bij subsidieverlening op grond van de BPM na 1 januari 1995. Voorts heeft de minister appellante doen geloven dat de Commissie met de subsidieverlening had ingestemd door de subsidie op 23 februari 1998 conform de verlening vast te stellen en daaraan de mededeling toe te voegen dat appellante de subsidie daarmee als afgehandeld kon beschouwen. Tot slot heeft de minister in de toelichting in de *Staatscourant* op de wijziging van de BPM van 13 oktober 1994, die mede betrekking had op art. 15 lid 4 BPM, de indruk gewekt dat subsidieverlening op grond van de BPM door de Commissie was goedgekeurd, aldus appellante.
- 2.7.1** Volgens de rechtspraak van het Hof (onder andere in voormeld arrest van 20 september 1990 en het arrest van 20 maart 1997 in zaak no. C-24/95 (*Alcan; Jur. EG* 1997, p. I-1591)) kunnen ondernemingen die steun genieten, gelet op het dwingende karakter van het door de Commissie krachtens art. 93 (thans art. 88 EG-Verdrag) uitgeoefende toezicht op de steunmaatregelen van de staten, in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen koesteren in de rechtmatigheid van de steun, wanneer de steun met inachtneming van de procedure in dat artikel is toegekend. Een behoedzaam ondernemer zal normaliter in staat zijn zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd. De omstandigheid dat subsidie is verleend, zonder dat de procedure van art. 88, derde lid EG-Verdrag is gevolgd, kan er gelet op deze jurisprudentie derhalve niet toe leiden, dat zou moeten worden afgezien van terugvordering van onrechtmatig verleende steun.

Het beroep van appellante op het gerechtvaardigd vertrouwen dat de Commissie met de subsidiëring had ingestemd, dat zij zegt te hebben ontleend aan de uitlatingen van de minister in het kader van de verlening en vaststelling van de subsidie en aan de publicatie in de *Staatscourant* en dat door de minister in stand zou zijn gehouden door appellante niet te informeren over de demarches van de Commissie, kan haar niet baten, reeds omdat het in deze procedure gaat om de vraag of sprake is van zeer bijzondere omstandigheden waaronder het appellante niet valt toe te rekenen dat zij zich er harerzijds niet van heeft vergewist of de Commissie op juiste wijze in de subsidiëring was gekend. Uit de jurisprudentie van het Hof volgt dat er in zoverre een zelfstandige verantwoordelijkheid rustte op appellante. Dat de minister er, op welke gronden ook, indertijd van is uitgegaan dat de subsidiëring zich verdroeg met materieel en formeel communautair recht blijkt reeds uit de verlening en vaststelling van de subsidie ten behoeve van het project van appellante. Evenbedoelde zelfstandige verantwoordelijkheid van appellante staat er aan in de weg om hetgeen de minister over de gronden van dat oordeel kenbaar heeft gemaakt reeds voldoende te achten voor het aannemen van zeer bijzondere omstandigheden. Het door de minister bij appellante mogelijk gewekte vertrouwen vormde voor haar immers geen

belemmering om — eventueel direct bij de Commissie — te informeren of de Commissie op juiste wijze in de subsidiëring was gekend. Appellante heeft dit nagelaten. Ook heeft appellante in het voor haar kenbare art. 16 BPM geen aanleiding gezien nader bij de Commissie te informeren.

Gelet op voormelde jurisprudentie is de Afdeling onder deze omstandigheden van oordeel dat het door appellante gestelde geen uitzonderlijke omstandigheid oplevert die het ingeroepen vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun wettigt. De grief faalt.

- 2.8** Voorts heeft appellante zich op het standpunt gesteld dat er geen nationale publiekrechtelijke bevoegdheid bestaat voor de vordering van referentierente. Evenmin bieden art. 87 lid 1 EG-Verdrag, de beschikking van de Commissie dan wel Verordening nr. 659/1999 volgens appellante een dergelijke bevoegdheidsgrondslag aan de minister.
- 2.8.1** Voor het vorderen van wettelijke rente is, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 10 juli 2002 in zaak nr. 200002635/1 (*AB* 2003, 123), een specifieke publiekrechtelijke grondslag vereist. De bevoegdheid tot het vorderen van rente heeft de minister ontleend aan art. 14 lid 2 Verordening nr. 659/1999. Deze bepaling heeft weliswaar rechtstreekse werking, maar deze strekt niet tot het scheppen van een bevoegdheid van de minister tot het vorderen van rente bij onrechtmatig verstrekte steun. Ook de beschikking van de Commissie biedt niet een zodanige bevoegdheidsgrondslag. Artikel 87 lid 1 EG-Verdrag, strekt evenmin zover dat de minister daaraan rechtstreeks een bevoegdheid kan ontlene tot het vorderen van wettelijke rente bij ten onrechte verstrekte subsidie, zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak van 4 mei 2005 in zaak nr. 200405506/1 (*AB* 2005, 395). Daartoe is bij gebreke van een grondslag van communautair recht een grondslag in het nationale recht vereist die de bevoegdheid tot het vorderen van rente aan de minister toekent. Bij gebreke van een publiekrechtelijke grondslag voor het bij beschikking vorderen van rente, kan een dergelijke vordering slechts worden gebaseerd op het burgerlijk recht. Nu de minister ten onrechte heeft gemeend een publiekrechtelijke bevoegdheid tot vordering van referentierente te hebben, is het bezwaar in zoverre gegrond.
- 2.9** Gelet op het vorenoverwogene kan de minister na vernietiging van het besluit van 5 april 2004 rechtens slechts één besluit nemen. Daarom ziet de Afdeling aanleiding om met toepassing van art. 8:72 lid 4 Awb, zelf in de zaak te voorzien in die zin dat het bezwaar tegen het besluit van 3 augustus 2001 gegrond wordt verklaard, voorzover het de vordering van de referentierente betreft en het besluit van 3 augustus 2001 wordt herroepen, voorzover het de vordering betreft van de referentierente voor een bedrag van € 25 637,05 (f 56 496,63) en dat het bezwaar voor het overige ongegrond wordt verklaard.
- 2.10** De minister dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;
recht doende:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de Rb. 's-Hertogenbosch van 26 november 2004, zaak nr. AWB 03/2581;
- III. verklaart het door appellante bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;
- IV. vernietigt het besluit van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit van 5 april 2004, kenmerk TRCJZ/2004/2918, alsmede het besluit van 6 augustus 2003, kenmerk TRCJZ/2003/6180;
- V. verklaart het bezwaar gegrond, voorzover het de vordering van de referentierente voor een bedrag van € 25 637,05 (f 56 496,63) betreft;
- VI. herroept het besluit van de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij van 3 augustus 2001, kenmerk TRCDL/2001/3387, in zoverre;
- VII. verklaart het bezwaar voor het overige ongegrond;
- VIII. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit;
- IX. veroordeelt de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit tot vergoeding van bij appellante in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1288 (zegge: twaalfhonderdachtentachtig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand; het dient door de Staat der Nederlanden (ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit) aan appellante onder vermelding van het zaaknummer te worden betaald;

- X. gelast dat de Staat der Nederlanden (ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit) aan appellante het door haar voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep betaalde griffierecht ten bedrage van totaal € 641 (zegge: zeshonderdeenveertig euro) vergoedt.

Noot

Auteur: W. den Ouden

NOOT

- 1 In deze zaak speelt de vraag of Nederlandse bestuursorganen (rechtstreeks) bevoegdheden kunnen ontlene aan het Europese recht een belangrijke rol. Het betreft in het bijzonder de bevoegdheid tot het intrekken van subsidiebesluiten en de bevoegdheid tot het vorderen van wettelijke rente over teruggevorderde subsidiebedragen. Het antwoord dat de Afdeling bestuursrechtspraak geeft is volstrekt helder. In situaties waarin de Europese Commissie de lidstaat Nederland beveelt bepaalde subsidies terug te vorderen omdat zij onrechtmatige staatssteun inhouden, vloeit noch de bevoegdheid om subsidiebesluiten in te trekken, noch de bevoegdheid tot het vorderen van rente rechtstreeks voort uit het gemeenschapsrecht. Een grondslag in het Nederlandse recht is dan vereist om een bestuursbevoegdheid aan te kunnen nemen.
- 2 Om deze uitspraak goed te kunnen plaatsen volgt eerst een korte schets van de voorgeschiedenis. Het aan de Afdeling voorgelegde geschil had betrekking op de subsidies die door de Minister van LNV werden verstrekt op basis van de Bijdrageregeling proefprojecten mestverwerking (BPM). Deze regeling werd indertijd voorgelegd aan de Europese Commissie in het kader van de Europeesrechtelijke regels inzake staatssteun en door haar voor een bepaalde periode goedgekeurd. Die termijn werd later door de Commissie nog eenmaal verlengd tot 1 januari 1995. Echter, ook nadat deze verlengde termijn was verstreken werden er nog subsidies op basis van de BPM verstrekt. De Commissie ontving daarover klachten van concurrenten van de ontvangers van de BPM-subsidies. Zij oordeelde na onderzoek dat de BPM-subsidies die buiten de goedgekeurde termijn werden verstrekt niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar waren. In een beschikking van 13 december 2000 (2001/521/EG) werd het Koninkrijk der Nederlanden gelast de betreffende subsidies, inclusief rente, terug te vorderen bij zes bij naam genoemde subsidieontvangers, om zo de marktsituatie zoals deze was voordat de onrechtmatige steun werd verstrekt te herstellen. Eén van de zes subsidieontvangers, Fleuren Compost BV, vocht de commissiebeschikking aan voor het GvEA EG. Als belangrijkste argument voerde Fleuren aan dat terugvordering van de BPM-subsidie door de Minister van LNV in strijd zou komen met het (europeesrechtelijke) vertrouwensbeginsel. Dit omdat in de Staatscourant (*Stcrt.* 1994, 201) een wijziging van de BPM was gepubliceerd door diezelfde Minister van LNV, waarbij in de toelichting werd gemeld dat voor 1995 ingediende aanvragen zouden vallen onder een goedkeuringsbesluit van de Commissie. Fleuren had nog voor 1995 subsidie aangevraagd en ook voor die datum een schrijven ontvangen waaruit bleek dat de aanvraag in behandeling was genomen. Het Gerecht oordeelde dat deze informatieverstrekking weliswaar 'betreurenswaardig' was, maar niet kon leiden tot gewettigd vertrouwen bij Fleuren *jegens de Commissie*. Het bericht in de Staatscourant kon dus aan de rechtmatigheid van de commissiebeschikking — die bij het GvEA ter discussie stond — niets af doen. (GvEA EG 14 januari 2004, *AB* 2004, 411 (m.nt. AdMvV)).
- 3 Ook in de nationale procedures die volgden op de intrekings- en terugvorderingsbesluiten die de minister nam om uitvoering te geven aan de commissiebeschikking, hadden de subsidieontvangers weinig succes. Zowel de Rb. Rotterdam (11 maart 2005) als de Rb. Den Bosch (26 november 2004, LJN-nr. AR6630) oordeelde hun beroep ongegrond. In beide uitspraken werd wat ik hier maar even de 'verplichting is bevoegdheid-theorie' noem gebruikt. Die theorie houdt in dat nu met het genoemde arrest van het GvEA in rechte is vast komen te staan dat de BPM-subsidies onrechtmatig verstrekte staatssteun inhouden en de minister derhalve tot intrekking en terugvordering, inclusief rente, is verplicht, hij daartoe ook bevoegd moet worden geacht. Anders kan immers niet worden voldaan aan de eis van gemeenschapstrouw (art. 10 EG-

Verdrag) en het effectiviteits- of doeltreffendheidsbeginsel. Wanneer een nationale bevoegdheidsgrondslag ontbreekt, moeten bestuursbevoegdheden waarmee de commissiebeschikking ten uitvoer kan worden gelegd dus worden afgeleid uit het communautaire recht.

Ook in de literatuur vinden we dergelijke gedachten terug. Zo meent P.C. Adriaanse, die onlangs promoveerde op een onderzoek naar 'Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun' (diss. VU 2006), dat de bevoegdheid tot het intrekken en terugvorderen van onrechtmatig verleende steun, inclusief rente, zonodig ook rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht kan worden afgeleid, zodat het ontbreken van een nationale bevoegdheid geen belemmering hoeft te vormen om aan communautaire verplichtingen op dit vlak te kunnen voldoen. Uitgaande van gedeeld bestuur in een geïntegreerde rechtsorde meent hij dat deze bevoegdheid van nationale autoriteiten moet worden gezien in nauwe samenhang met de bevoegdheid van de Commissie tot het nemen van beschikkingen waarin terugvordering wordt bevolen, welke haar grondslag vindt in Verordening (EG) 659/1999 (veelal de Procedureverordening genoemd). Ook Voermans komt in zijn oratie tot de conclusie dat er weinig bezwaren bestaan tegen de gedachte dat EG-verordeningen een bevoegdheidsbasis binnen de Nederlandse rechtsorde kunnen scheppen. Zijn stelling is dat er geen rechtsregels in de weg staan aan de communautaire attributie van bevoegdheden aan nationale autoriteiten, dat Nederlandse bestuursorganen in de praktijk nu al rechtstreeks op grond van het EG-recht bevoegdheden uitoefenen en dat het met de democratische legitimatie van EG-verordeningen helemaal niet zo slecht is gesteld als velen aannemen (W. Voermans, Toedeling van bevoegdheid, oratie UL 2003, p. 31 e.v.) Hij stelt onder meer dat 'Als in het Nederlandse recht bestuursbevoegdheden kunnen rusten op ongeschreven rechtsbeginselen (...) ze zeker ook (kunnen) rusten op geschreven communautaire wetgeving'.

- 4 De Afdeling redeneert anders. Eerst stelt zij onder punt 2.3 vast dat de beschikking van de Commissie als uitgangspunt moet gelden, dit naar ik aanneem omdat het GvEA EG de rechtmatigheid daarvan heeft vastgesteld. Dit uitgangspunt geldt overigens ook wanneer een commissiebeschikking niet door de ontvanger van de als onrechtmatig aangemerkte staatssteun is aangevochten; na afloop van de beroepstermijn wordt deze beschikking onaantastbaar en kan de rechtmatigheid daarvan niet meer voor de nationale rechter ter discussie worden gesteld (HvJ EG 9 maart 1994, zaak C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf). Vervolgens wijst de Afdeling op Europese jurisprudentie waarin de (grenzen van de) procedurele autonomie van de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van het communautaire staatssteunrecht worden aangewezen. Daaruit volgt dat de terugvordering van onwettige steun plaatsvindt op de wijze voorzien in het nationale recht, mits de door het gemeenschapsrecht verlangde terugvordering niet praktisch onmogelijk dan wel uiterst moeilijk wordt gemaakt (vgl. art. 14, lid 3 Procedureverordening). Nadat de Afdeling heeft vastgesteld dat naar Nederlands recht eerst een intrekking van het besluit waarbij de subsidie werd vastgesteld moet plaatsvinden voordat tot terugvordering van de gelden kan worden overgegaan volgt een korte maar krachtige conclusie. 'De bevoegdheid tot intrekking van de subsidie vloeit niet rechtstreeks voort uit het gemeenschapsrecht, maar vereist een grondslag in het nationale recht.' Kennelijk voelt de Afdeling er niets voor om het communautaire recht inzake staatssteun — waarin de Commissie allerlei bevoegdheden zijn toegekend waarmee de lidstaten kunnen worden gebonden en dat de lidstaten ook rechtstreeks verplichtingen oplegt — te beschouwen als de bevoegdheidsgrondslag die het Nederlandse legaliteitsbeginsel verlangt voor het binden van particulieren. En daar valt veel voor te zeggen. Immers, met Jans, de Lange, Prechal en Widdershoven (Inleiding tot het Europees bestuursrecht, AAeL 2002, p. 47 e.v.), kan men stellen dat de taken die de betrokken Nederlandse bestuursorganen moeten vervullen weliswaar voortvloeien uit het gemeenschapsrecht, maar dat de noodzakelijke bevoegdheidstoekenning nooit heeft plaatsgevonden. En die is wel nodig nu (in casu) de Minister van LNV geen gemeenschapsorgaan is.
- 5 De door de Afdeling gekozen invulling van het Nederlandse legaliteitsbeginsel kan de vraag oproepen of zij niet in strijd komt met de plicht tot gemeenschapstrouw (art. 10 EG-Verdrag). Deze verplichting gaat m.i. niet zover dat de nationale rechter bij gebrek aan een nationale bevoegdheidsgrondslag, een bevoegdheid op grond van het communautaire recht *moet* aannemen. Wel rust op de lidstaat op grond van art. 10 EG-Verdrag de verplichting om wetgeving die in strijd komt met het EG-recht aan te passen (HvJ EG, C-338/91, Steenhorst-Neerings). Van daaruit lijkt het geen grote stap om aan te nemen dat er, daar waar nationale bevoegdheden op grond waarvan aan communautaire verplichtingen kan worden voldaan ontbreken, een plicht bestaat deze bevoegdheden zo spoedig mogelijk via de daarvoor geldende nationale wetgevingsprocedures aan nationale autoriteiten toe te delen.

6 Uit deze uitspraak blijkt echter dat dat voor de intrekking van subsidiebesluiten en de terugvordering van al uitbetaalde gelden niet nodig is. Sinds 1998 zijn voor de intrekking van verlenings- en vaststellingsbeschikkingen verschillende bevoegdheden neergelegd in de subsidietitel van de Awb (afd. 4.2.6 Awb). Dat deze bevoegdheden in casu niet kunnen worden toegepast omdat de gewraakte subsidie al voor 1998 is verleend, blijkt geen probleem: ook voor 1998 gold volgens de Afdeling het ongeschreven uitgangspunt 'dat aan het betrokken bestuursorgaan in beginsel niet de bevoegdheid kan worden ontzegd een begunstigende beschikking met terugwerkende kracht in te trekken indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven' (punt 2.6). Die formulering is wel wat aan de ruime kant. In eerdere jurisprudentie nam de Afdeling aan dat een subsidiebesluit zonder expliciete wettelijke bevoegdheid kan worden ingetrokken 'indien de voor haar verkrijging verstrekte gegevens zodanig onjuist of onvolledig blijken te zijn dat op de aanvraag een andere beslissing zou zijn genomen, als bij de beoordeling ervan de juiste gegevens volledig bekend zouden zijn geweest (ABRvS 8 februari 2000, AB 2001, 118). Datzelfde geldt volgens ABRvS 14 januari 2000 (JB 2000, 65) in gevallen waarin als de subsidiënt de subsidie voor een ander doel heeft aangewend dan waarvoor zij was verleend. Deze jurisprudentie wordt nu opgerekt met de ongeschreven bevoegdheid dat subsidiebesluiten die leiden tot onrechtmatige staatssteun kunnen worden ingetrokken. Vervolgens stelt de Afdeling onder punt 2.6 dat 'Op grond hiervan en in aanmerking genomen het in de in overweging 2.3 vermelde rechtspraak van het Hof erkende effectiviteitsbeginsel alsmede het in art. 10 EG-Verdrag verankerde beginsel van de gemeenschapstrouw (...) de minister bevoegd en ook gehouden was de subsidievaststelling met terugwerkende kracht in te trekken.' Daarbij neem ik aan dat de bevoegdheid van de minister volgens de Afdeling voortvloeit uit het ongeschreven Nederlandse recht en dat zijn plicht tot terugvordering rust op de genoemde Europese beginselen.

Overigens is deze jurisprudentie ook van belang voor terug te vorderen staatssteun die ná 1998 is verstrekt. In art. 4:49 Awb worden limitatief de gronden voor de intrekking van een vaststellingsbesluit opgesomd. Uit de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 78) blijkt dat de voor deze casus relevante terugvorderingsgrond zoals geformuleerd in lid 1, sub b, ziet op zogenaamde 'kennelijke fouten' gemaakt door het bestuursorgaan bij het vaststellen van de subsidie. Dat in casu sprake was van zo'n kennelijke fout waarvan de ontvangers van de BPM-subsidies hadden moeten weten, werd door sommigen betwijfeld (zie bijvoorbeeld R.H.C. Luja, 'De implementatie van beschikkingen tot terugvordering van staatssteun in het Nederlandse bestuursrecht', *NTER* 2000, p. 248 en de daar genoemde literatuur). Op grond van deze uitspraak kunnen wij volgens mij aannemen dat de Afdeling niet zal twijfelen om bij onrechtmatig verstrekte staatssteun een kennelijke fout aan te nemen en deze situatie zo onder de reikwijdte van art. 4:49 Awb te brengen, hetgeen in het licht van de bovengenoemde communautaire beginselen ook wenselijk moet worden geacht.

7 De Minister van LNV blijkt ook bevoegd om al betaalde subsidiegelden terug te vorderen. Ook deze bevoegdheid is (en blijft voorlopig) ongeschreven. In art. 4:57 Awb is weliswaar neergelegd dat onverschuldigd betaalde subsidies en voorschotten binnen bepaalde termijnen kunnen worden teruggevorderd, maar deze bepaling beoogt blijkens de wetsgeschiedenis slechts een termijn te stellen waarbinnen een terugvorderingsbesluit moet worden genomen. Deze termijn van 5 jaar staat overigens op gespannen voet met de in art. 15 van de Procedureverordening genoemde termijn van 10 jaar. Pas met de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb zal een terugvorderingsbevoegdheid in de Awb worden opgenomen (voorgesteld art. I, onder D). Onder verwijzing naar haar bekende Nanne/VROM uitspraak (ABRvS 21 oktober 1996, AB 1996, 496 (m.nt. NV)) stelt de Afdeling echter vast dat de minister, ook wanneer een expliciete wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt, bevoegd is tot terugvordering van de subsidiegelden over te gaan. Deze bevoegdheid berust op het algemene, ook in het bestuursrecht geldende, rechtsbeginsel dat wat onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd. Hoewel uit deze uitspraak blijkt dat subsidies die onrechtmatige staatssteun inhouden door Nederlandse bestuursorganen op grond van ongeschreven publiekrecht kunnen worden ingetrokken én teruggevorderd, verdienen geschreven bevoegdheden hiertoe mijns inziens de voorkeur. Buiten het feit dat er veel kritiek is op de leer van de 'geïmpliceerde bevoegdheden' (daarover Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male 2005, p. 116–117), bestaat er de kans dat de ongeschreven bevoegdheden die worden benoemd in de genoemde jurisprudentie in bepaalde gevallen waarin staatssteun moet worden teruggevorderd niet voldoen. Zo is het de vraag of bestuursorganen op dit moment in situaties

waarin de subsidiegelden moeten worden teruggevorderd bij een *andere* partij dan waaraan de subsidiebesluiten waren gericht (zoals bij de bevolen terugvordering van de subsidies verstrekt aan de pomphouders in de grensstreek het geval was (HvJ EG 13 juni 2002, AB 2002, 248 (m.nt. FHvdB)) daartoe ook bevoegd zijn.

- 8 Er bestaat geen ongeschreven bevoegdheid tot het vorderen van wettelijke rente over onverschuldigd betaalde gelden. Dat bleek reeds uit ABRvS 10 juli 2002 (AB 2003, 123), waarin de Afdeling stelt dat de vordering van wettelijke rente geen grondslag vindt in de bevoegdheid subsidie toe te kennen. Nu er geen geïmpliceerde bevoegdheid bestaat, moet de minister zich baseren op een geschreven grondslag en die bood de BPM niet. Het beroep op art. 87 EG-Verdrag en art. 14 van de Procedureverordening wijst de Afdeling onder punt 2.8.1 van de hand; deze bepalingen strekken niet tot het scheppen van een bevoegdheid voor de Minister van LNV (zie in die richting al ABRvS 4 mei 2005, AB 2005, 362 (m.nt. WdO)). Een rentevordering kan volgens de Afdeling slechts op het burgerlijk recht worden gebaseerd. En met die verwijzing naar het burgerlijk recht komt de Afdeling niet te staan voor de vraag of het Nederlandse recht de door het Europese recht verlangde vordering van rente over de verstrekte staatssteun niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maakt en dus in strijd komt met het effectiviteitsbeginsel. Het staat namelijk niet vast dat de Minister van LNV met een vordering op basis van het burgerlijk recht aan zijn Europeesrechtelijke verplichtingen zal kunnen voldoen. Immers, op grond van art. 6:119 BW kan weliswaar wettelijke rente over de onverschuldigd betaalde subsidiegelden worden gevorderd bij de ontvangers, maar slechts over de tijd dat deze in verzuim zijn geweest. Het meest logische tijdstip waarop verzuim kan worden aangenomen is naar mijn mening het moment waarop het terugvorderingsbesluit is genomen; daardoor is immers de terugbetalingsverplichting ontstaan. De Procedureverordening (art. 14, lid 2) vereist echter een rentebetaling 'vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was'. In de meeste Nederlandse gevallen zal dat de datum zijn waarop de subsidie werd verleend. Nu volgt uit art. 6:205 BW weliswaar dat de ontvanger die te kwader trouw was ook zonder ingebrekestelling in verzuim is, maar de vraag is vanaf wanneer de ontvangers van de BPM-subsidies kunnen worden geacht te kwader trouw te zijn geweest. Te kwader trouw is diegene die weet of vermoedt dat een prestatie die hij ontvangt hem niet verschuldigd is (Parl.Gesch. Boek 6 NBW, p. 812, zoals ook aangehaald in T&C Vermogensrecht in de aantekeningen bij art. 6:205 BW). Mijns inziens is niet (goed) verdedigbaar dat de ontvangers vanaf het moment van subsidieverlening wisten dat de betreffende subsidie onrechtmatige staatssteun inhield en dus onverschuldigd werd betaald. Ik meen dat kwade trouw op zijn vroegst kan zijn ontstaan op het moment dat zij op de hoogte waren van het onderzoek dat door de Europese Commissie werd ingesteld naar aanleiding van klachten van concurrenten. En dan hebben we het nog niet gehad over het feit dat de wettelijke rente niet gelijk is aan 'passende rentepercentage' dat blijkens de Procedureverordening (art. 14, lid 2) door de Commissie wordt vastgesteld (de door de Minister van LNV gevorderde 'referentierente'). Maar het oplossen van al deze problemen (bijvoorbeeld met behulp van een gemeenschapsconforme interpretatie van de genoemde bepalingen van het BW) heeft de Afdeling overgelaten aan de burgerlijke rechter.

Desalniettemin lijkt het ook op dit punt verstandig om op korte termijn te komen tot een algemene geschreven publiekrechtelijke grondslag in de Awb, alleen al om te voorkomen dat in voorkomende gevallen over geschillen rond de terugvordering van staatssteun zowel bij de bestuursrechter als bij de burgerlijke rechter moet worden geprocedeerd.

- 9 Nog een korte opmerking over het vertrouwensbeginsel ten slotte. De appellant in deze zaak voerde aan dat, zo de minister al bevoegd moest worden geacht om de BPM subsidie in te trekken en terug te vorderen, hij van deze bevoegdheid geen gebruik had mogen maken omdat hij bij haar het gerechtvaardigd vertrouwen had gewekt dat de Commissie de subsidieverlening had goedgekeurd. De Afdeling toetst dit beroep op het vertrouwensbeginsel conform de vaste Europese jurisprudentie op dit gebied aan het criterium van de '*uitzonderlijke omstandigheden die het vertrouwen van de ontvanger in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen*' (HvJ EG 20 september 1990, Zaak C-5/89 (BUG Alutechnik). Uit die Europese jurisprudentie blijkt ook dat de nationale rechter niet snel mag aannemen dat zulke uitzonderlijke omstandigheden zich hebben voorgedaan. In beginsel kan een ondernemer slechts een gewettigd vertrouwen hebben in de rechtmatigheid van een besluit waarbij steun is toegekend wanneer hij zich ervan heeft vergewist dat de procedure van art. 88 EG, lid 3 (stand-still-beginsel) is gevolgd. De Afdeling benadrukt deze zelfstandige verantwoordelijkheid en wijst erop dat het eventueel door de minister bij appellante gewekte vertrouwen geen

belemmering vormde om bij de Commissie te informeren naar de gevolgde procedure. Kennelijk meent de Afdeling dat uitzonderlijke omstandigheden zich slechts kunnen voordoen, in gevallen waarin het voor de ontvanger van de onrechtmatige staatssteun onmogelijk was om te controleren of aan de eisen van art. 88 EG-Verdrag lid 3 is voldaan. In dit geval had ontvanger op basis van de informatie van de minister aangenomen dat de juiste procedure was gevolgd.

10 Deze uitspraak is ook gepubliceerd in *Markt & Mededinging* 2006, p. 93 e.v., m.nt. J.R. van Angeren.

W. den Ouden